

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

AÑO 1
02 ENERO 2014

Dedicada al XXXVI Seminario
de Derecho Internacional
Privado y Comparado



Academia Mexicana de Derecho Internacional
Privado y Comparado

PERSPECTIVA JURÍDICA UP

Año 1 - Número 2 - Enero de 2014

Publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad
Panamericana Campus Guadalajara

Calzada Circunvalación Poniente No. 49

Ciudad Granja, Zapopan, Jalisco C.P. 45010, México

Coordinador Editorial: Mtro. Manuel Tovar Hernández

Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx

La revista Perspectiva Jurídica UP y sus contenidos
son propiedad de la Universidad Panamericana
Campus Guadalajara.

Todos los derechos reservados. © Copyright 2014.

Se permite la reproducción total o parcial de esta obra,
su almacenamiento en sistemas digitales, su transmisión
en cualquier medio electrónico o mecánico con la previa
autorización escrita por parte de la Universidad
Panamericana Campus Guadalajara.

Consejo Editorial

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ

Director de la Facultad de Derecho

MTRA. MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA

Directora de la Licenciatura en Derecho

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS

Editor General

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ

Coordinador Editorial

Comité Editorial

ABELARDO BERNÁLDEZ MÁRQUEZ

CARLOS RODOLFO PADILLA DE ALBA

LUCÍA FERNANDA ESCALANTE CONS

ERIC COUFAL LEAÑO

ADRIANA GUÍZAR BECERRA

KARLA SOFÍA LLAMAS BELTRÁN

JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO

DAVID EDUARDO RUBIO VELÁZQUEZ

Mensaje del director

Seguimos cumpliendo con la importante tarea de darle continuidad a nuestra revista especializada, "Perspectiva Jurídica UP", siempre con la intención de que el foro tenga la certeza de su alta calidad en la forma y contenidos, para que pueda apreciar el pensamiento jurista de nuestros tiempos, de cuya producción, la Facultad de Derecho está convencida de ser parte actuante. Ejemplo de ello es justamente el número 2 que presentamos, muestra palpable de ese dinamismo y del que nuestro Editor, el Dr. Diego Robles Farías, nos da debida cuenta.

Pretendemos que el esfuerzo que significa nuestra publicación vaya a la par del cambiante y evolutivo mundo del derecho, como reflejo fiel de una sociedad actuante, que podemos constatar con la intensa actividad legislativa manifestada en las denominadas reformas estructurales del país. Justo dicho proceso, brinda un espacio que requiere ser colmado con el estudio y opinión de sus alcances, lo que seguramente nos dará motivos de nuestros siguientes números.

Esperamos sinceramente que podamos brindarles esa perspectiva, y que además, la compartan con quienes coadyuvamos en esta gran tarea.

Afectuosamente,

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Facultad de Derecho

Editorial

Nuestra Facultad de Derecho ha sido sede de diversos congresos y seminarios académicos. Particularmente importante fue el XXXVI Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado organizado en conjunto con la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP), que tuvo lugar del 24 al 28 de septiembre de 2013.

Fue un evento de relevancia internacional en el que participaron destacados miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, como su ex presidente Hans Van Loon, Adair Dyer e Ignacio Goicochea, éste último representante de la Conferencia para América Latina. Fueron también ponentes otros internacionalistas de España, Argentina, Panamá, Venezuela y desde luego un nutrido grupo de juristas mexicanos, todos ellos de talla mundial. Asistieron también alumnos de diversas universidades nacionales y desde luego los propios estudiantes de la Universidad sede.

Las ponencias presentadas versaron sobre los Convenios de la Haya sobre Protección Internacional de Menores, los Convenios Procesales Internacionales, el Convenio de Ley Aplicable a la Transmisión de Valores Anotados en Cuenta y los Principios de la Haya Sobre los Contratos Internacionales. Se analizó además el acceso al contenido del Derecho Extranjero y la necesidad de desarrollar un Instrumento global en esta área.

El hecho de que la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara fuera elegida para su celebración denota el posicionamiento que ha logrado en el ámbito nacional e internacional, lo que quedó comprobado con la excelente organización del evento y los comentarios muy favorables de expositores y demás participantes. Por otro lado, la importancia de los temas jurídicos tratados, todos de carácter internacional y de gran actualidad, que fueron expuestos con gran profundidad, motivaron la participación del público, incluyendo nutridas preguntas de los propios estudiantes.

Por todo ello el consejo editorial de la revista consideró oportuno dedicar este segundo número a los trabajos presentados en dicho seminario, dada su importancia para el desarrollo del Derecho Internacional Privado en nuestro país.

Agradecemos a la AMEDIP y especialmente a su presidenta María Virginia Aguilar por haber considerado a la Universidad Panamericana como sede del seminario.

Para la presente edición, se han incorporado al comité editorial de la revista alumnos del séptimo grado de la carrera de derecho. A ellos y a los demás miembros que ya habían participado en la edición del primer número y cuyos nombres aparecen al inicio de este ejemplar, así como a su coordinador el maestro Manuel Tovar Hernandez, mi más sincero agradecimiento.

Zapopan, enero de 2014

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor

Contenido

Editorial.....	p. 7
Reflexiones jurídicas sobre las realidades y las consecuencias derivadas de la subrogación materna por OLIVIA AGUIRRE BONILLA	p. 13
Convenio de elección de foro por MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA	p. 31
Sobre la exclusión y subrogación del Principio de Orden Público como causal de denegación de obtención de pruebas extranjeras en la Convención de la Haya de 1970 por GILBERTO BOUTIN ICAZA	p. 39
Funcionamiento de la Red Judicial Mexicana de Protección a la Niñez por OSCAR GREGORIO CERVERA RIVERO	p. 63
Análisis del convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial por FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS VACA	p. 105
Falta de elección por las partes del Derecho aplicable a los contratos internacionales: vigencia de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales en el Sistema Jurídico Venezolano por SORILY CAROLINA FIGUERA VARGAS	p. 129

El ABC de la Convención de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles en materia de sustracción internacional de menores **por NURIA GONZÁLEZ MARTÍN**..... p. 135

Consideraciones en relación con el convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero; la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias y el convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia **por JUAN CARLOS GUERRERO VALLE**..... p. 147

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y el convenio sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, después del 23 de noviembre de 2007 **por MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA**..... p. 165

Acceso al contenido del Derecho Extranjero ¿es conveniente desarrollar un instrumento global en esta área? Análisis de la situación europea **por CARLOS ENRIQUE ORDIOZOLA MARISCAL**..... p. 173

El Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro. La adhesión de México y la posible incorporación de otros estados latinoamericanos **por YARITZA PÉREZ PACHECO**..... p. 187

El Derecho Internacional Privado en México y Venezuela: tres puntos de coincidencia **por YARITZA PÉREZ PACHECO y MIRIAN RODRÍGUEZ REYES**..... p. 209

Aspectos prácticos de algunos de los principios de la Haya sobre contratos internacionales **por LEONEL PEREZNIETO CASTRO**..... p. 215

La unificación del Derecho Contractual en Europa y sus implicaciones para México **por DIEGO ROBLES FARÍAS...** p. 223

El proceso de unificación del Derecho de los Contratos en Europa **por MARIO DE LA MADRID ANDRADE.....** p. 263

Breves anotaciones sobre los problemas de Derecho Internacional Privado respecto a los contratos internacionales sobre maternidad sustitutiva **por ELÍ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ.....** p. 267

La Convención sobre los Derechos del Niño en relación con la guarda y custodia del menor **por JESÚS SALDAÑA PÉREZ.....** p. 289

Acerca de la conveniencia de criminalizar el secuestro parental internacional de menores **por LUIS RAÚL SERRANO ARRIBASPLATA.....** p. 307

La norma de competencia exclusiva internacional. La perspectiva mexicana **por JORGE ALBERTO SILVA.....** p. 339

The Earth is one but the world is not: what role for global and regional unification of Private International Law? **por HANS VAN LOON.....** p. 359

Un diálogo de fuentes para los alimentos sin fronteras. Reflejos del dispositivo protector del acreedor de los alimentos en el Protocolo de la Haya de 2007 y la revalorización de la función garante de la norma de conflicto en el reglamento (ce) 4/2009 **por MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA.....** p. 375

Reflexiones jurídicas sobre las realidades y las consecuencias derivadas de la subrogación materna

OLIVIA AGUIRRE BONILLA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Definiendo la Subrogación Materna*. III. *Proyecto de Ley Asamblea Legislativa Distrito Federal*. IV. *Filiación y Tutela*. V. *Aspectos Penales*. VI. *Interés Superior del Menor*. VII. *Conclusiones*.

Resumen. Las connotaciones sociales que emergen de las soluciones alcanzadas por la ciencia médica para vencer los distintos obstáculos biológicos que el ser humano constantemente enfrenta para lograr reproducirse representan, sin lugar a dudas, un fértil terreno para el debate y para la opinión pública. Sin hacer menoscabo de las certezas alcanzadas por la colectividad en dichos foros sociales, la teoría jurídica internacional tiene la obligación de ejercer una función materialmente esclarecedora al categorizar las pautas bajo las que dichos criterios son expuestos, partiendo de los ineludibles preceptos de justicia y equidad a los que consagra su valía. Por ello, el derecho encuentra en la reflexión jurídica sistemática la invaluable oportunidad para colaborar con la sociedad al ayudar a establecer las verdades y principios fundamentales sobre los que reposaran los debates que conduzcan a nuestras sociedades a ejercer criterios certeros y veraces en los distintos ámbitos del quehacer humano. Atendiendo estos racionamientos, hemos elaborado una breve reflexión sobre los pormenores que representa la modalidad de la subrogación materna utilizada como técnica de reproducción asistida para vencer los obstáculos de la infertilidad humana. Sin caer en nociones derivadas de la moral o la religión, el presente estudio propone fundamentar los criterios internacionales en la materia en el esencial pero poco explorado concepto del interés superior del menor, presente en las distintas herramientas jurídicas internacionales que tutelan los derechos de los niños.

Palabras clave: Subrogación, Técnicas de reproducción Asistida, Derecho de Tutela, Interés Superior del Menor.

Abstract. *The social connotations that emerge from the achieved solutions reached by medical science to overcome the different biological obstacles that human beings constantly face in order to reproduce represent, without doubt, fertile ground for public opinion and debate. Without undermining the certainties attained by the collectivity*

¹ Docente Investigadora, Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.

in such social forums, the international legal construct has the obligation of exercising a clarifying material function by categorizing the guidelines under which such criteria are exposed, on the basis of the unavoidable precepts of justice and equity to which it enshrines its value. Thus, law finds in systematic legal reflection an invaluable opportunity to collaborate with society by helping to establish the truths and fundamental principles upon which the debates that prompt our societies to exercise true and accurate criteria in the different aspects of human dealings must rest. Addressing these arguments, we have elaborated a brief reflection on the details involved in the use of maternal surrogacy as an assisted reproductive technology method used to overcome the obstacles represented by human infertility. Without falling on notions derived from morality or religion, the present study proposes to fundament international criteria on the matter on the essential but hardly explored concept of the child best interest, present on the different international legal tools that govern children rights.

Keywords: Surrogacy, Reproductive Assisted Technologies, Parental Rights, Child Best Interest.

I] Introducción

La creciente influencia de algunas ideas propias de las sociedades capitalistas occidentales, preparadas para convertir cualquier actividad del hombre en un fructífero negocio, ha generado, a partir de las más básicas necesidades humanas, problemas de índole no solo ético o moral, sino también jurídico. Problemas modernos para sociedades modernas, cuyos principios básicos y fundamentales están en constante evolución y cambio, transformándose en mucho por los avances tecnológicos que rápida y continuamente alcanzamos. Podríamos establecer un catálogo de estos problemas modernos generados por nuestras occidentales sociedades de consumo, dentro del cual incluso sería posible preponderar cada uno de ellos, atendiendo principalmente a los valores trascendentales violentados. Sin embargo dicha actividad nos parecería inapropiada ya que, siguiendo una consecuencia lógica, sería fácil determinar que no hay una jerarquía de valores. Es decir, todo derecho fundamental debe de tener el mismo valor a los ojos de la tutela del derecho internacional. Sin embargo, al hacer un rápido ejercicio para determinar los problemas que aquejan a cada una de nuestras sociedades, es imposible no detenerse en las características y particularizar momentáneamente cada uno de ellos.

Es por ello que en esta oportunidad ahondaremos en el creciente problema que genera la figura de la subrogación materna, o como comúnmente se le conoce, el alquiler de vientres. Esta moderna modalidad de las técnicas de reproducción asistida, cada vez más en uso, conjunta una serie de aristas que por si mismas representan problemas

de índole humanista, bioética y jurídica. Pero, ¿en qué consiste la subrogación materna?

II] Defendiendo a la subrogación materna

La subrogación materna plantea, en un principio, la posibilidad de que una persona incapaz de tener un hijo, ya sea por infertilidad o algún otro problema reproductivo, rente o alquile un vientre materno ajeno al propio con la finalidad de que en él se geste un embrión fecundado, desde el momento de la inserción hasta el parto. Sin embargo, la realidad de la práctica de esta actividad nos lleva a determinar que no en pocos casos se ha llevado a cabo también por razones puramente estéticas². Con la finalidad de no cometer errores de precisión médica, haremos aquí una distinción que la propia medicina elabora al respecto. Existen dos tipos de subrogación materna. La llamada subrogación gestacional, en el que la madre sustituta sólo porta en su organismo el óvulo fecundado de otra mujer, y la subrogación genética, en la que la madre sustituta aporta material genético propio, es decir, el óvulo a fecundar³. De esta distinción médica nacen las diferentes modalidades que la práctica jurídica ha encontrado:

Subrogación total: la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos, y después de la gestación y el parto entrega al hijo al padre biológico, renunciando a todos sus derechos sobre él.

Subrogación parcial: la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, que proviene de la unión de un espermatozoide y un óvulo de la pareja contratante.

Subrogación altruista: cuando la madre gestadora decide llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita, por lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante.

Subrogación por un precio: en países como los Estados Unidos de América, se permite que la pareja contrate a una madre gestadora, para que lleve a buen término el embarazo y de que lo efectúe a cambio de una contraprestación⁴.

² Brena, Ingrid, *La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/1/dtr/dtr7.pdf>. Consultado el día 08 Agosto 2012.

³ Glosario de Tecnología en Reproducción Asistida. Consejo Australiano de Tecnología en Reproducción Asistida. En <http://www.rtc.org.au/glossary/index.html> Consultado el día 06 Agosto 2012.

⁴ Rodríguez López, Dina. *Nuevas Técnicas de Reproducción humana. El útero como objeto de contrato*, Revista de Derecho Privado, México, Nueva Época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005.

Para el derecho, dichas distinciones no resultan menores. De las diferencias entre cada una de las posibilidades nacen los cuestionamientos más notorios en materia de maternidad, paternidad y filiación.

III] Proyecto de ley de maternidad subrogada en México

En un esfuerzo plausible pero acelerado, el cuerpo legislativo de la Ciudad de México ha esbozado un proyecto de ley para regular las actividades de subrogación materna en la capital mexicana. El proyecto de ley, que actualmente estudia la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, define a la subrogación materna como: El acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide que concluye con el parto o la terminación del embarazo⁵. Y es aquí en donde nos encontramos con el primer gran problema de esta peculiar situación.

De acuerdo al Derecho Civil Mexicano, ninguna persona, ya sea presente o futura, puede ser objeto de un acuerdo de voluntades⁶. Sin embargo, en la definición emitida por el proyecto de ley, el objeto de dicho acuerdo es la transferencia de uno o más embriones humanos. Es indiscutible que la propia asamblea, adelantándose a dicha interpretación, establece que la subrogación materna es un convenio de voluntades, evitando así usar el término contrato, lo que le daría una muy notoria semejanza con las actividades mercantiles. De hecho, la definición propuesta por la Asamblea hace mención, mas adelante, a la imposibilidad de perseguir finalidades lucrativas a la hora de realizar esta actividad.

A pesar de ello, el objeto del convenio no deja de ser una persona futura, que aún no ha sido siquiera concebida. Siguiendo este orden de ideas, en México la Ley General de Salud, en su artículo 462, fracción II, establece que: *se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate...al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos, incluyendo la sangre, cadáveres, fetos vivos o restos de seres humanos*⁷.

Como podemos apreciar, la actividad propuesta por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal podría fácilmente ser equiparada a la conducta prohibida por la Ley General de Salud, ya que el objeto del

⁵ Proyecto de Ley de Gestación Subrogada Asamblea Legislativa D.F. En <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueba-aldf-ley-gestacion-subrogada-df-6818.html>. Consultada el 20 Agosto 2012.

⁶ Código Civil Federal, arts. 1824-1831.

⁷ Ley General de Salud, art. 462.

convenio es, durante la mayor parte del proceso, un embrión, es decir, un feto vivo.

Cabe señalar también que en México, el proyecto de ley de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal abarca, como posibles sujetos de la relación jurídica, a hombres y mujeres, solteros o casados, heterosexuales u homosexuales. Sin querer aquí ejercer un juicio moral sobre la preferencia sexual de los contratantes, su estatus familiar o la relación de dichas preferencias y condiciones con sus capacidades para educar a un hijo, es innegable que nos encontramos ante un cambio de estructuras familiares que afectan directamente al núcleo tradicional de nuestras sociedades.

Asimismo, es importante mencionar que un segundo problema es planteado al recordar que conforme al artículo 54 del Código Civil para el Distrito Federal⁸, en México existe la presunción de derecho de que la madre es la que da a luz al hijo mediante el parto, haciendo aplicación de una máxima del Derecho Romano, cuyo aforismo jurídico en latín es *Mater semper certa est*. Este aforismo, cuya traducción al español versa la madre siempre es cierta, no admitía prueba en contrario, teniendo en cuenta que hasta hace no más de 30 años no se conocían las técnicas de reproducción médicamente asistida. Hoy la realidad nos demuestra que los principios básicos en materia de familia han evolucionado y han generado nuevas figuras, tanto maternas como paternas.

IV] Filiación y tutela

Los avances en los métodos de reproducción asistida, específicamente la figura de la subrogación materna, han dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades jurídicas con relación a la maternidad: a) Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad. b) Maternidad genética: la de quien se convierte en donante de óvulos. c) Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado. d) Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos⁹.

⁸ Código Civil para el Distrito Federal, art. 54.

⁹ Gamboa, Claudia, *Maternidad Subrogada: estudio teórico conceptual y de Derecho Comparado*, Centro de Documentación Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Política Interior, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, Octubre, 2010. p. 15.

Como parte de las concepciones propias de las corrientes jurídicas naturalistas encontramos la idea que establece una correspondencia ineludible entre la filiación biológica y la filiación jurídica social, es decir, entre gestación y maternidad o paternidad. Para la posición naturalista del derecho, el lazo de parentesco jurídico entre una madre o un padre y un hijo es el propio de la concepción, o expresado en otras palabras, la gestación, la maternidad y la paternidad son tres conceptos infaliblemente interrelacionados a los ojos del naturalismo jurídico. En contraposición a estas ideas encontramos los conceptos más modernos sobre paternidad, maternidad y filiación, propios del iuspositivismo, que establecen diferencias muy marcadas entre cada una de las situaciones, mismas que generan nuevas figuras y conceptos mucho más amplios derivados de las realidades jurídicas que las sociedades invocan a partir de sus conductas. Las anteriormente expuestas modalidades en materia de maternidad que la práctica jurídica ha ido definiendo son un claro ejemplo de ello.

La exposición de motivos que en materia de filiación fundamentan ambas posiciones, tanto la naturalista como la positivista, no carecen de razones lógicas ni de razonamientos jurídicos coherentes y profundos. Por ello la codificación inflexible sobre los supuestos de la filiación bajo las realidades de la reproducción asistida resulta una tarea compleja y que tiende a definirse por posiciones personales morales o éticas, y que por lo mismo admite, por lo general, soluciones diversas y opinables y que no pueden ser resueltas por la doctrina jurídica privilegiando una determinada tesis moral o ética¹⁰ sobre otra.

Dejando de lado la posibilidad de definir criterios filosóficos de acuerdo a concepciones propias de la ética o la moral, en el ámbito jurídico, la renuncia contractual a los derechos y a las obligaciones que se adquieren con la procreación de un hijo es un hecho difícil de fundamentar. No es fácil encontrar una lógica coherente que nos permita adjudicarle los derechos de maternidad a alguien distinto a la madre que dio a luz, estando ésta viva. Tomando como ejemplo al Reino Unido, en aquel país, una vez determinado el compromiso de contraer los derechos tutelares sobre el menor siendo parte ajena al proceso de gestación, es decir, no siendo la madre que dio a luz al recién nacido, la ley exige llevar a cabo un proceso equiparable al de la adopción bajo el cual sí se permite la renuncia de los derechos de filiación como antesala a dicho compromiso. Sin embargo, el procedimiento establece la necesidad de llevar a cabo dicho trámite para adjudicársele los derechos a los nuevos padres, y por otro lado, no es exigible en la corte¹¹. Es decir, los

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *La Cuestión del Embrión entre Derecho y Moral, en Construcción de la Bioética*, Volumen I de la Serie de Textos de Bioética del Colegio de Bioética, A.C. (CB). Colección Ciencias, Tecnología y Sociedad del Fondo de Cultura Económica, México D.F. Marzo 2007.

¹¹ Surrogacy Arrangements Act 1985.

En <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents>

compromisos adquiridos a través de un contrato de subrogación gestacional no están protegidos por el marco jurídico de dicho país, independientemente de la existencia de un contrato sustentado en la legislación que regula la actividad.

Más allá de que pueda ser claro o no de quién es biológicamente hijo o hija, es decir quién fue el genitor o la genitora, situación difícil de determinar incluso en el caso de que se divida la maternidad en genética y gestacional, dista de estar clara la respuesta a la pregunta de a quién pertenece la tutela, a quién se le atribuye jurídicamente la obligación y el derecho sobre el desarrollo del menor una vez nacido. ¿A quién garantiza el derecho el acceso a esa posición jurídica privilegiada con respecto a la niña o el niño que en ocasiones se convierte en objeto de deseo posesivo, toda vez que en nuestras sociedades es prácticamente la única posición que permite la participación en las labores de cuidado, educación y crianza, así como en determinadas relaciones de afecto? Se trata de garantizar una posición que incluye toda una serie de relaciones simbólicas y materiales, entre ellas la posibilidad de educar, y ciertas relaciones patrimoniales, por ejemplo derivadas de la sucesión *mortis causa*¹².

Existen dos posiciones claramente contrapuestas en materia de filiación y subrogación gestacional. Las teorías contractualistas propias del liberalismo modernista que promueven la irreconciliable separación del derecho y la moral, nos explican que habiendo de por medio un acuerdo de voluntades expresado autónoma y libremente y bajo pleno conocimiento y consentimiento de los contratantes y del contratado, el derecho debe cumplir con su única función de velar por las actividades humanas, sin restringir la autonomía de la voluntad, permitiendo que una pareja reclame y adquiera los derechos de paternidad y maternidad, y por ello la filiación y tutela, de un menor que nace del vientre de una mujer ajena a la pareja que reclama dichos derechos, incluso sin existir material genético de alguno de los dos contratantes, diferenciando la actividad a la de la adopción por el acuerdo de entrega previo al nacimiento. La posición no hace distinción entre matrimonios o concubinatos, parejas heterosexuales u homosexuales ni alguna otra. Bajo estos supuestos, la prohibición en el cobro de la actividad quedaría superada, ya que independientemente del objeto del contrato, la voluntad de los individuos expresada en un acuerdo valdría por sí misma y generaría una realidad jurídica exigible.

A estas teorías se contraponen aquellas que determinan que independientemente de la existencia o no de un acuerdo de voluntades que establezca los lazos de parentesco entre un no nacido y los que

Consultado el día 29 Septiembre 2012.

¹² Lema Añón, Carlos. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Ed. Trotta, Madrid, España. 1999.

serán sus padres, e incluso independientemente de la concepción teórica, tanto civil como penal, en la que el marco jurídico bajo el que se suscita el hecho se fundamente, la gestación por sí misma conlleva la adquisición de los derechos tutelares sobre el menor, ya que el lazo biológico que se crea entre la madre gestadora y el menor no nacido es tan fuerte y tan natural, que en los hechos es quien genera invariablemente los lazos de parentesco y filiación, independientemente de quién y de qué manera se haya aportado el material genético, incluso independientemente de la existencia de un acuerdo de voluntades previo al nacimiento.

Es preciso mencionar que, a diferencia de las ideas expuestas por el filósofo italiano Luigi Ferrajoli en su artículo titulado *la Cuestión del Embrión entre Derecho y Moral*¹³, la existencia de un vínculo biológico entre una madre gestadora y el producto de dicho embarazo y el reconocimiento de éste como persona no dependen de concepciones morales distanciadas de los argumentos jurídicos pertinentes, sino de y sólo de un hecho propio de la naturaleza del hombre, no de su voluntad. Es decir, al argumentar la fuerza del vínculo psíquico y biológico generado naturalmente entre una madre embarazada y el producto de la concepción, la personalidad del embrión y su relación con los derechos de tutela, no se cae en el error de no desvincular al derecho de la moral. Por el contrario, reconocer la naturalidad de dicho lazo al alejarnos de los conceptos que proponen la facultad de la madre de reconocer o no al menor como persona nos lleva a extremar la necesidad de exigir su fundamentación jurídica, todo esto atendiendo esencialmente a los principios que buscan salvaguardar en todo momento el bienestar superior del menor.

Con el propósito de esclarecer los posicionamientos antes expuestos, retomaremos las ideas de Ferrajoli para hacer notar, de manera precisa, que la diferencia entre ambos posicionamientos no depende de la autonomía de la voluntad de la madre, ni del concepto metafísico de la existencia de la personalidad jurídica de un no nacido, ni de la posible creación de una legislación que legitime todo esto. La diferencia nace de la posibilidad de otorgarle al ordenamiento jurídico la facultad de determinarse en torno a la voluntad individual, negando incluso hechos biológicos irrefutables, acto que niega la estrecha relación existente entre la ética y el derecho, debido probablemente a que el actuar del hombre compone el objeto verdadero de las normas jurídicas, mismas que representan reglas impero atributivas cuando expresan una obligación amparada por el ordenamiento jurídico.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *La Cuestión del Embrión Entre Derecho y Moral, en Construcción de la Bioética*, Volumen 1 de la Serie de Textos de Bioética del Colegio de Bioética, A.C. (CB). Colección Ciencias, Tecnología y Sociedad del Fondo de Cultura Económica, México D.F. Marzo 2007.

Para terminar con esta reflexión, nos gustaría fortalecer la idea de que la sumisión de los ordenamientos jurídicos y sus fundamentos a las distintas voluntades individuales nos llevaría a recorrer un camino en el que los valores fundamentales, a cuya protección el derecho debe su principal función, se determinarían por un estado de ánimo, una idea o un muy específico querer individual.

Sin duda nos encontramos no sólo frente al cambio de estructuras familiares tradicionales, sino también frente al probable inicio de una crisis de principios jurídicos en materia de Derecho de Familia. Ante este panorama, la interrogante que tradicionalmente se ha formulado respecto a la paternidad vuelve a presentarse, pero ahora con un cambio de género, es decir ¿quién es la madre? ¿La que lo gesta? ¿La que da luz? ¿La que lo educa? La respuesta, que hasta hace poco parecía ser unívoca, atendiendo a máximas jurídicas que dan mayor importancia al dato del parto, ha sufrido un cambio de orientación hacia la admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad¹⁴.

V | Aspectos penales

Dejando de lado los problemas que la subrogación materna le plantea tanto a la ontología jurídica como a la doctrina y a la filosofía del derecho, las posibilidades criminales para aprovechar esta figura al utilizarla como una plataforma mercantil se presentan como un tema alarmante. Y a ello contribuyen no sólo la propia naturaleza del acto, sino, y en primer lugar, la falta de legislación internacional que intente unificar criterios en la materia. A la fecha se habla de un mercado informal cuyo valor alcanza anualmente cifras millonarias¹⁵.

No hace falta más que realizar una búsqueda en internet y sin la mayor dificultad podremos encontrar, en casi cualquier lugar del mundo, una cantidad importante de mujeres que ofertan sus vientres para subrogarlos. El número de clínicas dispuestas a realizar este procedimiento es cada vez mayor y parece trascender cualquier frontera. Si bien los Estados Unidos de América son el país que más ha llevado esta figura a la práctica, lugares tan remotos como la India¹⁶ o con condiciones de salud tan precarias como Guatemala¹⁷ se han convertido en verdaderos exportadores de bebés, permitiendo que sus mujeres renten sus vientres sin la menor regulación que las proteja ni a ellas ni al menor. Esto abre preocupantemente las posibilidades para que las

¹⁴ Morán de Vicezi, Claudia, *El Concepto de filiación en la fecundación artificial*, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. p. 191.

¹⁵ Camacho Servín, Fernando, *Vientres de Alquiler*, Msemanal, México, D.F. Agosto 2010. En <http://www.msemanal.com/node/2753>. Consultado el día 3 Agosto 2012.

¹⁶ Camacho Servín, Fernando: *Idem*.

¹⁷ Cottom, Hugo Leonel. *Análisis Crítico del Sistema Nacional de Salud de Guatemala*. Universidad Rafael Landívar, Facultad de Quetzaltenango. Guatemala 2004.

organizaciones criminales dedicadas a la explotación sexual, dando un pequeño giro a su actividad y escudándose en la subrogación materna, trafiquen menores u órganos humanos.

En principio, la suma de hechos contrarios a derecho que esta actividad conlleva nos obliga a emitir un juicio negativo de la misma. Sin embargo, dicho juicio sería incompleto. No es posible negar que el surgimiento del problema, si bien expotenciado por la creciente globalización y la imposición de las ideas capitalistas en las sociedades modernas, tiene su origen en la imperiosa necesidad de los seres humanos de reproducirse, incluso a cualquier costo. Y es aquí en donde el juicio negativo necesariamente se limita. ¿Hasta qué punto podríamos condenar a quien, con el impedimento físico o biológico de reproducirse, lo intenta? ¿En qué momento dicho intento sobrepasa sus propios límites y transgrede los derechos de los demás? ¿Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la figura de subrogación de vientre es una herramienta que toma en cuenta, únicamente, la posibilidad de los adultos de procrear sin importar el interés superior del menor porque éste no ha nacido? ¿Cuál debe ser el enfoque que la legislación internacional debe dar al problema? ¿Qué criterios debe utilizar el legislador para definir hasta qué punto el estado debe intervenir en la ayuda que les proporciona a los padres para reproducirse? ¿Debe, incluso, llevar dicha ayuda hasta la posibilidad de poner en riesgo la integridad psíquica y emocional de un menor?

VI] Interés superior del menor

De acuerdo a la profesora Margaret Anne Ganley Somerville, reconocida académica y experta en temas de bioética, desde una perspectiva amplia, toda situación de subrogación materna es una mala idea. Rompe lo que indiscutiblemente es el lazo más íntimo que tenemos los seres humanos, aquel de una madre con su hijo. Ese lazo es de vital importancia para cada uno de nosotros como individuos y para la sociedad en su conjunto. En su opinión, no es válida la respuesta de que universalmente aceptamos la adopción. La figura de la adopción es una desagradable necesidad que se da en circunstancias que no fueron planeadas, y por lo mismo no rompe el tejido social ni menoscaba el valor que existe en el lazo de los padres y sus hijos. La realidad de la subrogación es distinta, antes de que el menor sea incluso concebido, el plan es que la madre que de a luz lo venda, entregue o regale¹⁸.

La Declaración de los Derechos de los Niños establece, en su principio número 6, que: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de

¹⁸ Somerville, Margaret Anne, *When granny gives birth to her grandson, there is something wrong*, The Globe and Mail. Toronto, Canadá. 2011.

En <http://www.theglobeandmail.com/commentary/when-granny-gives-birth-to-her-grandson-theres-something-wrong/article567114/>. Consultado el día 08 agosto 2012.

su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

Atendiendo a los principios rectores reconocibles en la legislación internacional vigente, las pautas que rigen la función legislativa encuentran sus fundamentos no sólo en la expresa voluntad e incluso necesidad de los pueblos, sino también en los criterios éticos, psicológicos, biológicos y jurídicos propios de quien ejerce estas responsabilidades. De acuerdo con este orden de ideas, los criterios legislativos en materia de subrogación materna deben estar íntimamente ligados a la protección del interés superior del menor, independientemente de la facultad biológica, e incluso del derecho, de quien quiera ser padre y pueda serlo o no. Hay que tomar en cuenta que la niñez es un sector de la población que por sus propias condiciones se encuentra en una situación de natural desprotección y que es fácilmente vulnerable. De acuerdo a la lógica utilizada por la Organización de las Naciones Unidas a través del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), materializada en la Convención Universal de los Derechos de los Niños y en la Declaración de los Derechos de los Niños, las necesidades propias de un sector con tales desigualdades frente al resto de la población merecede un tratamiento y una protección especiales, derivadas de su particular condición¹⁹.

En principio, el tema de la subrogación materna incluye los derechos de los padres para reproducirse incluso a través de los procedimientos tecnológicos de reproducción asistida más modernos, cuyos verdaderos efectos en la psique y en el desarrollo integral de un menor son, hasta ahora, poco conocidos.

Según datos recientemente publicados por la revista científica *Nature Medicine*, en la actualidad el porcentaje medio de bebés nacidos vivos luego de un procedimiento de fecundación in vitro²⁰ es de 27 por ciento, con una tasa de embarazo de 33 por ciento. Sin embargo la efectividad de estas técnicas depende en gran medida de la edad, y por

¹⁹ Convención Universal de los Derechos de los Niños. United Nations Treaty Collection. Convention on the rights of the child.

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV11&chapter=4&lang=en Consultado el día 22 agosto 2012.

²⁰ De acuerdo a la definición proporcionada por la Biblioteca Nacional de Medicina del Instituto Nacional de la Salud de los Estados Unidos de Norteamérica, la fecundación in vitro es la unión del óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre en un plato de laboratorio. In vitro significa "por fuera del cuerpo". Fecundación significa que el espermatozoide se ha fijado y ha ingresado al óvulo.

lo tanto de la fortaleza de las células sexuales del padre y de la madre²¹. Esto nos habla de un muy bajo porcentaje de éxito al utilizarse esta técnica propia de algunas modalidades de la subrogación materna.

Por otro lado, los datos proporcionados por la publicación mensual *The New England Journal of Medicine* establecen que los niños concebidos a través de técnicas de reproducción asistida, incluidas la fecundación in vitro, la inyección de espermatozoide intracitoplásmico²² y la inserción de óvulos fecundados, todas ellas utilizadas en la subrogación materna, son más susceptibles a presentar condiciones congénitas poco comunes, como perlesía cerebral y defectos del corazón, que los menores concebidos de manera natural²³. Un estudio ampliamente citado por miembros de la comunidad médica internacional, llevado a cabo por esta misma institución, encontró que de un total de 4,000 menores, el 8.6% de los niños concebidos a través de la fecundación in vitro y 9% de los niños concebidos a través de la inyección de espermatozoides intracitoplásmico fueron diagnosticados con algún tipo de defecto congénito de nacimiento al cumplir el primer año de edad, comparado con solo el 4.2% de niños concebidos de manera natural que a esta edad presentaron algún tipo de defecto²⁴.

El esfuerzo más reciente por determinar los riesgos que conllevan las técnicas de reproducción asistida para el menor, llevado a cabo por científicos de la Universidad de Adelaide, en Australia, incluyó en su sector de estudio los procedimientos de transferencia de embriones, tanto congelados como sin congelar, para determinar las diferencias entre los porcentajes de defectos físicos y biológicos que presentan los menores nacidos a través de alguna técnica de reproducción asistida en comparación con los que presentan los menores nacidos a través de un proceso natural. De 308,974 nacimientos registrados por el estudio, 6,163 fueron concebidos utilizando algún método de reproducción asistida. Al igual que los resultados mostrados por estudios hechos con anterioridad, el porcentaje de menores que nacen con defectos congénitos de algún tipo es mayor en el uso de alguna de estas técnicas. El 8.3% de los menores concebidos a través de algún método de reproducción asistida presentaron cierto tipo de defectos congénitos de

²¹ Camille, Amy, *In Vitro Fecundation*, Nature Medicine Journal. Núm. 1897, London, p. 26.

²² La inyección de espermatozoide intracitoplásmico es una modalidad de las técnicas de reproducción asistida que consiste en inyectar un sólo espermatozoide en el óvulo. Este procedimiento puede realizarse incluso en casos de semen con problemas de fertilidad severos. En caso de ausencia total de espermatozoides, estos se pueden obtener directamente de epididimo o del testículo mediante una pequeña biopsia testicular. Si la inyección de espermatozoide citoplásmico tiene éxito, los embriones se transfieren al útero de la mujer como en cualquier otro proceso de reproducción asistida.

²³ Davies, Michael J, *Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects*, New England Journal of Medicine, 2010.

²⁴ Hansen, Michelle, *The Risk of Major Birth Defects after Intracytoplasmic Sperm Injection and in Vitro Fertilization*, The New England Journal of Medicine, 2010.

nacimiento, mientras que solo el 5% de los menores nacidos naturalmente presentaron algún tipo de problema al nacer²⁵.

A la luz de las verdades y las consecuencias generadas por la subrogación materna, creemos necesario invitar a la esfera jurídica internacional a hacer una profunda reflexión que nos lleve, en un esfuerzo conjunto, a unificar los criterios necesarios para fomentar un espacio digno y de absoluta certeza jurídica para todos los involucrados en la materia. En este sentido, creemos importante señalar la imperante necesidad para la creación de una legislación internacional que, en primera instancia, nos lleve a reducir al mínimo posible la pérdida de vida en los procedimientos de reproducción asistida, tanto de la madre gestadora como de los menores no nacidos, particularmente en el procedimiento de subrogación materna.

Sin profundizar en las interrogantes bioéticas que conllevan la participación de más de dos personas en un proceso de creación de vida, encontramos fundamental establecer que si bien los derechos reproductivos de los seres humanos están catalogados, por la mayoría de los estados, como parte de los derechos fundamentales del hombre, la práctica actual de estas técnicas nos obligan a enfrentar la valoración de dichos derechos frente al interés superior del menor. Al respecto es importante señalar que si bien el concepto de interés superior del menor no es un criterio ampliamente definido por la doctrina jurídica, la idea aparece recogida como piedra angular y principio insustituible en los convenios que protegen los derechos de los niños, como los son la Convención de los Derechos del Niño y su posterior Declaración, el Convenio sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales, el Convenio Interamericano sobre Trafico Internacional del Menor y el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores²⁶.

El interés superior del menor se hace presente en la suma de los convenios antes mencionados, ya sea implícita o explícitamente, y se materializa en la protección de la vida del menor, en la protección de su estabilidad emocional y afectiva y en la búsqueda para evitar rupturas bruscas e innecesarias en su entorno familiar. Es decir, el interés superior del menor busca, a todas luces, proteger su vida y el desarrollo integral de su personalidad²⁷. Como tristemente podemos percibir, en cuanto a las técnicas de reproducción asistida y su modalidad de subrogación materna, el interés superior del menor esta íntimamente ligado, en

²⁵ *Higher Risks of Birth Defects from Assisted Reproduction*, The University of Adelaide News Bulletin, Adelaide, Australia, Mayo 2012. Consultado el día 22 Agosto 2012. En <http://www.adelaide.edu.au/news/news52561.html>

²⁶ Rodríguez, Sonia, "La Protección de los Menores en el Derecho Internacional Mexicano", U.N.A.M. México 2006. Pág. 32.

²⁷ Adroher Biosca, S., "Algunas Cuestiones en Torno a la Adopción Internacional". Edit. Colex. Madrid, 2004. Pág. 149.

primer plano, con su supervivencia, y en segundo con su bienestar físico y psíquico durante el proceso inicial de su desarrollo, incluso entes de haber nacido.

VII] Conclusiones

Para concluir, es conveniente proponer la creación de una ley modelo que permita a los diferentes estados consolidar los conceptos sobre las características que en materia de subrogación materna deben ser legisladas. Una ley modelo es un arquetipo de texto legal preparado para ser incorporado por los gobiernos al derecho interno de su país y que presenta los mismos rasgos que cualquier otra ley aprobada por un poder legislativo²⁸. Las leyes modelo, confeccionadas por las distintas oficinas que pertenecen a la Organización de las Naciones Unidas, son elaboradas como un conjunto de herramientas de asistencia técnica que le permiten a los gobiernos traducir sus obligaciones, adquiridas con la firma y posterior ratificación o adhesión de los tratados internacionales, en leyes internas propias del marco jurídico de cada uno de los países. Estas leyes apuntan a facilitar la revisión y la corrección de las leyes internas vigentes en cada estado, haciendo los ajustes necesarios que permitan reflejar de manera precisa los principios fundamentales de su constitución y de su sistema jurídico, o en su caso, a facilitar la creación de nuevas legislaciones. Las leyes modelo dan prioridad a las obligaciones sustantivas que nacen de los tratados internacionales, dejando de lado las formalidades propias de los órganos legislativos de cada estado. Están diseñadas para ayudar, mas no para substituir, al meticuloso proceso legislativo. La creación de una ley modelo en materia de subrogación materna nos permitiría establecer un terreno común sobre el cual podríamos sembrar de manera conjunta los fundamentos que valoren y protejan, directamente, tanto el interés superior del menor como los derechos reproductivos de los padres.

Siguiendo esta secuencia en el pensamiento, es importante reafirmar la idea de que con independencia de los términos gramaticales, los conceptos generales o las interpretaciones personales, la función legislativa internacional debe tener muy claras las pautas a seguir a la hora de dictar convenios, declaratorias o leyes modelo que obliguen a los estados participantes a proteger los derechos fundamentales de los seres humanos. Bajo estos criterios, es indispensable reconocer que en materia de subrogación materna en particular, y de reproducción asistida en general, el interés superior del menor, si bien poco definido, debe ejercer como principio rector.

²⁸ *United Nations Office on Drugs and Crime*, Model laws and treaties. En <http://www.unodc.org/unodc/en/legal-tools/model-treaties-and-laws.html>. Consultado el día 23 de Agosto de 2012.

No hay que olvidar que, de acuerdo a las ideas del filósofo mexicano Efraín González Morfín, toda persona humana, incluso el niño en el vientre materno, es persona por su ser de sustancia individual, material y espiritual, y por ello tenemos el deber de defender el derecho humano a la vida del niño concebido que se encuentra en el vientre materno²⁹.

Bibliografía

Adroher Biosca, S, *Algunas Cuestiones en Torno a la Adopción Internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2004, p. 149.

Brena, Ingrid, *La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM En <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/1/dtr/dtr7.pdf> Consultado el día 08 agosto 2012

Camacho Servín, Fernando, *Vientres de Alquiler*, Semanal, México, Agosto 2010 En <http://www.msemanal.com/node/2753> Consultado el día 3 agosto 2012

Camille, Amy, *In Vitro Fecundation*. *Nature Medicine Journal*, Londres, 1897, p. 26.

Código Civil Federal. Libro I, Título Cuarto, Capítulo II, art. 54

Código Civil Federal. Título IV, Primera Parte, Capítulo I, arts. 1824-1831.

Convención Universal de los Derechos de los Niños. *United Nations Treaty Collection*.

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-V-11&chapter=4&lang=en Consultado el día 22 agosto 2012

Cottom, Hugo Leonel, *Análisis Crítico del Sistema Nacional de Salud de Guatemala*, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Quetzaltenango, Guatemala, 2004.

Davies, Michael J., *Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects*, Inglaterra, Journal of Medicine, 2010.

Ferrajoli, Luigi, *La Cuestión del Embrión entre Derecho y Moral*, en *Construcción de la Bioética*, Volumen 1 de la Serie de Textos de Bioética

²⁹ González Morfín, Efraín, *Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos*, Jurídicas, N. 19. U.I.A. México, 1988-1989, p. 351.

del Colegio de Bioética, A.C. (CB). Colección Ciencias, Tecnología y Sociedad del Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

Ferrajoli, Luigi. *La Cuestión del Embrión Entre Derecho y Moral*, en *Construcción de la Bioética*, Volumen 1 de la Serie de Textos de Bioética del Colegio de Bioética, A.C. (CB). Colección Ciencias, Tecnología y Sociedad del Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

Gamboa Montejo, Claudia, *Maternidad Subrogada: estudio teórico conceptual y de Derecho Comparado*. Centro de Documentación Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Política Interior, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, 2010. p. 15

Glosario de Tecnología en Reproducción Asistida. Consejo Australiano de Tecnología en Reproducción Asistida
En <http://www.rtc.org.au/glossary/index.html> Consultado el día 06 agosto 2012

González Morfín, Efraín, *Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos*, Jurídicas, N. 19. U.I.A. México (1988-1989), p. 351

Hansen, Michelle, *The Risk of Major Birth Defects after Intracytoplasmic Sperm Injection and in Vitro Fertilization*, *The New England Journal of Medicine*, 2010.

Higher Risks of Birth Defects from Assisted Reproduction. The University of Adelaide News Bulletin. Adelaide, Australia, 2012 En <http://www.adelaide.edu.au/news/news52561.html> Consultado el día 22 agosto 2012:

Lema Añón, Carlos, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Editorial Trotta, España, 1999.

Ley General de Salud. Título Décimo Octavo, Capítulo VI, art. 462

Morán De Vicenzi, Claudia, *El Concepto de filiación en la fecundación artificial*, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005, p. 191

Proyecto de Ley de Gestación Subrogada Asamblea Legislativa D.F. En <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueba-aldf-ley-gestacion-subrogada-df--6818.html> Consultada el 20 agosto 2012.

Rodríguez López, Dina, *Nuevas Técnicas de Reproducción humana. El útero como objeto de contrato*, Revista de Derecho Privado, México, Nueva Época, año IV, núm. 11, 2005.

Rodríguez, Sonia, *La Protección de los Menores en el Derecho Internacional Mexicano*, U.N.A.M. México, 2006, p. 32

Somerville, Margaret Anne, *When granny gives birth to her grandson, there is something wrong*. The Globe and Mail. Toronto, Canadá.
En <http://www.theglobeandmail.com/commentary/when-granny-gives-birth-to-her-grandson-theres-something-wrong/article567114/>
Consultado el día 08 agosto 2012.

Surrogacy Arrangements Act 1985, En
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents>. Consultado el día 29 septiembre 2012.

United Nations Office on Drugs and Crime. Model laws and treaties: En
<http://www.unodc.org/unodc/en/legal-tools/model-treaties-and-laws.html>. Consultado el día 23 de agosto de 2012.

Convenio de elección de foro

MA. ISABEL ÁLVAREZ PEÑA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Convenio de Elección de Foro*. IV. *El Caso Europeo*.

Resumen. En materia de Derecho Internacional Privado es de gran relevancia determinar cuál es el juez competente en casos de controversias entre particulares; esto, derivado del tráfico internacional. De lo anterior, pueden establecerse dos supuestos: a) que las partes hayan determinado al momento de celebrar el contrato el juez competente y la legislación aplicable y b) que no se haya establecido nada al respecto. En ambos supuestos, no todo queda resuelto pues podrían darse diversos supuestos como que un juez se declare incompetente o que se declare competente aún aplicando competencia exorbitante e incluso que existan complicaciones para que las sentencias surtan efectos. Por tal motivo –de los conflictos que podrían sucitarse–, es comprensible que el comercio internacional se inhiba ante la falta de certeza jurídica en caso de controversias.

Palabras clave: Foro, competencia, juez competente, legislación aplicable, ámbito de aplicación, elección de foro.

Abstract. *In the field of Private International Law, it is of great importance to determine which is the competent judge in cases of disputes between individuals, derived from international traffic. Accordingly, two situations may arise: a) that the parties determined the competent judge and the applicable law at the time the agreement was held, and b) that the parties failed to establish anything in that respect. In both cases, not everything is solved for there could still occur diverse scenarios like the court declaring its incompetency or competency despite applying exorbitant competency and even then there still may exist difficulties for the sentences to take effect. For this reason -of the diverse conflicts that may arise-, it is understandable that international commerce is inhibited due to the lack of legal certainty in cases of disputes.*

Keywords: *Forum, competence, competent judge, applicable law, scope, choice of court.*

¹Directora de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara; profesora de Derecho Internacional Privado, en la Licenciatura en Derecho de la Universidad Panamericana.

I] Introducción

Un tema muy importante en materia de Derecho Internacional Privado es determinar quién es el juez competente en los casos en los que exista una controversia derivada de un acuerdo entre particulares, el cual tiene diferentes puntos de conexión con diferentes países, que puede hacer competente a jueces con jurisdicción en distintos países.

Una persona al celebrar un contrato internacional, se puede preguntar si, en caso de ser necesario, podrá acudir a los tribunales de su país para dirimir una controversia; así como, en el supuesto que le otorguen la razón las autoridades jurisdiccionales, la siguiente pregunta que puede hacerse es si esta surtirá efectos.

Cuando derivado del tráfico jurídico internacional, debemos determinar un juez competente para que conozca y resuelva un asunto, nos podremos encontrar ante dos supuestos, primero, que las partes hayan determinado al momento de celebrar el contrato, quién sería el juez competente y cuál sería la legislación aplicable al caso concreto; y segundo, que las partes no hayan establecido al momento de la contratación internacional, ni juez, ni legislación aplicable.

Ahora bien, el hecho de acordar previamente quién será el juez competente, no resuelve todos los problemas que podrían derivarse de un supuesto en el que se de una controversia entre las partes, pues puede darse el caso de que, a pesar de que ambas partes hayan acordado determinar quién es el juez competente y cuál será la legislación aplicable, al momento de que el demandante presente su demanda ante el juez acordado por las partes, la respuesta de dicho juez puede ser la de declararse incompetente, conforme al foro *non conveniens*, por considerar que existe un juez con mayores puntos de conexión que él para resolver el fondo del asunto; o que cuando se presente la demanda ante un juez que no fue acordado por las partes, éste se declare competente, conociendo y resolviendo un asunto que es a todas luces un foro de competencia exorbitante para dicho juez.

De igual forma, en los supuestos en los que las partes no hayan fijado juez competente y legislación aplicable en caso de controversia, se deberá determinar, por ejemplo, mediante las reglas del método conflictual tradicional; sin embargo, una vez determinados ambos aspectos, todavía quedaría por resolver, al igual que en el caso de que se hubiera acordado previamente la jurisdicción y la legislación aplicable, el tema de que la sentencia que dicte dicho juez surta efectos.

Frente a tales escenarios es entendible que el comercio internacional se inhiba ante la falta certeza jurídica respecto a quién será el juez competente y conforme a qué normas se dirimirá una controversia y en último caso que dicha sentencia sea ejecutada.

II] Antecedentes

Desde 1992 los Estados Unidos de Norteamérica, a instancias del profesor de Universidad de Harvard, Arthur Von Mehren, propusieron crear un convenio de competencia judicial y reconocimiento de sentencias en materia civil y mercantil².

Tal propuesta tuvo que esperar 13 años y muchos cambios para concretarse, ya que el texto definitivo del Convenio fue elaborado en el marco de la Vigésima Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en el año 2005³.

Este Convenio, se elaboró el 30 de junio de 2005, y no ha entrado en vigor, pues el único país que lo ha ratificado es México (26 de septiembre de 2007); Estados Unidos y la Unión Europea firmaron el Convenio en el año 2009, y se está a la espera de su ratificación⁴.

III] Convenio de elección de foro⁵

1. Características Generales

El Convenio tiene como objetivo promover el comercio y las relaciones internacionales; en virtud de que busca, a través del fortalecimiento de la cooperación judicial, dar certeza jurídica a las partes, ya que dará eficacia a los acuerdos de elección de foro y regulará el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas conforme a los términos del Convenio.

2. Ámbito de aplicación

El Convenio contempla tres requisitos para ser aplicable: a) Ser una situación internacional, b) Tratarse de una materia civil y mercantil, con las excepciones señaladas en el apartado siguiente y c) Que existe una cláusula exclusiva de elección de foro.

3. Excepciones al ámbito de aplicación

Es aplicable a los acuerdos de elección de foro, en los situaciones de tráfico jurídico internacional. Excepto en los siguientes casos⁶:

² <http://www.hcch.net/upload/expl37e.pdf> consultada el 30 de junio de 2013. Reporte explicativo de Trevor Hartley & Masato Dogauchi, página 16.

³ <http://www.reei.org/index.php/revista/num22/notas/mexico-convencion-haya-30-junio-2005-sobre-acuerdos-eleccion-foro> consultada el 30 de junio de 20013. González Marín, Nuria. México y la Convención de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de Foro, página 4.

⁴ <http://www.hcch.net/upload/outline37s.pdf> Reseña del Convenio de la Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro, consultada el 23 de Julio de 2013.

⁵ <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37es.pdf> Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, consultada el 30 de junio de 2013.

A. En los acuerdos: a) En los que es parte un consumidor y b) Sobre contratos laborales, tanto individual como colectivo.

B. En las siguientes materias: a) Estado y capacidad de las personas físicas; b) Obligaciones alimenticias; d) Las demás materias de Derecho de familia; e) Los testamentos y las sucesiones; e) La insolvencia, los convenios entre insolvente y acreedores y materias análogas; f) El transporte de pasajeros y de mercaderías; g) La contaminación marina, la limitación de responsabilidad por demandas en materia marítima, las averías gruesas, así como el remolque y salvamento marítimos en caso de emergencia; h) Los obstáculos a la competencia; i) La responsabilidad por daños nucleares; i) Las demandas por daños corporales y morales relacionados con los primeros, interpuestas por personas físicas o en nombre de éstas; j) Las demandas de responsabilidad extracontractual por daños a los bienes tangibles causados por actos ilícitos; k) Los derechos reales inmobiliarios y el arrendamiento de inmuebles; l) La validez, la nulidad o la disolución de personas morales y la validez de las decisiones de sus órganos; m) La validez de los derechos de propiedad intelectual distintos de los derechos de autor y derechos conexos; n) La infracción de los derechos de propiedad intelectual distintos de los derechos de autor y derechos conexos, con excepción de los litigios iniciados por la violación de un contrato existente entre las partes con relación a tales derechos, o los que pudieran haberse iniciado por la infracción de dicho contrato y ñ) La validez de las inscripciones en los registros públicos.

Además de dichas materias el Convenio prevé que los Estados puedan añadir más materias que se excluyan en la aplicación del presente convenio lo cual podrá hacer tanto en la firma del mismo, como de manera posterior.

Salvo que cualquiera de los puntos enunciados con anterioridad fuera una cuestión preliminar y no resolviera el fondo del asunto.

C. En los casos de arbitraje.

4. Acuerdo Exclusivo de Elección de Foro

El Convenio describe como "acuerdo exclusivo de elección de foro" aquel acuerdo celebrado por dos o más partes y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal.

Es decir, en virtud de este Convenio, una vez que las partes establecen un tribunal competente, dicho tribunal deberá conocer del fondo del asunto y cualquier otro tribunal deberá inhibirse en caso de que se le presente a él una demanda. Así mismo, una vez dictada la sentencia conforme a un "acuerdo exclusivo de elección de foro", ésta

⁶ Cfr. <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37es.pdf> Artículo 2 del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, consultada el 30 de junio de 2013.

deberá ser ejecutada por los tribunales que resulten competentes para tales efectos.

Como requisitos de forma del acuerdo podemos señalar que debe constar por escrito; o por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta.

Los requisitos de fondo del acuerdo serán los que establezca la legislación del Estado que se elija como competente, lo cual se desprende de los artículos 5,6 y 8 del Convenio.

También regula los "acuerdos no exclusivos de elección de foro", pues señala que el acuerdo será exclusivo salvo que las partes determinen lo contrario, con lo cual da la opción a las partes de que determinen expresamente que el foro no será exclusivo.

La "cláusula de elección de foro" será una cláusula independiente, que no podrá ser impugnada por la falta de validez del contrato, es decir, el juez que podría decretar la invalidez del contrato, es el que haya sido establecido por las partes en la cláusula de acuerdo exclusivo de elección de foro.

5. Reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en virtud del presente Convenio

Se deberá entender como "resolución" a toda decisión de un tribunal respecto al fondo de un asunto, no se incluyen las cuestiones preliminares y cautelares.

Para la ejecución de las resoluciones emitidas en virtud del Convenio de Elección de Foro, se deberán tener en cuenta las siguientes consideraciones: a) Deberá ser reconocida y ejecutada en los demás Estados contratantes, b) No se revisará el fondo de la resolución dictada por el tribunal de origen y c) Deberá ser ejecutada solo si es ejecutoria en el Estado de origen.

Sin embargo, no se procederá a la ejecución de la resolución si:

- a) El acuerdo era nulo en virtud de la ley del Estado del tribunal elegido;
- b) Una de las partes carecía de capacidad para celebrar el acuerdo en virtud del tribunal requerido;
- c) No se respetaron los derechos de defensa del demandado;
- d) La resolución es consecuencia de un fraude al procedimiento;
- e) Es contraria al orden público del Estado requerido y
- f) Es incompatible con otra resolución previamente dictada en un litigio entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa.

6. Entrada en vigor

Como ya hemos mencionado, México ha sido el único país que a ratificado el Convenio, y conforme a lo establecido en el texto del mismo, se requiere que al menos dos países lo ratifiquen para que entre en vigor.

Estados Unidos, país que, como hemos visto, propuso ante La Haya la necesidad de un Convenio con estas características, firmó el mismo en el año 2009, y se está a la espera de la ratificación por parte de dicho país.

Así mismo la Unión Europea mediante la Decisión 2009/397/CE del 26 de febrero de 2009, firmó el Convenio.

Si se lograra la adhesión tanto de los Estados Unidos como de la Unión Europea, seguramente muchos otros países seguirían sus pasos, en virtud de las relaciones comerciales que puedan tener con ambas partes.

Sobra decir que en la medida en que mayor sea el número de países que ratifiquen este convenio se tendrá una normativa uniforme en la materia objeto del presente Convenio.

IV] El caso europeo

En el Considerando número 5 de la Decisión 2009/397/CE⁷, el Consejo Europeo establece que en virtud de que el Convenio de la Haya en su artículo 30 señala:

En el momento de la firma, aceptación, aprobación o adhesión, una Organización Regional de Integración Económica podrá declarar que ejerce competencia para todas las materias reguladas por el presente Convenio y que sus Estados miembros no serán Parte de este Convenio pero estarán obligados por el mismo en virtud de la firma, aceptación, aprobación o adhesión de la Organización.

*En el caso que una Organización Regional de Integración Económica haga una declaración conforme al apartado 1, cualquier referencia a un «Estado contratante» o a un «Estado» en el presente Convenio se aplicará igualmente, cuando sea pertinente, a los Estados miembros de la Organización.*⁸

La Unión Europea puede adherirse al Convenio como Organización Regional de Integración Económica, y al hacerlo se estarían obligando automáticamente 27 países, de los 28 que la integran; pues Dinamarca no queda vinculada a este Convenio por la Decisión 2009/397/CE, en virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.⁹

Ahora bien, el hecho de que el Convenio de la Haya considere la posibilidad de que Organizaciones Regionales de Integración Económica se adhieran, sin que se requiera la ratificación o adhesión particular de cada uno de los países miembros, facilita que el Convenio sea aplicado a la mayor cantidad de países en un período de tiempo más corto que el

⁷ [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:133:0001:0013:ES:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:133:0001:0013:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:133:0001:0013:ES:PDF) consultada el 3 de agosto de 2013.

⁸ *Op. Cit.* <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37es.pdf> Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, consultada el 30 de junio de 2013.

⁹ *Op. Cit.* [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:133:0001:0013:ES:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:133:0001:0013:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:133:0001:0013:ES:PDF) consultada el 3 de agosto de 2013.

que se emplaría, por ejemplo en el caso de la Unión Europea que dicho proceso se llevara internamente en 27 países. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la Decisión del Consejo Europeo fue firmada el 26 de febrero de 2009, y en la misma Decisión se estableció que sería necesaria una ratificación posterior, para permitir informar a los Estados miembros de la Unión Europea, así como que se hicieran las adecuaciones necesarias en las legislaciones internas antes de que les fuera obligatorio; cuatro años después todavía no se ratifica, con lo cual seguimos a la espera de que lo haga y que el Convenio entre en vigor.

La pregunta que podemos hacernos en este momento es, en caso de que ratifiquen el Convenio, quién lo hará primero, Estados Unidos, impulsor de este Convenio o la Unión Europea. Sea cual fuere la respuesta, en el momento que entre en vigor el presente Convenio, por la ratificación de cualquiera de estas dos partes, serán cada vez más los países que se adhieran al presente Convenio.

Bibliografía

Trevor Hartley & Masato Dogauchi, Reporte explicativo de. <http://www.hcch.net/upload/expl37e.pdf> consultada el 30 de junio de 2013.

González Marín, Nuria. México y la Convención de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de Foro, <http://www.reei.org/index.php/revista/num22/notas/mexico-convencion-haya-30-junio-2005-sobre-acuerdos-eleccion-foro> consultada el 30 de junio de 2013.

Reseña del Convenio de la Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro, <http://www.hcch.net/upload/outline37s.pdf> consultada el 23 de Julio de 2013.

Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37es.pdf> consultada el 30 de junio de 2013.

Decisión 2009/397/CE del Consejo Europeo de la Unión Europea <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:133:0001:0013:ES:PDF> consultada el 3 de agosto de 2013.

Sobre la exclusión y subrogación del Principio de Orden Público como causal de denegación de obtención de pruebas extranjeras en la Convención de la Haya de 1970

GILBERTO BOUTIN I53L3¹

SUMARIO: *Introducción general. I. La intervención del rol poliforme de la reserva de orden público en el Derecho Internacional en su dimensión procesal. II. Sobre las causales de denegación concernientes a la obtención de pruebas de carácter internacional en la Convención de La Haya fundadas en el principio de Soberanía y Seguridad de Estado. III. En torno a las causales reales de denegación de prácticas de pruebas inherentes a la dogmática del Derecho Procesal Civil Internacional.*

Resumen. El presente artículo tiene por finalidad efectuar un análisis crítico del artículo 12 de la Convención de La Haya de 1970, que regula los motivos o causas de inejecución de la asistencia judicial en materia de pruebas y excluye la noción de orden público sustituyéndola por la noción de soberanía y seguridad de Estado. Conceptos que no se adecúan a la finalidad de la convención pueden en esta crítica, introducir criterios cónsonos con los problemas probatorios como los principios fundamentales o derechos humanos, el principio del contradictorio y finalmente reincorporar la noción de orden público ignorada por dicha convención.

Palabras clave: soberanía, seguridad, estado, cortesía internacional, orden público, contradictorio y derechos fundamentales.

Abstract. *This article aims to make a critical analysis of Article 12 of the Hague Convention of 1970, which regulates the reasons or causes of non-performance of legal assistance in testing, and excludes the notion of public policy substituting this notion for State sovereignty and security. Concepts that do not conform to the purpose of the convention, can, in this analysis, introduce criteria consonant with evidentiary*

¹ Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá (2011-2016), Presidente de la Asociación de Derecho Internacional Privado y Comparado; miembro del International Association of Legal Science de l'UNESCO; colaborador del Max Planck Institut de Hamburgo, Alemania; coeditor de la Revista Trust & Trustee de Londres, Inglaterra. Miembro individual de la Cámara de Comercio Internacional.

problems such as fundamental principles or human rights, the principle of contradiction, and finally reinstate the notion of public policy ignored by said convention.

Keywords: *Sovereign, security, state, courtesy international, public policy, contradictory and human rights.*

I] Introducción

El presente trabajo es consagrado al preclaro jurista holandés, Hans van Loon, activista renombrado del Derecho Internacional Privado comparado y defensor de la bilateralidad lingüística, en los procesos de formación y redacción de los convenios de La Haya, en los idiomas francés e inglés, por esa razón hoy doy fe, de su temperamento humano y neutralidad cultural en todo el desarrollo de los proyectos de dichos convenios que lo observara en las últimas dos décadas al gozar del privilegio de ser su colega y corresponsal en Panamá; su partida del comité permanente de derecho internacional privado, deja atrás un cúmulo de sabiduría a la Institución y a la doctrina mundial en el medio de la cultura de los conflictos de leyes que difícilmente pueda ser reemplazado en el plano humano y científico de esta trascendental asignatura de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

El propósito de la presente comunicación, se centra en un examen crítico y de readaptación de las causales que motivan la denegación de todo auxilio judicial prevista en el artículo 12 de la Convención de La Haya de 1970, relativa a la obtención de pruebas en materia civil y comercial, contemplada entre jueces de diferentes foros concurrentes². La citada norma convencional, apunta dos causales básicas para negar toda ejecución de auxilio judicial con fundamento en los criterios de soberanía y seguridad de Estado del juez requerido; causales que no se compadecen con la materia de derecho probatorio internacional pues el contenido y finalidad de dicho convenio transita por la participación de leyes procesales-adjetivas y civiles-materiales para asegurar la libre circulación de la prueba civil; siendo los criterios de soberanía y seguridad de Estado, conexiones y criterios de orden político mas bien vinculas a la teoría general del Estado y al derecho internacional público³; los cuales consideramos criterios de denegación son impropios y extraños a la *ratio essendis* de la convención y al método conflictual insito a los negocios de derecho internacional privado. Se hace evidente que la efectividad real y directa de dicho instrumento

² Boutin, Gilberto, *La concurrencia de foros en el Derecho Procesal Internacional Panameño y en la Convención de Bustamante: Forum Non Conveniens y Litispendencia Internacional*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, Iprolex, 2009, p. 551.

³ Fauchille, Paul, *Traité de Droit International Public*, Librairie Arthur Rousseau, 1926, p. 402.

convencional descansa en el tema vital de la administración y circulación de la prueba internacional, que agrupa tres condiciones imperativa a respetar en el paso de un sistema probatorio a otro que son: los *principios de orden público* de la *lex procesali excusationis*, cuyo principio regula la admisibilidad del medio de prueba internacional por un lado, así como el respeto a la *regla del contradictorio* o *bilateralidad procesal* y finalmente, al reconocimiento y respeto de los *derechos fundamentales* o *derechos humanos*.

En este sentido y en el escenario de la viabilidad de la comisiones rogatorias en materia de pruebas situadas en el extranjero, dicha técnica judicial, atraviesa por campos del derecho comparado específicamente, entre los sistemas probatorios basados en *the freedom of proof* del sistema inglés, al sistema de la prueba preconstituida de los países latinos y que se reduce al debate entre libertad y legalidad del medio probatorio⁴. Los procesos de integración se ejecutan vía acuerdos de cooperación que comunican directamente con el derecho comparado tal como lo destaca el profesor Siqueiros en un análisis apretado entre la convenciones interamericana de Panamá de 1975 junto a la Convención de La Paz de 1984 frente al régimen propuesto por la Convención de La Haya de 1970⁵.

La autodelimitación de nuestro tema, tiene su razón de ser en los tópicos de soberanía y seguridad como causales de inejecución de todo auxilio judicial, pues, descartamos en efecto, los actos no jurisdiccionales enunciados en el propio artículo 12, como pueden ser: los actos notariales y habilitantes o puramente actos administrativos creadores de una situación jurídica determinada.

De igual forma se excluye de la presente investigación la prohibición de la acción de *pre-trial* censurada en el artículo 23 convencional pues se trata de un tópico puntual que amerita un estudio aparte tan sólo señalar que el error de la convención en dicha disposición consiste en desconocer las acciones de aseguramiento de prueba con el *pre-trial*. Francia con posterioridad modifico su reserva⁶ en contra de la figura *del pre-trial*⁷ pues la incomprensión de la materia por los convencionalistas en introducir tal prohibición era consecuencia de una óptica desnaturalizadora del instituto anglosajón de la audiencia preliminar que tiende a delimitar el objeto de la *litis* evitando sorpresas.

Intentar desarrollar una legislación internacional, reguladora del tráfico o circulación de la prueba extranjera o internacional en el plano

⁴ Taruffo, Michel, *La Prueba de los Hechos*, Editorial Trotta, 2002, p. 361.

⁵ Siqueiros, José Luis, *La Cooperación Procesal Internacional*, El Sistema Norteamericano del Discovery, El Foro, 1998, Tomo 1, Número 4, p. 97.

⁶ Bernard, Audit, *Droit International Privé*, Económica, 2006, p. 353.

⁷ Mackie David, *Pre-Trial and Pre-Hearing Procedure World-Wide*, Editor Charles Platto Graham and Trotman, a current official objective of pre-trial procedures is to avoid surprise at trial by ensuring that all relevant documentary and other material is disclosed in advance. p. 291.

procesal, obliga a tomar en cuenta temas de fondo que por la fuerza de gravedad institucional obligan a descender y retomar contacto con las reglas que gobiernan el derecho probatorio o contencioso internacional.

La debilidad del artículo 12 de la Convención, obedece al hecho que concibe que el estatuto de la cooperación judicial internacional, descansaba en el derecho internacional público y en la soberanía territorial⁸.

Postura realmente superada en el pensamiento latinoamericano gracias a la cultura conflictualista o de derecho internacional privado consagrada en el Código Bustamante y en la doctrina⁹. Tendrán que transcurrir tres largas décadas para iniciar el proceso de exorcizar del derecho de cooperación judicial internacional al derecho internacional público así como de la noción de Soberanía y Seguridad de Estado. Este cambio de paradigma ya legislado en el Libro IV del Código¹⁰ de Derecho Internacional Privado para los países latinoamericanos de 1928, se advierte en Europa con el advenimiento de los Reglamentos 1348/2000 y 1206/2001, que regulan los actos de notificación y obtención de pruebas en el espacio de la comunidad europea. Afirma la doctrina actual que la cooperación judicial es un *affaire* entre juez del país exhortante y exhortado. En verdad, las reglas de cooperación internacional en materia de prueba tropiezan indefectiblemente en su desarrollo por las dificultades propias de la valoración de la prueba que se resumen en la admisibilidad, control y ejecución de la prueba en el extranjero examinaremos más adelante.

Esas facetas descritas generan los verdaderos medios de impugnación internacional engendrados por la convención de La Haya de 1970.

Lo que pretendemos desarrollar en nuestro artículo, consiste en retener y describir la importancia de la reserva o excepción del orden público internacional¹¹ como reserva reguladora de los actos procesales internacionales en una primera parte. Examinar, la naturaleza y finalidad del convenio en estudio de 1970 indagando en esta segunda sección las nociones de soberanía y seguridad de estado en su concepción original y observar sus limitaciones frente a la era de un nuevo derecho de los tratados como el surgimiento de los fenómenos de integración que eclipsan y reducen sendas nociones en el marco del derecho internacional privado. Para finalmente abordar, las causales congénitas que pueden derivarse en la búsqueda de un control equitativo de la ejecución y perfeccionamiento de la prueba extranjera que radica en las

⁸ Burkhard, Hess, *Nouvelles Technique de la Coopération Judiciaire Transfrontalière*, Revue Critique de Droit International Privé, 2003, p. 218.

⁹ Ley 15 del 26 de noviembre de 1928, por la cual la República de Panamá adopta el Código de Bustamante, Gaceta Oficial No. 5428.

¹⁰ Artículo 314 del Cod. B.

¹¹ Franco, Mosconi, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules* Recueil de l'Académie de La Haya de Droit International, 1989, TV, p. 30.

causales fundadas en: la reserva de orden público, en el principio del contradictorio y en los derechos fundamentales a título universal.

II] la intervención del rol poliforme de la reserva de orden público en el derecho internacional en su dimensión procesal

Cada sistema erige su propias reglas de valoración de la prueba tal como lo destaca los autores ingleses Cheshire and North's en su manual clásico de derecho internacional privado en la sección relativa al derecho aplicable a las evidencias que nos permitimos transcribir: *Every system of law has its own principles for determining the manner in which the truth of facts, acts and documents shall be ascertained, and it is obvious that whether the question at issue is domestic or foreign in origin, those principles must invariably apply. If another system of evidence were admissible it would be equally reasonable to permit another mode of trial*¹².

La necesaria convergencia de dos sistemas judiciales en la consecución de pruebas situadas en el extranjero, genera el riesgo de incompatibilidad permitiendo¹³ la excepción del orden público frente a sistemas jurídicos asimétricos o antitéticos.

La reserva de orden público o bien, *public policy* en el plano de los conflictos de jurisdicción o mejor conocidos en el lenguaje forense latinoamericano como derecho procesal internacional, comporta una aplicabilidad múltiple deviniendo una regla de peso y contra peso¹⁴.

Sin duda alguna, hay que señalar que el poder recurrir en los diversos tratados bilaterales o multilaterales a la noción de orden público por parte del juez de la causa constituye una función correctiva consubstancial al derecho internacional privado comparado.

Basta que se trate de un negocio jurídico con caracteres internacionales que permita al juez la búsqueda de una prueba determina ya sea *testimonial*, *pericial* o *documentaria* en el extranjero, en tal evento el juez de la causa se ve obligado acudir al auxilio judicial internacional conjugándose el paralelismo de dos ordenamientos jurídicos nacionales y de igual manera evidenciar en tales circunstancias la potencial presencia del orden público como moderador de la cooperación judicial que permite revisar los límites a la concurrencia de dos sistemas judiciales interdependientes en este tipo de operación.

Nos cabe mencionar la intervención del orden público en el dominio del derecho convencional por un lado y mas precisamente en el

¹² Cheshire and North's, *Private International Law* Butterworths, 1979, p. 698.

¹³ Holleaux d., Foyer J., *Geouffre de la Pradelle de G. Droit International Privé*. Edition Masson, 1987, p. 290.

¹⁴ Boutin, Gilberto, *Derecho Internacional Privado*, Edition Maître Boutin, Segunda Edición, 2006, p. 905.

plano del derecho procesal sin perder de vista la noción y lugar del orden público como primer segmento de esta primera parte.

1. El Orden Público como Principio Omnipresente en el Derecho Internacional Privado

El orden público está vinculado su existencia a la esencia de un determinado ordenamiento jurídico positivo. El orden público recoge el interés político de todo sistema legal.

Podemos definirlo como *excepción*, como *principio* y como *derecho* en estas manifestaciones propias en el devenir de los conflictos de leyes o del derecho internacional privado.

El orden público es la autodefensa que posee todo sistema judicial para oponerse a la aplicación de un derecho, acto o tratado de fuente extranjera que siendo competentes de acuerdo al sistema conflictual del foro su aplicación en dicho ordenamiento jurídico conculcaría derechos fundamentales.

Pero también se habla que el orden público constituyen principios esenciales y no necesariamente el derecho material y objetivo. Sino regla básicas como la libertad, igualdad o sobre el hábitat o intereses propios de la comunidad.

El orden público también representa un derecho de fondo a preservar su rechazo frente a una ley o acto extranjero jurisdiccional comporta supletoriamente la aplicación del derecho del foro como medio idóneo de llenar el vacío generado por los efectos negativos del orden público del foro.

A fin de precisar el orden público en el esfera del derecho internacional privado hace parte de la esencia del método conflictual en sus dos vertientes unilateralismo y bilateralismo

Cuando nos referimos al orden público se trata del orden público internacional, es decir la defensa que tiene el orden jurídico positivo de un determinado Estado para rechazar la aplicación o invasión de una norma que atenta contra principios fundamentales del sistema del foro. Es un orden público positivo que deviene internacional pues constituye en muro de contención contra el derecho foráneo.

Mientras que el orden público interno no es más que el conjunto de normas imperativas vigente que las partes no pueden sustraerse de ellas por vía de convención.

La formas de empleo de la reserva del orden público son variables, ésta puede ser considerada como un punto de conexión tal como lo prevé el código Bustamante, puede ser considerado como una cláusula de evicción y por último como un criterio circular de aplicación del juez del foro.

La paradoja que presenta la noción misma del orden público se centra en su plasticidad y sus formas graduales de hacer sentir.

2. Clasificación tripartita del orden público en el derecho internacional privado

Podemos clasificar el orden público en tres grandes grupos el orden público genérico, el orden público atenuado y el orden público reflejo.

En síntesis el orden público es una emanación cultural y ética de cada Estado que modula la frecuencia de las reglas foráneas con pretensión de ejercitar sus efectos en un determinado ordenamiento jurídico positivo¹⁵.

a. El orden público genérico o derogatorio

El orden público genérico o pleno es la concepción tradicional de evicción frente a una norma jurídica extranjera normalmente competente pero cuya aplicación por el juez o la autoridad correspondiente cercenaría principios fundamentales del sistema jurídico del foro¹⁶.

Se trata de una excepción que confirma lo inconciliable entre el derecho del foro con la norma extranjera pues contiene una ruptura ética normativa que no admite el juez de la causa.

Efectos del orden público genérico. Nos percatamos que existen dos efectos connaturales en la aplicación de la reserva judicial propuesta por el juez que se limitan a prever un efecto negativo y un efecto positivo¹⁷. Dentro de este proceso el juez de la causa rechaza la ley extranjera designada por la ley competente pero debe suplir dicho vacío mediante la aplicación supletoria o subsidiaria de la ley del foro a efecto de cubrir el *vacuum* jurídico producto de la negativa de aplicar el derecho extranjero.

b. El orden público atenuado

Se entiende por tal aquella reacción o actitud del orden público del foro de reconocer las consecuencias derivadas de un derecho adquirido en el extranjero aun cuando dicho derecho jamás hubiese podido ser reconocido en el derecho del juez de la causa o del foro. Así, a guisa de ejemplo, Omar Saddam, residente en Panamá de nacionalidad Siria, fallece en un accidente en la ciudad de Colón cuando se destinaba a viajar a su país natal. De conformidad con el derecho musulmán el de *cujus* había contraído cuatro matrimonios con mujeres de nacionalidad Siria de igual religión. Al fallecer en Panamá, Omar Saddam deja bienes

¹⁵ Boutin, Gilberto, *La Noción de Orden Público en el Derecho Internacional Privado Tribuna Forense*, enero, 2001 Núm 1, p. 41.

¹⁶ Andere Medieola, Alfredo, *El orden público nacional y el orden público internacional en México*, una consideración y necesidad evolutiva para el Derecho Internacional Privado. *Revista Mexicana de derecho internacional privado*, 2003, p. 96.

¹⁷ Othenin-Girard, Simon, *La Reserva d'ordre public en droit international privé*, Suisse Schulthess, 1999, p. 253.

los cuales sus herederos sería de acuerdo con la ley confesional islámica sus cuatro mujeres.

Siendo Panamá un país republicano, laico y ateo. El juez de la sucesión optaría por señalar que dichos matrimonios que configuran la poligamia es contrario al orden público y a la moral cristiana. Sin embargo, tal posible razonamiento podría incurrir el juez del foro, en una violación a derechos adquiridos en el extranjero regularmente establecidos y opta por reconocer los efectos de dichos derechos en nuestro país a efecto que las cuatro viudas puedan heredar en igualdad. El orden público juega un rol de preservación del derecho extranjero mientras que el orden público genérico juega un rol extinguidor del derecho extranjero.

c. *El orden público reflejo*

Se trata de aquel orden público que coincide en idénticos conceptos con el orden público extranjero y se transforma en una conexión o *rattachement* par el juez de la causa. A modo de ejemplo comparativo, podemos en líneas generales esbozar que: el orden público reflejo de Francia es el orden público de Bélgica, el de orden público de Portugal, es el orden público de Brasil, el de Argentina, el orden público del Uruguay, el orden público de Panamá, es el orden público de Colombia. Se trata de dos sistemas jurídicos con simetría o coincidencia de valores que conducen en determinadas circunstancias a idénticas respuesta legales o judiciales. Una pareja de individuos del Movimiento de izquierda revolucionaria en la época del Presidente Allende, en Chile, se refugian en La Habana; país donde transcurrido por más de cinco años dicha relación marital se transforma en un matrimonio de hecho. Un buen día se trasladan a Panamá el marido construye en diez años una fortuna en el mercado panameño pero fallece. Se abre la sucesión y sus padre aun viven y se desplazan a Panamá invocando que el matrimonio de hecho perfeccionado en Cuba es contrario a la moral y al orden público y por ende la compañera no tiene la calidad de esposa para heredar y no habiendo niños producto del matrimonio quienes pretenden heredan son los padres. El derecho judicial panameño señala que reconoce el matrimonio de hecho perfeccionado en el tiempo Cuba, pues existe simétricamente una misma institución en el derecho del foro que permite su reconocimiento en virtud del orden público reflejo.

He aquí demostrado la versatilidad de la noción de orden público que hace parte del método conflictual del Derecho Internacional Privado.

II] Sobre las causales de denegación concernientes a la obtención de pruebas de carácter internacional en la Convención de la Haya fundadas en el Principio de Soberanía y Seguridad de Estado

En este segmento remarcamos los inconvenientes de la inserción de la causas de denegación de la ejecución y obtención de pruebas situadas en el extranjero fundadas en las causales de soberanía y seguridad. Indudablemente, la existencia de dichos criterios a la luz de la convención es nugatorio de la autonomía del Derecho Internacional Privado y del Derecho Privado Internacional¹⁸.

Breve pero enérgicamente debemos denotar que las nociones políticas y de derecho estatal como la Soberanía y la Seguridad de Estado son conexiones marginales a la ciencia de los conflictos de leyes como son las ramas asociadas al Derecho Internacional Público, al derecho administrativo y a todas aquellas disciplinas o variante cuya fin se agota la explicación y preservación de la función del Estado como sujeto interno e internacional.

Veamos entonces el lugar de la categoría de la soberanía y de la noción insípida de seguridad de Estado. No podemos decir nada más que la soberanía como causal de revertir la focalización del derecho de prueba en un litigio internacional privado es una causal exorbitante y desnaturalizante del régimen de cooperación judicial convencional de nuestros días. De ahí la importancia en este segmento de exponer algunos aspectos sobre la naturaleza de los tratados internacionales y su clasificación por un lado que condicionen las bases del control de la ejecución de toda comisión rogatoria de Derecho Internacional Privado por un lado. De igual suerte, establecer que desde 1893, pasando por los convenio de 1905, 1954 hasta llegar a nuestra convención a inicios de la década de los 70, se han mantenido dichas causales como demostración de *una evolución en reposo* del propio Derecho Internacional Privado y sus diversas tendencias que han permitido romper con las concepciones tradicionales de los derechos publicista de la época. De ahí, la variante que la soberanía como categoría unilateral e irreductible en sus orígenes sufre una serie de embates en la segunda mitad del siglo XX con el advenimiento de los fenómenos de la integración y previamente con la fortaleza del nuevo derecho convencional supranacional de los Estados que limitan la noción leviatánica del concepto de soberanía.

1. De la naturaleza de los tratados y convenios fundados en las causales de Soberanía y Seguridad de Estado

Somos del criterio que los tratados su finalidad como clasificación marcan el contenido de las causales de inejecución de los mismo. A modo de ejemplo los tratados de asistencia legal mutua en materia penal internacional entre Panamá y Estados Unidos, presenta causales de orden eminente políticos la no inejecución cuando la orden de

¹⁸ Quintin, Alfonsin, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Ediciones Idea, Uruguay, 1982, p.12.

asistencia judicial sea producto de la violación a los derechos de soberanía y derechos humanos¹⁹. El tratado de Montego Bay, la naturaleza es propia del derecho internacional público y del mar las causales son de orden estrictamente político pues se refiere a la delimitación del mar territorial y su plataforma continental²⁰. La Convención de Viena relativa a las sustancias psicotrópicas, regula los hechos punibles en materia de narcotráfico y sus causales de inejecución son de carácter restrictiva²¹.

Otro tipo de convención de carácter procesal es la convención de La Haya de 1980 relativa a la restitución internacional del menor que fija causales propias al interés objeto del convenio²².

Traslademos rápidamente algunos ejemplos persuasivos basados en la naturaleza de alguna convención en materia penal. Ella opera siempre y cuando tenga lugar el principio de doble incriminación²³, de exclusividad de la prueba, de especialidad²⁴. Siendo una materia de derecho puntual, ella responde sin duda a una *ratio* especial. De igual manera los acuerdos fiscales que comprenden el principio de soberanía o del interés esencial del Estado así como la regla de proporcionalidad.

Estos criterios se asocian con el derecho de cooperación administrativo y fiscal²⁵.

A modo residual, observamos que en la acción de restitución ella es calificada de fallida o caduca por transcurrir más de un año del desplazamiento del menor o bien por haberse integrado el menor en el nuevo núcleo familiar.

Obviamente las causas de denegación son subordinadas a un subcriterio jurídico y técnico como podemos observar en los textos de convenios invocados.

¹⁹ Ley No. 40. Por la cual se aprueban el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de los Estados Unidos de América para la Cooperación Fiscal, publicado en Gaceta Oficial No. 26767.

²⁰ Ley No. 38. Por la cual se aprueba la Convención de Montego Bay, publicado en Gaceta Oficial No. 23056.

²¹ Ley No. 20. Por la cual se aprueba La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Ilícitas, publicada en Gaceta Oficial No. 22429.

²² Ley No. 22. Por la cual se aprueba la Convención de la Haya sobre Sustracción Internacional de Menores, de 1980, publicada en Gaceta Oficial No. 22433.

²³ Colloque, Neyroud Philippe, *Entraide Judiciaire Internationale*, Georg Editeur S.A., Genève, 1986, *Entraide Judiciaire Internationale*, p. 24.

²⁴ Boutin, Gilberto, *Temas de Derecho Procesal*, Editor Heriberto Araúz, Los Principios de Cooperación Penal Internacional en el Derecho Panameño y la Excepción de Orden Público Internacional en la Jurisprudencia Panameña, 2003, p. 31.

²⁵ Colloque, Neyroud Philippe, *Op cit*, p. 67.

a. *Síntesis crítica de los conceptos de Soberanía y Seguridad*

Veamos en su estado puro los conceptos de soberanía y seguridad que calca la disposición 12 de la convención que censuramos por ser motivos de conexión inconsistente con la especialidad de nuestra materia.

La soberanía es una cualidad inherente de los Estados, pues el derecho internacional público sólo puede construirse en función de Estados soberanos²⁶.

Se puede inferir pues que la soberanía como un derecho ligado a la conservación de todo Estado.

En el desarrollo y comprensión del espectro de la Soberanía como elemento consubstancial al Estado ella es *excluyente, permanente y privativa*²⁷. En efecto, la Soberanía como criterio y categoría de las relaciones y negocios internacionales es propio del Derecho Internacional Público tradicional.

Pero la discusión es mucho más extensa y compleja sobre la soberanía ella se confunde con el Estado. Y el Estado a su vez se manifiesta sus actos vía el derecho y su coactividad. Es decir Estado es derecho o *Imperium*. A este respecto Kelsen señala en este sentido que la Teoría del Estado se verifica como una relación de *imperium*, se caracteriza al estado siendo analizado como sujeto y como objeto del *imperium* es decir, de su Soberanía²⁸. La Soberanía es una noción esencialmente política y galvanizado por un orden legal. Ello se traduce para Hermann Heller en capacidad política del Estado, en competencia internacional de dicho Ente Político y en un concepto de libre espacio que le concede el propio derecho internacional²⁹.

b. *La Seguridad de Estado*

Sólo algunas acotaciones a la noción perturbadora de la noción de seguridad de Estado. Aparece realmente, la doctrina de la seguridad de Estado después de la segunda guerra mundial, precisamente en los albores de la denominada guerra-fría³⁰.

Se trata de una doctrina política derivada de la cultura anglo-americana bajo pensadores como *Alfred T. Mahan, Halford Mc Kinder y Karl Haushoffer*, y concluye su mayor esplendor con la noción del Estado Fallido. Es un concepto hoy en día controvertido se refiere más que todo, a la *defensa de fronteras territoriales* de los Estados y a la protección de su núcleo de valores. Es una doctrina que va a militar en función de los intereses ideológicos de los Estados que acuden a ella.

²⁶ Denis, Alland, Editions Pedone, 2012, p. 32 y 33.

²⁷ Quintero, César, *Derecho Constitucional de Panamá*, Imprenta Universidad de Panamá, T I 1967, p. 18 y s.s.

²⁸ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional S.A., Erazo, 1970, p. 5.

²⁹ Hermann, Séller, *La Soberanía Fondo de Cultura Económica*, México, 1995, p. 279.

³⁰ Martí de Gidí, Luz Del Carmen, *La Seguridad nacional y el Acceso a la Información*, <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/13/lmarti13.pdf>.

No podemos descuidar que esta noción invasiva en el plano diplomático y de los conflictos de leyes se refiere no a la búsqueda positiva o negativamente de la ley aplicable sino a desarrollar de forma estratégica una *agenda de seguridad nacional* que rebasa netamente las cuestiones militares sino que opera en el mundo de la economía, en el medio ambiente y de la cultura general. En fin es un termómetro del poder y de los intereses de los Estado hegemónicos del momento.

De ahí luego entonces del nacimiento de las *doctrinas de la defensa* preventiva del Presidente George W. Bush, en el caso de Irak o la guerra del Golfo y que puede postularse como mecanismo para reasegurar los intereses político de una determinada nación.

De forma contundente la doctora en Derecho Público de la Universidad de Veracruz cita un pasaje concerniente a la noción de seguridad nacional o de estado en un precedente de la Corte Británica aun en su pleno período colonial de principios de siglo pasado, recogía una decisión de la Cámara de los Lores en un caso de reclamación civil planteado en el año de 1916 al establecer: Aquellos sobre quienes recae la responsabilidad de garantizar la seguridad nacional deben ser los únicos con capacidad para decidir que es lo que la seguridad demanda. Sería en extremo improcedente que los asuntos de esa índole fueran objeto de prueba ante los tribunales, o se convirtiera en materia de discusión³¹.

Es categórico y concluyente señalar que la noción de seguridad de Estado no pasa por el debate judicial ni es parte de la técnica de la búsqueda del derecho aplicable a la prueba lo cual conduce a sancionar que las nociones relativa a la soberanía y seguridad de Estado desvirtúan la finalidad de la convención de 1970 de manera clara con la complicidad de la doctrina savant.

En el plano de la teoría dualista, la Soberanía cobra su importancia en la segregación intencional sobre la constatación de dos ordenes legales que se excluyen.

Según la corriente dualista las relaciones internacionales solo operan en el espacio entre Estados soberanos mientras que el derecho positivo interno es un ámbito del derecho interno y en este sentido el derecho internacional no ejerce superioridad alguna sobre la Potestad interna de los Estados³². La concepción absolutista de la noción de Soberanía como una categoría absoluta, permanente y excluyente elemento esencial de los Estados, en el estado actual de la post-modernidad se contempla bajo un criterio reductriz.

³¹ Sánchez Revenga, Miguel. *Razonamiento Judicial, Seguridad Nacional y Secreto de Estado*, Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo-agosto, 1998, p. 63. Seguridad Nacional y Derechos Humanos estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 40 y ss.

³² León Gómez, Alberto; Ortiz, Loretta; Landa, César y Nash, Claudio. *La Aplicación Judicial de los Tratados Internacionales*, Edición de Serie Democracia y Judicatura, 2006, p. 102.

Entre las corrientes relativas subversivas al criterio dogmático de la Soberanía nos encontramos con la tendencia de la unificación del derecho internacional privado en el plano convencional por un lado y luego la aparición del fenómeno de interdependencia de los Estados con el nuevo orden económico que injerta en el corazón de la comunidad de naciones sobernas la coexistencia de dos ordenamientos entrelazados jerárquicamente en el plano de obligaciones vinculante de manera consuetudinaria.

Produciendo el abandono total e irreversible de la doctrina de la *courtoisie* internacional. De ahí, su inexactitud en el campo de las relaciones de derecho internacional privado. Hay que trazar la línea divisoria entre estas dos ciencias que regulan los sujetos internacionales.

2. La crítica sobre los límites al principio de Soberanía y Seguridad de Estado en el plano de un convenio de derecho internacional privado en el campo de pruebas especialmente

En el derecho internacional contemporáneo, los conceptos de soberanía y seguridad se someten a un proceso de reducción y ubicabilidad en sus funciones con relación a intereses entre particulares provenientes de Estados diferentes.

Hay dos fenómenos llamados a regular dichas categorías, los *convenios internacionales per se* y los procesos de integración. En sendas hipótesis las categorías políticas en análisis sufren una disminución de su valor moral internacional.

La soberanía vista como categoría absoluta es un medio de exclusión de todo derecho en el extranjero y por ende no admite concurrencia alguna de la norma extranjera ya que la soberanía como *imperium*, es permanente y excluyente. De ahí, el principio que entre iguales nadie se somete *parem non parem*.

No obstante la regla latina antes citada, las doctrinas absolutista de la soberanía pierden vigencia gradualmente en función de los factores de interdependencia económica y política de los Estados.

a. La incorporación de las fuentes de derecho convencional como fórmula reductora de la Soberanía y sus derivados de la Seguridad

Podemos comenzar citar que desde el congreso de Viena de 1815³³, su aporte fundamental a la cadena de eventos internacionales producidos por las guerras napoleónicas en volver a trazar las fronteras entre los Estados beligerantes Monárquicos y las ideas liberales de la Revolución francesa de 1789, da pie a lo que hoy en día da origen a lo que conocemos como la fuente supranacional del derecho internacional moderno.

Los convenios constituyen dentro de la Teoría general del Estado una autolimitación de la Soberanía entre los Estados. La postura de

³³ Stadtmuller, Georg, *Historia del Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1961, p. 227.

Kelsen positivista consagrado pero con un claro panorama de los Sujetos de Derecho Internacional concluye con la idea que: estudiando el concepto jurídico material de la soberanía, y resuelta ésta en una serie de competencias o derechos, se llega a la consecuencia de que los tratados internacionales constituyen una limitación de los derecho de soberanía³⁴. Aduce igualmente, que mediante un tratado, un Estado puede obligarse a renunciar a una representación propia en el extranjero y a dejarse representar por órganos de otros Estados, es decir, por órganos nombrados conjuntamente por ellos.

De la precedente afirmación histórico dogmática se incorpora el fenómeno de la cesión de soberanía en el dominio del auxilio judicial que convergen sistemas de derecho judicial de carácter privado como lo son el régimen probatorio en el campo civil y mercantil.

El ejemplo patente en el hemisferio latinoamericano es la propia Convención Panamericana o Código de Bustamante, que regula no solo el régimen de cooperación judicial internacional mediante el cual se distribuye la competencia jurisdiccional como conflictual repartidas entre el estado exhortante y el estado exhortado como un medio de materializar la justicia internacional³⁵, sino también delimita y reglamenta el derecho procesal civil convencional en el libro IV de dicho tratado. Introduce el Panamericanismo casi medio siglo después de la creación del tratado de la comunidad económica europea, la resoluciones y decisiones jurisdiccionales que tiene fuerza probatoria de pleno derecho, sin estar ellas subordinados al control del régimen imperativo del exequátur tales como: las resoluciones judiciales de carácter declarativo en materia de incapacidad e interdicción³⁶, en el dominio de ausente³⁷ así como en las sentencia declarativas de prodigalidad³⁸, sin perder de vista las sentencias declarativas de quiebra internacional contenidas en dicha convención que contienen efecto de pleno derecho³⁹.

En la esfera común de la elaboración de las convenciones de La Haya, la convención de 1907⁴⁰ va mucho más allá al establecer la prohibición de recurrir a la fuerza o a la guerra para el cobro de deuda pública entre los Estados. Esta convención de derecho político internacional es demostrativa de la reducción de la soberanía frente a los intereses de la comunidad internacional en preservar la paz mundial.

Los dos ejemplos anteriores, basta para establecer que la soberanía como derecho político constituye una causa ubicable en función de la finalidad en cada tratado.

³⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Op Cit, p. 147.

³⁵ Art. 389 del Cod. B.

³⁶ Art. 92 del Cód. B.

³⁷ Art. 83 del Cód. B.

³⁸ Art. 100 del Cód. B.

³⁹ Art. 418 del Cód. B.

⁴⁰ Convención de La Haya. Para la resolución pacífica de controversias internacionales.

b. *El fenómeno económico de los procesos de integración medio de excluir la intervención leviatánica de la soberanía de los Estados*

Desde los albores del *ius naturalismo* y la escuela estoica el ideal de un solo derecho para una sola Humanidad y concretado por una concepción universal contenida en el derecho romano⁴¹, ha sido parte del deseo de la voluntad del hombre en concretarlo como meta última.

Obliga apuntar que en el hemisferio latinoamericano los procesos de integración se inician con el congreso Anfictiónico o de Panamá de 1826⁴² que pretende regular las relaciones de derecho internacional público y privado a grandes rasgos es el cuadro político del siglo XIX más concreto del fenómeno de las confederaciones, es decir la autolimitación de las soberanía⁴³.

Pero previa a la elaboración de la Convención de 1970 tiene lugar el desarrollo y debate de la Convención de Washington de 1965⁴⁴ relativo al régimen de la inversión extranjera. Este tratado mixto de derecho económico e internacional propugna por la eliminación de la Doctrina Calvo, ideología que centra sus esfuerzo en el predominio del Estado sobre los particulares en conflicto.

La nueva convención, introduce la renuncia de la soberanía judicial de los Estados receptores de las inversiones proveniente de los agente económicos y la renuncia a la excepción de la inmunidad de ejecución por parte del Estado; sometiéndose tanto los intereses de los agentes económicos como de los estados a un mismo resorte jurisdiccional⁴⁵. La promiscuidad organizada a través de la Convención de Washington pone fin al concepto y excepción de soberanía en los asuntos del Derecho Comercial Internacional y de Inversión.

Por otro lado, acotamos el surgimiento de los procesos políticos de integración y la expansión de mercado el cual justifica el nacimiento de un derecho internacional de síntesis, lo que hoy se denomina, el derecho transnacional creado por Philip Jessu constata que el nuevo orden edita normas internacionales vía organismo internacionales y un foro de ejecución que todo ello conduce a constatar la interdependencia y subordinación del interés nacional de los Estados a los intereses supranacionales de la comunidad mundial⁴⁶. Aparte de la evolución

⁴¹ Decreto de Caracala No. 212, A.C.

⁴² Arroyo, Dulio, *El Congreso Anfictiónico*, Estudios Jurídicos.

⁴³ Fernández Arroyo, Diego Y Obando Peralta, Juan José, *El Derecho Internacional Privado en los procesos de integración regional*. ASADIP, Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 631.

⁴⁴ Ley 12 del 27 de octubre de 1983, por la cual la República de Panamá aprueba el Convenio sobre Trato y Protección de las Inversiones con los Estados Unidos de América, Gaceta Oficial No. 20380.

⁴⁵ Boutin, Gilberto. *Distinción entre arbitraje interno e internacional en la legislación panameña*. Editado por Centro de Capacitación y Adiestramiento de Estudios Jurídicos Araúz, 25 de junio de 2010, p. .

⁴⁶ Carreau, Dominique Et Marrella, Fabricio. Edition Pedone, 2012, p. 69 y 70.

histórica de las regiones se aprecia una especie de federalismo⁴⁷ implícito en las corrientes económicas y políticas entre los Estados que denotan que el derecho se dinamiza sin tomar en cuenta los criterios de soberanía tradicional en nuestra zona del derecho privado.

III] En torno a las causales reales de denegación de prácticas de pruebas inherentes a la dogmática del Derecho Procesal Civil Internacional

Después de este largo y denso recorrido sobre la incompatibilidad de las nociones de soberanía y seguridad, la vieja Europa abandona dicha concepción para comprender que la cooperación judicial es una acción directa entre el juez exhortante y el juez exhortado⁴⁸. Pero no podíamos en este trabajo ignorar el gran aporte crítico sobre la cooperación internacional mexicana del autor Ricardo Abarca que ya en la década de los 80 escribe en torno a este instituto y explica que, el sistema jurídico nacional dispone la más abierta y fácil cooperación judicial internacional; en materia procesal y especialmente en mero procedimiento no mantiene para concederla ni aún el requisito de reciprocidad internacional y mucho menos la idea de *international courtesy*, necesariamente sujeta a la libre discreción⁴⁹. La órbita de acción de los medios de prueba en la escala interna e internacional son de orden técnico y entran en el denominado derecho de la defensa de las partes, siendo el juez árbitro de dichos intereses en conflicto. La relevancia, la congruencia y el interés o pretensión son normas técnicas de apreciación el proceso de obtención de la prueba por el juez exhortado, de ahí, la vigencia del viejo adagio francés *pas d'intérêt, pas d'action*⁵⁰.

Se trata entonces del régimen de obtención de pruebas en el extranjero en un negocio jurídico determinado cuya admisibilidad, control y ejecución de la prueba, gira alrededor del Poder Judicial del estado requerido. Ello convierte el debate de la licitud o ilicitud de la cooperación sobre la base de la pluralidad de foros concurrentes para regularizar la obtención de la prueba internacional.

Así podríamos entonces, intentar reagrupar los criterios válidos para la realización de la prueba extranjera conforme a la naturaleza de la Convención de La Haya de 1970 subordinada al respeto de tres criterios o causales a modo de *lege ferena* que permitan la feliz realización de toda cooperación judicial: 1) el orden público del juez comisionado; 2) no

⁴⁷ Beaud Olivier. *Théorie de la Fédération*, Puf, 2007, p. 433.

⁴⁸ Burkhard, Hess, *Op Cit*, p. 224.

⁴⁹ Abarca, Ricardo, *Cooperación Interamericana en los Procedimientos Civiles y Mercantiles*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 486.

⁵⁰ Terré, François, *Les conflits de lois en matière d' action en justice Travaux du comité français de droit international privé*, Dalloz, 1967, p. 121.

violente el principio del contradictorio y 3) finalmente, el respeto a las garantías fundamentales de carácter universal o derechos humanos.

1. *El principio de orden público*

La reserva de orden público opera en materia de cooperación judicial internacional, cuando la referida prueba solicitada por el juez comitente, ya sea de carácter testimonial, pericial o documentaria su consecución o practica de dicha prueba, choca con principios o una norma material fundamental del juez del comisionado que impida su realización.

A modo de ejemplo, una prueba testimonial solicitada por un tribunal de Lima Perú, a hacer practicada ante el juez comisionado en Panamá, cuya deposición o declaración debe efectuarla un funcionario de la filial de la Banca Suiza en Panamá, sobre cuentas bancarias de un exportador de algodón de nacionalidad peruana; el funcionario bancario encargado de la cuenta, debe develar información sobre la identidad del dueño cuyo titular es el presidente de dicha corporación a instancia de una demanda de alimentos decretada por un juez de familia del Primer Circuito Judicial de la Ciudad de Lima. Resulta ser que, el cuestionario formulado por la autoridad competente limeña, violenta el orden público panameño en virtud de las características de dicha cuenta que entran en la esfera del régimen legal del secreto bancario panameño por ser una cuenta cifrada. Este auxilio judicial encierra una violación al secreto profesional del banquero y al régimen de protección de activos del servicio bancario panameño.

En otra hipótesis, en el dominio corporativo y fiduciario, sería el caso que mediante exhorto o carta rogatoria un Tribunal de Dijon, solicite la identidad de los propietarios de los activos de una fundación de interés privado inscrita en la jurisdicción panameña, la cual efectuó una donación a un equipo de *rugby* en Francia. La ley primera del 5 de enero de 1984⁵¹ preservan la identidad de los beneficiarios por el secreto de identidad que hace parte del orden público de las personas jurídicas fiduciarias y por ende sería rechazado por conculcar el orden público material.

En otro contexto, a petición de la sociedad CEMEX un Tribunal del Estado de Nuevo León, solicita se interrogue al titular de una patente de cemento plástico cuyo inventor reside en la ciudad de Panamá y cuya develación de información industrial viola el orden público de protección de la patente de invención preservada no solo en el derecho interno sino en el derecho convencional. El caso patético sería el traslado de prueba en materia internacional en donde la prueba pertenezca a un dossier de *derecho de familia* de carácter confidencial, obligando al juez

⁵¹ Ley No. 1 del 5 de enero de 1984, establece que los fideicomisos se equiparan al fideicomiso-trust panameño.

comisionado a rechazar la petición por ser contraria al pudor y moral de su orden legal⁵².

2. El respeto a los derechos fundamentales universales

La aparición de los derechos fundamentales recoge diversos conceptos que son homónimos es decir, iguales, como son los términos de: garantías constitucionales, libertades públicas, derechos humanos y finalmente derechos fundamentales los cuales se descomponen en derechos fundamentales de origen horizontal- constitucional y derechos fundamentales de origen supra-constitucionales. Puede que los mismo exista entre ellos una correspondencia en el derecho interno como en el derecho internacional pero todo dependerá de la forma de gobierno de cada Estado que reconozca los mismos desde una óptica constitucional o supraconstitucional⁵³.

Los derechos fundamentales de carácter universal constituyen un verdadero orden público universal cuya diferencia con el orden público de excepción reside en la fuente normativa en la cual se inspira el juzgador. Es muy probable que en determinadas causas, los derechos fundamentales de carácter universal se reproduzcan con igual intensidad tanto en el espacio supranacional como en el dominio nacional como sería el caso del derecho de defensa o de ser oído que constituye un elemento consubstancial de todo *proceso jurisdiccional moderno*.

Precisando entonces, *los derechos fundamentales de fuente supranacional*, son producto de un orden de valores que responderán al desarrollo cultural de los pueblos en su estadio evolutivo⁵⁴. Pero independiente de la postura doctrinal de la concepción de la vigencia del derecho internacional ya sea del punto de vista dualista o monista lo cierto es que su presencia es concluyente en su aplicación en un determinado país tal como lo expone en su tesis Clara Sciotti-Lam en torno a la aplicabilidad de los derechos fundamentales vía tratado y en el derecho interno que nos permitimos reproducir: *L' applicabilité directe est la suite logique de l' introduction des traités relatifs aux droits de l'homme en droit interne lorsque ceux-ci sont introduits tels quels, soit par la voie du monisme, soit par celle de l'incorporation dans les Etats dualiste*⁵⁵.

La confrontación de todo exhorto proveniente de una jurisdicción extranjera puede poner en peligro principios fundamentales del derecho del juez o de una autoridad comisionada o exhortada. Estos principios

⁵² Gannone, Claudio. Tratado de la Prueba, Librería de la Paz, Prueba Traslada, 2007, p. 365.

⁵³ Meindl, Thomas. La notion de droit fundamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes, L.G.D.J., 2003, p.13.

⁵⁴ Artículo 4 C.N.

⁵⁵ Sciotti-Lam, Claudia, L'Applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne, Bruylant, 2004, p. 333.

fundamentales son básicos o mínimo de garantía social vinculados a la dignidad humana mas que a una diferencia de intereses económicos como la divergencia de sistemas tributarios o la protección a la actividad de servicios de un determinado país que vulneren los intereses socio-económicos.

La búsqueda de los derechos fundamentales estriba en su localización. Para los juristas panameños los derechos fundamentales evoca, las garantías fundamentales inscritas en el Derecho Constitucional⁵⁶. Pero no se agota en esa zona de la Carta Magna republicana panameña, sino que se extiende aquellos derechos convencionales que introducen principios y derechos clasificados como derecho humanos y la fórmula de los derechos pertenecientes al bloque de la constitucionalidad⁵⁷, los cuales gozan de la misma jerarquía pero de fuente normativa distinta. Para el derecho francés, explicar los derechos fundamentales es un tema de libertad individual y jurisprudencial⁵⁸. No así para el derecho alemán el cual intenta catalogar una nueva gama de derecho considerados como derechos fundamentales autónomos.

En el caso de los derechos fundamentales se trata de violaciones de corte universal a grados de agresión sobre valores de civilización mas que todo. Que tales derechos fundamentales pueden decantarse de un derecho convencional y de igual manera de un derecho local del foro.

A modo de ejemplo, una demanda extendida por un Tribunal alemán vía exhorto o carta rogatoria dirigida a la autoridad del registro civil panameño, a efecto de conocer el origen del proceso de filiación del menor Raúl Sánchez nacido en Panamá, pero rebautizado bajo el nombre de Arthur Gungenheimen hijo del *Cujus* Ingo Gugenheimen dentro de un proceso de sucesión abierta en Stuttgart, Alemania, cuyo motivo de la comisión rogatoria consiste en conocer el tipo de filiación de carácter adoptiva y contractual y bajo que circunstancias se perfeccionó. Dicha petición que es fundamental en virtud de la clasificación filial existen en Alemania choca con la Convención Universal de los Derechos del Niño de Naciones Unidas 1989⁵⁹, convenio ratificado por la República de Panamá que impide en virtud del principio de la confidencialidad del trámite el poder transmitir y publicitar toda información del menor adoptado dentro del proceso de sucesión por parte del oficial del Registro Civil que está investido de competencia privativa y excluyente en este dominio. Tal sería el caso de obtener informe del nombre y apellido de un expósito cuyo estado civil no pudiera comprobarse, el mismo será

⁵⁶ Artículo 17 y SS., del Título III De los Derechos y Deberes individuales y sociales.

⁵⁷ Boutin, Gilberto, *El Bloque de la Constitucionalidad y el Derecho Internacional*, Congreso panameño de Derecho Procesal, Instituto Panameño Colombiano, 2009, p. 135.

⁵⁸ Meindl, Thomas, Op Cit.

⁵⁹ Ley 15 de 1990. G.O. 21,667.

valorado su admisibilidad por la autoridad administrativa correspondiente⁶⁰.

3. El principio del contradictorio

El principio del contradictorio debe ser estudiado como un elemento de control de la regularidad de los actos de cooperación judicial encaminados a obtener una prueba dentro de un determinado litigio de naturaleza civil y comercial. Este control de regularidad no solo está marcado en el dominio de la asistencia probatoria, sino este principio se extiende también en materia del proceso de *exequatur*⁶¹ y de extradición⁶². Entra en vigencia y actualización del principio, del ámbito del principio del contradictorio, el fundamento de derecho judicial y sus fuentes en el plano convencional tanto en la convención europea de los derechos humanos⁶³.

a. Sobre la actualización del principio del contradictorio

Se trata de un derecho de defensa que traduce un principio de igualdad entre las partes. Igualdad de armas y de medios probatorios. Es una regla que solo puede entenderse dentro de un criterio de bilateralidad conflictual entre la tesis del actor y la antítesis del demandado. Pero esta bilateralidad comprende una regla de forma y una regla de fondo. Los actos procesales su formalidad hacen parte de la validez y legalidad de dicha pieza procesal. De igual modo tal forma del acto contempla una regla sustantiva de cognición es decir de información sobre el debate de los hechos. La forma es una expresión de autoridad el contenido una *delimitación* del debate que da a la vez publicidad y seguridad dentro de la concatenación de actos procesales. En su tesis magistral doctoral, el jurista André Huet, afirma que la transmisión de toda comisión rogatoria, en virtud de derecho común permite al tribunal requerido y al gobierno ejercer un control sobre la oportunidad de la ejecución de la comisión⁶⁴, y es que la ley del tribunal requerido tiene la sola competencia para reglamentar el proceso de ejecución de la comisión rogatoria⁶⁵. Todo gira entre la conciliación entre la *lex fori processus* del juez exhortante y la *lex fori executionis* en el respeto de la regla de la bilateralidad de la prueba en sus fases de control y ejecución de la prueba.

A modo de ejemplo, una notificación contenida en una comisión rogatoria proveniente de un tribunal Costarricense hacia la jurisdicción panameña, en donde se pretende notificar a la parte demandada, pero

⁶⁰ Larenz, Karl, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 149.

⁶¹ Artículo 1419 del C.J.

⁶² Artículo 2501 del C.J.

⁶³ Carta de Naciones Unidas como la Convención de San José.

⁶⁴ Huet, André. *Les conflits de lois en matière de preuve*, Dalloz, 1965, p. 353.

⁶⁵ Huet, André, Op. Cit, p. 359.

no contiene el término de contestación de la demanda, ni el domicilio del circuito judicial donde esta radicada el foro en San José, Costa Rica, es una notificación nula de acuerdo a la reglas de notificación comportando efectos extraterritoriales⁶⁶. Así, como no es cónsona con la regularidad prevista en la Convención Interamericana Relativa a la obtención de pruebas en el extranjero de 1975⁶⁷.

Así por ejemplo la solicitud de un tribunal panameño de practicar una prueba en Costa Rica, a la primera ciudad fronteriza de dicho país limitada recibir una deposición sin que la contra parte haya sido invitada a estar presente en dicha declaración, es decretado inviable por carecer dicho medio probatorio de la garantía procesal del contradictorio al ignorar la participación de la contra parte aun más domiciliada en dicha jurisdicción. Otro ejemplo del carácter omnipresente y sacramental de la regla del contradictorio, la practica de una prueba pericial en el puerto del Valparaíso, Chile, en donde se verifica las causas de explosión de una motonave de bandera panameña, en ausencia del naviero o armador afectado por dicha prueba de carácter vinculante y relevante para la determinación de la responsabilidad del propietario faculta al juez del foro exhortado a descartar en violación al derecho del contradictorio como principio reconocido en dicha jurisdicción.

b. Del ámbito del principio del contradictorio

El ámbito o extensión del principio del contradictorio ocupa puesto central en la actividad del contencioso en sí misma. Ella comporta el principio de la defensa como un derecho de garantía fundamental, tanto del proceso judicial interno como internacional. Conlleva el principio de publicidad es decir, el conocimiento de las fechas y términos fatales para la presentación de los medios probatorios orales y documentarios así como la viabilidad o no de asegurar algunas pruebas atípicas.

El reflejo del contradictorio se evacua en el régimen de la carga de la prueba y sus excepciones para ambas partes, en el principio de *lealtad procesal*, en el *derecho interrogar y repreguntar* en la fase de las pruebas testimoniales vinculantes, en la regularidad de las pruebas documentales o escritas y por su puesto en la responsabilidad del juez en dirigir el contradictorio de manera imparcial tratándose de jueces de una jurisdiccional estatal y neutral tratándose de árbitros en un contencioso transnacional y que finalmente, se realiza en la motivación de las decisiones. Es de sumo interés la interpretación y postura del autor clásico Henri Batiffol respecto al control del derecho de defensa pues, sostiene de manera radical la hegemonía de la ley procesal principal que conserva aun el control de los actos en cuanto a su contenido y acude al precedente del Tribunal de Casablanca de 17 de febrero de 1927 que se

⁶⁶ Artículo 999 del Código Judicial Panameño.

⁶⁷ Ley 13 de 23 de octubre de 1975.

le reprocha el haber practicado una prueba por vía de *comisión rogatorio* en detrimento del derecho de defensa de la parte afectada, Batiffol sostiene que dicha irregularidad permite a *fortiori* rechazar los efectos de dicha prueba bajo el imperio de la *lex procesalis principalis*⁶⁸.

c. *El principio del contradictorio base esencial de toda jurisdicción: fundamento de orden nacional y convencional*

El principio del contradictorio está reconocido en Panamá a través de la regla de la bilateralidad en el código judicial de 1986 en su libro. En los segmentos anteriores hemos demostrado su permanencia en las distintas fases procesales.

Cabe puntualizarlo en el derecho convencional interamericano y en las convenios de los derechos humanos de América Latina y Europa.

La regla del contradictorio es connatural a todo litigio. Se trata del principio que desarrolla el derecho de defensa un derecho natural y elevado a un derecho humano por la Corte de Derechos Humanos Europea. El principio del contradictorio reviste múltiples facetas que de él se desprende la igualdad de armas y de medios probatorios en todo contencioso. Tal principio reviste de importancia pues conlleva en sí una regla de equidad y de preservación del equilibrio procesal dentro de un espíritu de igualdad entre las partes⁶⁹.

La justicia y jurisdicción moderna presenta una constante dentro de los procesos contenciosos cuya regla comporta el principio sistemático del contradictorio; en el nuevo código de procedimiento civil francés, contiene dicha constante el cual se expresa tal como sigue, *Nulle partie ne peut être jugé sans avoir été entendue ou appelée*⁷⁰. El código de Derecho Procesal Civil no recoge con tan clara y profunda sencillez el principio del contradictorio como lo realiza la disposición 14 del denominado nuevo código de procedimiento civil francés pero retiene de manera equivalente el principio de defensa la disposición⁷¹ que impone en toda decisión jurisdiccional el cumplimiento del debido proceso, la igualdad procesal entre las partes, la economía y lealtad procesal.

IV] Conclusiones

Resta apuntar que, las tres causas de control sobre la licitud internacional de la comisión rogatoria en el plano del Derecho Procesal Civil internacional en el dominio de la obtención de prueba tanto civil

⁶⁸ Batiffol, Henri et Lagarde, Paul. *Droit International Privé*, L.G.D.J., 1971, p. 406.

⁶⁹ Guinchard Serge, Monique; Bandrac, Mélina; Douchy, Frédérique; Ferrand, Xavier; Lagarde, Véronique; Magnier, Hélène; Ruiz, Fabrice; Laurence, Sinopoli et Sorel, Jean Marc. *Droit Processeur, Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 2^e Édition, 2003, p. 683.

⁷⁰ Cadiet, Loic et Jeuland, Emmanuel. *Droit Privé Judiciaire*, Litec, 2006, p.320.

⁷¹ Artículo 464 del Libro II del Código Judicial Panameño.

como comercial, se pueden armonizar perfectamente con las causales de control del régimen de comisión rogatorias, sujetas a los principios del orden público, al respeto del contradictorio y a la preservación de los derechos fundamentales de carácter universal en reemplazo de las nociones impropias de la soberanía y seguridad de Estado creado así un mayor de tolerancia e interdependencia de los sistemas judiciales entre sí con nociones neutras y jurídicas conforme al interés de los convenios de Derecho Internacional Privado.

Funcionamiento de la Red Judicial Mexicana de Protección a la Niñez

OSCAR GREGORIO CERVERA RIVERO¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El desarrollo de la red de jueces en México*. III. *Constitución de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*. III. *Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial*. VIII. *Tercera Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*. IX. *Cuarta Reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez*.

Resumen. El presente artículo introduce y desarrolla ampliamente el concepto de redes nacionales e internacionales de jueces en relación con el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, para efectos de facilitar la comunicación entre los jueces y la comprensión de los conceptos aplicables de cada sistema jurídico, así como para combatir el retraso en los procedimientos. De igual manera, plantea los antecedentes más importantes de las redes internacionales de jueces, terminando por puntualizar las determinaciones más actuales que las instituciones más importantes han hecho en los distintos temas relevantes en la materia.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, red de jueces.

Abstract. *This article introduces and widely explains the concept of national and international networks of judges in light of the 1980 Child Abduction Convention, in order to facilitate communications between judges and the understanding of applicable concepts in different legal systems, as well as to fight delay in procedures. Likewise, it sets the most relevant background of international networks of judges and lastly it stresses the most up to date points that have been made in regard to this issue by the most important institutions.*

Keywords: *International child abduction, network of judges.*

I] Introducción

Hace más de 17 años, se presentó por primera vez un caso del que tuvo conocimiento el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya, en el cual jueces de distintos países establecieron una

¹ Oscar Gregorio Cervera Rivero, Magistrado de la Segunda Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; Juez de enlace en la Conferencia de La Haya.

comunicación directa para poder resolver el caso de restitución internacional de dos menores, sin que antes se hubiera dado reglamentación alguna al respecto, sino que únicamente la buena fe y la convicción del cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los respectivos países, fueron los elementos que se tomaron en consideración para dar este paso, que resultó trascendente y derivó de un proceso en el cual el juez Roger Baker, de la Corte Superior de Familia del Distrito de Terrebonne, provincia de Quebec, en Canadá, contactó directamente al juez James W. Stewart, juez de la Corte Superior de California del condado de Santa Clara, en el Estado de California en los Estados Unidos de América.

El caso consistió en que un matrimonio que tenía dos hijos y respecto de los cuales los padres ejercían custodia compartida, fueron sustraídos por la mamá de los Estados Unidos a Canadá, país de origen de esta última. A continuación se desarrollaron procesos, unos en los que la madre solicitaba la custodia ante jueces de Quebec y otro en el que el papá solicitaba a una Corte en California le ordenara a la mamá que regresara de inmediato a los menores.

El 22 de Febrero del año indicado la Corte de Quebec le concedió a la madre la custodia provisional en el juicio por ella iniciado.

Por su parte, el padre adujo que los competentes eran los jueces de California quienes en el mes de marzo le otorgaron a este la custodia de los menores. Posteriormente, el padre apeló la decisión del juez de Quebec y le solicitó a la Corte Superior que ordenara el regreso inmediato de los niños. En ese momento las comunicaciones judiciales entre los jueces que intervinieron para resolver el caso, fueron importantes, en razón de que el juez canadiense contacto al juez norteamericano para asegurarse de que ordenando el regreso la madre no se encontraría en situación de desventaja, por haberse rehusado a cumplir en principio la orden del juez de California de regresar con los menores. El juez Stewart de la Corte Suprema de California certificó que ese no sería el caso y ofreció decretar una orden adicional que aclarara los alcances de la que establecía el regreso de los menores, precisando que las partes serían tratadas con igualdad ante la Ley. Como consecuencia de lo anterior, se decretó la restitución.

A partir de esta decisión, que se fue comunicando poco a poco en el foro, se tomó conocimiento de la posibilidad de que los jueces se comunicaran para aclarar cualquier duda, en relación a los procesos que estaban llevando en diferentes países, era una alternativa viable y podía ser una herramienta eficiente, para la mejor comprensión y solución, de los casos de restitución de menores y que las comunicaciones directas entre los juzgadores, podían ayudar a una mejor solución de los casos.

Este fue el inicio de lo que posteriormente derivó en la creación de una red internacional de jueces de La Haya, en la que actualmente se encuentran representados 88 países, de todas las regiones del mundo.

Esta reacción positiva conlleva la necesidad de desarrollar un trabajo de campo muy importante para que las redes, en primer lugar se

constituyan formalmente y en segundo lugar adopten los principios generales que permitan, respetando el debido proceso legal, tener comunicaciones a través de las personas que sean designadas como enlaces, para de esta manera facilitar la comprensión y el entendimiento de los conceptos que deben ser aplicados en distintas jurisdicciones.

La primera vez que se propuso la creación de una red de jueces especializados en cuestiones de familia, fue en el año de 1998, en el Seminario de jueces sobre Protección Internacional de Menores llevado a cabo en *De Ruwenberg*². En esa ocasión en una de las conclusiones a las que se llegó en el Congreso, se estimó adecuado recomendar a las autoridades de los países, como los presidentes de las Cortes de Justicia o sus similares en las distintas jurisdicciones, que designaran a uno o más miembros del Poder Judicial para que actuaran como canales de comunicación y fueran un vínculo entre sus Autoridades Centrales Nacionales, con otros jueces de su propia jurisdicción y además, como contacto con jueces de otros Estados contratantes, en los que de inicio se trataran las cuestiones más relevantes de la Convención de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores (en lo sucesivo, Convención de la Haya).

De esta manera, se tenía claro el concepto de que el desarrollo de una red, con cuando menos esas características, podría facilitar no sólo la comunicación entre los jueces, sino también la cooperación entre las autoridades judiciales a nivel internacional, para que pudieran ser asistidas en la forma en la que opera el Derecho en cada uno de los diferentes sistemas, lo que aseguraría una aplicación efectiva de la Convención de La Haya.

Quince años después de este seminario, podemos hablar de que se han realizado una importante cantidad de conferencias que apoyan la creación y la expansión de la red de jueces de La Haya. Pero de manera destacada en la cuarta y la quinta reuniones de la Comisión Especial para la Revisión de la Operación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se discutieron ampliamente los temas y se formularon conclusiones y recomendaciones tanto en apoyo de la red como en la continuación del trabajo que ha venido realizando.

Posteriormente, en enero del 2009, la Conferencia conjunta que se celebró por la Comisión Europea de la Conferencia de La Haya en Comunicaciones Judiciales Directas en casos de Derecho de Familia y el desarrollo de redes de jueces, la cual tuvo lugar en enero del año indicado, en la ciudad de Bruselas, Bélgica, se destacó la importancia del contacto de los jueces a través de las comunicaciones judiciales, particularmente en casos de Protección Internacional de los Derechos

² La información es consultable en el sitio de la Conferencia de La Haya. www.hcch.net, bajo el rubro: *Child abduction Section*, a continuación *Judicial Seminars on the International Protection of Children* y después *Other Judicial Seminars*.

de los Menores, así como el desarrollo internacional, regional y nacional, de redes judiciales que apoyaran este tipo de comunicaciones,

En ese sentido, la Conferencia de Bruselas, invitó a los Estados participantes a operar en forma coordinada las redes de jueces y a crear en aquellos países que no las tuvieran, las redes necesarias para establecer las sinergias que ayudaran a la solución más rápida de los casos y a establecer principios que permitieran que las medidas que se tomen en un país para salvaguardar los derechos del menor involucrado en procedimiento de restitución, sean efectivamente respetadas en el otro país involucrado en el caso.

Al día de hoy, existen más de 88 países que forman parte de la Conferencia de La Haya y de los cuales 55 han designado jueces de enlace, que como veremos más adelante son los que tienen como función establecer vínculos entre los países para facilitar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Conferencia de La Haya.

Establecido lo anterior, es oportuno enumerar algunas de las funciones que corresponde a los jueces de enlace desarrollar, tomadas del informe que en el año de 2006 elaboró Phillipe Lorthie en relación con las quince jurisdicciones que en octubre del año citado, habían designado jueces de enlace; como más relevantes se pueden enumerar las siguientes:

- 1) Asesorar a sus colegas de jurisdicción sobre el Convenio en general y sobre su aplicación práctica;
- 2) Contestar las consultas que le formulen jueces de enlace y Autoridades Centrales de otros países, sobre cuestiones vinculadas a la forma de aplicación de la Convención de La Haya en su país de origen y cualesquier otra particularidad que pudiera incidir en el resultado de los casos en trámite;
- 3) Participar en representación de su país en conferencias judiciales internacionales en donde se debaten temas de Derecho Internacional de Familia, aportando las soluciones locales que se dan a los casos planteados;
- 4) Contestar las comunicaciones judiciales internacionales que le remitan jueces de enlace de otros países, en relación con procesos en curso o en su caso con consultas respecto a la operatividad de la Convención;
- 5) Recabar información de las reuniones y criterios que surjan del Buro Permanente de la Conferencia de La Haya y, en su caso, difundir la información a los jueces de su jurisdicción nacional;
- 6) Hacer del conocimiento de los jueces de su país la necesidad de publicar en la base de datos de INCADAT, aquellos fallos relevantes en los cuales se contengan interpretaciones y aplicación de determinados conceptos contenidos en la Convención de La Haya;
- 7) Capacitar a los jueces de su jurisdicción nacional en la operación de la Convención de La Haya;

8) Participar con publicaciones que difundan los criterios existentes, tanto nacionales como internacionales, para el conocimiento de los jueces de su país.

La forma más eficiente de cumplir con las anteriores responsabilidades, es participar en las diversas reuniones que ha tenido la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, pues es un foro importante en el que acuden los jueces designados por los Tribunales Superiores de Justicia de los 31 estados de la república y del Distrito Federal, a compartir las experiencias derivadas de la aplicación de la Convención de La Haya; a informar de los nuevos criterios que existan en materia de control constitucional; a exponer casos relevantes y a escuchar las experiencias de los demás jueces de los Estados que deseen compartirlas, para orientarlos de la mejor manera posible, en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país.

Otro concepto relevante en el que incide el trabajo de los jueces de enlace, tiene que ver con la ventaja que representa el *principio de jurisdicción concentrada*, que significa la necesidad de tener jueces familiares altamente capacitados en el manejo de la Convención de La Haya, que además de cumplir con sus obligaciones naturales en materia de jurisdicción, sean igualmente competentes para conocer los trámites que implican la solución de un proceso de restitución, en los términos establecidos en la Conferencia de La Haya.

Debe decirse que en la cuarta reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores, celebrada en la ciudad de La Haya, Países Bajos, los días del 22 al 28 de marzo del 2001, se acordó una recomendación a los Estados firmantes para que se tuvieran en cuenta las ventajas que resultan de la concentración de competencias y promover ésta en sus territorios, en la medida que lo permitan las legislaciones nacionales, destacando como ventajas de este tipo de proceder, el aprovechar la experiencia acumulada de los jueces, en el conocimiento de los casos derivados de la Convención de La Haya; el desarrollo de una confianza recíproca entre los jueces y autoridades centrales de distintas jurisdicciones e incluso de diferentes sistemas judiciales; a fin de lograr que los objetivos de la convención puedan ser efectivamente alcanzados, combatiendo el retraso en los procedimientos y definiendo criterios que le dieran coherencia a los fallos.

Las ventajas de la jurisdicción concentrada, fueron aceptadas por los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia del país y, a través de la Comisión Nacional de Tribunales, se impulsó la creación de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez que quedó formalmente constituida en el mes de febrero del año 2010.

A partir de esa fecha y con muy buena aceptación por parte de los jueces designados, se ha desarrollado, primero en el Distrito Federal y de manera paulatina en otras entidades federativas, el concepto de jurisdicción concentrada. El primer paso se dio con la capacitación de

los jueces que los estados de la república han designado³ para funcionar como jueces de la red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, destacándose en la capacitación los temas de protección de menores y la recepción de las normas internacionales en materia de menores y de familia y ha ido evolucionando, en la forma que se indica en los apartados relativos a cada una de las reuniones celebradas.

II] El desarrollo de la red de jueces en México

A partir del año 2009, se desarrollaron diversos eventos, en preparación de la participación de la delegación mexicana que acudiría a la sexta reunión de la Comisión de Evaluación y Seguimiento de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de 1980.

La constante ha sido la capacitación de los jueces que intervienen en los casos de restitución de menores, cuando han sido trasladados o retenidos ilícitamente por sus padres, en infracción a los derechos de custodia y visita ejercidos por ambos o por alguno de ellos; el impulso que desde el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal se ha dado a esta capacitación, combinada con la convicción de los servidores públicos que se han incorporado a esta tarea que comienza a dar resultados después de transitar por un complejo escenario de preparación que incluyó diversos eventos entre los que destacan los siguientes:

1. Constitución de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez

En Asamblea Plenaria de Presidentes de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia (CONATRIJ), celebrada los días 28, 29 y 30 del mes de abril del 2010, se hizo constar que por acuerdo unánime de los asistentes a la primera reunión plenaria de la CONATRIJ, del 15 de enero del año citado, se creó la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, como consecuencia del compromiso de los Tribunales Superiores de Justicia de todo el país, para articular objetivos comunes y sumar esfuerzos a efecto de conseguir la protección eficaz de los derechos fundamentales a través del mejoramiento de la calidad de la impartición de la justicia, con especial atención a los derechos de aquellos sectores de la población que resulten más vulnerables.

Posteriormente, los días 25 y 26 de febrero del 2010, se realizó la primera reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, en el auditorio Lavalle Urbina del Tribunal

³ El reglamento de la red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, regula la designación de los jueces que la integran, cuyos nombramientos serán por 5 años. Del apoyo que los Presidentes de la CONATRIJ le dieran la continuidad de trabajo que se efectúa, depende del futuro de la red.

Superior de Justicia del Distrito Federal, a la cual asistieron 85 representantes de 29 entidades federativas, todos ellos jueces designados por cada Tribunal Superior de Justicia, contándose en ese evento con el apoyo de capacitadores de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Asistieron las siguientes entidades federativas: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. Estuvieron ausentes los estados de Michoacán Oaxaca y Nayarit.

Dentro de los puntos destacados en esa reunión se aprobó el reglamento de la red, en el cual estuvieron trabajando diversos jueces familiares dentro de la comisión encargada para su elaboración, bajo la coordinación del Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El aspecto relevante de la reunión fue la capacitación de los jueces de las entidades federativas que fueron enviados, no solamente en los aspectos teóricos contenidos en el Convenio de La Haya de 1980, sino en lo particular en la solución de casos prácticos, aplicando tanto la normativa de la Convención, como el debido proceso legal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así, los debates hicieron surgir las dudas que tenían los jueces en relación con la aplicación de la normativa, lo que permitió a los capacitadores resolver en el momento los problemas que se planteaban, orientando de la mejor manera posible a los señores jueces, cuando se tuviera la necesidad de resolver una cuestión de restitución internacional de menores o de retención ilícita de menor.

Los compromisos establecidos en la primera reunión, fueron los siguientes:

1) En las reuniones de presidentes de la CONATrib se revisarán los acuerdos de la red, en caso de que existan, y se adoptarán, de ser posible.

2) En el corto plazo, un taller de capacitación a jueces integrantes de la red en noviembre próximo junto con el Congreso Latinoamericano de Redes de Jueces de Restitución Internacional de Menores.

3) Talleres de capacitación regional y local para juzgadores de los tribunales locales coordinada por la Comisión de Capacitación de la CONATrib y ejecutada por los jueces integrantes de la red en el primer semestre de 2011.

4) Instrumentar programas de asignatura en la escuela judicial de cada tribunal como vía para capacitar a todos los servidores públicos.

5) Que los medios de difusión de los tribunales y poderes judiciales locales contemplen un espacio para la red.

6) Asimismo, los portales de los poderes judiciales y tribunales locales deberán contar con un enlace al sitio de la CONATrib.

7) En el momento en que se acuerden reuniones de la red, los tribunales no pueden excusar su asistencia por razones presupuestales.

8) Los Consejos de la Judicatura apoyarán todos los acuerdos de la red que sean aprobados en reuniones de presidentes.

9) Generar y actualizar permanentemente un directorio de todos los miembros de la red en el cual también se informe de sus actividades, a través de una sección en el portal web de la CONATrib, en la medida de lo posible.

10) Los tribunales, en sus sistemas de recuperación de datos estadísticos, registrarán un rubro especializado en protección internacional de menores.

11) Se sugiere al menos una reunión anual de la red, como periodicidad mínima.

Así quedaron plasmados e informados en la Asamblea Plenaria de Presidentes de la Comisión Nacional de Tribunales celebrada los días 28, 29 y 30 de abril del 2010, en Ciudad Victoria, Tamaulipas.

2. Segunda reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez

Los días 21 y 22 de febrero de 2011, se celebra la segunda reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez y Capacitación en Sustracción Internacional de Niños para jueces oficialmente designados, cuyo objetivo principal fue la capacitación en restitución internacional de menores, de los jueces designados para conocer de esos asuntos. Dentro de los temas relevantes se encontraron: a) El rol de la Autoridad Central Mexicana; b) Los asuntos procesales clave considerando la celeridad del procedimiento y las ventajas de asegurar al menor o en su caso de asegurar al sustractor; c) La explicación del significado de jurisdicción concentrada y sus posibles formas de implementarla; d) El establecimiento de comunicaciones judiciales directas; e) Las experiencias de la red en su primer año de funcionamiento.

En esta reunión se llegaron, entre otras, a las siguientes conclusiones en cuanto a cuestiones sustantivas:

1) Residencia habitual: los participantes subrayaron que la residencia habitual es un concepto fáctico y por lo tanto dependerá de las circunstancias de cada caso. La residencia habitual no equivale a la nacionalidad o al domicilio del niño.

2) Derechos de custodia: los participantes asumieron que el concepto de custodia en los términos del Convenio es un término autónomo y no equivale a los conceptos de custodia establecidos en la ley interna. El derecho de custodia puede ser atribuido de pleno derecho, decisión judicial o administrativa o acuerdo vigente, según el derecho del Estado de la residencia habitual del menor.

3) Interés superior del niño: se identificó el interés superior del niño en casos de sustracción, como el derecho del niño a una restitución rápida y segura. Su aplicación en estos casos impone al intérprete, una

vez analizada la situación de hecho y oído al niño, resolver para el caso concreto la mejor aplicación de dicho interés. La consideración de las excepciones instituidas en el Convenio, debe realizarse a partir de que solamente situaciones de severa gravedad justifican no hacer efectivo su derecho a la restitución. La aplicación del interés superior del niño debe constituir parte esencial de la argumentación de la sentencia.

4) Oposición de los menores: las participantes enfatizaron que no se le debe dejar a los niños la carga de elegir entre sus padres y reafirmaron la conclusión y recomendación No 3.8 de la Comisión Especial de 2001 en la cual se indica que los niños deben ser escuchados por personas con la experiencia y formación adecuadas. Se reconoció que la escucha del menor puede llevarse a cabo de diferentes maneras dependiendo de las circunstancias.

5) Procedimientos penales: se reconoció que la existencia de procedimientos penales pendientes en contra del sustractor en el Estado de residencia habitual, podría configurar una situación de grave riesgo y exponer al niño a una situación intolerable.

6) Regreso seguro del niño, Art 13 (1) (b):

7) Cuestión migratoria: los participantes coincidieron en la necesidad de trabajar coordinadamente con la Autoridad Central y/o con los jueces de la red Mexicana y de La Haya para buscar soluciones en aquellas situaciones donde la cuestión migratoria se presenta como un obstáculo para el regreso seguro del niño y/o el sustractor.

8) Violencia doméstica: los jueces que conozcan de una restitución donde exista violencia doméstica, deberán considerar las medidas de protección disponibles en el País requirente, a fin de ordenar la restitución segura del niño y cuando fuera necesario, también la del progenitor sustractor, solamente en los casos cuando estas medidas no estén disponibles o no sean efectivas podrá el juez denegar la restitución. Los participantes notaron que para evaluar la violencia doméstica podrán apoyarse en la información que puedan recabar a través de las Autoridades Centrales o los jueces de la red.

9) Salvaguardias: por medio de cooperación de las Autoridades Centrales y comunicaciones judiciales podrían explorarse la implementación de salvaguardias que faciliten el regreso seguro del niño y/o cuando fuera necesario del progenitor sustractor. Entre estas medidas, se encuentran: los compromisos y decisiones espejo; el asegurar la convivencia del niño con el sustractor; el garantizar un trámite rápido en el juicio de custodia ante los tribunales del Estado de residencia habitual del niño (incluyendo garantizar acceso a la justicia y una rápida resolución del caso) Se enfatizó la necesidad de que exista confianza en los otros sistemas jurídicos.

10) Derecho de contacto de los niños: los participantes reconocen la importancia de que ambos padres y los niños de mantener contactos regulares durante los procedimientos de restitución de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Tales contactos pueden realizarse por diversos medios, en persona o

usando tecnologías modernas en específico por *Skype* u otros medios disponibles (video conferencias). Los participantes remarcaron las dificultades de organizar contactos regulares de la persona privada del niño en los casos cuando la restitución ha sido denegada. Los jueces deberían explorar formas seguras de establecer dichos contactos.

11) Autoridad Central: la Autoridad Central Mexicana se encuentra a disposición para prestar apoyo a los jueces en todo el procedimiento de restitución. En relación con la operatoria del Convenio, la Autoridad Central informó que a la luz de la experiencia de los casos tramitados sugieren tener en cuenta que: i) Es necesario iniciar un proceso de restitución bajo la premisa de que el sustractor debe probar una excepción y no, exigir al actor la justificación para el retorno; ii) No hay contradicciones entre la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de La Haya; iii) El debido proceso está garantizado al aplicar la Convención de La Haya en el marco de un proceso sumario. La Autoridad Central se encuentra profundamente interesada en promover las ventajas derivadas de la concentración judicial, como son la acumulación de experiencias, el desarrollo de mecanismos de colaboración interinstitucional y prácticas que coadyuven a una mayor eficiencia, así como mayor consistencia en los criterios de aplicación de la convención y rapidez en los procesos.

En relación a las cuestiones de procedimiento se tomaron las siguientes conclusiones:

1) Localización de los niños: los participantes consideraron que uno de los principales problemas en los procedimientos de restitución es la localización del niño y que a ello se debe en gran medida el retraso de los procedimientos de restitución. Los participantes subrayaron la importancia de coordinar esfuerzos con las demás autoridades administrativas que intervienen en los procedimientos de búsqueda de los niños (tales como policía, municipales, educativas y Autoridades Centrales).

2) Procedimientos expeditos: los participantes enfatizaron la importancia de la celeridad de los procedimientos de restitución y reconocieron que se puede fijar una audiencia entre los 3 y 10 días de la fecha de emplazamiento y resolverse en lo posible en esa misma audiencia, con el objetivo de finalizar el procedimiento, incluidos eventuales recursos legales que se presentaran, en el plazo de 6 semanas tal como propone el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1980.

3) Amparo: a fin de evitar que los procedimientos sufran mayores dilaciones por la interposición de amparos, los participantes consideran que en todos los casos se debe garantizar el derecho de audiencia y de defensa a la parte demandada.

4) Ley Modelo: los participantes reafirmaron la necesidad de revisar los procedimientos vigentes y las ventajas de contar con un procedimiento específico para aplicar a los casos de Sustracción Internacional de Niños. Se alienta a las personas interesadas en este

tema a tener en cuenta leyes y prácticas existentes en otros Estados, incluyendo la Ley Modelo Interamericana generada por expertos de América, con la asistencia de la Conferencia de La Haya y el Instituto Interamericano del Niño.

5) Artículos 14 y 15 del Convenio de La Haya de 1980: los participantes reconocieron los beneficios de los artículos 14 y 15 ya que pueden en algunos casos acelerar los procedimientos de restitución cuando se realizan por los miembros de la red Internacional de jueces de La Haya. Los jueces sólo deberían invocar el artículo 15 cuando tuvieran dificultad para determinar la ilicitud del traslado o retención.

6) Artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980: los participantes reconocen que los tribunales del Estado de refugio deben suspender el procedimiento de custodia, cuando toman conocimiento de que se ha interpuesto un pedido de Restitución Internacional de Niños.

7) Concentración de jurisdicción: los participantes consideraron que la concentración de los casos de restitución internacional en un pequeño número de juzgados beneficia el funcionamiento del Convenio porque al contar ya con criterios definidos y con personal que tiene amplio conocimiento del tema, la aplicación de la norma al caso concreto, se hace con dominio del derecho aplicable para la solución del caso. Se debe capitalizar el apoyo de la CONATRIB a la red y trasladar las reformas que se estimen pertinentes en los códigos locales, y/o a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, impulsar una ley general que recepte la normativa internacional del Convenio de La Haya en el Derecho Interno Mexicano.

8) Comunicaciones judiciales directas y trabajo de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez.

9) Comunicaciones Judiciales Directas: se destacó la importancia de diseminar los nombres e información de contacto actualizada de los jueces de la red, tanto de la red Internacional de jueces de La Haya como de los jueces de la Red Judicial Mexicana. Se destacó también que estos jueces deberían ser utilizados como puntos de contacto para obtener valiosa información sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya o para facilitar la comunicación entre jueces de distinta jurisdicción. Se hizo notar la importancia de utilizar salvaguardias apropiadas para el desarrollo de las comunicaciones judiciales directas, como por ejemplo el respeto a la independencia judicial de cada uno de los jueces que están en comunicación, y dejar constancia escrita del contenido de la comunicación judicial.

10) Red de Cooperación Judicial: se valora la existencia de la red y se ratifica la voluntad de consolidar su funcionamiento, asimismo se reconoce el avance en los jueces que la integran en el manejo de los instrumentos internacionales y en general todos los elementos involucrados que favorecen el mejor cumplimiento de los objetivos de los Convenios de Protección Internacional de Niños. Se deben dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en la primera reunión de la red -que aún se encuentran incumplidos o parcialmente cumplidos-, y en

particular se propone: i) Incluir en la reunión nacional de jueces que este año será en el Estado de México una mesa de trabajo sobre Restitución Internacional de Niños que dé difusión a la red; ii) Desarrollar una página web particularmente de la red; iii) Impulsar desde la CONATrib la Ley General en la materia; iv) Adoptar como modelo de registro de información la ficha que propuso el juez español Francisco Javier Forcada Miranda (adjunta como anexo 1 a estas conclusiones); v) Incluir en la capacitación los temas relacionados con solución alternativa de resolución de conflictos y recursos; vi) Promover al interior de los estados la colaboración interinstitucional entre aquellos organismos involucrados en la materia; vii) Los Tribunales Superiores de Justicia harán un comunicado oficial al interior de sus tribunales en el que se informe sobre el juez designado para la red y sus funciones.

3. Reunión Interamericana de la Red de Jueces de la Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores

Entre el 23 y el 25 de febrero de 2011, se reunieron setenta y tres jueces, funcionarios de Autoridades Centrales, y otros expertos de Argentina, Bahamas, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, república Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela y las siguientes organizaciones: Organización de los Estados Americanos, Red Iberoamericana de Asistencia Judicial (IBERRED), el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, para discutir cómo mejorar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 20 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños (el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores) y la Convención Interamericana de 15 de julio de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores (la Convención Interamericana de 1989) y la implementación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños).

En dicha reunión se llegaron a conclusiones y recomendaciones, tanto relativas a asuntos judiciales, como a la participación de las Autoridades Centrales, las que se incorporan a continuación.

En relación a asuntos judiciales, se tomaron las siguientes conclusiones y recomendaciones:

a) Ley Modelo Inter-Americana: se invita a los Estados de la región a implementar la Ley Modelo Interamericana.

b) Aumentar la velocidad de los procedimientos de La Haya: de conformidad con la Ley Modelo Interamericana, se recomendó que, en la medida de lo posible, y respetando las normas del debido proceso se modifiquen las reglas de procedimiento con miras a aumentar la

velocidad de los procedimientos, por ejemplo, limitando las instancias de apelación y reduciendo el número de audiencias.

c) Comunicaciones judiciales: los miembros de la red Internacional de jueces de La Haya enfatizaron la importancia tanto de las comunicaciones judiciales directas generales como de las comunicaciones judiciales directas en casos específicos. Se alentó fuertemente a los Estados que aún no han designado un juez para la red de La Haya a que lo hagan. Los miembros de la red de jueces ratificaron la Declaración de Montevideo adoptada en la Reunión de la red Interamericana de diciembre de 2009 sobre alcance y contenido de las comunicaciones judiciales directas. Se aprobaron las Reglas emergentes relativas al desarrollo de la red Internacional de jueces de La Haya y el Proyecto de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, incluidas las salvaguardias comúnmente aceptadas para comunicaciones judiciales directas en casos específicos en el contexto de la red Internacional de jueces de La Haya, tal como se presentarán a la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996 (1-10 de junio de 2011). Los miembros de la red de La Haya destacaron la importancia de tener tan pronto como sea posible un marco jurídico para llevar a cabo comunicaciones judiciales directas en casos específicos. Se sugirió invitar a los Estados o Autoridades competentes a proveer ese marco jurídico, en caso necesario. Dicho marco podría darse en la forma de directrices desarrolladas por los consejos judiciales nacionales, como Autos Acordados, la ley Modelo Interamericana o la legislación interna. Los miembros de la red de La Haya celebraron la idea de proveer ese marco jurídico en un futuro protocolo adicional al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, pero resaltaron la importancia de contar con un marco jurídico en sus jurisdicciones tan pronto como sea posible. Se espera que la aprobación del Proyecto de Principios Generales sobre comunicaciones judiciales por parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial de Junio de 2011 ayude en tal sentido. Deben realizarse esfuerzos en la región para promover el uso apropiado de las comunicaciones judiciales directas, por ejemplo mediante el desarrollo de reglas nacionales de conducta que regulen el uso de las comunicaciones judiciales directas a nivel interno entre Miembros de la red de La Haya y sus colegas dentro de su jurisdicción, y para aumentar la conciencia de la existencia y funciones de los jueces de la red. El desarrollo de redes nacionales en apoyo a las redes internacionales y regionales debe continuar.

d) Escucha del niño: cuando corresponde escuchar al niño, es deseable que la persona que entreviste al niño esté debidamente entrenada y posea experiencia, ya que deberá proteger al niño de la carga de tomar una decisión. Se destacó que hay diferencias en la aproximación a la entrevista con el niño.

e) Artículos 14 y 7d: se llamó la atención sobre los beneficios del artículo 14 para tomar conocimiento directamente del derecho

extranjero y de las decisiones judiciales y administrativas del estado de residencia habitual del niño con miras a determinar si ha habido un traslado o retención ilícitos. Cuando circunstancias específicas lo requieran, se puede recurrir al artículo 7 d) para obtener información relativa al entorno social del niño.

f) Guía de Buenas Prácticas para jueces: se propuso desarrollar una guía de buenas prácticas para jueces en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, teniendo en cuenta guías de buenas prácticas existentes, material de entrenamiento y manuales nacionales.

g) Estadísticas: se alentó a los jueces a mantener estadísticas relativas a los casos en los que intervienen en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y la Convención Interamericana de 1989.

h) Herramientas informáticas: los miembros de la red de La Haya enfatizaron la importancia de que la Conferencia de La Haya implemente tan pronto como sea posible, medios de comunicación segura basados en internet, como correo electrónico seguro y sistemas de videoconferencia, con miras a facilitar el trabajo en red y reducir los costos derivados de las comunicaciones telefónicas.

Las conclusiones y recomendaciones relativas a las Autoridades Centrales fueron las siguientes:

a) Cooperación entre las Autoridades Centrales: las Autoridades Centrales consideran que deben realizarse los máximos esfuerzos para mejorar la cooperación entre sí.

b) Tiempos de respuesta entre las Autoridades Centrales: las Autoridades Centrales recuerdan y reafirman los compromisos acordados en las Conclusiones y Recomendaciones de la Reunión Interamericana de Expertos sobre Sustracción Internacional de Niños co-organizada por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes y la Conferencia de La Haya que tuvo lugar en La Haya el 10 de Noviembre de 2006.

c) Autoridades Centrales - Fluidez en las comunicaciones: las Autoridades Centrales deberían cumplir con los siguientes plazos en las comunicaciones vinculadas a los casos de los Convenios de Sustracción:

i. Nuevas solicitudes de restitución o visitas: Al recibir una nueva solicitud de restitución o visitas, la Autoridad Central requerida debería, dentro del plazo de una semana, acusar recibo de la solicitud a la Autoridad Central requirente e informar si la documentación resulta suficiente para iniciar el trámite o si necesita de documentación / información adicional. Esta primera comunicación se refiere a la revisión preliminar que debe efectuar la Autoridad Central requerida, y no comprende la revisión posterior que pueda realizar aquella Autoridad o profesional encargado de presentar el caso ante la Justicia.

ii. Seguimiento del trámite: La Autoridad Central requerida tiene el deber de mantener informada del trámite a la Autoridad Central requirente y de contestar todos los pedidos de información que ésta le

course. Se alienta el uso del correo electrónico como vía de comunicación rápida entre Autoridades Centrales, resultando importante disponer de una dirección que sea consultada diariamente independientemente de la ausencia o cambio de los funcionarios competentes. Las Autoridades Centrales deberían contestar los requerimientos recibidos por correo electrónico dentro de las 48 horas de recibido el mismo. Las Comunicaciones recibidas por fax o correo deberían ser respondidas dentro del plazo de 72 horas.

iii. Comunicación de las sentencias y decisiones: inmediatamente después de que la Autoridad Central requerida tome conocimiento de las sentencias o decisiones dictadas en los trámites de restitución o visitas, deberá comunicarlas a la Autoridad Central requirente con la máxima urgencia posible, indicando los plazos de que dispone el peticionante para presentar el recurso correspondiente.

iv. Medios de comunicación rápidos: las Autoridades Centrales deben evitar en la medida de lo posible la formalidad en sus comunicaciones, y se alienta el uso de medios modernos de comunicación de manera de lograr la mayor rapidez y eficacia posible en sus comunicaciones, privilegiando la comunicación directa entre Autoridades Centrales.

v. Herramientas Informáticas: se reconoce las ventajas de utilizar herramientas informáticas para facilitar la comunicación entre las Autoridades Centrales, en este sentido los participantes recomiendan analizar la implementación del sistema de comunicación seguro que ofrece la OEA y el IIN y el sistema *Iber@* que ofrece IBERRED. También se reconoció la importancia de utilizar herramientas informáticas para mejorar el manejo de casos y la generación de estadísticas. Lo cual redundaría en un ahorro de tiempo y recursos y en una mayor eficiencia en el trabajo de la Autoridad Central. En este sentido los participantes acordaron evaluar la posibilidad de implementar el programa *iChild*, ofrecido gratuitamente por *WorldReach* y el Gobierno de Canadá y el uso de la Base de datos estadísticos sobre la Sustracción Internacional de Menores (INCASTAT).

d) Soluciones Amigables y Mediación: se invita a los Estados a promover y facilitar el uso de la mediación, conciliación o medios similares para obtener soluciones amigables en los casos de sustracción de niños y a establecer el marco jurídico necesario para asegurar el reconocimiento y ejecución de soluciones amigables, inclusive los acuerdos provenientes de una mediación. En tal sentido, los participantes celebraron el desarrollo de una Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.

e) Contacto transfronterizo: las Autoridades Centrales llamaron la atención sobre el punto 4.6 de las Guías de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo, que establece: *La Autoridad Central debería ofrecer sus servicios en aquellas circunstancias en que el derecho a mantener el contacto transfronterizo entre padres e hijos sea objeto de*

litigio. Esto comprende los casos en que un padre o una madre extranjero(a) intenta conseguir una decisión en materia de contacto, así como los casos en que la solicitud sirve para hacer efectiva una decisión existente en materia de contacto emitida en el extranjero. En el contexto de una sustracción real o presunta sustracción, esto comprende los casos en que un solicitante pide una decisión en materia de contacto provisional mientras espera una decisión sobre la restitución del niño, así como los casos en los que se busca establecer acuerdos de contacto (por ejemplo, por parte del padre o madre sustractor(a)) en el país al que ha sido restituido el niño o, si se ha rechazado la restitución, en el país al que se ha llevado al niño.

f) Control de la solicitud: la Autoridad Central requirente debe verificar que la solicitud cumpla con todos los requisitos previstos en el artículo 8 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y especialmente procurar la máxima claridad en la explicación de las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la solicitud. Asimismo, es recomendable que se acompañe a la petición toda la información adicional que consideren pueda facilitar la mejor valoración y resolución del caso. A su vez, la verificación de los requisitos de la solicitud que le corresponde a la Autoridad Central requerida y/o a la institución encargada de presentar el caso a la justicia no debe retrasar innecesariamente el inicio de los procedimientos. Las Autoridades Centrales recomiendan como buena práctica que los Estados completen el formulario de perfil de país en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores con miras a proveer información sobre los requisitos necesarios para realizar una solicitud.

g) Localización del niño y del sustractor: se reconoce la existencia de severos problemas en la localización de los niños, tanto antes del inicio de los procedimientos como en el momento de la ejecución. En este sentido se recomienda que las Autoridades Centrales busquen la mejor cooperación con las distintas instituciones responsables de la búsqueda de los niños. En relación con la etapa de la ejecución, se recomienda el uso y la difusión de la Guía de Buenas Prácticas sobre Ejecución desarrollada por la Conferencia de La Haya, con especial atención a los aspectos logísticos y trámites migratorios para el retorno del menor. Se recomienda que las autoridades requirentes hagan los máximos esfuerzos para proveer a las Autoridades Centrales del Estado requerido de la mayor información posible que pueda facilitar el proceso de búsqueda.

h) Información adicional para el Tribunal Competente: Se recomienda que cuando se envíe una solicitud a un tribunal, o tan pronto como sea posible, la Autoridad Central requerida informe al tribunal competente en cada caso de la existencia de un juez de la red Internacional de La Haya y de la base INCADAT, para que conozca estas útiles herramientas que se encuentran a disposición del juez interviniente.

i) Prevención: se destacó la importancia de la Guía de Buenas Prácticas sobre Prevención para generar conciencia en los distintos actores que intervienen en un procedimiento de restitución internacional de niños y se acordó promover su uso y difusión.

j) Instituto Interamericano del Niño - Programa SIM: se resaltó la importancia de la implementación del Programa Interamericano para Prevenir y Reparar casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus padres (SIM) y las Autoridades Centrales mostraron su conformidad con las líneas de trabajo propuestas por el Instituto Interamericano del Niño para avanzar en la implementación de dicho programa.

k) Trabajo futuro: las Autoridades Centrales invitaron a la Conferencia de La Haya y al IIN a desarrollar: i) Un glosario de términos incluidos en el Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores y la Convención Interamericana de 1989 para orientar a los operadores. ii) Un curso de capacitación especialmente diseñado para funcionarios de las Autoridades Centrales. iii) Un curso de capacitación especialmente diseñado para jueces. iv) Un kit de información práctica para operadores de las Autoridades Centrales.

l) La Convención de La Haya de 1996 sobre Protección de niños: entendiéndose los beneficios de contar con un marco jurídico para la resolución de las disputas internacionales relativas a la custodia y el contacto de los niños con sus padres, y para la protección de los niños en riesgo en situaciones transfronterizas, los participantes invitaron a los estados de la región interamericana a estudiar el Convenio de La Haya de 1996, con miras a su futura implementación.

m) Ámbito de aplicación y objetivo del Convenio de 1996 sobre protección de niños: los participantes notaron que el ámbito de aplicación del Convenio de 1996 sobre protección internacional de niños es muy amplio, ya que cubre un gran abanico de medidas de protección relativas a los niños, desde decisiones relativas a la responsabilidad parental y el contacto a medidas de protección o cuidado públicas, y de otros asuntos de representación para la protección de los bienes de los niños. La función del Convenio es evitar los conflictos jurídicos y administrativos y construir una estructura para la cooperación efectiva internacional en asuntos de protección de niños entre distintas jurisdicciones. En tal sentido, el Convenio construye puentes entre sistemas jurídicos con diversidad cultural o religiosa.

La base ideal para la cooperación jurídica internacional en materia de protección de niños es el reconocimiento mutuo de decisiones basadas en normas de jurisdicción comunes, como las establecidas en el Convenio. Estas normas de jurisdicción, que evitan la posibilidad de decisiones conflictivas, dan responsabilidad primaria a las Autoridades del estado en que el niño tiene su residencia habitual, pero también permite que cualquier estado donde el niño se encuentre tome la medida necesaria de emergencia o provisional de protección. El Convenio también determina la legislación de qué Estado será aplicable.

Además, las provisiones de cooperación del Convenio proveen un marco básico para el intercambio de información y para obtener la colaboración necesaria entre las autoridades administrativas (de protección de niños) de los diferentes Estados contratantes.

Los participantes destacaron que el Convenio es particularmente útil en las siguientes áreas: 1) responsabilidad parental; 2) niños no acompañados; 3) establecimiento transfronterizo del niño; y 4) sustracción internacional de niños, como complemento y reafirmación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y la Convención Interamericana de 1989⁴.

Del mismo modo los participantes destacaron, a través de casos hipotéticos, los siguientes beneficios para la región Latinoamericana derivados del Convenio de 1996 (que aún no ha sido suscrito por México): el Convenio de 1996 refuerza el Artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. El Convenio de 1996 brinda medidas de protección urgentes de suma utilidad para los casos de solicitudes realizadas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, que tiene efecto en todos los Estados parte del Convenio de 1996. Las medidas urgentes ordenadas con relación a la restitución del niño al Estado de su residencia habitual serán automáticamente reconocidas y ejecutadas, evitándose de este modo la necesidad de organizar decisiones espejo en las dos jurisdicciones involucradas. El Convenio de 1996 refuerza el artículo 21 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, brindando normas claras con relación a la ley aplicable, jurisdicción, reconocimiento y ejecución y cooperación con relación a los asuntos relativos a la custodia y el derecho de contacto.

El Convenio de 1996 establece en el artículo 26 un sistema de declaración de ejecutabilidad y registro, a los fines de lograr una rápida ejecución de medidas de protección ejecutables en un Estado parte, en los demás Estados parte del Convenio, tales como las medidas que puedan haber sido incluidas en un acuerdo de mediación que tenga fuerza ejecutoria. Asimismo brinda un procedimiento novedoso para abordar las formalidades de las solicitudes de visitas que promueve significativamente el acceso a la justicia de la parte que solicita el derecho de visita.

El Convenio de 1996 incluye normas de jurisdicción para ordenar medidas de protección de niños que son objeto de actividades vinculadas con el tráfico. Los participantes reconocieron la importancia de desarrollar mecanismos para facilitar las comunicaciones judiciales directas, más específicamente en relación con los artículos 8 y 9 del referido Convenio. Finalmente, los participantes concluyeron que los Estados parte del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción

⁴ Ver artículo 34 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, Art. 35 de la Convención Interamericana y Art. 50 del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños. 11

internacional considerarán ser partes del Convenio de 1996, con la finalidad de brindar acogida transfronteriza a niños no incluidos en el Convenio de 1993 y que la diseminación de la información y el entrenamiento de jueces son esenciales para generar conciencia sobre el Convenio de 1996.

Preparación para la Sexta Reunión de la Comisión Especial de Junio de 2011: Los participantes celebraron la oportunidad de discutir la preparación para la Sexta Reunión de la Comisión Especial de Junio de 2011 para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996, que se realizará en Junio de 2011. Se agradecieron los esfuerzos tendientes a coordinar los puntos de vista y aportes de la región en preparación para la Sexta Reunión de la Comisión Especial a través del Oficial Letrado de enlace para América Latina.

Se alentó a los Estados de la región a realizar contribuciones voluntarias para brindar traducción de documentos al español e interpretación durante la Sexta Reunión de la Comisión Especial. Los participantes celebraron las contribuciones voluntarias realizadas por Argentina y España.

Se alentó a los Estados a enviar sus estadísticas del año 2008 para el estudio que realiza el Profesor Nigel Lowe para la Sexta Reunión de la Comisión Especial, tan pronto como sea posible.

4. Sexta Reunión de la Comisión Especial para Evaluar la Convención de la Haya en Materia de Restitución, celebrada en la Academia del Palacio de la Paz, la Haya, Países Bajos. Su desarrollo.

Por acuerdo número 6-11/2011 emitido por el pleno del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, en sesión ordinaria celebrada el día 1 de marzo del año en curso, ese órgano colegiado determinó designar al suscrito para asistir a la sexta reunión de la Comisión Especial para Evaluar la Convención de La Haya, en materia de restitución, realizada del 1º al 10 de Junio pasado en la Academia del Palacio de la Paz, en La Haya, Países Bajos.

Igualmente, fueron designados para acudir al evento antes indicado, los señores jueces: Maestra María Margarita Gallegos López, titular del Juzgado Séptimo de lo Familiar; Dr. Héctor Samuel Casillas Macedo, titular del Juzgado Octavo de lo Familiar; y, el Maestro Eduardo García Ramírez, titular del Juzgado Noveno de lo Familiar.

El 1º de junio del 2011, se abrió la sesión de la Comisión Especial, con el acreditamiento de todas las delegaciones y con la designación del Presidente y Vicepresidente de dicha Comisión, habiendo sido electo para el cargo de Presidente M. Jacques Chamberland, miembro de la delegación de Canadá y como Vicepresidenta Alegría Borrás, integrante de la delegación de España.

Se comenzó con la votación de la agenda propuesta por el Buró Permanente de la Convención Internacional de La Haya, la cual fue aprobada en forma unánime por todas las delegaciones. Enseguida se

inició la discusión sobre el estatus de la Convención de 1980 y de 1996; el uso de la Guía de Buenas Prácticas en relación con la implementación de medidas, y las estadísticas del año 2008 sobre los casos que fueron presentados bajo la Convención de La Haya de 1980 por el Profesor Nigel Lowe.

Se informó a los asistentes que actualmente 85 países han firmado la Convención de La Haya de 1980, mientras que 32 países se encuentran adheridos a la Convención de 1996; asimismo que varios Estados se encuentran analizando su adhesión a la Convención entre los que destacan Rusia, República de Corea del Norte y Japón, cuyas delegaciones se encontraban presentes.

A través de diversos integrantes del Buró Permanente, se dio a conocer el análisis estadístico de las solicitudes realizadas en el 2008 bajo la Convención de La Haya de 1980, destacando que hubo un aumento del 45% de las solicitudes de restitución. Por otra parte, de las solicitudes de restitución presentadas, el 69% corresponde a madres sustractoras; el 28% a padres sustractores, y el 3% restante a ambos padres, a los abuelos, a otros parientes o instituciones. El 72% de los casos de sustractores corresponde a personas que tenían asignada la guarda y custodia del niño; por otro lado el 51% de las personas sustractoras eran de la misma nacionalidad que el Estado requerido.

En cuanto a los niños, 69% de las solicitudes involucraban solamente a un niño; el promedio de edad de los niños involucrados era de 6.4 años; el 51% de los menores eran niños y el 49% niñas.

Respecto de los resultados de las solicitudes de restitución: en el 46% de las solicitudes se llevó a cabo la restitución; el 15% de las solicitudes fueron rechazadas judicialmente; en un 18% se desistieron y un 8% están aún pendientes.

Por lo que hace a las razones para el rechazo por las Autoridades Centrales, han sido: en un 14% se ha debido a que el niño se encuentra localizado en otro Estado; en un 18% el niño no ha sido localizado; en un 21% los solicitantes no tienen derechos de custodia.

Por lo que se refiere a la denegación judicial de las solicitudes, la razón más frecuente para negar la solicitud de restitución (27%) es la relativa al artículo 13 (1) b); el 17% fueron negadas debido a las objeciones del niño y un 15% fueron negadas por haberse encontrado que el niño no tenía su residencia habitual en el Estado solicitante.

En cuanto al tiempo promedio para tomar una decisión de restitución fue de 188 días; las restituciones voluntarias tomaron un promedio de 121 días; las restituciones judiciales por consentimiento, un promedio de 163 días y sin consentimiento, 204 días; en cuanto a las denegaciones, el promedio fue de 286 días. En promedio la autoridad Central retiene la solicitud por 76 días antes de enviarla a una Corte y ésta ha ocupado un promedio de 153 días para resolver. 240 solicitudes fueron decididas en apelación.

Por la tarde de ese mismo día se trató la cooperación de las Autoridades Centrales incluido el uso de información tecnológica, entre

otros puntos se abordó lo relativo a la responsabilidad y la prontitud en iniciar o facilitar el retorno de los niños, el uso de formatos estandarizados, el intercambio de información y el mantener las estadísticas a través de INCASTAT.

El 2 de junio se abordó el tema del procedimiento de las solicitudes de restitución por la Autoridad Central bajo la Convención de La Haya de 1980. En este punto se incluyeron temas como la localización del niño, para lo cual es indispensable contar con el apoyo de instituciones que realicen la investigación, tanto a nivel local como internacional.

Se hizo hincapié en la importancia de promover acuerdos; entre las partes el facilitar las comunicaciones judiciales, así como el regreso seguro del niño; las cuestiones migratorias, dado que a la luz de la experiencia de varios países en ocasiones cuando se ha resuelto sobre la restitución de un menor al Estado requirente, el fallo queda frustrado, pues las leyes de dicho Estado no permiten el regreso del menor al lugar por cuestiones relativas a las visas; finalmente, el uso de la guía de buenas prácticas bajo la Convención de 1980, Parte I, la cual se encuentra estructurada en base a la experiencia adquirida por jueces y litigantes de todo el mundo, ya que resulta pertinente destacar que en este magno foro, también estuvieron presentes organizaciones no gubernamentales que se dedican al asesoramiento y litigio de asuntos de sustracción internacional.

Se abordó el papel de la Autoridad Central bajo la Convención de La Haya de 1996 y se reflexionó acerca de la conveniencia de que los países que no la han suscrito, lo hagan a la brevedad, pues es un instrumento que faculta la aplicación del Convenio. Por la tarde se comentaron temas sobre la relación entre los Convenios de La Haya de 1980 y 1996; los servicios y facilidades otorgadas por las Autoridades Centrales; el facilitar el contacto internacional a través de la expedición de visas, en el contexto del procedimiento del regreso del menor a su lugar de residencia habitual.

El 3 de junio por la mañana se trató un tema que es de preocupación global relativo a los argumentos de violencia doméstica esgrimidos por el presunto retenedor o sustractor; se destacó el incremento de resoluciones en que se niega la restitución, fundándose en la existencia de agresiones realizadas por quien la solicita. En este punto se trató la definición de violencia doméstica y su relación con el artículo 13 B, de la Convención de La Haya de 1980; la relevancia de que el Estado donde se encuentra la residencia habitual sea capaz de proveer de protección; la organización y reforzamiento de las medidas de protección para procurar el retorno seguro del niño y en su caso, del padre o madre que lo acompañe, así como adoptar todas las medidas necesarias de carácter preventivo "cerrando las fronteras" a los sustractores para evitar que se trasladen a otro Estado; el seguimiento y la información de intercambio y la relevancia de la Convención de 1996, quedarán de manifiesto.

Con respecto a este tema cabe destacar que se hizo especial mención al hecho de que, quien plantea esta excepción tiene la carga de la prueba y los jueces debemos estar atentos a que los extremos de la pretensión queden colmados, pues como autoridades judiciales, en ocasiones nos enfrentamos a la disyuntiva de darle prioridad al trámite del asunto o a la investigación de los hechos relacionados con la violencia que se aduce. Se concluyó que el país de origen sería el más adecuado para realizar la investigación y proteger el interés superior del niño.

Otro tema importante que se abordó por la tarde fue el relativo al acceso a la justicia y a un trato justo. Con respecto a este tema, se mencionó que para los solicitantes en muchas ocasiones es complicado contratar un abogado en el otro Estado, ya que no cuentan con reuniones para cubrir los costos y entonces se desisten de la solicitud de restitución; que esto implica una barrera de acceso a la justicia por cuestiones económicas y que los Estados Partes deben procurar la asistencia judicial disponible para todos los solicitantes.

Un punto interesante fue la propuesta que se hizo para que el niño también tuviera una representación legal con independencia de la de los padres, pues no debemos olvidar que son partes en el proceso.

Se abordaron los casos Abbott, Neulinger y Raban, que por su trascendencia en las decisiones que se tomaron por los órganos del Poder Judicial resultan bastante ilustrativos para afrontar otros casos semejantes que pudieran llegar a presentarse.

El sábado 4 de junio por la mañana se abordó la discusión relativa a la necesidad de escuchar a los menores, pero sobre todo que éstos fueran informados, en caso de tener la madurez suficiente, de la situación que prevalece con sus progenitores, ya que en muchas ocasiones ignoran la razón de tener que presentarse en un juzgado, con el impacto psico-emocional que tal situación le puede causar.

Se hizo mención de que no tendría que haber retrasos en el procedimiento por escuchar al menor; por otra parte se hizo especial énfasis en el hecho de que lo ideal, es que el resultado de la plática no debe ser conocido por los padres contendientes, ya que esto puede ser en perjuicio del menor, quien puede ser objeto de presiones o maltratos, por aquel ascendiente que se sienta afectado por las declaraciones emitidas.

También se abordó el uso de las guías de buenas prácticas bajo la Convención de 1980, relativas a la parte III, que se refiere a las medidas preventivas y la parte IV, que se refiere al reforzamiento.

El lunes 6 de junio se trataron algunas consideraciones sobre el Manual Práctico para la Convención de La Haya de 1996, revisando capítulo por capítulo, el seguimiento que se le ha dado, cómo se va a publicar y la posibilidad de extender la base de datos de jurisprudencia sobre la sustracción internacional de niños (INCADAT e INCASTAT) a la Convención de 1996, pues se consideran fuentes importantes de consulta de los Estados, para solución de casos en proceso.

El martes 7 de junio se trataron los temas de las comunicaciones judiciales directas y la creación de redes judiciales, se habló sobre los progresos y avances registrados desde la reunión de la Comisión Especial sostenida en el 2006; el desarrollo de la red internacional de jueces; la importancia de que se instituyera por parte de los Estados, la designación de jueces y creación de juzgados especializados en la materia de restitución internacional, dando a conocer que hoy en día se encuentran designados 60 jueces de enlace en materia de restitución, correspondientes a 43 Estados firmantes de la Convención de La Haya de 1980; cuatro de ellos mexicanos.

En este espacio se reconoció el impulso que nuestro país ha dado mediante la creación de la red nacional de jueces en materia de restitución, compuesta por jueces de todas las Entidades Federativas, lo que implica un reconocimiento público a nuestro país y autoridades jurisdiccionales por el impulso y compromiso adquirido en la efectiva aplicación del Convenio. Se hizo también del conocimiento de la Asamblea la celebración de la Reunión Interamericana de la red de jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores, celebrada del 23 al 25 de febrero de 2011, en México Distrito Federal, con el fin de coordinar esfuerzos orientados a la solución de los problemas inherentes a la aplicación del Convenio. Especial impacto causó el informar que las 32 entidades federativas de la república cuentan ya con jueces especializados en materia de Restitución, destacando el trabajo realizado por nuestro País.

También se abordó la discusión de los principios sobre reglas de emergencia, las garantías aceptadas comúnmente, las bases legales y el posible desarrollo de reglas vinculantes; el uso de tecnología para las comunicaciones y la creación de redes; las conferencias judiciales y encuentros y, finalmente, el papel de la publicación denominada *The Judge's Newsletter*, Boletín que contiene artículos relativos a la protección internacional de los niños. Se invitó a los jueces que así lo desean a escribir sobre temas propios de la Convención.

El miércoles 8 de junio se revisó la Guía de Buenas Prácticas sobre mediación, destacando la importancia de este medio alternativo de solución de conflictos para evitar un notorio desgaste tanto emocional, físico como económico en los progenitores, pero sobre todo en los niños y niñas. Se propuso en forma unánime que la mediación fuera llevada a cabo en los mejores términos por la Autoridad Central; se sugirió el auxilio de profesionales en psicología con objeto de apoyar los mecanismos indispensables para lograr el objetivo.

El jueves 9 de junio se revisó capítulo por capítulo la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación, pero bajo la Convención de 1980, y el posible desarrollo de reglas vinculatorias. También se trató por la tarde el desarrollo de los principios de mediación dentro del proceso de Malta. Finalmente, el viernes 10 de Junio se discutieron y aprobaron las conclusiones y recomendaciones de la sexta reunión y la agenda de la comisión especial para el 2012.

Es de señalarse que las delegaciones de Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y de la Comunidad Económica Europea hicieron referencia a la destacada participación de América Latina como un bloque, con criterios profundos e uniformes.

Fue una experiencia enriquecedora para quienes formamos parte de la delegación mexicana al conocer la problemática que se presenta a nivel mundial en materia de restitución de menores y que por supuesto se trasmitirá a nuestros compañeros de la materia con objeto de que se traduzca en una mejor aplicación del Convenio de Sustracción de Menores de La Haya en nuestro tribunal.

5. Conclusiones y recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial para Evaluar la Convención de la Haya en Materia de Restitución

La Comisión Especial celebra el aumento registrado desde la reunión de la Comisión Especial de 2006 en el número de Estados contratantes de los Convenios de 1980⁵ (de 76 a 85) y de 1996 (de 13 a 32) y en el número de Estados que han suscrito el Convenio de 1996⁶ (7). La Comisión Especial insta a los Estados contratantes y a la Oficina Permanente a continuar con sus esfuerzos a fin de ampliar el número de Estados contratantes mediante la provisión de asesoramiento y asistencia.

La Comisión Especial sugiere el establecimiento de una red informal de expertos a fin de debatir acerca de las estrategias y los desafíos inherentes a la implementación del Convenio de 1996, por ejemplo, mediante el debate a través de una "listserv" (lista electrónica cerrada).

En el tema de la colaboración y comunicación entre las Autoridades Centrales en virtud del Convenio de La Haya de 1980 se recomienda invertir esfuerzos a fin de garantizar que las Autoridades Centrales actúen como punto focal para la prestación de los servicios o el desempeño de las funciones contempladas en el artículo 7 del Convenio de 1980. Cuando la propia Autoridad Central no preste un servicio en particular o no desempeñe una función en particular, preferentemente ella misma debería involucrar al organismo que presta dicho servicio o desempeña dicha función. Como alternativa, se recomienda que la Autoridad Central al menos ofrezca información relativa al organismo y al modo en que se lo puede contactar.

La Comisión Especial destaca una vez más la crucial importancia del rol activo de las Autoridades Centrales en la localización del niño

⁵ Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, "el Convenio de 1980").

⁶ 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 (en adelante, "el Convenio de 1996").

que ha sido trasladado o retenido de manera ilícita. Cuando las medidas destinadas a localizar al niño dentro de un Estado contratante no son adoptadas directamente por la Autoridad Central, sino a través de un intermediario, la Autoridad Central seguirá siendo responsable de agilizar las comunicaciones con el intermediario correspondiente e informar al Estado requirente acerca del avance de los intentos de localizar al niño y continuará siendo el canal central de comunicación en lo que a ello respecta.

Se solicita que los Estados contratantes que aún no lo han hecho confieran a sus Autoridades Centrales facultades suficientes a fin de solicitar, toda vez que sea necesario a efectos de la localización del niño, información a otras dependencias y autoridades gubernamentales, entre las que se encuentra la policía y, de conformidad con la ley, comunicar dicha información a la Autoridad Central requirente.

La Comisión Especial resalta las graves consecuencias que el funcionamiento del Convenio de 1980 podría sufrir en el supuesto de no informarse en forma inmediata a la Oficina Permanente de los cambios en los datos de contacto de las Autoridades Centrales. Asimismo, se recomienda que la Oficina Permanente se comprometa a recordar a las Autoridades Centrales su deber de información en este aspecto una vez al año.

La Comisión Especial destaca una vez más la necesidad de cooperación estrecha entre las Autoridades Centrales a efectos del procesamiento de solicitudes y del intercambio de información en virtud del Convenio de 1980 y hace hincapié en los principios de "respuestas inmediatas" y "medios de comunicación rápidos" establecidos en la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980 – Primera Parte – Práctica de las Autoridades Centrales.

La Comisión Especial celebra la cooperación creciente dentro de los Estados entre el/los miembro/s de la red Internacional de jueces de La Haya y la Autoridad Central pertinente que redundan en el mejor funcionamiento del Convenio.

Se alienta a las Autoridades Centrales a continuar suministrando información acerca de las comunicaciones judiciales directas y a facilitarlas, incluso, en el supuesto de dificultades idiomáticas, a través de la prestación de servicios de traducción, siempre que resulte pertinente o posible.

La Comisión Especial alienta a la Oficina Permanente a continuar con su trabajo con el fin de modernizar el formulario recomendado de solicitud de restitución y crear un formulario que pueda completarse en formato electrónico. Asimismo, la Comisión Especial solicita que la Oficina Permanente continúe con su trabajo a fin de desarrollar un formulario estándar de solicitud de derecho de visita. La Comisión Especial solicita que se publiquen versiones del formulario en distintos idiomas en el sitio web de la Conferencia de La Haya. A tal efecto, se alienta a los Estados a proporcionar traducciones a la Oficina Permanente.

La Comisión Especial alienta el uso de tecnología de la información en aras de acelerar las comunicaciones y mejorar el trabajo en red de las Autoridades Centrales.

Se recomienda que la Autoridad Central requirente se asegure de que la solicitud esté completa. Además de los documentos respaldatorios esenciales, se recomienda que la solicitud se encuentre acompañada de toda información complementaria que pudiera facilitar la evaluación y la resolución del caso.

La Comisión Especial destaca una vez más, que al momento de ejercer sus funciones relativas a la aceptación de solicitudes, las Autoridades Centrales deberían respetar el hecho de que, por lo general, la evaluación de cuestiones de hecho y de derecho (e.g., la residencia habitual, la existencia de derechos de custodia o acusaciones de violencia doméstica) debe estar a cargo del tribunal o de cualquier otra autoridad competente que decida respecto de la solicitud de restitución.

La facultad de la Autoridad Central en virtud del artículo 27 de rechazar la solicitud cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el Convenio o que la solicitud carece de fundamento debería ejercerse con sumo cuidado. La Autoridad Central requerida no debería rechazar una solicitud simplemente sobre la base de que se necesitan documentos o información adicionales. Se alienta enfáticamente la cooperación estrecha entre las Autoridades Centrales involucradas a fin de garantizar la presentación de la documentación pertinente y evitar demoras indebidas en el procesamiento de las solicitudes. La Autoridad Central podrá requerir al solicitante que facilite esa información adicional. Si el solicitante no aportara esa información en un plazo razonable especificado por la Autoridad Central requerida, la Autoridad Central podría negarse a continuar con el procesamiento de la solicitud.

Se les recuerda a las Autoridades Centrales el valioso rol que se espera cumpla el Perfil de País para el Convenio de 1980 en aras de permitir el intercambio de información entre los Estados acerca de los requisitos que deben reunirse a efectos de presentar una solicitud en el Estado requerido.

La Comisión Especial celebra el rol cada vez más importante que desempeñan las Autoridades Centrales en el marco de los casos de sustracción internacional de niños con miras a la solución amistosa del conflicto incluso a través de la mediación. Al mismo tiempo, Página 3 de 10 la Comisión Especial reconoce que la adopción de medidas a tal efecto no debería redundar en demoras.

En la medida de lo posible, la Autoridad Central requerida debería mantener informada a la Autoridad Central requirente acerca del avance del proceso y responder a las solicitudes de información razonables de la Autoridad Central requirente. Toda vez que la Autoridad Central requerida tome conocimiento de una sentencia o decisión emitida en el marco de procesos de restitución o derecho de

visita, debería comunicar de inmediato la sentencia o decisión a la Autoridad Central requirente, conjuntamente con información general acerca de los plazos aplicables para la presentación de cualquier apelación, cuando corresponda.

En lo referente a los casos de contacto/visitas en el contexto de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 la Comisión Especial destaca que, en muchos Estados contratantes del Convenio de 1980, las solicitudes relativas al derecho de visita en virtud del artículo 21 son actualmente procesadas en la misma forma que las solicitudes de restitución.

Se alienta a las Autoridades Centrales designadas en virtud de los Convenios de 1980 y/o 1996 a adoptar un enfoque proactivo y práctico a efectos del ejercicio de sus respectivas funciones en los casos internacionales en materia de visita/contacto.

La Comisión Especial reafirma los principios establecidos en los *Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los Niños* y alienta enfáticamente a los Estados contratantes de los Convenios de 1980 y 1996 a revisar, cuando sea necesario, sus prácticas en los casos internacionales en materia de derecho de visita a la luz de estos principios.

La Comisión Especial reconoce que en virtud del artículo 7(2) b) y del artículo 21 del Convenio de 1980, durante un proceso de restitución pendiente de resolución, todo Estado contratante requerido puede adoptar las medidas necesarias a fin de que el solicitante en el marco del proceso de restitución tenga contacto con el/los niño/s objeto de la solicitud, cuando corresponda.

La Comisión Especial reconoce el gran valor del Análisis Estadístico de las solicitudes efectuadas en el año 2008 en virtud del Convenio de La Haya de 25 de Octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Doc. Prel. N° 8), realizado por Nigel Lowe y Victoria Stephens, y observa un aumento en el número de solicitudes de restitución de La Haya, una proporción marginalmente inferior de restituciones y un aparente aumento en el tiempo de resolución de los casos de restitución de La Haya.

La Comisión Especial reafirma la recomendación N° 1.14 de la reunión de la Comisión Especial de 2001 y la recomendación N° 1.1.16 de la reunión de la Comisión Especial de 2006: *"Se anima a las Autoridades Centrales a mantener estadísticas precisas sobre los asuntos tratados en aplicación del Convenio, y hacerlas saber a la Oficina Permanente de forma anual, de conformidad con los formularios estándar establecidos por la Oficina Permanente de acuerdo con las Autoridades Centrales."*

La Comisión Especial recomienda el desarrollo de un cuestionario estadístico, que pueda completarse online, y que combine la información que actualmente se pretende obtener para INCASTAT con la información obtenida a efectos del último análisis estadístico de casos surgidos en 2008. La Comisión Especial recomienda que la Oficina

Permanente, en conjunto con ciertos Estados parte interesados, exploren la posibilidad de migrar información de manera automática a INCASTAT.

1) Perfil de País para el Convenio de 1980: la Comisión Especial celebra el desarrollo del Perfil de País para el Convenio de 1980 y la importante mejora que implica respecto del intercambio de información entre las Autoridades Centrales. Se alienta enfáticamente a todos los Estados contratantes que aún no hayan completado el Perfil de País a hacerlo lo antes posible. La Comisión Especial recomienda que los Estados contratantes actualicen su Perfil de País en forma periódica a fin de garantizar que la información esté actualizada. La Oficina Permanente enviará un recordatorio anual a los Estados contratantes a tal efecto. El Perfil de País no sustituye el Cuestionario estándar para los nuevos Estados adherentes. Sin embargo, se alienta a todos los nuevos Estados adherentes o ratificantes a completar el Perfil de País lo antes posible luego de su adhesión al Convenio de 1980 o de su ratificación.

2) Visitas de información y capacitación para nuevos Estados adherentes/ratificantes y Estados que consideran la posibilidad de adhesión/ratificación del Convenio de 1980: inmediatamente después de que un Estado se convierta en Parte del Convenio de 1980 (o, en su caso, toda vez que un Estado se esté preparando para hacerlo o haya expresado un marcado interés en hacerlo), se le debería ofrecer al Estado en cuestión la oportunidad de visitar un Estado contratante del Convenio de 1980 con experiencia a fin de adquirir conocimiento y entendimiento relativos al funcionamiento práctico del Convenio de 1980, mediante una carta estándar remitida por la Oficina Permanente. La Oficina Permanente mantendrá una lista de todos los Estados contratantes con experiencia que estén dispuestos a aceptar una visita semejante y, cuando un nuevo Estado adherente o ratificante (o interesado) responda positivamente al ofrecimiento, suministrará los datos de los Estados contratantes dispuestos a recibir al nuevo Estado adherente/ratificante (o interesado) a fin de que los dos Estados involucrados organicen o concierten la visita.

3) Cuestiones de inmigración en el contexto del Convenio de 1980: a los efectos de evitar que ciertas cuestiones relativas a la inmigración obstruyan la restitución del niño, y de ser posible, las Autoridades Centrales y otras autoridades competentes deberían aclarar la nacionalidad del niño y determinar tan pronto como sea posible durante el procedimiento de restitución, si el niño cuenta con los documentos necesarios para viajar. Al emitir la orden de visita/contacto, los jueces deberían tener en cuenta que podrían existir cuestiones inmigratorias que deban resolverse antes de que pueda tener lugar el contacto del modo en que se ha ordenado. Toda vez que haya algún indicio de dificultades migratorias que pudieran afectar la capacidad de un niño o progenitor sustractor (no ciudadano) para regresar al Estado requirente, o para que una persona pueda ejercer sus derechos de visita/contacto, la Autoridad Central debería responder las solicitudes de

información de inmediato, a fin de asistir a la persona en la obtención inmediata de las autorizaciones o los permisos (visas) necesarios de parte de las autoridades pertinentes de su jurisdicción. Los Estados deberían actuar con tanta celeridad como sea posible al momento de emitir los permisos o visas a tal efecto y deberían recalcar a sus autoridades nacionales de inmigración el rol esencial que tienen en el cumplimiento de los objetivos del Convenio de 1980.

4) Acceso a la Justicia en el contexto del Convenio de 1980: la Comisión Especial destaca la importancia de garantizar el acceso efectivo a la justicia de ambas partes en los procesos de visita/acceso y restitución, al igual que del niño, cuando corresponda. Al hacerlo, reconoce que los medios para garantizar dicho acceso efectivo pueden variar de un Estado a otro, en particular en el caso de los Estados que han formulado reserva al artículo 26 del Convenio. La Comisión Especial resalta que la dificultad de obtener asistencia judicial en primera instancia o en instancia de apelación o de encontrar abogados experimentados para las partes puede redundar en demoras y producir efectos adversos tanto para el niño como para las partes. Se reconoce el importante rol de la Autoridad Central a fin de ayudar al solicitante a obtener asistencia judicial rápidamente o a encontrar un representante legal experimentado. La Comisión Especial reconoce la importancia de garantizar el acceso efectivo a la justicia de ambas partes, al igual que del niño, cuando corresponda, en el marco del proceso de custodia posterior a la restitución del niño. Al hacerlo, reconoce que los medios para garantizar dicho acceso efectivo pueden variar de un Estado a otro.

5) Violencia doméstica y familiar en el contexto del Convenio de 1980: la Comisión Especial nota que un gran número de jurisdicciones están abordando asuntos de violencia doméstica y familiar como una cuestión destacadamente prioritaria, por ejemplo, a través de la creación de conciencia y la capacitación. Cuando el artículo 13(1) b) del Convenio de 1980 es invocado con relación a situaciones de violencia doméstica o familiar, las alegaciones de violencia doméstica o familiar y los posibles riesgos para el niño deberían ser examinados de manera adecuada e inmediata, en la medida necesaria a los fines de esta excepción. La Comisión Especial confirma su apoyo a la promoción de mayor consistencia a efectos del modo de abordar alegaciones de violencia doméstica y familiar al momento de aplicar el artículo 13(1) b) del Convenio de 1980.

La Comisión Especial consideró tres propuestas de trabajo futuro con miras a promover consistencia en la interpretación y la aplicación del artículo 13(1) b) del Convenio de 1980, y en el tratamiento de cuestiones de violencia doméstica y familiar surgidas en el marco de procesos de restitución en virtud del Convenio. A saber: a) Una propuesta que incluye, entre otros puntos, la redacción de una Guía de Buenas Prácticas sobre la implementación del artículo 13(1) b) (Documento de Trabajo N° 1). b) Una propuesta de establecimiento de un grupo de trabajo, proveniente, en particular, de la Red Internacional de Jueces de

La Haya, a fin de que considere la factibilidad de desarrollar una herramienta apropiada a efectos de asistir en la consideración de la excepción de grave riesgo de daño (Documento de Trabajo. N° 2). c) Una propuesta de establecimiento de un grupo de expertos, entre los que se encuentren, en particular, jueces, expertos de las Autoridades Centrales y expertos en la dinámica de violencia doméstica, a fin de que desarrollen principios o una guía de prácticas sobre la gestión de las alegaciones de violencia doméstica en el marco de procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya (Doc. Prel. N° 9, párr. 151).

1) Facilitar la restitución segura del niño y del progenitor acompañante, cuando sea pertinente (Convenios de 1980 y 1996): la Comisión Especial reconoce el valor de la asistencia prestada por las Autoridades Centrales y otras autoridades pertinentes en virtud de los artículos 7(2) d), e) y h) y 13 (3) en la obtención de información proveniente del Estado requirente, e.g., informes policiales, médicos e informes preparados por asistentes sociales e información acerca de las medidas de protección y los arreglos disponibles en el Estado de restitución.

La Comisión Especial reconoce asimismo el valor de las comunicaciones judiciales directas, en particular, a través de redes judiciales, para determinar si en el Estado al que el niño debe ser restituido se encuentran disponibles medidas de protección para el niño y el progenitor acompañante. Se observó que el Convenio de 1996 provee bases jurisdiccionales, en casos de urgencia, a efectos de la adopción de medidas de protección respecto del niño, y también en el marco de procesos de restitución en virtud del Convenio de 1980. Dichas medidas son reconocidas y pueden ser declaradas ejecutorias o registradas para su ejecución en el Estado al que el niño es restituido siempre que ambos Estados involucrados sean Parte del Convenio de 1996. Al momento de considerar la protección del niño en virtud de los Convenios de 1980 y 1996, se recomienda tener en cuenta el impacto que la violencia de un progenitor hacia el otro puede tener sobre el niño.

La Comisión Especial celebra la decisión adoptada por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2011 "de incorporar a la agenda de la Conferencia, el tema del reconocimiento de las medidas de protección extranjeras en materia civil" emitidas, por ejemplo, en el contexto de casos de violencia doméstica, e instruir a la Oficina Permanente a que prepare una breve nota sobre el tema, para ayudar al Consejo a determinar si se justificaría profundizar el trabajo en la materia. La Comisión Especial recomienda que debería de tenerse en cuenta la posible utilización de dichas medidas en el marco del Convenio de 1980.

2) Derechos de custodia (Convenio de 1980): la Comisión Especial reafirma que los términos del Convenio tales como derechos de custodia deberían interpretarse en función de la naturaleza autónoma del

Convenio y a la luz de sus objetivos. Con relación al significado autónomo del término "derechos de custodia" en virtud del Convenio, la Comisión Especial toma nota de la decisión emitida en el marco del caso *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010), que sustenta la opinión de que todo derecho de visita combinado con un derecho a determinar la residencia del niño constituye un "derecho de custodia" a los fines del Convenio y reconoce que constituye un aporte significativo hacia el logro de la consistencia a nivel internacional con respecto a su interpretación. La Comisión Especial reconoce la considerable utilidad del perfil de país y de las comunicaciones judiciales directas para ayudar a determinar la ley del Estado de residencia habitual del niño a fin de establecer si el solicitante en el marco de un proceso de restitución es titular de derechos de custodia en los términos del Convenio.

3) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Convenio de 1980): la Comisión Especial destaca que, en las decisiones adoptadas a lo largo de muchos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado un fuerte apoyo al Convenio de 1980, tipificado por una declaración realizada en el marco del caso *Maumousseau and Washington v. France* (N° 39388/05, ECHR 2007 XIII), según la cual el Tribunal "coincidía plenamente con la filosofía subyacente al Convenio de La Haya". 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, N° 41615/07, 6 de julio de 2010) y *Raban v. Romania* (N° 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 (Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, extrajudicialmente (Info. Doc. N° 5)). 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.

4) La voz y las opiniones del niño en el proceso de restitución y otros procesos (Convenios de 1980 y 1996): la Comisión Especial celebra el apoyo abrumador de la posibilidad de brindarles a los niños, según su edad y grado de madurez, la oportunidad de ser escuchados en el marco del proceso de restitución en virtud del Convenio de 1980 independientemente del hecho de que se haya planteado una excepción en virtud del artículo 13(2). La Comisión Especial destaca que

los Estados adoptan distintos enfoques en sus leyes nacionales acerca del modo en que las opiniones del niño pueden obtenerse y presentarse en el proceso. Al mismo tiempo, la Comisión Especial resalta la importancia de garantizar que la persona que entrevista al niño, ya sea el juez, un experto independiente o cualquier otra persona, debería contar con una formación adecuada a efectos de esta tarea, cuando sea posible. La Comisión Especial reconoce la necesidad para el niño de estar informado del proceso en curso y de sus posibles consecuencias en forma adecuada según su edad y grado de madurez. La Comisión Especial destaca que un número creciente de Estados prevén la posibilidad de que el niño cuente con representación legal independiente en el marco de casos de sustracción.

5) Guías de Buenas Prácticas (Convenios de 1980 y 1996): la Comisión Especial reconoce el valor de todas las partes de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980 y de los Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo en virtud de los Convenios de 1980 y 1996. Asimismo, alienta la amplia difusión de las guías. La Comisión Especial alienta a los Estados a considerar la mejor forma de difundir las guías dentro de sus Estados y, en particular, entre las personas involucradas en la implementación y funcionamiento de los Convenios.

6) El Manual Práctico sobre el Convenio de 1996: la Comisión Especial recibe con agrado el Proyecto Revisado de Manual Práctico sobre el Convenio de 1996 (Doc. Prel. N° 4) como un documento valioso que brinda lineamientos beneficiosos a todas aquellas personas involucradas en la implementación y funcionamiento del Convenio. La Comisión Especial recomienda que la Oficina Permanente, en consulta con expertos, introduzca modificaciones al Proyecto Revisado de Manual Práctico a la luz de los comentarios realizados durante la reunión de la Comisión Especial. La Comisión Especial espera con ansias la publicación del Manual Práctico sobre el Convenio de 1996 luego del proceso de revisión final mencionado. La Comisión Especial reconoce el gran valor de INCADAT y celebra que se continúe explorando la posibilidad de extender INCADAT al Convenio de 1996. La Comisión Especial sugiere que se continúe explorando la conveniencia y la factibilidad de extender INCASTAT al Convenio de 1996.

7) Mediación: la Comisión Especial destaca los numerosos desarrollos en el uso de la mediación en el marco del Convenio de 1980. La Comisión Especial celebra al Proyecto de Guía de Buenas Prácticas de Mediación en virtud del Convenio de 1980. Se solicita a la Oficina Permanente que realice revisiones de la Guía a la luz de las discusiones de la Comisión Especial, tomando en consideración, asimismo, el asesoramiento de expertos. Se considerará la inclusión de ejemplos de acuerdos obtenidos en el marco de la mediación. La versión revisada será circulada entre los Miembros y los Estados contratantes para su consulta final. La Guía será publicada en un formato que permita actualizaciones. La Comisión Especial expresa su agradecimiento por la

labor realizada por el Grupo de Trabajo de Mediación en el marco del Proceso de Malta y celebra los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el marco del Proceso de Malta (Doc. Prel. N° 6). La Comisión Especial destaca los esfuerzos que ya se realizan en ciertos Estados para establecer un Punto de Contacto Central de conformidad con los Principios. Se alienta a los Estados a considerar el establecimiento de tal Punto de Contacto Central o la designación de su Autoridad Central como Punto de Contacto Central. Los detalles de contacto de los Puntos de Contacto Centrales se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya. La Comisión Especial destaca el pedido del Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia de La Haya de 2011 de que el Grupo de Trabajo continúe trabajando en la implementación de estructuras de mediación y, en particular, con el apoyo de la Oficina Permanente, y a la luz de las discusiones de la Comisión Especial: a) "A fin de facilitar una mayor aceptación e implementación de los Principios como un marco básico para el avance; b) A fin de considerar una mayor elaboración de los Principios; y c) A fin de informar todo avance al Consejo en 2012" (Ver las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia (5-7 de abril de 2011)).

8) Artículo 15 del Convenio de 1980: la Comisión Especial toma nota de los problemas, incluidas las dilaciones, que se identificaron en el funcionamiento del artículo 15. Recomienda que la Oficina Permanente considere en mayor profundidad los pasos que se puedan seguir a fin de asegurar una aplicación más efectiva del artículo.

9) Comunicaciones judiciales (Convenio de 1980): la Comisión Especial celebra el crecimiento extraordinario de la red Internacional de jueces de La Haya durante el período 2006-2011 que, en la actualidad, comprende más de 65 jueces provenientes de 45 Estados. Se alienta enfáticamente a los Estados que aún no hayan designado jueces de la red de La Haya a que lo hagan. Asimismo, la Comisión Especial celebra las medidas adoptadas por los Estados y las organizaciones regionales, a nivel nacional y regional con respecto al establecimiento de redes judiciales y a la promoción de comunicaciones judiciales. La Comisión Especial resalta la importancia de las comunicaciones judiciales directas en los casos de protección internacional de niños y sustracción internacional de niños.

10) Roles respectivos de los jueces y las Autoridades Centrales: la Comisión Especial reafirma las Recomendaciones N° 1.6.4 y 1.6.5 de la reunión de la Comisión Especial de 2006: "La Comisión Especial reconoce que, teniendo en cuenta el principio de separación de poderes, la relación entre jueces y Autoridades Centrales puede tomar diferentes formas. La Comisión Especial continúa alentando las reuniones que involucran a jueces y Autoridades Centrales a nivel nacional, bilateral y multilateral, como forma necesaria para desarrollar un mejor entendimiento de los respectivos papeles de ambas instituciones."

11) Reglas Emergentes y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales: la Comisión Especial brinda su respaldo general a las Reglas Emergentes y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales incluidas en el Documento Preliminar N° 3 A, sujeto a la revisión del documento que realice la Oficina Permanente a la luz de los debates surgidos en el marco de la Comisión Especial.

12) Fundamento jurídico de las comunicaciones judiciales directas: cuando existan preocupaciones en algún Estado acerca del fundamento jurídico adecuado para las comunicaciones judiciales directas, ya sea en virtud del derecho o procedimiento interno, o en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes, la Comisión Especial invita a los Estados a adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que dicho fundamento jurídico exista. La Comisión Especial destaca que la cuestión de la conveniencia y la factibilidad de las normas vinculantes en esta materia, incluido el fundamento jurídico, será considerada durante la Segunda Parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial.

13) Comunicaciones electrónicas seguras y eficientes: la Comisión Especial destaca el trabajo exploratorio de la Oficina Permanente con respecto a la implementación de un proyecto piloto de comunicaciones electrónicas seguras y eficientes, en particular, para los miembros de la red Internacional de jueces de La Haya.

14) Medidas que la Oficina Permanente deberá adoptar: con relación al trabajo futuro, la Oficina Permanente, a la luz de las observaciones efectuadas durante la reunión: a) explorará en mayor profundidad el desarrollo de sistemas de comunicaciones seguros, tales como videoconferencias seguras, en particular, para los miembros de la red Internacional de jueces de La Haya; b) continuará desarrollando contactos con otras redes judiciales a fin de promover el establecimiento de redes judiciales regionales, al igual que la consistencia en las salvaguardias aplicadas con relación a las comunicaciones judiciales directas; c) continuará manteniendo un inventario de las prácticas existentes relativas a las comunicaciones judiciales directas en los casos específicos en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y con respecto a la protección internacional de niños; y, redactará un breve documento informativo para los jueces relativo a las comunicaciones judiciales directas.

15) El Boletín de los jueces sobre la Protección Internacional del Niño: la Comisión Especial apoya la publicación continua del Boletín de los jueces sobre la Protección Internacional del Niño y expresa su agradecimiento a LexisNexis por su colaboración en la publicación y distribución del Boletín. La Comisión Especial insta a realizar todo esfuerzo a fin que el Boletín esté disponible en idioma español y alienta a los Estados a considerar la posibilidad de brindar su apoyo a tal efecto.

16) Conferencias: la Comisión Especial destaca una vez más la importancia de conferencias y seminarios judiciales interdisciplinarios y la contribución que aportan al eficaz funcionamiento de los Convenios de 1980 y 1996. La Comisión Especial alienta a los Estados a brindar apoyo

y proporcionar financiamiento continuo para dichas reuniones y para otras reuniones en apoyo a la aplicación consistente del Convenio.

6. Tercera reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez

Esta reunión se llevó a cabo en la Ciudad de México, Distrito Federal, los días 19 y 20 de Abril del 2012, en el Auditorio Lavalle Urbina, en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y se arribó a las siguientes conclusiones:

Los resultados de este tercer encuentro de la red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la niñez, fueron satisfactorios y fructíferos. Como todo proyecto de grandes ambiciones, algunas de las metas han sido plenamente cumplidas, y otras están en proceso. Cuando se fundó la red, sabíamos que su objeto no se agotaría en pocos años y que cada desafío superado develaría, a su vez, otros tantos; igualmente complejos, igualmente apremiantes.

Esta lectura de conclusiones, por razones de tiempo y funcionalidad, se ciñe a las líneas generales y consensadas de las mesas de trabajo de los participantes, pero es menester aclarar que se está elaborando ya un documento más detallado. En él se aclararán los avances parciales o totales que ciertos estados han registrado respecto de algunos compromisos asumidos. Este documento se les hará llegar a todos los participantes.

En primer lugar, celebramos la importancia que la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de la república Mexicana ha dado a los acuerdos de esta red, lo que se comprueba con la revisión que de ellos ha hecho puntualmente, en sus Asambleas Plenarias. Se demuestra también con el esfuerzo que han realizado nuestros tribunales para que, pese a las limitaciones presupuestales, su estado cuente con representación en las reuniones nacionales como la que el día de hoy clausuramos.

Cabe destacar el creciente número de tribunales que han designado formalmente a sus jueces integrantes de la red. Observamos con gusto que se han realizado ya ciertas acciones de gran valía en materia de capacitación en los propios tribunales, y talleres regionales que algunas entidades han realizado con gran éxito. En suma, el primer y más importante objetivo de esta red, que era mantenerse viva y operando de modo útil para la impartición de justicia en México, se ha logrado con creces.

Reconocemos que falta mucho por hacer. Es necesario fortalecer los vínculos entre los tribunales estatales con otras instituciones de vocación pública y largo alcance, para instrumentar capacitación permanente de alto nivel en los temas relacionados con la protección a la niñez y solución alternativa de controversias. También se manifestó en todas las mesas de trabajo el compromiso que los primeros jueces designados tienen para con el resto de integrantes de la red, y de todos ellos con los jueces familiares de su entidad, para replicar y compartir su

experiencia y conocimientos obtenidos aquí, y en su práctica diaria como jueces concentradores de competencia.

Es indispensable incluir en el diálogo académico y práctico a todos los servidores judiciales e, incluso, abrirnos a otros actores públicos y ciudadanos. En esta tesitura, queda anotado el exhorto de la autoridad central para que se impulse la firma de un instrumento jurídico vinculante con Estados Unidos para establecer mecanismos de protección al menor en caso de sustracción. De igual manera se hizo patente la apremiante necesidad de que las policías locales y federal elaboren mejores mecanismos de comunicación y colaboración, y se planteó la posibilidad de contar con una policía especializada que diseñe y ejecute las investigaciones de restitución.

También en la dimensión institucional, se reitera que es necesaria la generación de estadísticas especiales de rubros relacionados con la protección del menor. Los insumos estadísticos y su adecuada interpretación son fundamentales para la toma de decisiones de política pública judicial. Así, la inclusión de estadísticas novedosas y útiles es una labor que ningún tribunal puede soslayar.

El arduo trabajo cotidiano de los juzgados hace difícil el seguimiento de acuerdos laboriosos, pero todos ellos son importantes y hay que lograr su materialización: el establecimiento del sitio virtual de la red, la utilización de fichas homologadas de registro de información y el impulso del Proyecto de Ley General de Restitución Internacional de Menores, son compromisos en los que vale la pena insistir.

Un apartado especial merecen los problemas jurídicos concretos planteados en este encuentro. La doble naturaleza de la condición de menor en México, como factor de seguridad y factor de riesgo para la persona, exige a los Juzgadores una ponderación y análisis del caso concreto especialmente minucioso. La ley es clara cuando coloca a los menores como un grupo vulnerable y por tanto con protección especial, pero la debilidad de las instituciones que garantizan esa protección es un factor que aleja la realidad social del deber ser jurídico. Lo anterior se pone de manifiesto con las posiciones antagónicas, ambas defendibles, que se decantan, unas por el aseguramiento del menor y otras por el aseguramiento del sustractor.

Igualmente controvertida es la pregunta de si puede tenerse por cumplida una resolución que viole derechos humanos. La naturaleza de los tribunales locales como órganos de mera legalidad entra en tensión con la necesidad, cada vez mayor, de respetar los derechos humanos por encima de cualquier norma o acto de autoridad que sea violatorio de los mismos. En el marco de la nueva reforma constitucional y del surgimiento de los tribunales locales como controladores de convencionalidad, queda mucho por decirse.

Los últimos temas, abordados en sendas conferencias y mesas de trabajo, se refirieron a los apartados de alimentos, adopción internacional, métodos concretos de aseguramiento y mecanismos de trabajo regional de los participantes. Las diversas opiniones y acuerdos

vertidos por todos ustedes se enviarán en el documento final. Vale la pena insistir, por ahora, en que la concentración de la competencia de los jueces debe incluir la materia de adopción.

Finalmente, la impresión general que se percibió en las mesas es que podemos estar satisfechos con los resultados de este encuentro nacional, con una condición. A saber, que sigan articulándose los esfuerzos de todos para que no sólo cuando nos reunimos, sino en el trabajo judicial cotidiano, la comunicación permanente entre los miembros garantice que los justiciables, a quienes nos debemos, sean los verdaderos beneficiarios de nuestros compromisos cumplidos.

7. Cuarta reunión de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez

Esta reunión se llevó a cabo en la Ciudad de México, Distrito Federal, los días 18 y 19 de Abril del 2013, en el Auditorio Lavalle Urbina, en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y se arribó a las siguientes conclusiones en materia de restitución internacional:

a) Presupuestos procesales para la presentación de las solicitudes de la restitución internacional por la autoridad central: Dado que el juez debe revisar si la solicitud de restitución cumple con todos los requisitos que establece la Convención, con objeto de dar trámite al procedimiento de restitución, si es factible que realice alguna prevención para solicitar la documentación faltante, prevención cuyo desahogo debe recaer en la autoridad central. La Secretaria de Relaciones Exteriores como autoridad central en nuestro país, debe ser considerada como parte en los Juicios de restitución Internacional de menores, en virtud de que la misma Convención le otorga facultades para intervenir en el procedimiento, debiendo considerársele como tal en sentido formal y no en sentido material. Aunado a lo anterior, debe considerarse que el Estado mexicano al haberse adherido a la Convención, tiene la responsabilidad de dar cumplimiento al mismo, lo que legitima a la Secretaria de Relaciones Exteriores para intervenir en el procedimiento. La Secretaría de Relaciones Exteriores sí se encuentra obligada como autoridad central a requerir a su homóloga del país que fuere, para que esta a su vez le requiera al solicitante (padre o madre) a que cumpla con todos los requerimientos, aunque estos se hacen de manera diplomática manteniendo en todo momento la cordialidad y el principio de buena fe entre las partes el principio *pacta sunt servanda*. Siempre debe velarse por el principio de seguridad jurídica en todo procedimiento, por ende, sí debe de existir un término para el desahogo de la prevención, de acuerdo al caso concreto y las circunstancias que prevalezcan, como es el caso del país solicitante. Y en el caso de que no se cumpla con la prevención en el término que se establezca, la solicitud se desecharse.

b) Fijación de las convivencias en los asuntos de restitución internacional: El alcance de la regulación de las convivencias, de

acuerdo al Convenio, es ínfimo dado que sólo podrían fijarse de manera provisional, es decir, únicamente mientras dure el procedimiento de restitución y de ninguna manera se deben aplicar las reglas para resolver controversias familiares. La fijación de las convivencias en un procedimiento de restitución no debe seguir las reglas de un procedimiento como el de controversia del orden familiar, toda vez que únicamente son medidas que se toman durante el procedimiento de restitución y no debe entrarse a resolver el fondo del negocio, debido a que lo prohíbe el artículo 16 de la propia Convención. En el caso de procedimientos de restitución, durante su tramitación quien debe vigilar el cumplimiento del régimen, es el juez que conoce de la restitución y una vez concluida queda sin materia.

c) Casos de improcedencia de la solicitud de restitución fundadas en el artículo 13 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción: Se considera que las pruebas idóneas para acreditar las excepciones son las preconstituidas y documentales (órdenes de restricción, violencia doméstica, impresión diagnóstica, reportes policiales por casos de violencia), siempre y cuando su tramitación se realice antes del año de la retención o sustracción ilegal del menor que se trate. El juez podría admitir no sólo las pruebas que han quedado descritas en líneas anteriores, sino también cualquier otro medio de prueba, incluyendo la prueba pericial en psicología, que vayan encaminadas a probar el grave riesgo cuando la tramitación de esta restitución se realice después de un año de la retención o traslado ilícito, ya que se tendría la obligación de analizar con fundamento en el interés superior del menor, la adaptabilidad del menor en el país al que fue retenido o trasladado o cuando se trata de probar que existe grave riesgo (violencia sexual), ya que de manera contraria cualquier prueba que no sea preconstituida y documentada va dirigida a determinar la guardia y custodia, desvirtuando la naturaleza de este procedimiento internacional, en el que debe dirimirse únicamente si el traslado o retención fue "ilícito". Se consideró que no debe ser procedente la excepción establecida en el artículo 13-B de la Convención, si no existen pruebas preconstituidas ni documentadas respecto de la violencia que se sufrió en el país en donde residía el menor, por lo que el admitir pruebas diversas sólo daría oportunidad al presunto sustractor de alargar el proceso a través de la interposición de recursos ordinarios o juicios de amparo. Resulta conveniente solicitar a la autoridad central otros elementos de prueba, siempre y cuando se haga la referencia de que existen pruebas preconstituidas al momento de la interposición de la excepción y que no se cuenta con ellas, por estar en otro país.

En materia de adopción internacional:

a) El principio de subsidiariedad: De acuerdo al principio de subsidiariedad que establece la Convención sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, se deberá buscar la colocación del niño con una familia en su país de origen. En el artículo 4 de dicha Convención se establece que las

adopciones internacionales sólo pueden tener lugar cuando la autoridad central del Estado de origen ha constatado que no hay posibilidad de integrarlo a una familia en su país; se ha asegurado que las personas o instituciones cuyo consentimiento se requiera han sido asesoradas respecto del rompimiento del vínculo jurídico entre el niño y su familia de origen. En atención a lo expuesto, se debe buscar siempre y antes de que un menor sea sujeto de adopción, tratar de integrarlo a su familia de origen, a efecto de no desarraigarlo de su cultura y residencia, por lo que se considera que sí se debe examinar que se hayan llamado a los abuelos paternos o maternos. Si se deben llamar en el juicio de adopción a los abuelos paternos y maternos, en atención al artículo 4 de la Convención sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional en el que contempla el principio de subsidiaridad a efecto de ponderar el interés superior del menor lo cual sólo se lograría al cerciorarse que no existe ningún pariente con el cual pudiera ser incorporado, y si eso no acontece, podría ser sujeto de adopción internacional.

b) Idoneidad del menor en el proceso de adopción internacional: Consideramos que es sujeto de adopción el menor cuyo padre ha perdido la patria potestad, pero continúa conviviendo con su padre. Consideramos que no es presupuesto para tramitar la adopción la pérdida del derecho de convivencia sin embargo el juez debe de ponderar el caso concreto, atendiendo al interés superior del menor.

c) Competencias como presupuesto procesal para el ejercicio de jurisdicción en asuntos de adopción internacional: El juez competente es el domicilio del menor, esto es, el de la institución en donde se encuentra, aún cuando la institución pueda tener distintas bases. En experiencia del DIF nacional, cuando las adopciones se realizan en lugares diferentes de la residencia del menor, se detecta que hay una falla. Hablando de adopciones internacionales, la Autoridad Central sirve como un filtro que revisa los procedimientos. En el caso de que en la legislación local no contemple la figura de la adopción plena es precedente la adopción internacional, aun cuando exista algún Estado de la república que no contemple la figura de la adopción plena, tomando en consideración el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, arts. 1, 4 y 133, en relación con los tratados internacionales y las leyes federales. Armonizando todos los ordenamientos nacionales e internacionales para otorgarle la protección más amplia al menor, atendiendo siempre al principio de interés superior de este.

d) Período de adaptación del menor con los presuntos adoptantes: Tratándose de adopción internacional y que a los solicitantes normalmente se les concede permiso de un mes para su estancia en el territorio nacional se debe solicitar por la autoridad central y avalada por determinación judicial, que se agote un periodo de adaptación de convivencias en la institución en que se encuentre el niño, en un periodo de tres semanas, sin que ello obstaculice la radicación, prosecución y

resolución del procedimiento judicial de adopción. Es necesario que se lleve primero el periodo de adaptación y cuando la edad del menor así lo permita, después platicar con el menor para que manifieste su opinión respecto a la adopción. Es importante también hablar después del periodo de adaptación con los presuntos adoptantes, reforzando los posibles riesgos de adaptación que se pudieran presentar, antes de dictar sentencia y después de dictada la misma, de acuerdo con el tratado o convención, el seguimiento sería por conducto de la autoridad central.

Como resultado de la participación de los magistrados federales, y a propuesta de ellos, se debe solicitar al Poder Judicial Federal por los conductos correspondientes que tanto jueces como magistrados de circuito formen parte de ésta red, para que ellos tengan conocimiento de los asuntos que se tramitan en materia de restitución y adopción internacional.

Se solicita que por medio de la CONATRIB se realicen las gestiones necesarias para que los jueces miembros de la red cuenten con un nombramiento indefinido, en lugar del actual nombramiento por 5 años; toda vez que la designación de nuevos jueces significaría perder los avances logrados hasta ahora con los actuales miembros, en materia de capacitación.

La preparación que los jueces mexicanos que asistimos tuvimos los años previos a la realización del evento, particularmente en 2009 y 2010, así como la Reunión Interamericana de la red de jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores, que tuvo lugar en el Distrito Federal, los días 23 al 25 de Febrero de este año, nos permitieron no sólo estrechar los lazos de comunicación con las Autoridades Centrales y jueces de enlace de América Latina, sino también establecer acuerdos de apoyo recíproco y definiciones de conceptos, tomando en cuenta la cultura Latinoamericana. Esto nos permitió presentar una postura lógica y coherente en la Sexta Reunión de la Comisión Especial para evaluar la Convención de La Haya en Materia de Restitución de Menores, que fue reconocida por varias delegaciones participantes, el día de la clausura del evento.

El apoyo de las Presidencias de cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia y de los respectivos Consejos de la Judicatura de los Estados y del Distrito Federal, ha sido el supuesto indispensable para obtener los resultados logrados y se estima la pertinencia de que para próximos eventos, los servidores públicos que sean designados para acudir, se preparen con la debida anticipación e intensidad, para continuar con los avances en la capacitación de nuestros jueces que permitan ser cada vez más eficientes en la aplicación e implementación de la Convención, en particular en tiempos como los actuales, en los cuales la recepción de las normas internacionales en el Derecho Interno, así como el control de convencionalidad, son una realidad que debemos observar en el dictado de nuestras sentencias

Ahora, en la reunión de la Comisión Nacional de Tribunales, celebrada en la Ciudad de Aguascalientes los días 22, 23, 24 y 25 de Junio del 2011, por primera ocasión, se tuvo una mesa de discusión y participación respecto de la Restitución Internacional de Menores, lo que ubica la importancia que para los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las 32 entidades federativas, tiene la aplicación de la Convención de La Haya de 1980.

Como puede apreciarse, el trabajo que se ha venido desempeñando a través de las reuniones de la red, tienen hacia una mayor capacitación de los jueces que la integran, así como a la definición de criterios que permitan un cumplimiento adecuado de las obligaciones de génesis internacional que ha asumido nuestro País.

Queda un pendiente, no menos serio, involucrar al Poder Judicial de la Federación, en establecer los consensos necesarios con la justicia del fuero común, para que el control constitucional unificando criterios, permita el cumplimiento de los trámites relativos a la restitución, evitándose en lo posible las dilaciones derivadas de amparos concedidos para la reposición de los procedimientos.

Análisis del convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial

FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS VACA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Análisis*. IV. *Conclusiones*.

Resumen. El convenio que se analiza en el presente trabajo tiene como objetivo el conciliar los diversos sistemas de notificación utilizados en los países, así como construir y mejorar mecanismos para facilitar y agilizar la cooperación entre los Estados, a efecto de facilitar el traslado de documentos. También se hace referencia al mecanismo del exhorto, el cual es el medio idóneo para lograr una correcta cooperación procesal; el cual, puede ser nacional, internacional, de mero trámite procedimental y de reconocimiento de decisiones.

Palabras clave: Notificación internacional, exhorto internacional.

Abstract. *The agreement analyzed in the present work seeks to reconcile the diverse notice systems used in several countries, as well as building and improving mechanisms in order to facilitate and expedite the cooperation among States to facilitate the transfer of documents. It also refers to the warrant mechanism, which is the ideal medium for a proper procedural cooperation, which may be national, international, merely procedural and also for the recognition of resolutions.*

Keywords: *International notice, international warrant.*

I] Introducción

El convenio analizado tiene como objetivo el conciliar los diversos sistemas de notificación utilizados en los países, así como construir y mejorar mecanismos para facilitar y agilizar la cooperación entre los Estados, a efecto de que las autoridades de la nación de origen puedan, directamente o a través de las autoridades del lugar de destino, notificar o trasladar documentos judiciales y extrajudiciales a las personas

¹ Académico de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Panamericana y de Derecho Competencial en la división de estudios de posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

que se encuentran en el territorio de este último, ello limitado a las materias civil y mercantil.

Respecto a la actividad judicial y dentro del marco del llamado *Sistema Continental Europeo*, la colaboración que tiene como finalidad que el juez pueda realizar actuaciones procesales fuera de su jurisdicción se presta a través del *exhorto*, que es el mecanismo idóneo para lograr una adecuada cooperación procesal. Hay que recordar que el *exhorto* es un instrumento de cooperación utilizado principalmente en los países romanistas entre autoridades judiciales competentes en sus respectivos territorios, ya sean de una misma nación o de diversos Estados soberanos, en virtud del cual la primera, denominada requirente, solicita de la otra, conocida como requerida, la realización de un acto específico en la jurisdicción del segundo que le es necesario para integrar su procedimiento y estar en posibilidad de resolver la controversia con fuerza vinculativa para las partes, o para que le reconozca validez y, en su caso, ejecute alguna de sus decisiones, procurando con ello lograr la plena eficacia del derecho.

De lo señalado se desprende que el *exhorto* puede ser: nacional, cuando las autoridades judiciales pertenecen a un mismo país; internacional, cuando los tribunales son de diferentes naciones, conociéndose en algunos países como *carta rogatoria*; de mero trámite procedimental, cuando la autoridad requirente solicita de la otra su auxilio en actos necesarios para instrumentar debidamente el proceso que ventila, tales como emplazamientos, citaciones, notificaciones y desahogo de pruebas, y de reconocimiento de decisiones, cuando la autoridad requirente pide a la otra que le reconozca validez y, en su caso, proceda a ejecutar sus determinaciones, ya sean provisionales o definitivas.

Atento a lo anterior y aunque no se utiliza la denominación de *exhorto*, debido a que adoptó la llamada *calificación por función*, que consiste en mencionar la conducta y no la expresión jurídica con la que generalmente es conocida y de que se buscó la conciliación entre los diferentes sistemas procesales existentes, la convención regula, en principio, a los exhortos internacionales de mero trámite procedimental, es decir, aquellos que tiene por objeto realizar meras notificaciones y aquellos cuya finalidad consiste en trasladar documentos judiciales (técnicamente conocida como emplazamiento, cuando personas son llamadas a juicio), dejando a un lado otros tipos de exhortos e incluyendo a las notificaciones y al traslado de documentos provenientes de autoridades no judiciales, a cuya petición no podemos llamar *exhorto*, toda vez que dicho patronímico es utilizado técnicamente y de manera exclusiva para solicitudes de colaboración emanadas y dirigidas por autoridades judiciales.

II] Antecedentes

El Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial fue aprobado el 15 de noviembre de 1965 en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Baste recordar que este organismo internacional se constituyó como tal 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 Privado*¹, con la finalidad de que las conferencias 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 cada cuatro años².

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. 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 y 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. 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 Judiciare*: 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 Judiciare* (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

También hay que apuntar que, a la fecha, son miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado más de setenta y un países.

México es miembro de este organismo internacional desde 1986³, nuestra representante permanente, en la actualidad, es la eminente *iusprivatista* Dra. María Elena Mansilla y Mejía y, a la fecha, el país forma parte únicamente de cinco instrumentos, dentro de la amplia gama de tratados aprobados en su seno. Los acuerdos internacionales en

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; 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 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 y 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.

los que nuestro país participa, son: a) la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial⁴; b) la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁵; c) la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional⁶; d) la Convención por la que se Suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros⁷ y e) El Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro².

En relación con el acuerdo internacional objeto de estudio, es importante señalar que emanó de la Décima Sesión Ordinaria de la

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.

² 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.

Conferencia de La Haya⁸ en la que para abordar los diferentes temas se crearon cinco comisiones de trabajo en las que se discutieron cuatro proyectos de tratados: Comisión I: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia patrimonial; Comisión II: competencia de las autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción; Comisión III: citaciones y notificaciones en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial; Comisión IV: acuerdos en materia de elección de foro, y Comisión V: divorcio, separación y anulación del matrimonio para la planificación de futuros trabajos.

Como resultado de sus esfuerzos se aprobó el Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial⁹, objeto de nuestro estudio; la Convención sobre la Competencia de las Autoridades, la Ley Aplicable y el Reconocimiento de las Decisiones en Materia de Adopción¹⁰, y la Convención sobre los Acuerdos de Elección de Foro¹¹.

Cabe destacar que el Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial no inició los esfuerzos internacional para facilitar la notificación o el traslado de documentos judiciales o extrajudiciales fuera del territorio emisor, toda vez que, aunque enfocándose principalmente al auxilio judicial, con anterioridad al mismo existían otros de gran trascendencia, tales como:

a) El Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado o *Congreso de Montevideo*¹², que abordó el tema de los exhortos internacionales en el Tratado de Derecho Procesal Internacional;

⁸ Esta reunión se celebró del 7 al 28 de octubre de 1964 y contó con la participación de los siguientes veintitrés Estados: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos de América (primera ocasión como miembro), Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Israel (primera ocasión), Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña, República Árabe Unida (primera ocasión), República Federal de Alemania, Suecia, Suiza, Turquía y Yugoslavia.

⁹ Este tratado fue concluido el 15 de noviembre de 1965. Cabe señalar que al 1 de agosto de 1995 son parte del mismo los siguientes países: Alemania, Antigua y Barbuda, Barbados, Bélgica, Botsuana, Canadá, China, Chipre, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Malawi, Mauricio, Noruega, Países Bajos, Pakistán, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña, República Checa, República de Eslovaquia, Seychelles, Suecia, Suiza, Turquía y Venezuela.

¹⁰ Este tratado fue concluido el 15 de noviembre de 1965.

¹¹ Este tratado fue concluido el 25 de noviembre de 1965.

¹² Celebrado en Montevideo, Uruguay, en los años de 1889 y 1890.

b) La Primera Conferencia de La Haya¹³, presidida por el eminente jurista Tobías Asser, que aprobó disposiciones para ser sometidas a la apreciación de los Gobiernos, entre ellas, las referentes a las comunicaciones de actos judiciales, extrajudiciales y a las cartas rogatorias;

c) La Segunda Conferencia de La Haya¹⁴, en donde se firmó un protocolo con seis capítulos que toca el tema del proceso civil y dos años después suscribiéndose la Convención sobre Procedimiento Civil¹⁵;

d) La Cuarta Conferencia de La Haya¹⁶, en la que se suscribió, entre otros tratados, la Convención relativa al Procedimiento Civil¹⁷ con la finalidad de sustituir a la aprobada en dicha materia por la segunda conferencia;

e) La Sexta Conferencia Internacional Americana¹⁸, que aprobó el Código de Derecho Internacional Privado o *Código Bustamante*, el cual toca este aspecto de la cooperación procesal;

f) la Séptima Conferencia de La Haya¹⁹, que aprobó el *Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* y en donde se presentaron cuatro proyectos de convenciones: el atinente al proceso civil (para sustituir al tratado suscrito el 17 de julio de 1905); el de venta internacional de objetos muebles corporales; el de reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, y el de conflictos entre ley nacional y ley del domicilio. De este esfuerzo surgió, entre otras, la Convención relativa al Procedimiento Civil²⁰;

g) La Octava Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya²¹ que, entre otros acuerdos, aprobó la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias Respecto de los Hijos Menores y la Convención sobre la

¹³ Celebrada del 12 al 27 de septiembre de 1893 y asistieron representantes de trece países europeos: Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Rumania, Rusia y Suiza.

¹⁴ Celebrada del 25 de junio al 13 de julio de 1894.

¹⁵ Concluida el 14 de noviembre de 1896 y entrando en vigor el 25 de mayo de 1899;

¹⁶ Celebrada del 16 de mayo al 7 de junio de 1904.

¹⁷ Concluida el 17 de julio de 1905, entrando en vigor el 27 de abril de 1909 y suscrita por: Alemania, Austria, Hungría, Bélgica, Dinamarca e Islandia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Israel, Italia, Letonia, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Suecia, Suiza, Checoslovaquia y Yugoslavia.

¹⁸ Celebrada en La Habana, Cuba, del 13 al 20 de febrero de 1928.

¹⁹ Celebrada del 9 al 31 de octubre de 1951.

²⁰ Este tratado fue concluido el 1 de marzo de 1954.

²¹ Celebrada del 3 al 24 de octubre de 1956. A dicha reunión de la Conferencia concurrieron representantes de veinte Estados miembros: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Suecia y Turquía. Asimismo, asistieron como Estados no miembros: Italia, Japón y Suiza, y como observadores: Estados Unidos de América y Yugoslavia.

Competencia del Foro Contractual en Caso de Venta de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales²², y

h) La Novena Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya²³ que, entre otros acuerdos, aprobó la Convención sobre Competencia de las Autoridades y la Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores²⁴.

Después de haber emanado el convenio objeto de estudio, se han continuado los esfuerzos en esta materia, siendo importante destacar: a) la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I)²⁵ que aprobó seis tratados internacionales²⁶, dentro de los cuales se encuentra la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias²⁷ y la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero²⁸; b) la

²² Estos tratados fueron concluidos el 15 de abril de 1958.

²³ Celebrada del 5 al 26 de octubre de 1960. A dicha reunión de la Conferencia concurren representantes de dieciocho Estados miembros: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Suecia, Suiza, Yugoslavia y como observador Estados Unidos de América.

²⁴ Este tratado fue concluido el 5 de octubre de 1961.

²⁵ Celebrada en Panamá del 14 al 30 de enero de 1975. A dicha conferencia diplomática concurren representantes de: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

²⁶ En la CIDIP I se aprobaron: la Convención Interamericana sobre Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Cheques; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero, y la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.

²⁷ Esta convención fue firmada *ad referendum* por México el 27 de octubre de 1977; aprobada por el Senado de la República, sin reservas ni declaraciones interpretativas, el 28 de diciembre de 1977; publicado el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de febrero de 1978; firmado el instrumento internacional de ratificación el 27 de febrero de 1978, el cual se depositó el 27 de marzo de 1978 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, y publicándose el Decreto de Promulgación en el Diario oficial de la Federación del 20 de abril de 1978.

²⁸ Esta convención fue firmada *ad referendum* por México el 27 de octubre de 1977; aprobada por el Senado de la República, sin reservas ni declaraciones interpretativas, el 28 de diciembre de 1977; publicado el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 9 de febrero de 1978; firmado el instrumento internacional de ratificación el 13 de febrero de 1978, el cual se depositó el 27 de marzo de 1978 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, y publicándose el Decreto de Promulgación en el Diario Oficial de la Federación del 2 de mayo de 1978.

Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II)²⁹ que aprobó siete tratados internacionales³⁰ dentro de los cuales se encuentra la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros³¹ y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias³²; c) la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III)³³ que aprobó cuatro tratados internacionales³⁴ dentro

²⁹ Celebrada en Montevideo, República Oriental del Uruguay, del 23 de abril al 8 de mayo de 1979. A dicha conferencia diplomática concurren representantes de: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, asistiendo también como observadores representantes de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de la Federación Internacional de Abogados.

³⁰ En la CIDIP II se aprobaron: la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles; la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero; la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado; la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias.

³¹ Esta convención fue aprobada por el Senado de la República el 27 de diciembre de 1986; publicado el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 4 de febrero de 1987; firmado el instrumento internacional de ratificación el 11 de febrero de 1987, el cual se depositó el 12 de junio de 1987 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, y publicándose el Decreto de Promulgación en el Diario oficial de la Federación del 20 de agosto de 1987 con una fe de erratas publicada el 30 de noviembre de 1987.

³² Este protocolo fue firmado *ad referendum* por México el 3 de agosto de 1982; aprobado por el Senado de la República el 10 de noviembre de 1982; publicado el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de diciembre de 1982; firmado el instrumento internacional de ratificación el 21 de enero de 1983, el cual se depositó el 9 de marzo de 1983 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, y publicándose el Decreto de Promulgación en el Diario oficial de la Federación del 20 de abril de 1983.

³³ Celebrada en La Paz, República de Bolivia, del 15 de 24 de mayo de 1984. A dicha conferencia diplomática concurren representantes de: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, asistiendo también observadores permanentes ante la OEA de la República Federal de Alemania, Canadá, Corea, España, Italia y Japón, de la Corte Internacional de Derechos Humanos y del Comité Jurídico Interamericano, entre otros.

de los cuales se encuentra el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero³⁵, y d) la Décimo Séptima Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya³⁶ que aprobó la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial³⁷.

En México, con fecha 29 de abril de 1999 la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión aprobó el tratado objeto de análisis; el 27 de mayo de 1999 fue publicado el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación, conteniéndose diversas declaraciones interpretativas; el 2 de noviembre de 1999 se depositó su instrumento de adhesión ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, con la finalidad de comprometer al país internacionalmente, y finalmente, fue publicado su Decreto de Promulgación en el Diario Oficial de la Federación del 16 de febrero de

³⁴ En la CIDIP III se aprobaron: la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

³⁵ Este protocolo fue aprobado por el Senado de la República el 27 de diciembre de 1986; publicado el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 4 de febrero de 1987; firmado el instrumento internacional de ratificación el 11 de febrero de 1987, el cual se depositó el 12 de junio de 1987 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, y publicándose el Decreto de Promulgación en el Diario oficial de la Federación del 7 de septiembre de 1987.

³⁶ Celebrada del 10 al 29 de mayo de 1993. A dicha conferencia diplomática concurren representantes de treinta y seis Estados miembros: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Chipre, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña, República Árabe de Egipto, República Checa, Rumania (por primera ocasión como miembro), Eslovenia (por primera ocasión como miembro), Suecia, Suiza, Turquía, Uruguay y Venezuela, Asimismo, asistieron como Estados no miembros: Albania, Bielorrusia, Benín, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, Costa Rica, Corea, Ecuador, El Salvador, El Vaticano, Federación Rusa, Filipinas, Haití, Honduras, India, Indonesia, Kenia, Líbano, Madagascar, Mauricio, Nepal, Panamá, Perú, Senegal, Sri Lanka, Tailandia y Vietnam.

³⁷ Este tratado fue concluido el 29 de mayo de 1993. En México fue firmado *ad referendum* el citado 29 de mayo de 1993; aprobado por el Senado de la República el 22 de junio de 1994; publicado el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 6 de julio de 1994; firmado el instrumento internacional de ratificación el 26 de agosto de 1994, el cual se depositó 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.

2001, con la finalidad de obligar a los habitantes de la República a apegarse a sus disposiciones.

Por último, es importante destacar que, al 12 de abril de 2013, forman parte de este instrumento internacional 68 países³.

III] Análisis

1. *Ámbito de aplicación*

En relación a este punto, cabe hacer las siguientes acotaciones:

a) Es aplicable únicamente en la materia civil y mercantil. Es importante destacar que, a la fecha, la mayoría de los tratados internacionales existentes en el área de la cooperación procesal internacional se limitan a estas dos ramas, sin embargo, en la mayoría de ellos es posible ampliar su ámbito material de validez original cuando existe acuerdo de los Estados parte;

b) Se utiliza sólo para la notificación o el traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales. Conforme a lo anterior se puede observar que se excluyen otros aspectos atinentes a la cooperación procesal internacional, tales como el desahogo de pruebas o el reconocimiento de validez y la ejecución de resoluciones jurisdiccionales, y

c) No es aplicable cuando la dirección del destinatario es desconocida.

2. *Autoridad Central*

Entre las grandes aportaciones a nivel internacional del convenio analizado se encuentra la creación de la llamada *Autoridad Central*, la cual se instituye únicamente para el Estado receptor y atiende los siguientes lineamientos:

a) Su función consiste en remitir, en el Estado de destino, las peticiones de notificación o traslado procedentes de otro Estado contratante a la autoridad judicial o extrajudicial competente, a menos de que estime que las disposiciones del tratado no fueron respetadas, en cuyo caso deberá informarlo inmediatamente a la autoridad requirente

³ Los Estados Parte de este acuerdo internacional son: a) Estados miembros de la Conferencia de la Haya: Albania, Alemania, Argentina, Australia, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Canadá, República Popular China, Chipre, Corea, Croacia, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, República Yugoslava de Macedonia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, y Venezuela; b) Estados no miembros de la Conferencia de la Haya: Antigua y Barbuda, Armenia, Bahamas, Barbados, Belice, Botsuana, Colombia, Kuwait, Malawi, Pakistán, República de Moldavia, San Marino, San Vicente y las Granadinas, y Seychelles.

precisando sus objeciones. Es importante remarcar que en este tratado la figura de la Autoridad Central se limita sólo al Estado receptor, pero que en convenciones posteriores que incorporan la figura la misma se crea tanto para el Estado de origen como para el de destino, ampliándose generalmente sus funciones;

b) Cada Estado debe designar a su Autoridad Central;

c) Se debe notificar la designación o el cambio de Autoridad Central al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, ya sea al momento del depósito del instrumento de ratificación, del de adhesión o posteriormente, en el entendido de que tal manifestación puede ser modificada. A este respecto, en México el Senado de la República aprobó el tratado realizando, entre otras, con la siguiente declaración interpretativa: *1. En relación con el artículo 2, el Gobierno de México designa a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores como Autoridad Central para la recepción de las peticiones de notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales provenientes de otros Estados Parte, quien remitirá a la Autoridad Judicial competente para su diligenciación.*

d) Cada Estado la organiza de conformidad con su propia ley, y

e) Los Estados federados tiene la facultad de designar a varias Autoridades Centrales.

Por último, cabe señalar que en México esta figura fue puesta en práctica desde el 28 de abril de 1978 en razón de la publicación en el Diario Oficial de la Federación del Decreto de Promulgación de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias que prevé la institución y, posteriormente, al ratificar otros tratados, destacando que desde su incorporación ha venido actuando con tal carácter la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, a excepción de los acuerdos en materia familiar, en los cuales se ha preferido designar, en ocasiones, al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). Únicamente se sugiere a la Autoridad Central mexicana que actúe con mayor celeridad.

3. *Solicitud*

A este respecto vale la pena destacar tres aspectos:

a) Forma. Los elementos necesarios que debe satisfacer la petición de notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales en el extranjero, son:

a.1) Emanar de la "...autoridad o el funcionario ministerial o judicial..." competente conforme a las leyes del Estado de origen. Es importante destacar que la convención utiliza el término amplio de autoridad y el específico de funcionario ministerial y judicial, que en la terminología jurídica mexicana podemos designarlos como autoridad administrativa y autoridad judicial;

a.2) Realizarse de acuerdo al modelo anexo a la convención pero es posible que los Estados convengan en derogar tal exigencia. Cabe señalar que este tratado es el primero que emplea formularios, lo cual

constituye un importante avance para la agilizar la cooperación procesal internacional. En relación a este punto es importante destacar que, aunque fueron aprobados con posterioridad al convenio objeto de estudio, México forma parte de dos tratados que incorporan el uso de formularios: el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero;

a.3) Dirigirse a la *Autoridad Central* del Estado requerido. Por tanto, la regla general es que la solicitud se transmita por conducto de dicha autoridad, tal y como posteriormente se detalla;

a.4) Acompañar a la solicitud, en su caso, el o los documentos originales a trasladar o copia de los mismos. Los datos mas importantes de dicho o dichos documentos deben vaciarse en otro modelo previsto por el acuerdo, el cual se denomina *elementos esenciales del documento*. No obstante, los Estados contratantes pueden realizar acuerdos para derogar tal exigencia, y

a.5) Entregar la solicitud y documentos anexos en doble ejemplar. Esta exigencia de carácter eminentemente pragmático resulta muy útil y, por lo mismo, ha sido retomada en convenciones internacionales suscritas con posterioridad, tal como en el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias. Asimismo, en virtud de que México forma parte del protocolo anteriormente citado, el artículo 556 del Código Federal de Procedimientos Civiles, a partir del 12 de enero de 1988, indica: *Art. 556. Los tribunales que remitan al extranjero o reciban de él exhortos internacionales, los tramitarán por duplicado y conservarán un ejemplar para constancia de lo enviado, recibido y actuado.*

b) Traducción. En relación a este punto cabe señalar: i) Menciones impresas del modelo: deben estar obligatoriamente redactadas en inglés o francés y, además, podrán serlo en el idioma o en alguno de los idiomas oficiales del Estado de origen; ii) Espacios en blanco del modelo: deberán ser llenados en alguno de los siguientes tres idiomas: el del Estado requerido, en francés o en inglés; iii) El o los documentos objeto del traslado: a solicitud de la *Autoridad Central* podrán ser redactados o traducidos al idioma o idiomas oficiales del Estado requerido, y iv) Acuerdos para derogar las exigencias de traducción señaladas: los Estados contratantes pueden realizarlos en cualquier momento.

En cuanto a la traducción cabe señalar que en México el Senado de la República aprobó el tratado objeto de estudio, entre otras, con la siguiente declaración interpretativa: *"II. En relación con el artículo 5, los documentos judiciales y extrajudiciales en idioma distinto del español, que deban ser objeto de notificación o traslado en el territorio mexicano, deberán ser acompañados por su debida traducción."*

c) Legalización. Es un acto que generalmente realiza el servicio consular de cada nación y a través del cual se certifica la calidad jurídica ostentada por el o los funcionarios que autorizaron su expedición, la

autenticidad de sus firmas y, en algunos casos, la identidad del sello o timbre incorporado. Sin embargo, es importante destacar que la legalización no implica la certificación de veracidad del texto del documento, ya que ello requeriría que los funcionarios encargados de realizarla hicieran un análisis completo del instrumento público mediante el estudio de los antecedentes que dieron origen a su emisión y al cotejo de los libros o registros donde se contienen las fuentes, labor que resulta ardua y difícil.

El acuerdo señala que en todos los casos no es necesario legalizar la solicitud o los documentos anexos ni cumplir con alguna otra formalidad análoga, lo que resulta un avance de suma importancia ya que mejora ampliamente el sistema establecido con anterioridad por la propia Conferencia de La Haya en la Convención por la que se suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la cual México forma parte y en la que, en principio, sólo se sustituye la legalización por la llamada *apostilla*. Asimismo, cabe indicar que en México se inició la supresión de la legalización en ciertas hipótesis a partir del 25 de abril de 1978 al publicarse en el Diario Oficial de la Federación la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias que, basándose en el tratado objeto de estudio, eliminó el requisito de legalización, pero a diferencia del acuerdo en comento no lo hizo de manera genérica sino sólo para aquellos exhortos o cartas rogatorias transmitidos por vía diplomática, consular, por medio de la *Autoridad Central* o para aquellos que se refieren a tribunales fronterizos en donde se ha convenido la cooperación de manera directa.

4. Transmisión de solicitudes

Respecto de las diferentes vías para remitir al extranjero solicitudes de notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales y en la inteligencia de que la convención no se opone a que los Estados contratantes admitan formas distintas o a que su ley interna permita otras no previstas en el acuerdo, podemos distinguir las siguientes, en el entendido de que cualquier dificultad se deberá resolver por la vía diplomática.

a) *Autoridad competente-Autoridad Central*: es la vía normal para la transmisión de las solicitudes, debiendo hacerse las observaciones siguientes: 1) por autoridad competente entendemos, conforme a la terminología utilizada por el tratado, a la autoridad, funcionario ministerial o autoridad judicial competente del Estado requirente. En tal caso, la solicitud se transmite a la *Autoridad Central* en el Estado requerido, y 2) cada Estado puede designar además de la *Autoridad Central* a otras autoridades para recibir las solicitudes, debiéndose determinar el alcance de su competencia, sin embargo, el Estado requirente tiene siempre el derecho de dirigirse de manera directa a la *Autoridad Central*.

b) *Cónsul (agente diplomático) - autoridad competente*: los Estados parte tienen la facultad de utilizar la vía consular para remitir a

las autoridades competentes del Estado receptor documentos de carácter judicial para su notificación o traslado y, en casos excepcionales, usar la vía diplomática. En cuanto a la intervención directa de los funcionarios diplomáticos o consulares para la realización de notificaciones o el traslado de documentos en el Estado donde se encuentran acreditados, me remito a lo señalado en el apartado 8 del presente estudio.

Salvo que el Estado de destino notifique su oposición ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos al momento de depositar el instrumento de ratificación, el de adhesión o con posterioridad a ello, y en el entendido de que tal manifestación puede ser modificada, existen tres vías adicionales para remitir al extranjero documentos, limitado a aquellos que tienen carácter judicial:

c) Vía postal - autoridad competente: facultad de transmitir por correo los documentos judiciales.

d) Autoridad competente - autoridad competente: posibilidad de que las autoridades competentes del Estado de origen soliciten directamente a los funcionarios ministeriales, judiciales u otras autoridades competentes en el Estado de destino la notificación o el traslado de sus documentos, sin intervención de la Autoridad Central del Estado requerido.

e) Particular interesado - autoridad competente: hipótesis en la que cualquier persona interesada en un procedimiento judicial puede solicitar directamente a los funcionarios ministeriales, judiciales u otras autoridades competentes del Estado de destino, la notificación o el traslado de documentos judiciales, sin que intervenga la *Autoridad Central* del Estado requerido o autoridades del Estado requirente. Cabe señalar que en México, acorde con esta idea y desde el 12 de enero de 1988, el artículo 547 del Código Federal de Procedimientos Civiles indica: *Art. 547. Las diligencias de notificaciones y de recepción de pruebas en territorio nacional, para surtir efectos en el extranjero, podrán llevarse a cabo a solicitud de parte.*

Respecto de las tres vías adicionales comentadas, cabe señalar que en México la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión aprobó el tratado en comento, entre otras, con la siguiente declaración interpretativa: *V. En relación con el artículo 10, los Estados Unidos Mexicanos no reconocen la facultad de remitir directamente los documentos judiciales a las personas que se encuentren en su territorio conforme a los procedimientos previstos en los incisos a), b) y c); salvo que la Autoridad Judicial conceda, excepcionalmente, la simplificación de formalidades distintas a las nacionales, y que ello no resulte lesivo al orden público o a las garantías individuales. La petición deberá contener la descripción de las formalidades cuya aplicación se solicita para diligenciar la notificación o traslado del documento.*

Por último, es importante destacar que el 12 de enero de 1988 para adecuar nuestra legislación al contenido de las convenciones que hasta ese momento habían sido suscritas por México en materia de

cooperación procesal internacional (tal como la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias) se reformó, entre otros dispositivos, el artículo 551 del Código Federal de Procedimientos Civiles para establecer diferentes vías de transmisión de exhortos, debiéndose entender que las no previstas por el tratado objeto a estudio son respetadas por el mismo, acorde con sus disposiciones: *Art. 551. Los exhortos y cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad competente del Estado requirente o requerido según sea el caso.*

5. Ley aplicable a la diligenciación

La práctica de la actuación solicitada puede llevarse a cabo de tres diferentes maneras:

a) Conforme a la legislación del Estado requerido, que es la regla general;

b) Según las formas especiales solicitadas por el Estado requirente, siempre que ello no resulte incompatible con la ley del Estado requerido. Es importante destacar que este tratado fue el primero que instituyó la liberalización de formalidades en la cooperación procesal internacional, lo que permite que los procedimientos de un sistema jurídico se desahoguen en el otro, con la limitación que el convenio establece. Debido a su importancia este principio ha sido retomado por convenciones posteriores, tales como la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, de las cuales México forma parte.

Toda vez que nuestro país hasta ese momento era Estado parte en los primeros dos tratados nombrados con anterioridad, con fecha 12 de enero de 1988 se modificó el artículo 555 del Código Federal de Procedimientos Civiles para quedar redactado de la siguiente manera: *Art. 555. Los exhortos internacionales que se reciban serán diligenciados conforme a las leyes nacionales.- Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal exhortado podrá conceder excepcionalmente la simplificación de formalidades o la observancia de formalidades distintas a las nacionales, a solicitud del juez exhortante o de la parte interesada, si esto no resulta lesivo al orden público y especialmente a las garantías individuales; la petición deberá contener la descripción de las formalidades cuya aplicación se solicite para la diligenciación del exhorto.*

Cabe señalar respecto de las formalidades especiales que se comentan en este apartado, que en México el Senado de la República acorde con lo dispuesto por la legislación nacional y atento a las diversas declaraciones realizadas al aceptar tratados precedentes en la materia, aprobó el convenio objeto de estudio, entre otras, con la siguiente declaración interpretativa: *V. En relación con el artículo 10, los Estados Unidos Mexicanos no reconocen la facultad de remitir directamente los*

documentos judiciales a las personas que se encuentren en su territorio conforme a los procedimientos previstos en los incisos a), b) y c); salvo que la Autoridad Judicial conceda, excepcionalmente, la simplificación de formalidades distintas a las nacionales, y que ello no resulte lesivo al orden público o a las garantías individuales. La petición deberá contener la descripción de las formalidades cuya aplicación se solicita para diligenciar la notificación o traslado del documento., y

c) En todos los casos el documento se entregará siempre al destinatario cuando voluntariamente lo acepte. Debido a la calificación por función realizada en el tratado, este apartado resulta confuso, pero considero que autoriza la notificación o el traslado de documentos por cualquier persona, lo cual es considerado válido si el interesado la acepta. Lo anterior en muchas naciones es permitido y en nuestro país, a manera de ejemplo, también se autoriza en el Distrito Federal para citar a testigos.

En la legislación federal mexicana o en la de las entidades federativas ello no es posible cuando se trata de un emplazamiento a juicio, debido a que por su importancia es necesario que el mismo lo realice la propia autoridad judicial y se observen procedimientos rígidos para asegurar que se ha respetado al demandado la garantía de audiencia consagrada por los artículos 14 y 16 constitucionales. No obstante, en el *Common Law* es frecuente que el emplazamiento lo efectúe un oficial de policía o cualquier persona mayor de edad sin interés directo en el litigio y, por lo mismo, es evidente que al formar parte del tratado objeto de estudio esta actuación, en lo futuro se pretenda llevar a cabo dentro de nuestro territorio, por lo que considero conveniente que el Senado de la República al momento de aprobar el tratado hubiere realizado alguna declaración interpretativa a este respecto, ya que debido a tal omisión podrían violentarse derechos humanos fundamentales reconocidos y garantizados por nuestra Carta Magna.

6. Certificación de colaboración

El tratado analizado incorpora esta figura, la cual considero adecuada, en el entendido de que tal constancia debe:

a) Elaborarse por la Autoridad Central del Estado requerido o por cualquier otra autoridad que se hubiere designado para este fin. Asimismo, cada Estado parte debe notificar al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, ya sea al momento del depósito del instrumento de ratificación, del de adhesión o posteriormente, la designación o el cambio de la autoridad competente en el Estado requerido para expedir la certificación señalada, en el entendido de que tal manifestación puede ser modificada. A este respecto, en México el Senado de la República al momento de aprobar el tratado objeto de estudio realizó la siguiente declaración interpretativa: *III. En relación con el artículo 6, la Autoridad Judicial que haya conocido del asunto será la encargada de expedir la certificación sobre el cumplimiento de la*

notificación conforme a la fórmula modelo y la Autoridad Central únicamente validará la misma.

b) Realizarse conforme al modelo anexo al tratado, el cual obligatoriamente se redactará en inglés o francés y, además, podrá serlo en alguna de las lenguas oficiales del Estado de origen, en el entendido de que los espacios en blanco deberán ser llenados en la lengua del Estado requerido, en francés o en inglés. En cuanto a la citada traducción cabe señalar que en México el Senado de la República aprobó el tratado objeto de estudio, entre otras, con la siguiente declaración interpretativa: *II. En relación con el artículo 5, los documentos judiciales y extrajudiciales en idioma distinto del español, que deban ser objeto de notificación o traslado en el territorio mexicano, deberán ser acompañados por su debida traducción.*

c) Expedirse respecto del cumplimiento o no de lo solicitado. En caso de cumplimiento indicará la forma, lugar y fecha de entrega, así como el nombre de la persona que recibió la notificación o el traslado del o los documentos y en caso de incumplimiento precisará los hechos relativos, y

d) Dirigirse directamente a la autoridad requirente.

7. Auxilio diplomático o consular

Tal como se señaló en el apartado 4 inciso b), es facultativo para el Estado de origen transmitir por vía consular y excepcionalmente por la diplomática documentos judiciales a las autoridades del Estado de destino con el fin de que estas últimas realicen notificaciones o trasladen documentos de carácter judicial. No obstante, respecto de la intervención diplomática y consular directa, la convención analizada establece:

a) Los agentes diplomáticos o consulares pueden realizar por ellos mismos la notificación o el traslado de documentos judiciales a las personas que se localizan en el territorio donde están acreditados.

Cabe recordar que en México la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano desde antes de aprobarse el tratado en comento faculta a nuestros agentes diplomáticos y consulares para auxiliar en el extranjero de manera directa a las autoridades judiciales mexicanas, política que fue confirmada internacionalmente al ratificar, entre otras, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero e internamente el 12 de enero de 1988 al incluirla en el artículo 548 del Código Federal de Procedimientos Civiles para quedar redactado de la manera siguiente: *"Art. 548. La práctica de diligencias en país extranjero para surtir efectos en juicios que se tramiten ante tribunales nacionales, podrá encomendarse a los miembros del Servicio Exterior Mexicano por los tribunales que conozcan del asunto, caso en el cual dichas diligencias deberán practicarse conforme a las disposiciones de este Código dentro de los límites que permita el derecho internacional.- En los casos en que así proceda, dichos miembros podrán solicitar a las autoridades*

extranjeras competentes, su cooperación en la práctica de las diligencias encomendadas.”;

b) Cualquier Estado al momento de depositar el instrumento de ratificación, el de adhesión o posteriormente, puede notificar al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos su oposición a la intervención diplomática o consular directa, salvo para los casos en que el receptor sea una nacional del Estado de origen y en el entendido de que tal manifestación puede ser modificada. A este respecto, nuestro Senado de la República al aprobar la convención objeto de estudio realizó la siguiente declaración interpretativa: IV. *En relación con el artículo 8, los Estados Parte no podrán realizar notificaciones o traslados de documentos judiciales directamente, por medio de sus agentes diplomáticos o consulares, en territorio mexicano, salvo que el documento en cuestión deba ser notificado o trasladado a un nacional del Estado de origen, siempre que tal procedimiento no sea contrario a normas de orden público o garantías individuales;* y

c) En ningún caso los agentes diplomáticos o consulares pueden utilizar coacción alguna, lo cual es acorde con la normatividad nacional y con la postura internacionalmente plasmada, entre otras, en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, en la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y en la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, de las cuales México forma parte.

8. Invalidez del emplazamiento (notificación o traslado)

Conforme al convenio analizado y no obstante de haber precluido el plazo concedido al demandado para comparecer a juicio, sin que lo hiciera a pesar de haber sido emplazado (notificado o trasladado de acuerdo con la terminología del tratado), sin importar se hubiere dictado resolución en su contra debido a su rebeldía, el juez puede eximirlo de las consecuencias de su incumplimiento, cuando:

a) Por causas no imputables al demandado no tuvo conocimiento en tiempo del documento, imposibilitándolo para defenderse oportunamente. Lo anterior establece lo que en nuestro sistema jurídico procesal se conoce como *apelación extraordinaria*, razón por la cual no atenta al derecho mexicano y, por lo contrario, asegura indubitablemente el respeto a la garantía de audiencia consagrada por los artículos 14 y 16 constitucionales;

b) Las alegaciones del demandado, al parecer, tienen algún fundamento. Lo anterior es posible aceptarlo hasta antes de que se dicte sentencia que cause ejecutoria, ya que en caso contrario se vulneraría el principio de seguridad jurídica;

c) Lo anterior no es aplicable en decisiones relativas al estado civil y capacidad de las personas, y

d) Cada Estado al momento del depósito del instrumento de ratificación, del de adhesión o posteriormente, puede notificar al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos el tiempo

dentro del cual se puede hacer valer la invalidez de la notificación pero, en todo caso, dicho plazo no podrá ser inferior a un año, contado a partir de la fecha en que la autoridad judicial dictó la declaración de rebeldía. A este respecto en México el Senado de la República al momento de aprobar el convenio analizado, de manera a todas luces conveniente, realizó la siguiente declaración interpretativa: *"VIII. En relación con el artículo 16, tercer párrafo, el Gobierno de México declara que tal demanda no será admisible si se formula después del plazo de un año computado a partir de la fecha de la decisión, o en un plazo superior que pueda ser razonable a criterio del juez.- El Gobierno de México entenderá que, para los casos en que se haya dictado sentencia, sin que el demandado haya sido debidamente emplazado, la nulidad de actuaciones se realizará de conformidad con los recursos establecidos en la legislación aplicable."*

9. Consecuencias de la incomparecencia del interesado

Cuando un escrito de demanda o un documento equivalente hubiere sido remitido al extranjero para su notificación o traslado y el demandado no hubiere comparecido, el juez para poder aplicar las consecuencias de su rebeldía tiene que analizar si: a) el documento fue notificado o trasladado según las formas prescritas por la legislación del Estado requerido, o si b) el documento fue entregado directamente al interesado o en su residencia y que, en ambos casos, se hubiere realizado en tiempo oportuno para que el demandado pudiese defenderse.

No obstante, el tratado analizado señala que los Estados al momento del depósito del instrumento de ratificación, del de adhesión o posteriormente, pueden notificar al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos que sus jueces podrán continuar su procedimiento a pesar de no haber recibido comunicación alguna que acredite que se realizó la notificación o el traslado, cuando: a) el documento fue emitido en alguna de las formas establecidas en el tratado; b) desde la fecha del envío del documento transcurrió un plazo razonable a criterio del juez, el cual no podrá ser menor de seis meses; c) a pesar de las peticiones realizadas al Estado requerido para certificar la entrega, no se hubiere podido obtener respuesta, y d) en casos de urgencia, el juez puede ordenar cualquier medida provisional o cautelar.

Es importante destacar que en México resulta violatorio a la garantía de audiencia, consagrada por los artículos 14 y 16 constitucionales, el tramitar un juicio en rebeldía del demandado sin que exista constancia fehaciente del emplazamiento y después de verificar cuidadosamente que se respetó tal garantía individual. Por lo mismo, en forma a todas luces conveniente, el Senado de la República al aprobar el acuerdo objeto de estudio realizó la siguiente declaración interpretativa: *VII. En relación con el artículo 15, segundo párrafo, el Gobierno de México no reconoce a la Autoridad Judicial la facultad de proveer cuando el demandado no comparece y no se haya recibido*

comunicación alguna acreditativa de la notificación o traslado o de la entrega de documentos que le fueron remitidos del extranjero para dichos efectos y a que hacen referencia los apartados a) y b) del primer párrafo.

10. Gastos y costas

El Estado requerido no puede exigir pago por sus servicios o el reembolso de los gastos efectuados, a menos de que exista convenio en contrario realizado por los Estados contratantes. Únicamente el Estado requirente está obligado a pagar la intervención del funcionario judicial, ministerial o de la persona competente y la utilización de formalidades especiales. A este respecto el Senado de la República de nuestro país al momento de aprobar el convenio analizado realizó la siguiente declaración interpretativa: VI. *En relación con el primer párrafo del artículo 12, los gastos ocasionados por la diligencia de la notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales serán cubiertos por el requirente, salvo que el Estado de origen no exija el pago de tales gastos por la notificación o traslado procedentes de México.*

11. Cláusula de salvaguarda

El cumplimiento de una petición de notificación o traslado sólo puede ser rehusada cuando el Estado requerido considere que su cumplimiento implica un atentado a su soberanía o seguridad, en tal caso, la *Autoridad Central* del Estado requerido deberá informar inmediatamente al requirente los motivos de tal decisión. A pesar de la excepción genérica comentada con anterioridad, la convención analizada para otorgar mayor claridad al precepto establece que el cumplimiento de la solicitud no podrá rehusarse por el hecho de que el Estado requerido se considere con competencia judicial exclusiva para conocer del asunto ni tampoco porque alegue que su derecho interno no admite la acción a que se refiere la petición.

Por último, vale la pena comentar que la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, al igual que todos los demás tratados emanados de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), incorpora también una *cláusula de salvaguarda*, pero su contenido es diverso, ya que para ella el Estado requerido puede negarse a cumplir la petición cuando lo solicitado sea manifiestamente contrario a su orden público.

12. Cláusulas diplomáticas

Al igual que todos los tratados, el convenio analizado establece las condiciones para su entrada en vigor, funcionamiento y terminación, siendo las más importantes:

a) Tratamiento de acuerdos previos y futuros: a este respecto el convenio señala que: 1) reemplaza los artículos 1 a 7 de los convenios relativos al procedimiento civil firmados en La Haya el 17 de julio de 1905 y el 1 de marzo de 1954; 2) no impide la aplicación del artículo 23

del Convenio relativo al Procedimiento Civil firmado en La Haya el 17 de julio de 1905 ni el artículo 24 del firmado en La Haya el 1 de marzo de 1954; 3) declara aplicables los acuerdos adicionales suscritos a los convenios relativos al procedimiento civil firmados en La Haya el 17 de julio de 1905 y el 1 de marzo de 1954, y 4) no deroga los convenios en que los Estados contratantes sean o puedan llegar a ser parte y que contravengan disposiciones sobre materias reguladas por el tratado analizado.

b) Firma, ratificación y adhesión: el acuerdo se abrió a la firma de los Estados representados en la Décima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y los instrumentos de ratificación deben depositarse ante el actual Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos. Asimismo, se pueden adherir a él todo Estado no representado en dicha sesión de la Conferencia de La Haya que deposite el instrumento que la contenga ante el citado Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

c) Entrada en vigor: en relación a este apartado el acuerdo indica que el mismo obliga: 1) internacionalmente: a los sesenta días posteriores al depósito del tercer instrumento de ratificación; 2) para los Estados que lo ratifiquen posteriormente: a los sesenta días del depósito de su instrumento de ratificación, y 3) para los Estados que se adhieran: se utilizó el método de la bilateralización al indicarse que el convenio entra en vigor para tal Estado sólo si no hay oposición por parte de algún país que hubiere ratificado el convenio con anterioridad a dicho depósito y que tal inconformidad la hubiere dado a conocer al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos en un plazo de seis meses, contados a partir de la fecha en la que dicho ministerio le hubiere notificado tal adhesión. Si no hubiere oposición, el convenio entrará en vigor para el Estado adherente el primer día del mes que siga a la expiración del último de los plazos mencionados.

d) Cláusula federal: todo Estado al momento de la firma, ratificación o adhesión podrá declarar que el mismo se aplique al conjunto de territorios que represente en el plano internacional o a uno o varios de ellos. Posteriormente, toda ampliación debe ser notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos y para ellos entrará en vigor el convenio a los sesenta días posteriores de tal notificación.

e) Temporalidad del compromiso: tiene una duración de cinco años, contados a partir de la fecha de su entrada en vigor y la cual se renueva tácitamente de cinco en cinco años, salvo que se realice su denuncia.

f) Denuncia: cabe recordar que la denuncia consiste en la manifestación de voluntad realizada por algún Estado parte para dejar de obligarse por el acuerdo. A este respecto el convenio establece que: a) debe ser notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos; b) tiene que realizarse, cuando menos, con seis meses de anticipación a la expiración del plazo de cinco años, y c) surtirá efecto

sólo para el Estado que la hubiere formulado, toda vez que la convención continuará en vigor para los otros.

IV] Conclusiones

Ha resultado sumamente adecuado que México, desde el 16 de febrero de 2001, forme parte del Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, emanado el 15 de noviembre de 1965 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, toda vez que este sólido instrumento, ha facilitado y agilizado ampliamente el auxilio entre autoridades, tanto judiciales como administrativas pertenecientes a un vasto número de países miembros del acuerdo, para la realización de notificaciones y emplazamientos dentro de las áreas civil y mercantil.

Falta de elección por las partes del Derecho aplicable a los contratos internacionales: vigencia de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales en el Sistema Jurídico Venezolano

SORILY CAROLINA FIGUERA VARGAS¹

SUMARIO: I. Vigencia de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales en el Sistema Jurídico Venezolano. II. Falta de Elección por las Partes del Derecho aplicable a los contratos internacionales en la regulación de la CIDACI. III. La Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana y la Vigencia de la CIDACI.

Resumen. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de la Organización de los Estados Americanos (CIDACI - CIDIP V), tiene vigencia en el sistema jurídico venezolano desde su publicación en la Gaceta Oficial No. 4.974, de fecha 22 de Septiembre de 1995. Este Tratado es fuente directa dentro del ordenamiento jurídico del país suramericano, según lo consagra el artículo 1 de su Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP). Ahora bien, aunque en la actualidad sólo el Estado mexicano y el Estado venezolano han ratificado la CIDACI, este representa un valioso instrumento jurídico cuyo estudio resaltará la autora. Específicamente se analizarán las soluciones que ofrece esta Convención en cuanto a la falta de elección por las partes del Derecho aplicable a los contratos internacionales, contenidas en el artículo 9 de la misma y su vigencia en Venezuela.

Palabras clave: Contratos internacionales, autonomía de la voluntad, falta de elección por las partes del Derecho aplicable, vínculos más estrechos, *lex mercatoria*.

Abstract. *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts of the Organization of the American States (IACLAIC), has been applicable in the legal system of Venezuela since September 22nd 1995. Such Treaty is a direct source within the legislation of this South American country, in accordance to Article 1 of its Private International Law Act (PILA). However, even when only the*

¹Profesora de tiempo completo de la Universidad de Ibagué - Colombia.

Mexican State and the State of Venezuela have ratified the IACLAIC, this represents an important legal instrument whose studies are highlighted by the author. The solutions offered by this Convention regarding the lack of elections by the parties, the applicable law to international contracts enclosed in article 9 of such Convention, and its validity in Venezuela are specifically analyzed in depth.

Keywords: International Contracts, party autonomy, lack of election by the parties on the applicable law, closer links, lex mercatoria.

I] Vigencia de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales en el Sistema Jurídico Venezolano

El artículo 1.133 del Código Civil Venezolano², determina que: "El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico".

Frente a la norma citada, es de acotar además, que el contrato celebrado entre dos o más personas puede estar sometido a diferentes ordenamientos jurídicos, tomando en consideración que para su existencia debe prevalecer el consentimiento de las partes y el objeto materia del contrato, el cual deberá tratar sobre una causa lícita. Entonces, a nivel del Derecho Internacional, tiene especial importancia la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual se determina la ley que ha de regular el contrato –*lex contractus*–.

En el sistema jurídico venezolano tiene vigencia la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de la Organización de los Estados Americanos (CIDACI - CIDIP V), desde su publicación en la Gaceta Oficial Nro. 4.974, de fecha 22 de Septiembre de 1995. Constituyéndose de esta manera, en fuente directa dentro del ordenamiento jurídico del país suramericano, con fundamento en el artículo 1 de su Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP)³. Aclarando que, hasta la fecha sólo el Estado mexicano y el Estado venezolano han ratificado este Instrumento.

La CIDACI determina en su artículo 1 que se entenderá que un contrato es internacional, si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes que hayan ratificado la Convención, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado ratificante.

Esta convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que los contratantes lo excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado

² Publicado en Gaceta N° 2.990 Extraordinaria de la República de Venezuela, de fecha 26 de Julio de 1982.

³ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.511, de fecha 6 de agosto de 1998.

en el que tenga vigencia este Tratado, podrá declarar en el momento de firmarlo, ratificarlo o adherirlo, que el mismo no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. Cualquier Estado parte podrá declarar a qué clase de contratos no se aplicará la presente Convención, al momento de firmar, ratificar o adherirse a la misma.

II] Falta de elección por las partes del Derecho aplicable a los contratos internacionales en la regulación de la CIDACI

Las codificaciones nacionales e internacionales modernas han consagrado como solución a la falta de elección por las partes, del Derecho aplicable a los contratos, conceder al juez la libertad para decidir discrecionalmente con cuál ordenamiento jurídico estatal el contrato tiene los vínculos más estrechos. Esto puede ser mediante una cláusula de escape; e inclusive, tomando en cuenta los elementos subjetivos y objetivos que vinculan el ordenamiento jurídico con más de un ordenamiento jurídico⁴.

Para Vargas Gómez - Urrutia, el aporte más destacado de la CIDACI está en la flexibilidad del conjunto de sus disposiciones. Entendiendo que, esta flexibilidad se concreta en el método empleado para la designación de la ley aplicable, fundamentado en dos pilares: 1) la autonomía de la voluntad como factor de conexión y 2) el derecho con el que el contrato tenga vínculos más estrechos, a falta de elección de las partes⁵.

Determina el artículo 9 de la CIDACI, que:

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato⁶.

⁴ Romero, F., *Solución Subsidiaria*, en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, T. II. Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 792.

⁵ Vargas Gómez - Urrutia, M., *Contratación internacional en el sistema interamericano*. Oxford University Press, Colección Estudios Jurídicos, México, 2000, p. 92.

⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 4.974, de fecha 22 de Septiembre de 1995.

Observamos que la CIDACI ante la hipótesis de falta de elección por las partes, del Derecho aplicable a los contratos internacionales, determinó que el tribunal tomaría en cuenta todos los elementos subjetivos y objetivos que se desprendan del mismo. De tal forma, se apartó del criterio que desarrollaba la Convención de Roma sobre Derecho aplicable a las Obligaciones Contractuales (1980)⁷, cuyo artículo 4 presumía que el contrato presentaba los vínculos más estrechos, con el país en el que la parte debía suministrar la prestación característica⁸.

Actualmente, el artículo 4 del Reglamento 593/2008 (Roma I), a falta de elección por las partes del Derecho aplicable a los contratos internacionales, enumera ocho criterios de conexión aplicables atendiendo a la naturaleza del contrato, indicando la ley que resulta aplicable a cada uno de ellos. En el caso de los contratos que no puedan subsumirse en la regla del artículo 3 del Reglamento Roma I y los ocho criterios previstos en su artículo 4, esta última disposición estipula una cláusula de cierre. En otras palabras, establece como ley aplicable la del país de residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En su defecto, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos, esta última aplicación como cláusula de escape.

Específicamente, en el ámbito del artículo 9 de la CIDACI, los elementos subjetivos aluden a criterios relativos a las partes contratantes, como lo son: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual de las personas físicas; así como, el establecimiento o sede principal cuando se trate de personas jurídicas. Los elementos objetivos son aquellos criterios que vinculan al contrato con los diferentes ordenamientos con los cuales tiene contactos, destacando: el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución del contrato y el lugar de ubicación del bien objeto del contrato⁹.

El artículo 9 de la CIDACI hace especial referencia a los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, como referencia para determinar los vínculos más estrechos cuando se deba establecer el Derecho aplicable a los contratos internacionales, a falta de elección de la partes. Cabe resaltar así, que este Instrumento concedió a la *lex mercatoria* un merecido lugar dentro de la jerarquía de las fuentes.

Lo antes señalado, tiene concordancia con el artículo 10 de la CIDACI, cuando indica que además de lo dispuesto en los artículos anteriores, serán aplicados las normas, las costumbres y los principios del

⁷ El Convenio de Roma ha sido derogado por el Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (publicado en el Diario de la UE el 4.07.2008).

⁸ Siqueiros, J.L, *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales* En:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/138/14.pdf> Consultado el 10 de agosto de 2013

⁹Romero, F., op. cit., p. 793.

derecho comercial internacional, si así corresponde. Al igual que, los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Se debe acentuar además, que el último aparte del artículo 9 de la CIDACI consagra el llamado *dépeçage* judicial, entendido como la potestad excepcional conferida al juez, de fraccionar el contrato cuando una de sus partes sea separable del resto y tenga conexión más estrecha con el Derecho de otro Estado¹⁰.

III] La Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana y la vigencia de la CIDACI

Resulta evidente como la LDIP (1998) acogió los criterios sobre falta de elección por las partes del Derecho aplicable a los contratos internacional previsto en la CIDACI (1994).

En un principio, el artículo 29 de la LDIP señala que las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes. Luego, prevé el artículo 30 de la LDIP que, a falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. Añadiendo la norma, en los mismos términos del artículo 9 de la CIDACI, que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. Determinando finalmente, que se deberán tomar en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.

Bibliografía

ROMERO, F., *Solución Subsidiaria*, en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, T. II. Universidad Central de Venezuela, 2005

SIQUEIROS, J.L., *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales*, En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/138/14.pdf> Consultada el 10 de agosto de 2013

VARGAS GÓMEZ – Urrutia, M., *Contratación internacional en el sistema interamericano*. Oxford University Press, Colección Estudios Jurídicos, México, 2000

¹⁰ *Ídem*.

El ABC de la Convención de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles en materia de sustracción internacional de menores

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *ABC de la sustracción internacional parental de menores*. III. *Especial referencia a la mediación*.

Resumen. El presente artículo expone los principales problemas suscitados en razón de la sustracción internacional de menores y una solución a los mismos. En específico, comienza por delimitar el concepto de sustracción internacional parental de menores, después señala a la Convención de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles en materia de sustracción internacional de menores así como a la Convención Interamericana de 1989 sobre restitución internacional de menores como los tratados aplicables a la materia, determinando y sintetizando sus más importantes aportaciones y la afinidad en sus disposiciones; y por último, realiza una breve propuesta, señalando a la mediación como método ideal para la solución de controversias de ésta índole.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, mediación.

Abstract. This article explains the main issues regarding international child abduction and a solution to them. It addresses specifically, first, the concept of international child abduction. Afterwards it points out the applicability of the Convention of 1980 on the civil aspects of international child abduction as well as the Interamerican Convention on the international return of children to disputes in this regard, making a compilation of their most important dispositions and their compatibility; and lastly it suggests mediation as an ideal process to find a solution to conflicts of this nature.

Keywords: International child abduction, mediation.

I] Introducción

En 2013 estamos celebrando el 30° aniversario de la entrada en vigor de la *Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles en materia de sustracción internacional de menores* (en adelante Convención o Convenio de La Haya de 1980), un tratado internacional

¹ Investigadora Titular "C" del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, PRIDE "D" e Investigadora Nacional (CONACYT), Nivel III. Asesora Externa de Derecho Internacional Privado de la Secretaría de Relaciones Exteriores y Directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

que ha facilitado el retorno, o que tiene como propósito el pronto retorno, de los menores trasladados o retenidos ilícitamente por parte de uno de sus progenitores en algunos de los Estados parte de la Convención, es decir, la inmediata restitución del niño, niña o adolescente a su residencia habitual y así al Estado donde la corte o tribunal podrá resolver asuntos de guarda, custodia y visitas.

Un tratado que ha tenido más que presente cuestiones de índole fundamental para el desarrollo de la niñez pero al que le faltan eslabones importantes para una buena y actual aplicación práctica del mismo. No sobra decir que el futuro o, aún más importante, el presente de nuestros niños depende de un sano e integral desarrollo dentro de un seno familiar.

Así, de esta manera, cuando hablamos de familia nos referimos a una variedad de estructuras familiares en la que incluimos, por el tema que nos atañe en este momento, aquellas donde, por la separación o el divorcio, el involucramiento de ambos padres con sus hijos debe seguir siendo una prioridad y en donde visualizamos, en la práctica, una situación diametralmente opuesta.

No olvidemos que mientras podemos llegar a ser ex-esposas o ex-esposos, nunca vamos a tener ex-hijos o ex-hijas. Cuando se da una situación de separación de pareja, el cuidado emocional, físico y económico de los menores tiene que ser tomado en cuenta por ambos padres de manera, una vez más, incondicional.

En este contexto, la sustracción internacional parental de menores se torna un tema de máxima preocupación, actualidad y relevancia ante el considerable incremento de casos detectados.

Ante estas premisas, como decimos, cuando hablamos de sustracción internacional parental de niños, niñas y adolescentes generalmente nos referimos al "traslado ilícito" o a la "retención ilícita" del menor a otro país por parte del padre o la madre. Estas situaciones que exponemos han proliferado y las causas pueden deberse a factores tales como: a) La internacionalización de las relaciones familiares; b) La crisis de la familia como institución y, más específicamente, del matrimonio como institución, así como el incremento de crisis entre las parejas, así como; c) el aumento de conflictos -como consecuencia de la disolución marital o sentimental-, cuando hay niños.

La batalla que surge en las parejas separadas o divorciadas y el uso y manipulación de los menores como arma, como botín de guerra, provoca un aumento en las situaciones de sustracción y por ende, lamentablemente, el daño irreparable de por vida para los menores.

El conocimiento de la normativa internacional que regula estas situaciones y la incorporación, paulatina, de los medios alternos para solventar de manera pacífica estas situaciones, se forjan en premisas necesarias e improrrogables y de ahí la utilidad y conveniencia de trabajos como el presente que con pocas pretensiones se marca la meta de exponer un panorama llano y conciso sobre esta figura jurídica de la sustracción internacional parental de menores.

II] ABC de la sustracción internacional parental de menores

Como expresamos, el objetivo de la presente contribución es realizar un recorrido, sencillo y puntual –en donde se prescinde incluso, por la naturaleza del propio trabajo, de las notas a pié de páginas-, presentando las bases que permea a la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores.

De esta manera, podemos comenzar expresando que la sustracción internacional parental de menores tiene su marco jurídico en dos convenciones internacionales, una de ámbito universal, es decir, el *Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* y otra de ámbito regional, es decir, la *Convención Interamericana de 1989 sobre restitución internacional de menores*. En donde destacamos, de manera práctica, dos cuestiones:

a) Convenciones con un título que difiere en su nomenclatura, al indicar sustracción y restitución, y en donde nos posicionamos acorde con una doctrina mayoritaria que toma la denominación de sustracción como la más idónea al determinar que para ser restituido un menor víctima de un traslado o retención ilícita, primeramente tiene que ser sustraído. Con esta cuestión en mente, no debemos tomar el concepto como sinónimo pero tampoco debemos, o tenemos que, desecharlo cuando el término es utilizado indistintamente para referirse a una figura jurídica internacional de este calibre y naturaleza, centrándonos, más que en el acierto semántico, en las cuestiones jurídicas que entraña un supuesto de tanta magnitud.

b) Convenciones, como expresamos, que provienen de diferentes ámbitos, universal y regional, respectivamente- en donde destaca el número mayor o menor de países que suscriben dichos convenios determinado por el foro de codificación de donde provienen, sin connotación de jerarquía pero con un contenido prácticamente idéntico. Agregamos en este punto -como corolario del procedimiento debido en un caso de sustracción internacional parental de un menor- que debemos mencionar, por esta ocasión, que la Convención Interamericana sobre Restitución tiene una importante y clara *cláusula de compatibilidad* entre ella y la Convención de La Haya de 1980 sobre sustracción *in comento*, en su artículo 34, al establecer: “Entre los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980”. El hecho de la inclusión de cláusulas de esta naturaleza es un acto por demás plausible, al dejar claridad absoluta en la aplicación de

convenios internacionales –máxime ante el solapamiento de materias como sería el caso de la sustracción internacional parental-; una cuestión que el legislador internacional debiera poner especial cuidado a la hora de su inclusión en los instrumentos de *Hard Law*, es decir, ante tratados internacionales tradicionales rígidos. Si bien es cierto que, en el caso puntual, al ser dos convenios con un contenido prácticamente idéntico la invocación de uno u otro instrumento internacional por parte de Estados que tienen firmados y ratificados ambas normas, no tiene inconveniencia alguna.

Por el tema puntual referido en esta contribución, nos centraremos en el análisis de la primera de ellas en el tiempo, es decir, la Convención de La Haya de 1980 pero insistimos al lector que el contenido es similar, si no idéntico, a todas luces y en donde para verificar si es aplicable o no alguna de estas convenciones a un Estado en particular, tendrá que revisarse el ámbito de aplicación espacial de cada una de ellas y así constatar si forma o no parte de su ordenamiento jurídico interno en particular.

El Convenio de La Haya de 1980 fue adoptado, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, por el decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por unanimidad de los Estados presentes. El día 25 de octubre de 1980, los delegados firmaron el acta final del periodo de sesiones que incorpora el texto del Convenio y una recomendación que contiene un formulario modelo de las demandas de retorno de los menores desplazados o retenidos de forma ilícita. Una recomendación que tiene una gran importancia desde que destaca su valor jurídico –aún siendo no vinculante-.

Como punto de partida, en la Convención de La Haya de 1980 tenemos un traslado ilícito o retención ilícita de un menor o menores de dieciséis (16) años por parte de uno de sus progenitores (progenitor sustractor) –también se puede dar la circunstancia de que sean sustractores los abuelos, tíos, etcétera- quebrantando los derechos de guarda y custodia detentados por uno de ellos (progenitor perjudicado) o quebrantado el derecho de visitas.

De esta manera, el artículo 3 de la Convención de La Haya de 1980 establece que: "... el traslado o la retención se considera ilícito: 1. cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente con arreglo al derecho vigente del Estado de la última residencia habitual del menor antes de su traslado o retención; y 2. cuando éste derecho se ejercía de forma efectiva en el momento de traslado o la retención ilícita o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención."

Asimismo, el artículo 8 de la Convención de La Haya de 1980 expresa que toda persona, institución y organismo que alegue la infracción del derecho de custodia podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier Estado contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución

del menor; tenemos entonces que el progenitor perjudicado puede dirigirse a su Autoridad Central o dirigirse directamente a la Autoridad Central del Estado donde tenga conocimiento de que el menor se encuentra retenido ilícitamente. Este mismo artículo establece el catálogo de documentos, información y motivos que debe incluir la solicitud, así como los complementos que se pueden anexar.

Llegados a este punto, tenemos que cuando queremos analizar o estudiar un convenio internacional, en primer término nos abocamos a la determinación de los cuatro ámbitos de aplicación de la norma internacional, es decir, ámbito de aplicación material, personal, espacial y temporal para así determinar si un instrumento internacional, en particular, forma parte de nuestro sistema jurídico interno. Posteriormente, se analiza el contenido concreto de dicha norma.

De esta manera determinamos para la Convención de La Haya de 1980:

Ámbito de aplicación material. De acuerdo al artículo 1 de la Convención hay que:

a) Asegurar la restitución inmediata, al lugar de su última residencia habitual, de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes.

b) Respeto de los derechos de custodia y visita vigentes, emitidos por el juez de la residencia habitual del menor antes de su traslado o retención ilícita, en los demás Estados contratantes.

Ambos objetivos se encuentran directamente ligados con el Interés Superior del Menor (ISM). Dicho principio fundamental, el Interés Superior del Menor, no está expresamente incorporado en la Convención de La Haya de 1980 pero sí en sus objetivos y preámbulo y esto fue determinado así bajo la idea de evitar que se recurra a él como forma de evadir las restituciones. Con este sentido, el ISM, en materia de sustracción, consiste –a pesar del concepto jurídico indeterminado que representa dicho ISM- en respetar y garantizar de manera prioritaria el pleno ejercicio de los derechos del menor y que en relación al Convenio de La Haya de 1980, siguiendo a Pérez Manrique, es el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, y en su caso, a una restitución rápida y segura y si llegara a proceder alguna de las excepciones determinadas en la propia Convención (artículos 12 y 13 principalmente), probadas por el sustractor, se debe denegar la restitución a fin de proteger el mencionado Interés Superior del Menor.

Otra cuestión, igualmente sobresaliente, es el principio de que el menor tiene derecho a ser oído en todos los casos, con carácter general y sin excepciones, y para ello debe propiciarse el marco normativo más adecuado y así potenciar, de una forma real y efectiva, el multimencionado ISM. En sintonía con esta voz u opinión del menor, es importante tener siempre presente que la voluntad de los menores no debe ser considerada, por sí sola, como elemento decisivo a la hora de adoptar una decisión por parte del juez, de esta manera se manifiesta el poder judicial al reiterarse sentencias que van en este sentido; ponemos

como ejemplo el dictamen del Fiscal y la confirmación de la sentencia apelada por la Suprema Corte argentina en 2012, al expresar:

“VI.- en el marco convencional, la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores.

VII.- en razón de su singular finalidad, el CH 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del arto 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área puntual, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar,” [Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 22/8/12: “G., P. C. el H., S. M. s/reintegro de hijo”. Extracto Dictamen Sra. Procuradora Fiscal, p. 9].

En este sentido, y acorde a una doctrina mayoritaria en donde destacamos a Javier Forcada, también debe ser valorada la opinión del menor en función del contexto, peculiaridades físicas y psicológicas del menor –edad y grado de madurez- y del grado de conflicto familiar entre los adultos implicados y entre éstos y el menor.

Como refuerzo, expresar que cuando no haya regulación local vigente, se debe respetar el principio fundamental de la garantía de audiencia y del debido proceso legal -aplicándose siempre, como mínimo, los procesos que señala tanto la Convención de La Haya de 1980 como la Convención Interamericana de 1989-.

Ámbito de aplicación personal. Se observará en todos los asuntos en los que menores de dieciséis (16) años hayan tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de guarda, custodia o de visita, es decir, antes de que se produzca el traslado o retención ilícita.

El nexo o punto de contacto es la residencia habitual del menor, o sea, el lugar donde el menor tenía su centro de vida, es decir, donde habitaba, acudía a la escuela y tenía sus actividades recreativas, entre otras. En la actualidad la tendencia es que ni el lugar de nacimiento ni la nacionalidad son puntos de contacto por regla general y para estos casos en particular.

Ámbito de aplicación espacial. Los Estados que a la fecha han firmado y ratificado la Convención de La Haya de 1980 son un total de 89 y la numeración o relación de los países que son contratantes o parte se puede ver en la página oficial de la Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net>

Ámbito de aplicación temporal. El artículo 35 estipula que “el presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados”; por ende, contiene una aplicación irretroactiva, obligándonos a aplicar supletoriamente el Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados.

Por lo que se refiere al contenido específico, la Convención de La Haya de 1980 establece un *sistema de cooperación entre autoridades para la rápida restitución de los menores* y derivará, como expresamos, en las disposiciones de derecho autónomo o interno del país en cuestión.

En este sentido, destacamos dos artículos de la propia Convención; así, el artículo 7 menciona que las Autoridades Centrales deben colaborar entre sí, adoptando, ya sea directamente o a través de intermediarios, aquellas medidas que permitan: 1) localizar al menor; 2) prevenir que sufra mayores daños; 3) garantizar la restitución voluntaria; 4) buscar resolución amigable; 5) intercambiar información relativa a la situación social del menor; 6) facilitar información general sobre la legislación estatal relativa a la aplicación de este Convenio; 7) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir la regulación o ejercicio efectivo del derecho de visita; 8) conceder o facilitar la asistencia judicial y jurídica; 9) garantizar la restitución del menor sin peligro y 10) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio, eliminando sus obstáculos.

Por su parte, el artículo 10 convencional estipula, "*La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor*", en donde la cooperación, bajo este fin, también se torna imprescindible.

Aprovechamos la oportunidad de este planteamiento para reforzar que es realmente importante distinguir entre mediación y retorno voluntario o amigable resolución (artículos 7 y 10), si bien el mecanismo de retorno es considerado, como ya pusimos de manifiesto al establecer el ISM, como el núcleo o la base de dicha Convención, sin embargo no es ni la única ni la principal solución ofrecida por dicha normativa convencional, subrayando, de esta manera, el papel de la mediación como medio alternativo de solución de controversias, tal y como reforzaremos en la parte final de este apartado dedicado al ABC del Convenio de La Haya de 1980.

Siguiendo con la función y contenido de cooperación de la Convención de La Haya de 1980, el artículo 9 expresa que en aras de incrementar la agilidad, entre las Autoridades Centrales, a la recepción de una solicitud por una Autoridad Central, la cual estime que el menor se encuentre en otro Estado, se transmitirá dicha solicitud directamente y sin demora, potenciando el principio de cooperación entre Autoridades Centrales.

Para obtener una comprensión cabal de esta convención, es importante tener claridad en los mencionados ámbitos de aplicación que darían cobertura, o no, al supuesto jurídico objeto de nuestro estudio, la sustracción internacional parental de menores, pero también es igualmente importante tener ubicado que dicha figura jurídica plantea un procedimiento, interno o autónomo, tanto en el país donde el menor fue

sustraído ilícitamente, como en el país donde el menor se encuentra trasladado o retenido ilícitamente. En el primer caso -Estado requirente- el procedimiento implicaría definir el fondo de la cuestión, guarda y custodia fundamentalmente, y en el segundo caso -Estado requerido- el procedimiento versaría en torno a la procedencia de la restitución o no.

En relación a este último punto, tenemos que la persona que haya cometido el ilícito de trasladar o retener a un menor de 16 años, sólo podrá hacer valer las excepciones contenidas, fundamentalmente, en los mencionados artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya de 1980 y que se enumeran a continuación:

a) Que hubiere transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita;

b) Que la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no haya ejercido de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;

c) El consentimiento o aceptación del traslado o retención por parte de quien en el momento de producirse estaba al cuidado del niño;

d) Cuando exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera lo ponga en una situación intolerable;

e) Cuando el menor tenga una edad y grado de madurez que le permita tomar en cuenta su opinión y éste se oponga a su restitución;

f) También se puede denegar la restitución cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de libertades fundamentales (artículo 20 de la Convención de La Haya de 1980);

g) Por último, se puede hacer valer una excepción cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio (art. 12, segundo párrafo, Convenio de La Haya de 1980).

Por otra parte, es importante hacer notar, de acuerdo el artículo 17 de la Convención de La Haya de 1980 "que el hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido, no justificará la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el capítulo y no limitará las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento".

Por último, destacamos o subrayamos -aún más- dos aspectos puntuales para el buen manejo y entendimiento de este recorrido por el ABC de la sustracción internacional de menores, nos referimos a que:

a) En ningún caso el juez ante el que se tramita la restitución decide sobre cuestiones de fondo en torno a los derechos de custodia o guarda y así se estipula en el artículo 16 de la Convención de La Haya de 1980, al expresar que: "*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 que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este convenio"; si, en cambio, el juez decide en torno, una vez emitida la resolución, al derecho de visitas, artículo 5, inciso b) y artículo 21 de la Convención de La Haya de 1980.

b) El término que tienen las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes es de seis semanas (45 días) a partir de la fecha de iniciación del procedimiento (artículo 11 Convención de La Haya de 1980), dada la connotación de rapidez (procedimientos expeditos) que conllevan los casos de sustracción internacional de menores.

No olvidemos que el principal problema de funcionamiento de la materia de sustracción internacional parental de niños, niñas y adolescentes, además de la necesidad del conocimiento y uso puntual de la normativa convencional, es la demora en el proceso (administrativo y judicial), con lo cual concebir y asumir un procedimiento puntual (un proceso interno o autónomo) para el mismo es vital para la consecución exitosa de la restitución del menor al lugar de su residencia habitual en su interés superior.

III] Especial referencia a la mediación

Como mencionamos con anterioridad, el énfasis puesto en el tema de la promoción de acuerdos o resoluciones amigables, así como la promoción de Medios Alternos de Solución de Controversias a través de la mediación, es un tema de máxima actualidad e interés para los casos relativos a la sustracción internacional parental de menores.

Podemos visualizar, a grandes rasgos, tres formas de solución de disputa asistida en materia familiar: a) la negociación informal, en el contexto de la Convención de La Haya de 1980, análoga al procedimiento en muchos Estados para buscar el retorno voluntario o la resolución amigable [con un papel importante de la Autoridad] b) el proceso ante la corte o tribunales, negociaciones que son normalmente llevadas a cabo por jueces o abogados y que son también comunes en casos de la Convención que a menudo conducen a órdenes de consentimiento y c) procesos formales no adversariales, en donde los más comunes, en materia familiar, son la mediación, conciliación y más recientemente el derecho colaborativo –al menos en los Estados Unidos de América-. Para los efectos de nuestra contribución sólo consideramos la mediación, entendiéndolo como un proceso particular practicado por personas capacitadas como mediadores.

La mediación es importante y prueba de ello lo tenemos en la concepción de un instrumento de *Soft Law*, como es la Guía de Buenas Prácticas en Mediación formulada o perfilada a través de la *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* y que culminó con los

trabajos realizados para la *Sexta Reunión de la Comisión Especial para la funcionamiento y aplicación práctico del Convenio de La Haya de 1980 y del Convenio de La Haya de 1996*.

Por otra parte, como ya anotamos arriba, no debemos dejar de subrayar que es realmente importante distinguir entre mediación y retorno voluntario o resolución amigable –artículos 7 y 10 del Convenio de La Haya de 1980-.

Ante la información vertida en el apartado anterior sólo resta subrayar que al expresar que cuando un padre/madre sustrae un hijo a otro país, él o ella está desencadenando diferentes asuntos legales en donde puede haber demandas civiles en uno o en ambos países ordenando la restitución inmediata del menor, igualmente puede haber demandas penales con una potencial sanción criminal –incluso pena privativa de libertad para uno de los padres en el país requirente-, sanciones monetarias, casos de custodia, solicitudes de audiencia y cualquier otra maniobra legal en diversas jurisdicciones.

Por lo tanto, y llevados por nuestra trayectoria personal, la mediación se detona como un medio alternativo a la justicia tradicional –tribunales- en donde un mediador neutral e imparcial, especialmente entrenado y preparado, puede trabajar de manera paralela al marco legal “establecido entre los dos países implicados” o puede intentar prevenir a los padres para que no den pie al inicio de un proceso legal de tan grandes y complejas magnitudes, sin proponer soluciones pero sí facilitando la comunicación entre las partes.

Los mediadores también pueden trabajar con los padres después de una solicitud u orden -o no- de restitución del tribunal y de esta manera, como decimos, facilitan la comunicación para que resuelvan las nuevas etapas o situaciones que se puedan dar. Cuando los padres alcanzan un acuerdo final a través de la mediación, dicho acuerdo puede ser o no legalmente ejecutable en ambos países.

La buena conducción de una mediación, en casos de sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres, también deriva en dilucidar si el traslado que se dio en dicho proceso se deben a situaciones sencillas tales como la oportunidad de un empleo, retornar al país de origen o una oportunidad de mejor calidad educativa o, si por el contrario los motivos están relacionados con una violenta relación, miedo, opresión u otros motivos relacionados con la violencia doméstica [recordemos esta excepción, artículo 13, 1 b) y su uso y abuso] y en estos casos, el mediador debe saber si es apropiado o no continuar con la mediación así como si es necesario denunciar situaciones penales.

Igualmente es importante señalar que el mediador no debe guiar solo hacia el tema, pareciera principal, sobre el lugar físico de reubicación del menor sino sobre cuestiones colaterales que en un futuro inminente se presentarán tales como visitas, familia extensa, contactos, escuelas, idiomas o religión que seguirá el menor, entre otras de los muchos acuerdos que se deben fijar para la mejor interacción familiar en el interés superior del niño, niña o adolescente y siempre con un menor

costo económico y emocional que si el caso se lleva ante un tribunal. Acuerdos que, a través de la comunicación buscada en la mediación, pretenden que sean duraderos en el tiempo –dada su factibilidad al ser creados por los propios interesados- por lo que conlleva o atañe a las relaciones familiares de por vida.

Por otro lado, es conveniente aclarar que un mediador, incluso cuando esté formado como abogado, no puede dar asesoría legal a los padres pero debe conocer el proceso legal y de esta manera lo que hace es dirigir el proceso de mediación hacia un acuerdo viable para la familia. En estos casos de sustracción internacional parental de menores y el papel de la mediación, destacamos un número significativo de iniciativas binacionales a nivel mundial, además de la implementación de la solución de disputas en línea, es decir, a través de los medios electrónicos, la *Online Dispute Resolution* (ODR por sus siglas en inglés).

Por último, pero no menos importante, el tema que apuntamos en torno a la voz del menor, tenemos que ubicarlo, asimismo en el contexto de la mediación y para ello tenemos que la Recomendación del Consejo de Europa N° R. (98) 1 sobre mediación familiar establece que el mediador informe a los padres sobre la necesidad de consultar a sus hijos menores.

Como corolario, tenemos que ante el lamentable aumento de este tipo de sustracción y el daño causado a este sector tan sumamente vulnerable constituido por los niños, niñas y adolescentes, no queda más que abogar por soluciones inteligentes, desde el entendimiento y aplicación de la norma internacional que protege a dicho colectivo y desde la bondad que genera la solución pacífica de conflictos a través de la mediación familiar internacional.

Consideraciones en relación con el convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero; la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias y el convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia

JUAN CARLOS GUERRERO VALLE¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Nacimiento jurídico de los instrumentos internacionales que regulan la materia de alimentos.* III. *Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias del 15 de julio de 1989.* IV. *Comparación jurídica entre el Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero de 20 de junio de 1956 y la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias del 15 de julio de 1989.* V. *Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007.* VI. *Conclusiones.*

Resumen. El presente trabajo busca explicar las características de algunos de los tratados que existen en materia de alimentos en el extranjero. Se estudiarán tres instrumentos principales a nivel internacional que tienen por objeto solicitar y hacer factible la obtención de alimentos, así como la forma en que estos modelos se complementan a través de sus ámbitos de aplicación, compatibilidad y contenido jurídico. Trayendo como conclusión una propuesta para que México sea parte signante del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007, ya que dicho convenio resulta acorde con el sistema legal de nuestro país, a través de la protección que brinda el mismo.

Palabras clave: Alimentos, obligaciones alimentarias, Convención sobre alimentos.

Abstract. *The purpose of the present study is to explain some of the most important characteristics of international treaties in support payments matters. Hereby, three international instruments that seek to obtain support payments in a better manner, will be studied, as well as, how these models complemented themselves through their scope, compatibility and legal content. Finally, it is hereby presented a proposal*

¹ Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Escuela Libre de Derecho, Secretario General de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C.

in order for Mexico to become a member of the Convention in International Collection of support Payments for Children and other Family Members of November 23rd, 2007, since such convention appears to be in accordance with our legal system by the protection afforded in it.

Keywords: Support payments, support obligations, Support Conventions

I] Introducción

El presente trabajo tiene por objeto identificar los puntos de conexión existentes entre: i) El Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero de 20 de junio de 1956, ii) La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias del 15 de julio de 1989 y la más reciente Convención propuesta por la Haya y iii) El Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007.

Se estudiará la forma en que estos modelos se complementan y las razones por las cuales se sostiene que México debe ser parte signante del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007, pues dicho convenio resulta acorde con nuestro sistema legal proteccionista.

En dicho sentido, se expondrá el nacimiento, ámbitos de aplicación, compatibilidad y contenido jurídico de los instrumentos internacionales que tienen por objeto solicitar y hacer factible la obtención de alimentos respecto de partes que se encuentren en estados signantes de dicho convenios.

II] Nacimiento jurídico de los instrumentos internacionales que regulan la materia de alimentos

Comenzaremos por explicar el origen jurídico de los instrumentos internacionales que regulan la materia de alimentos que México ha firmado y adoptado.

El primero de estos instrumentos, por su primicia temporal, es el Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero de 20 de junio de 1956, publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 29 de septiembre de 1992; posteriormente, nos referiremos a la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias del 15 de julio de 1989, cuyo decreto de promulgación se publicó en el DOF el 18 de noviembre de 1994 y finalmente, abordaremos el estudio del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007.

Resulta conveniente apuntalar que, ante la falta de aplicación de estos dos Convenios ya firmados por México, se aplicarán de manera supletoria los códigos locales, que tendrán la función de suplir las lagunas legales que los instrumentos jurídicos dejen por falta de

regulación o de manera expresa, como consecuencia de reservas efectuadas por los estados firmantes.

Asimismo, no está por demás recordar para el entendimiento de las obligaciones alimenticias internacionales la autonomía de la que gozan las mismas, lo que se traduce en palabras simples en que no importa el origen de la deuda alimentaria, ya sea por obligación filial, parentesco, adopción, etc., la deuda alimenticia es independiente de la causa que le da origen.

III] Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero de fecha 20 de junio de 1956

1. Practicidad del Convenio

El objetivo práctico de esta Convención se ve materializado en facilitar a una persona denominada *demandante*, la obtención de alimentos de otra persona denominada *demandado*, partes que se encuentran en jurisdicciones distintas, ligadas entre sí por parte sus correspondientes Estados de la firma del referido Convenio.

2. Ámbito de aplicación personal

La característica principal del ámbito personal de aplicación de este convenio, radica en lo amplia de la misma, pues se refiere a la prestación u otorgamiento de alimentos entre personas, independientemente de la causa o relación que le da origen, lo cual es un distintivo, que no tiene la Convención Interamericana.

Para esta convención basta con que exista el derecho a la obtención de los alimentos, para que sea procedente la misma, no limitando su actuación a cuestiones de carácter unidireccional (de padres a hijos o viceversa) o a situaciones paterno-filiales específicas.

3. Ámbito de aplicación espacial

El ámbito de aplicación espacial tiene como requisito *sine qua non*, que ambas partes se encuentren bajo la jurisdicción de Estados parte del Convenio.²

Así las cosas, los estados parte hasta este momento son: Argelia; Argentina; Australia; Austria; Barbados; Bielorrusia; Bélgica; Bolivia; Bosnia y Herzegovina; Brasil; Burkina Faso; Camboya; Cabo Verde; República Central Africana; Chile; Colombia; Croacia; Cuba; Chipre; República Checa; Dinamarca; República Dominicana; Ecuador; El Salvador; Estonia; Finlandia; Francia; Alemania; Grecia; Guatemala; Haití; Estado Vaticano; Hungría; Irlanda; Israel; Italia; Kazajistán; Kirguistán; Liberia; Luxemburgo; México; Mónaco; Montenegro; Marruecos; Los Países Bajos; Nueva Zelanda; Níger; Noruega; Pakistán; Filipinas; Polonia;

² Artículo 18. Reciprocidad.- Una Parte Contratante no podrá Invocar las disposiciones de la presente Convención respecto de otra Parte Contratante sino en la medida en que ella misma esté obligada.

Portugal; República de Moldavia; Rumania; Serbia; Seychelles; Eslovaquia; Eslovenia; España; Sri Lanka; Surinam; Suecia; Suiza; Macedonia; Túnez; Turquía; Ucrania; El Reino Unido y Uruguay.

4. *Ámbito de aplicación temporal*

El Convenio no hace una clara distinción respecto de su ámbito de aplicación temporal, por lo que debemos acudir a lo establecido por otros Convenios, en particular a lo ordenado por el Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados, cuyo artículo 28 dice: *Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.*

Así las cosas, podemos advertir que el presente Convenio tiene el carácter de irretroactivo, por lo que se aplicará a todos aquellos casos que surjan con posterioridad a la entrada en vigor para cada Estado.

III] Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias del 15 de julio de 1989

1. *Practicidad de la Convención*

A diferencia del Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero del 20 de junio de 1956, el contenido de la Convención es mucho más complejo, pues regula 3 aspectos diferentes del Derecho Internacional Privado, a saber: a) La competencia judicial internacional; b) El derecho aplicable; y c) La cooperación procesal internacional.

Lo anterior implica que, como lo hemos advertido al inicio de este trabajo y, para el caso particular de México, dicho contenido se pueda de manera supletoria complementar con el Código Civil o con el Código de Procedimientos de cada Estado.

2. *Ámbito de aplicación personal*

A diferencia del Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero del 20 de junio de 1956, la característica principal del ámbito personal de aplicación de esta Convención, se enfoca en dos tipos: menores (no mayores de 18 años); y cónyuges o quienes hayan sido tales.

Así las cosas, para el caso de los menores, se aplica, de manera general, la regla de que el mismo sea menor de 18 años, sin embargo se prevén casos en los cuales aun cuando ya se haya alcanzado la mayoría de edad, la obligación de otorgar alimentos continúa vigente, pues los supuestos de necesidad subsisten, por existir una continuación de estudios y/o en el caso de personas con alguna discapacidad.

Otra de las particularidades de esta Convención la tenemos en el caso de los menores, pues se prevé la obligación de los padres de

otorgar alimentos a los menores, no así viceversa, aspecto total que lo distingue del Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero.

Ahora bien, por lo que toca al caso de los cónyuges o del matrimonio, tenemos que el gobierno de México hace particular precisión respecto de quiénes se podrán contemplar en calidad de acreedores alimentarios y le da dicha calidad no sólo a los cónyuges, sino que la hace extensiva a los concubinos, los parientes colaterales dentro del cuarto grado, menores o incapaces y al adoptado (ya no hay adopción simple, solo plena).

Lo anterior tiene su explicación en virtud de la falta de definición del término "alimentos" dentro del contenido literal de la Convención en comento; esto se debe a que existen ocasiones, como la que priva en la redacción de esta Convención, en las que se decide elaborar instrumentos internacionales que provoquen mayor autonomía a cada uno de los Estados signantes, es decir, que cada estado "tropicalice" el convenio conforme más convenga a los intereses que desea proteger, entre ellos, principios tales como mayor beneficio para el menor, *pro homine* y cuestiones relacionadas al orden público.

Ahora bien, para entender el término "alimentos" antes citado, debemos remitirnos a la legislación local, para con base en ello determinar el contenido que cada estado signante debe propiciar. Así, para el caso del Estado mexicano el concepto alimentos ha sido largamente estudiado y se ha definido en el artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, que es del orden literal siguiente:

Artículo 308.- Los alimentos comprenden: I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto; II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales; III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

En este orden de ideas, se podrá advertir que el contenido del concepto de alimentos variará de acuerdo a la naturaleza y amplitud que cada Estado signante haya querido otorgar a dicho concepto y en donde, muchas veces, puede existir un tema de calificación que implique la necesidad de resolver el problema conforme con nuestra norma conflictual y la aplicación de un derecho extranjero o, lo que es aún peor, un problema de cuestión previa que nos puede llevar a la calificación de situaciones bajo sistemas jurídicos distintos. Afortunadamente esta convención en sus artículos sexto y séptimo, como se verá más adelante, establece una norma de conflicto específica para solucionar el escenario catastrófico que apuntamos al inicio de este párrafo.

3. *Ámbito de aplicación espacial*

El ámbito de aplicación espacial condiciona a que los dos Estados implicados (el del demandante y el del demandado) sean Estados parte de la Convención.³

Así las cosas, los estados parte hasta este momento son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela.

4. *Ámbito de aplicación temporal*

De la misma forma que en el Convenio, en la Convención no se hace una clara distinción respecto de su ámbito de aplicación temporal, por lo que debemos advertir que tiene el carácter de irretroactivo.

IV] Comparación jurídica entre el convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero de 20 de junio de 1956 y la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias del 15 de julio de 1989

Una vez expuestos los diferentes ámbitos de aplicación tanto del Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero como de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias nos centraremos en evidenciar algunas diferencias sensibles en cuanto al contenido y alcance de dichos instrumentos jurídicos:

³ Artículo 1.- La presente Convención tiene como objeto la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado Parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencial habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte.- La presente Convención se aplicará a las obligaciones alimentarias respecto de menores por su calidad de tales y a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales.- Los Estados podrán declarar al suscribir, ratificar o adherir a esta Convención que la restringen a las obligaciones alimentarias respecto de menores.

Rubro	Convenio-NY-1956	Convención Interamericana
CJI	<p>No determina quién será la autoridad competente. Sólo menciona quienes serán las autoridades remitentes e instituciones intermediarias, las que podrán obtener el pago por medio de:</p> <p>a) Transacción b) Inicio de procedimiento c) Ejecución de procedimiento</p> <p>Art. 2⁴ y 6.1⁵</p>	<p>Determina quién es la autoridad Nacional que se deba de declarar competente (mediante foros alternativos):</p> <p>a) El juez o autoridad del estado del acreedor. (<i>fórum creditoris</i>) b) El juez o autoridad del estado del deudor. (<i>fórum debitoris</i>) c) El juez o autoridad del estado donde el deudor tenga vínculos personales. (<i>fórum patrimonii</i>)</p> <p>La carga de elección de foro recae en el acreedor.</p> <p>Art. 8⁶ y 9⁷</p>
DERECHO ⁸ APLICABLE	<p>No establece el criterio para determinar la ley aplicable. En términos generales establece que la ley aplicable será la del Estado del Demandado.</p> <p>Art. 6.3⁹</p>	<p>Se establece una regla específica para fijar la ley aplicable a los alimentos. La carga de elección del derecho aplicable recae en la autoridad competente, quien puede elegir entre la legislación del domicilio o de la residencia habitual del deudor o del acreedor.</p> <p>(Tesis de la norma específica)</p> <p>Art. 6¹⁰ y 7¹¹</p>
CONTENIDO JURÍDICO	<p>a) Contempla la solicitud de alimentos entre personas independientemente de la causa que le da origen a dicha obligación. b) No se prevé un procedimiento de ejecución dentro del Convenio, se deja dicha determinación a los Estados signantes. c) Contiene cláusula de remisión a la CIJ para la resolución de la interpretación o aplicación de dicho convenio. (Art. 16)¹² d) Contiene cláusula federal (Art. 11)¹³ e) No contiene fórmula para la localización del demandado. f) No prevé la resolución de problemas relacionados con la filiación (como elemento para el cobro de alimentos).</p>	<p>a) Contempla la solicitud de alimentos para menores y para "los cónyuges y a los que han sido tales". b) Presenta una estructura tripartita de regulación: i) CJI; ii) Derecho aplicable y iii) Cooperación procesal internacional. c) Se prevé la ejecución extraterritorial de la sentencia extranjera. d) Se prevé la asistencia alimentaria provisional de menores de otro Estado signante que se encuentren abandonados en su territorio. e) Regula la cooperación internacional. (Art. 14)¹⁴ f) Identifica los casos de violación al orden público. (Art. 22)¹⁵ g) Contiene cláusula federal¹⁶ (Art. 28)¹⁷ h) No contiene fórmula para la localización del demandado. i) No prevé la resolución de problemas relacionados con la filiación (como elemento para el cobro de alimentos).</p>

⁴ Artículo 2. Designación de Organismos.- 1. En el momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión cada Parte Contratante designará una o más Autoridades judiciales o administrativas para que ejerzan en su territorio las funciones de Autoridades Remitentes.- 2. En el momento de depositar el Instrumento de ratificación o adhesión cada Parte Contratante designará un Organismo público o privado para que ejerza en su territorio las funciones de Institución Intermediaria.- 3. Cada Parte Contratante comunicará sin demora al Secretario general de las Naciones Unidas las designaciones hechas conforme a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 y cualquier modificación al respecto.- 4. Las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias podrán comunicarse directamente con las Autoridades remitentes y las Instituciones Intermediarias de los demás Partes Contratantes.

⁵ Artículo 6. Funciones de la Institución Intermediaria.- 1. La Institución Intermediaria, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante, tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción, y podrá, en caso necesario, iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto Judicial.

⁶ Artículo 8 Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:- a. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o c. El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos.- Sin perjuicio de lo dispuesto en este Artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia.

⁷ Artículo 9. Serán competentes para conocer las acciones de aumento de alimentos, cualesquiera de las autoridades señaladas en el Artículo 8. Serán competentes para conocer de las acciones de cese y reducción de alimentos, las autoridades que hubieren conocido de la fijación de los mismos.

⁸ Puede presentarse el problema del “conflicto móvil”.

⁹ Artículo 6. Funciones de la Institución Intermediaria.- 3. No obstante cualquier disposición de esta Convención, la Ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho Internacional Privado de ese Estado.

¹⁰ Artículo 6. Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

¹¹ Artículo 7. Serán regidas por el derecho aplicable de conformidad con el Artículo 6 las siguientes materias: a. El monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo; b. La determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria en favor del acreedor, y c. Las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos.

¹² Artículo 16. Solución de controversias.- Si surgiere entre Partes Contratantes una controversia respecto a la Interpretación o aplicación de la presente Convención, y si tal controversia no pudiere ser resuelta por otros medios, será sometida a la Corte Internacional de Justicia. La controversia será planteada ante la Corte mediante la notificación del compromiso concertado por las Partes en la controversia, o unilateralmente a solicitud de una de ellas.

¹³ Artículo 11. Cláusula relativa a los Estados Federales.- Con respecto a los Estados Federales o no unitarios, se aplicarán las disposiciones siguientes: a) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la acción legislativa del Poder Legislativo Federal, las obligaciones del Gobierno Federal serán, en esta medida, las mismas que las de las partes que no son Estados Federales.- b) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la acción legislativa de cada uno de los Estados, provincias o cantones constituyentes que, en virtud del régimen constitucional de la federación, no estén obligados a adoptar medidas legislativas, el gobierno federal, a la mayor brevedad posible y con recomendación favorable, comunicará el texto de dichos artículos a las autoridades competentes de los Estados, provincias o cantones.- c) Todo Estado federal que sea Parte en la presente Convención proporcionará, a solicitud de cualquiera otra Parte Contratante que le haya sido transmitida por el Secretario general, un resumen de la legislación y de las prácticas vigentes en la federación y en sus entidades constitutivas con respecto a determinada disposición de la Convención, indicando hasta qué punto, por acción legislativa o de otra índole, se ha aplicado tal disposición.

¹⁴ Artículo 14. Ningún tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado. El beneficio de pobreza declarado en favor del acreedor en el Estado Parte donde hubiere ejercido su reclamación, será reconocido en el Estado Parte donde se hiciera efectivo el reconocimiento o la ejecución. Los Estados Parte se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza.

¹⁵ Artículo 22. Podrá rehusarse el cumplimiento de sentencias extranjeras o la aplicación del derecho extranjero previstos en esta Convención cuando el Estado Parte del cumplimiento o de la aplicación, según sea el caso, lo considerare manifiestamente contrario a los principios fundamentales de su orden público.

¹⁶ Permite a los estados parte "adecuar", de conformidad con las codificaciones locales del estado federal, la sentencia donde se aplicará el Convenio.

¹⁷ Artículo 28. Respecto a un Estado que tenga en materia de obligaciones alimentarias de menores, dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes: a. Cualquier referencia al domicilio o a la residencia habitual en ese Estado contempla la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado; b. Cualquier referencia a la Ley del Estado del domicilio o de la residencia habitual contempla la Ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

V J Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007

Hasta lo aquí expuesto, hemos podido identificar las características jurídicas más sensibles existentes entre el Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero de fecha 20 de junio de 1956 y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias del 15 de julio de 1989, mismas que permiten a las partes usuarias utilizar dichos instrumentos jurídicos siempre con base en las necesidades del débil jurídico, con el objetivo de efectuar de manera real el pago y cumplimiento de obligaciones de primera necesidad; sin embargo, ahora toca analizar el contenido jurídico del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007, mismo que, como lo adelantábamos al inicio de este estudio, no ha sido firmado por el Estado mexicano.

En dicho escenario y antes de emitir una opinión respecto a la conveniencia o no de la firma del Convenio en comento, resulta necesario deshilvanar algunas de las características legales que particularizan al mismo.

1. Practicidad del Convenio

El objetivo práctico de este Convenio es garantizar la eficacia del cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, en particular: a) Estableciendo un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes; b) Permitiendo la presentación de solicitudes para la obtención de decisiones en materia de alimentos; c) Garantizando el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de alimentos; y d) Exigiendo medidas efectivas para la rápida ejecución de las decisiones en materia de alimentos.

2. Ámbito de aplicación personal

En relación a este punto, el artículo 2 de la Convención señala, por principio de cuentas, que el Convenio se aplicará a las obligaciones alimenticias en favor de una persona menor de 21 años¹⁸ derivadas de una relación paterno y filial, así como el reconocimiento y ejecución de la misma y las obligaciones exigidas entre cónyuges y ex-cónyuges.

¹⁸ La convención prevé que cada estado signante pueda hacer una reserva para limitar la aplicación del Convenio con respecto de las personas que no hayan alcanzado la edad de 18 años.

Ahora bien, la Convención en este apartado tiene una característica particular, pues deja abierto a que cada Estado signante restrinja o amplíe la aplicación de todo o parte del Convenio, lo que se aprecia con buenos ojos, pues ello otorga mayor flexibilidad en la "tropicalización"¹⁹ de dicho Convenio y hace, como consecuencia, que los Estados signantes tengan menos excusas para eludir la firma de los mismos.

En dicho orden, consideramos que los pasos correctos a seguir, por parte del Estado mexicano, respecto del ámbito de aplicación de este Convenio, se concretizarían en manifestar que además de los supuestos convencionales previstos en el numeral 2, México reconocería, como acreedores alimentarios, a los concubinos, los parientes colaterales dentro del cuarto grado, incapaces y al adoptado en relación con el adoptante.

3. *Ámbito de aplicación espacial*

El ámbito de aplicación espacial es entre estados Contratantes del mismo²⁰; así las cosas, los estados parte hasta este momento son: Albania; Bosnia y Herzegovina; Estados Unidos de América; Noruega; Ucrania y Unión Europea.

4. *Ámbito de aplicación temporal*

A diferencia de los Convenios internacionales antes analizados, tenemos que el presente Convenio regula de manera clara y precisa, dentro del capítulo de disposiciones transitorias y el denominado "entrada en vigor", lo relativo al ámbito de aplicación temporal; así, los artículos 56 y 60 ordenan:

¹⁹ Se hace referencia sobre todo al tema de "orden público" que cada estado tiene definido.

²⁰ Artículo 58 Firma, ratificación y adhesión: 1. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueran Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de celebrarse su Vigésimo Primera Sesión y de los demás Estados participantes en dicha Sesión. 2. Será ratificado, aceptado o aprobado y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del Convenio.- 3. Cualquier otro Estado u Organización Regional de Integración Económica podrá adherirse al Convenio después de su entrada en vigor en virtud del artículo 60(1).- 4. El instrumento de adhesión se depositará en poder del depositario.- 5. La adhesión sólo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado una objeción a la adhesión en los 12 meses siguientes a la fecha de la recepción de la notificación a que se refiere el artículo 65. Cualquier Estado podrá asimismo formular una objeción al respecto en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio posterior a una adhesión. Estas objeciones serán notificadas al depositario.

Artículo 56. Disposiciones transitorias:

1. El Convenio se aplicará en todos los casos en que: a) una petición según el artículo 7 o una solicitud prevista en el Capítulo III haya sido recibida por la Autoridad Central del Estado requerido después de la entrada en vigor del Convenio entre el Estado requirente y el Estado requerido; b) una solicitud de reconocimiento y ejecución haya sido presentada directamente ante una autoridad competente del Estado requerido después de la entrada en vigor del Convenio entre el Estado de origen y el Estado requerido.

2. Respecto al reconocimiento y ejecución de decisiones entre Estados contratantes del presente Convenio que sean también Partes de alguno de los Convenios de La Haya en materia de alimentos indicados en el artículo 48, si las condiciones para el reconocimiento y ejecución previstas por el presente Convenio impiden el reconocimiento y ejecución de una decisión dictada en el Estado de origen antes de la entrada en vigor del presente Convenio en dicho Estado que, por el contrario, hubiera sido reconocida y ejecutada en virtud del Convenio que estaba en vigor en el momento en que se dictó la decisión, se aplicarán las condiciones de aquel Convenio.

3. El Estado requerido no estará obligado, en virtud del Convenio, a ejecutar una decisión o un acuerdo en materia de alimentos con respecto a pagos vencidos antes de la entrada en vigor del Convenio entre el Estado de origen y el Estado requerido, salvo en lo que concierne a obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años derivadas de una relación paterno-filial.

Artículo 60. Entrada en vigor.

1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del segundo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación previsto en el artículo 58.

2. En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor: a) para cada Estado u Organización Regional de Integración Económica a que se refiere el artículo 59(1) que posteriormente lo ratifique, acepte o apruebe, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación; b) para cada Estado u Organización Regional de Integración Económica a que se refiere el artículo 58(3), al día siguiente de la expiración del período durante el cual se pueden formular objeciones en virtud del artículo 58(5); c) para las unidades territoriales a las que se haya extendido el Convenio de conformidad con el artículo 61, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

Podemos advertir del contenido de los artículos anteriormente transcritos, el carácter de irretroactivo del mismo; sin embargo, vemos una excepción planteada en el último apartado (3) del numeral 56, al establecer que el Estado requerido estará obligado a ejecutar una decisión antes de la entrada en vigor del Convenio entre el Estado de origen y el estado requerido, siempre y cuando se trate de obligaciones alimenticias a ser pagadas a favor de una persona menor de 21 años derivadas de una relación paterno filial.

Al respecto, consideramos que tal excepción tiene como base el principio de mayor protección al débil jurídico, situación que viene regulada desde el ámbito de aplicación personal del Convenio.

5. Competencia Judicial Internacional del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007

Corresponde ahora hablar de la Competencia Judicial Internacional contenida en el Convenio en comento. Los artículos 19, 20 y subsiguientes, abordan el tema con gran especificidad, a diferencia del Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero de 20 de junio de 1956 y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias del 15 de julio de 1989. En el caso en concreto, mediante la determinación de las bases para el reconocimiento y ejecución de una decisión en materia de alimentos, es como este convenio nos proporciona los criterios de competencia. A saber:

Artículo 20. Bases para el reconocimiento y la ejecución.

1. Una decisión adoptada en un Estado contratante ("el Estado de origen") se reconocerá y ejecutará en los otros Estados contratantes si: a) el demandado tuviera su residencia habitual en el Estado de origen en el momento en que se inició el procedimiento; b) el demandado se hubiera sometido a la competencia de la autoridad de manera expresa u oponiéndose al fondo del asunto sin impugnar la competencia en la primera oportunidad disponible; c) el acreedor tuviera su residencia habitual en el Estado de origen en el momento en que se inició el procedimiento; d) el niño para el que se ordenaron alimentos tuviera su residencia habitual en el Estado de origen en el momento en que se inició el procedimiento, a condición de que el demandado hubiere vivido con el niño en ese Estado o hubiere residido en ese Estado y proporcionado en el mismo alimentos para el niño; e) las partes hubieran aceptado la competencia en un acuerdo por escrito, salvo en los litigios sobre obligaciones alimenticias a favor de un niño; o f) la decisión hubiera sido adoptada por una autoridad en el ejercicio de su competencia en un asunto de estado civil o responsabilidad parental, salvo que dicha competencia se basara únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

2. Un Estado contratante podrá hacer una reserva, con respecto al apartado 1 c), e) o f) de conformidad con el artículo 62.

3. Un Estado contratante que haga una reserva en aplicación del apartado 2 reconocerá y ejecutará una decisión si su legislación, ante circunstancias de hecho semejantes, otorgara o hubiera otorgado competencia a sus autoridades para adoptar tal decisión.

4. Un Estado contratante tomará todas las medidas apropiadas para que se dicte una decisión a favor del acreedor cuando no sea posible el reconocimiento de una decisión como consecuencia de una reserva hecha en aplicación del apartado 2 y el deudor tenga su residencia habitual en ese Estado. La frase precedente no se aplicará a las solicitudes directas de reconocimiento y ejecución previstas en el artículo 19(5) o a las demandas de alimentos referidas en el artículo 2(1) b).

5. Una decisión a favor de un niño menor de 18 años que no pueda reconocerse únicamente en virtud de una reserva a que se refiere el apartado 1 c), e) o f), será aceptada como estableciendo el derecho del niño a recibir alimentos en el Estado requerido. 6. Una decisión sólo se reconocerá si surte efectos en el Estado de origen y sólo se ejecutará si es ejecutoria en dicho Estado.

De lo anterior se puede observar una gama de escenarios en los que es procedente obtener una decisión en materia de alimentos que pueda ejecutarse conforme con esta convención, evidenciándose el espíritu de protección hacia la parte necesitada y en pro del reconocimiento y la ejecución de las resoluciones. De nada servirá tener una sentencia dictada conforme a la Convención si la misma no podrá ser ejecutada en el Estado requerido.

En ese mismo sentido, el artículo 23 de la Convención en comento establece que los procedimientos de reconocimiento y ejecución se formularán conforme con la ley del Estado requerido; de igual forma se establecen los pasos a ejecutarse en caso de que la solicitud de reconocimiento y ejecución se hubiesen presentado a través de la Autoridad Central²¹ requerida.

²¹ Artículo 4 Designación de Autoridades Centrales.- 1. Cada Estado contratante designará una Autoridad Central encargada cumplir las obligaciones que el Convenio le impone.- 2. Un Estado Federal, un Estado con varios sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas, es libre de designar más de una Autoridad Central y especificará el ámbito territorial o personal de sus atribuciones. El Estado que haya hecho uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que pueda dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad Central competente dentro de ese Estado.- 3. La designación de la Autoridad Central o las Autoridades Centrales, sus datos de contacto y, en su caso, el alcance de sus atribuciones conforme al apartado 2, deberán ser comunicados por cada Estado contratante a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento del depósito del instrumento de ratificación o de

Finalmente, se regula de manera tajante, la prohibición al Estado requerido de revisar el fondo del asunto, lo que concuerda con la práctica internacional a efecto de dotar de una verdadera autonomía al Derecho Internacional Privado.

6. Legislación Aplicable del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007

Ahora bien, por lo que respecta al tema de Legislación aplicable, es mediante un documento aparte de la convención, en donde este tema es resuelto y el cual fue denominado Protocolo sobre la Ley Aplicable a las obligaciones Alimenticias²².

El Protocolo tiene por objeto establecer disposiciones homogéneas sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que deriven de: una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus progenitores.

Ahora bien, se establece una norma general sobre la ley aplicable que consiste en que las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de residencia habitual del acreedor²³, estableciéndose con posterioridad normas especiales a favor de determinados acreedores²⁴

No obstante lo anterior, conforme con lo dispuesto por el artículo 8 del Protocolo, el acreedor y el deudor podrán efectuar la designación de la ley aplicable a una obligación alimenticia de acuerdo a los siguientes lineamientos:

Artículo 8. Designación de la ley aplicable:

1. No obstante lo dispuesto en los artículos 3 al 6, el acreedor y el deudor de alimentos podrán designar en cualquier momento una de las leyes siguientes como aplicable a una obligación alimenticia: a) la ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación; b) la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; c) la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; d) la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación.

adhesión o cuando se haga una declaración de conformidad con el artículo 61. Los Estados contratantes comunicarán con prontitud cualquier cambio a la Oficina Permanente.

²² En la actualidad, el Protocolo solo ha sido firmado por Serbia y la Unión Europea.

²³ Aquí, a diferencia de las Convenciones anteriormente estudiadas, tenemos que se resuelve el problema del conflicto móvil, pues se establece que en caso de que el acreedor cambie de residencia habitual, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia desde el momento en que se produzca el mismo.

²⁴ Artículos 4 y 5 de la Convención.

2. Tal acuerdo deberá constar por escrito o ser registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta, y deberá ser firmado por ambas partes.

3. El apartado 1 no se aplicará a las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 18 años o a un adulto que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses.

4. No obstante la ley designada por las partes en virtud del apartado 1, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, determinará si el acreedor puede renunciar a su derecho a alimentos.

5. A menos que en el momento de la designación las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, ésta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes.

En dicho escenario, podemos observar que la designación de ley aplicable por voluntad de las partes²⁵ se podrá determinar conforme con la: nacionalidad de alguna de las partes; residencia habitual de alguna de las partes; residencia conforme al patrimonio; y residencia conforme con la ley que determinó el divorcio o separación.

Una vez que se haya efectuado la designación de ley aplicable, corresponde tratar el tema del ámbito que abarcará la ley seleccionada; en este sentido, el artículo 11 del Protocolo establece las instituciones y cuestiones²⁶ que se englobarán.

Artículo 11 Ámbito de la ley aplicable. La ley aplicable a la obligación alimenticia determinará, en particular: a) si, en qué medida y a quién el acreedor puede reclamar los alimentos; b) la medida en que el acreedor puede reclamar alimentos retroactivamente; c) la base para el cálculo de la cuantía de los alimentos y de la indexación; d) quién puede iniciar un procedimiento en materia de alimentos, salvo las cuestiones relativas a la capacidad procesal y a la representación en juicio; e) la prescripción o los plazos para iniciar una acción; f) el alcance de la obligación del deudor de alimentos, cuando un organismo público solicita el reembolso de las prestaciones proporcionadas a un acreedor a título de alimentos.

Se puede observar que el ámbito de la Ley aplicable va a regular el cálculo y el alcance, tanto del acreedor como del deudor, de las obligaciones alimentarias que, en su caso, sean debidas.

Finalmente y, al igual que el Convenio, el Protocolo no deroga otros instrumentos internacionales que regulen la materia de los alimentos.

²⁵ Dicha designación de ley deberá constar por escrito, a efecto de que se pueda consultar de manera posterior.

²⁶ La determinación de la cuantía de los alimentos está regulada conforme con el principio de igualdad y proporcionalidad.

7. Razones prácticas para la firma, por parte de México, del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007 y el Protocolo sobre a Ley Aplicable a las obligaciones Alimenticias

Los problemas prácticos que este Convenio y el Protocolo resuelven, entre otros, son los siguientes:

a) Prevé un procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias (CJI), La convención de NY no lo prevé con esta claridad.

b) Prevé y regula la legislación aplicable al Convenio de manera específica y detallada, superando en contenido a la convención de NY y en lógica a la Convención interamericana.

c) Resuelve el problema del conflicto móvil, en el tema de legislación aplicable al fondo del asunto, pues se establece que, en caso de que el acreedor cambie de residencia habitual, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia desde el momento en que se produzca el mismo, cuestión que no está resuelto, ni por la Convención de NY ni por la convención interamericana.

d) Se prevén mecanismos de coacción²⁷ para dar cumplimiento a las obligaciones alimentarias.

e) Como parte de las funciones de la Autoridad central, resuelve el problema²⁸ de: ayudar a localizar al deudor o acreedor y proporcionar asistencia para la determinación de la filiación cuando sea necesaria para el cobro de alimentos.

VI] Conclusiones

Las características legales particulares del Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero de 20 de junio de 1956 y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias del 15 de julio de 1989, permiten a las partes usuarias utilizar dichos instrumentos jurídicos siempre con base en las necesidades del débil jurídico.

²⁷ Artículo 34. Medidas de ejecución.- 1. Los Estados contratantes deberán prever en su Derecho interno medidas efectivas para ejecutar las decisiones en aplicación del presente Convenio.- 2. Estas medidas podrán incluir: a) la retención del salario; b) el embargo de cuentas bancarias y otras fuentes; c) deducciones en las prestaciones de seguridad social; d) el gravamen o la venta forzosa de bienes; e) la retención de la devolución de impuestos; f) la retención o el embargo de pensiones de jubilación; g) el informe a los organismos de crédito; h) la denegación, suspensión o retiro de diversos permisos (por ejemplo, el permiso de conducir); i) el uso de la mediación, conciliación y otros medios alternativos de resolución de conflictos a fin de conseguir el cumplimiento voluntario.

²⁸ Problemas no agotados por parte del Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero de 20 de junio de 1956 y ii) la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias del 15 de julio de 1989

Las características legales del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007 y el Protocolo sobre la Ley Aplicable a las obligaciones Alimenticias, además de abordar el tema del cobro de alimentos de manera internacional, garantizan, a través de normas convencionales, el reconocimiento y la ejecución de una sentencia dictada conforme con el mismo, lo que provoca, de manera directa, una mayor protección hacia el débil jurídico. Situación que es acorde con el sistema legal mexicano.

Se recomienda la firma, en calidad de estado signante, al Estado Mexicano, del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia de 23 de noviembre de 2007 y el Protocolo sobre la Ley Aplicable a las obligaciones Alimenticias, al quedar expuestos y fundados los beneficios y, sobre todo, la resolución de los problemas actuales derivados de la falta de regulación internacional; lo anterior, con el objetivo de procurar de manera real y tangible el pago y cumplimiento de obligaciones de primera necesidad.

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y el convenio sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, después del 23 de noviembre de 2007

MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA¹

SUMARIO: I. *Consideraciones previas*. II. *Trabajos posteriores a la conclusión del Convenio del 23 de noviembre de 2007*. III. *Aplicación de la tecnología, conceptos neutros y equivalentes funcionales en el Convenio*. IV. *Sistema Electrónico de Comunicación y Gestión de Expedientes (SUPPORT)*. V. *Formularios Modelo*. VI. *Perfil del País*. VII. *Conclusiones*

Resumen. El artículo se refiere a la implementación que la Conferencia de La Haya ha realizado respecto de la Convención Sobre el Cobro de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, documento que después de cinco años de trabajos se concluyó el 23 de noviembre de 2007. Con el fin de conocer y aplicar eficazmente la Convención en cumplimiento del interés superior del menor, se han elaborado un informe detallado, una guía de interpretación, y otra de buenas prácticas, formularios, cuestionarios que permitan elaborar el perfil de los diferentes Estados, terminología neutra y un sistema electrónico de gestión de expedientes.

Palabras clave: Convención XXXVII, alimentos, conceptos neutros, perfil de país, formularios de gestión de expedientes, equivalentes funcionales, interés superior del menor.

Abstract. *The article refers to the implementation that the Hague Conference has carried out regards the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, paper that after five years of work was completed on 23 November 2007. In order to learn and effectively execute the Convention in pursuance of the greater interest of the child, a detailed report was formulated, an interpretation guide, and another one concerning the best practices, forms, questionnaires that allow to develop the States different profiles, neutral legal terminology and an electronic file management system.*

¹ Catedrática por Oposición de Tiempo Completo Titular Nivel "C" Definitiva en la Facultad de Derecho de la UNAM. Actual Directora del Seminario de Derecho Internacional e Investigadora Nacional del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

Keywords: XXXVII Convention, food, neutral concepts, country's profiles, file management forms, functional equivalents, superior interest of the child.

I] Consideraciones previas

El 23 de noviembre de 2007, después de cinco años de intenso trabajo, en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, se firmaron dos importantes documentos: *El Convenio de La Haya Sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia* y *El Protocolo sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias*.

Antes de continuar, quiero aclarar con todo respeto que no fueron cuatro, sino cinco los años dedicados a estas convenciones.

Debe recordarse que la primera reunión plenaria fue el 5 de mayo de 2003, hubo también reuniones de esta clase en 2004, 2005, 2006, y en 2007, hubo dos de las cuales la última fue la reunión Diplomática el 23 de noviembre de 2007, por lo tanto insisto, fueron cinco años de reuniones plenarias sin contar las que llevaron a efecto la comisión de la elaboración, de formularios y la de redacción, cuya función consistió en armonizar las distintas necesidades y normas de los Estados participantes.

Por lo tanto se puede concluir que, independientemente de las sesiones plenarias, hubo una constante interacción y trabajo mediante pequeñas reuniones de las comisiones, así como conferencias telefónicas a las que se sumaron los trabajos de Mr. William Duncan como Secretario Adjunto, M. Philippe Lortie como Segundo Secretario, y la siempre pendiente atención de Mr. Van Loon así como todo el equipo de trabajo de las relatoras: la Dra. Borrás y Mrs. Degeling, los traductores y en general todo el personal de la Conferencia, quienes estuvieron siempre atentos a satisfacer pronta y amablemente, cualquier requerimiento de quienes asistíamos en representación de nuestros países.

Las reuniones que se iniciaron en un antiguo y bello edificio en los jardines del Palacio de la Paz, concluyeron en una nueva y moderna construcción el 23 de noviembre de 2007, con la Conferencia Diplomática en la que si bien se dio fin a las negociaciones, no ocurrió lo mismo con los trabajos que a partir de entonces iniciaron la Oficina Permanente y las Comisiones.

II] Trabajos posteriores a la conclusión del convenio del 23 de noviembre de 2007

Es importante destacar el gran trabajo que la Comisiones y la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado han realizado a partir del 23 de noviembre de 2007.

Después de cinco años de intenso trabajo podría pensarse que sólo restaba esperar las respectivas ratificaciones o adhesiones en su

caso, sin embargo no fue así, los trabajos continuaron con Alegría Borrás y Jennifer Degeling quienes presentaron un detallado informe explicativo sobre la Convención que surgió con fines de universalidad no sólo en el sentido de obtener la aprobación de los setenta y dos Estados Parte, sino de regular situaciones no contempladas en las Convenciones de 1956 y 1973, por lo que además de cubrir los vacíos de estos documentos se introdujeron innovaciones, entre las que destacan proporcionar también asistencia al deudor alimentario, asistencia que incluso podrá ser gratuita, la instauración de un procedimiento administrativo y otro judicial, la aceptación de acuerdos entre las partes y la eliminación de requisitos formales a fin de lograr la celeridad en la obtención de alimentos.

En pocas palabras los sesenta y cinco artículos de la Convención y los treinta del Protocolo fueron amplia y detalladamente presentados en el informe explicativo como ayuda oficial para la interpretación del Convenio.

Al anterior documento se sumaron los siguientes trabajos: a) Elaboración de formularios en inglés, francés y español; b) El perfil de países; c) Una guía para implementar el Convenio y el Protocolo; d) Un Manual sobre el funcionamiento práctico del convenio y el protocolo; e) Un posible protocolo sobre las personas vulnerables; f) Un Comité de Cooperación de las Autoridades Centrales Permanentes; g) Una Guía de Buenas Prácticas; h) El desarrollo de tratados internacionales neutros en materia de tecnología en apoyo de los sistemas, informáticos post convenios; i) Un sistema electrónico de Comunicación y gestión de expedientes.

De estos aspectos se hará referencia solamente a cuatro de ellos, no porque los otros carezcan de importancia, sino porque los seleccionados hacen del Convenio y el Protocolo, documentos totalmente implementados lo que permite su rápida aplicación con una alta probabilidad de obtener los alimentos eficazmente, por la introducción de las innovaciones tecnológicas aplicables de acuerdo al perfil de cada país.

En este orden de ideas los temas a desarrollar son los siguientes: 1) Aplicación de la tecnología, los conceptos neutros y los equivalentes funcionales en el Convenio; 2) Sistema Electrónico de Comunicación y Gestión de Expedientes (*SUPPORT*); 3) Formularios modelo; 4) Perfil de país.

III] Aplicación de la tecnología: conceptos neutros y equivalentes funcionales en el convenio

La idea del uso de la tecnología informática se propuso en la Convención desde el preámbulo, al declarar que se debían aprovechar los adelantos tecnológicos así como tener flexibilidad para aceptar la velocidad de los cambios y la constante transformación de las necesidades; razón por la cual el uso de las nuevas tecnologías debía

implementarse con el fin de acelerar los procesos y evitar retrasos en la obtención de alimentos.

Acorde a lo anterior se propuso crear una base de datos para facilitar la transmisión de documentos así como el uso de sistemas electrónicos de gestión, tales como la transferencia de fondos que agilizaría el cumplimiento del pago de alimentos.

Aplicar esta tecnología requería de una terminología especial, así se crearon y aplicaron en el convenio términos que podían utilizarse tanto en papel como en formato electrónico o bien formular un texto mixto, con la combinación de ambos.

1. ¿Qué es un texto neutro?

Philippe Lortie² fue quien tuvo a su cargo este punto. Él partió de la necesidad de crear un texto neutro cuya característica fundamental consistiría en facilitar al máximo la aplicación de los tratados mediante el uso de conceptos neutros, esto conduciría a eliminar términos usuales como *firma*, *por escrito*, *original*, *jurado* y *certificado*. Tres conceptos serían substituidos por otros que significaran lo mismo sin requerir de una formalidad, por ejemplo, *firma* se substituyó por el de identificación del usuario.

Esta substitución de conceptos es totalmente viable y útil debido a que, en el requerimiento de la *firma*, lo importante no es identificar los rasgos caligráficos de la persona que solicita alimentos, sino identificar la calidad que tiene para solicitarlos, razón por la cual el concepto *firma* se eliminó del convenio y en su lugar se utilizó *identificación del usuario*.

2. Equivalentes funcionales

Cuando los conceptos son difíciles de substituir como ocurre con el de *acuerdo por escrito* se han creado los *equivalentes funcionales* de tal forma que en lugar de referirse a un acuerdo por escrito se utiliza el enunciado *acuerdo registrado*.

Es usual que en el curso normal de todo procedimiento la autoridad exija la presentación de originales, situación bastante difícil de satisfacer debido a que informáticamente nunca habrá un original, por lo tanto, el término original ya no se incluye en el texto del convenio excepto cuando se refiere a *lengua original* que se encuentra en el artículo 39 del Convenio.

Frente a los conceptos que fueron substituidos funcionalmente, están los términos que por su significado se les consideró neutros, tal ocurrió con los conceptos: *solicitudes*, *peticiones*, *documentos* y *textos*.

3. Funciones de los conceptos neutros

La neutralidad de los conceptos tiene las cuatro funciones siguientes: a) Se entienden y pueden utilizarse tanto informáticamente como en un documento en papel. b) Al tener esta doble cualidad dan

² Cfr. Lortie Philippe, The Judges' Newsletter, Volume XIV/Winter, 2008-09, p. 11

celeridad al procedimiento si se utiliza la vía informática y proporcionan seguridad a quien prefiera seguir el camino tradicional de tener físicamente en el papel, la constancia de lo realizado. c) Se crea un lenguaje distinto al de cada Estado Parte, lo que permite obtener con mayor facilidad, su aquiescencia en la redacción, ya que al utilizar un concepto neutro se eliminan las particularidades lingüísticas de los Estados participantes. d) El nuevo lenguaje neutro creado por la tecnología informática al usarse entre las Autoridades Centrales proporciona mayor claridad a las comunicaciones entre ellas, además de que proporciona certeza jurídica respecto al significado que debe darse a cada término, eliminándose así interpretaciones lingüísticas subjetivas.

IV] Sistema electrónico de comunicación y gestión de expedientes (*Support*)

Una aplicación más de la informática es el manejo de los expedientes vía electrónica sistema al que se ha denominado *soporte* en castellano, y *support* en inglés.

Este sistema ha sido considerado por la Conferencia de La Haya para ponerlo en práctica sobre la base de ser una vía segura que garantiza: a) La integridad del expediente. b) La irrevocabilidad del contenido. c) La identificación del peticionario. d) El control del acceso y; e) La confidencialidad.

Al aplicar este sistema, los expedientes se guardarían en los servidores de la Autoridad Central, si la vía fuese judicial se guardarían en los servidores del Juzgado. La protección de estos documentos se lograría separándolos del resto de la información, a fin de controlar su acceso y mantener la confidencialidad.

La gestión informática consistente en la guarda de los expedientes en servidores, proporciona grandes ventajas en ahorro de tiempo e incluso de información y ajuste en las comunicaciones debido a que facilita: a) Conocer el número de casos y su aumento o disminución. b) Duración de los procesos. c) Estandarización de las operaciones que se repiten con frecuencia. d) Obtener información rápida y e) No tener problemas por el cambio de horario.

IV] Formularios modelo

Otro supuesto en el que se considera útil la vía electrónica es en la aplicación de los formularios, sin importar que su uso sea obligatorio o potestativo.

Tener electrónicamente formularios en los tres distintos idiomas: francés, inglés y español, evita la consecuente pérdida de tiempo que requiere su traducción, superándose así rápidamente los inconvenientes lingüísticos.

Sin duda, la aplicación de la tecnología representa grandes ventajas, particularmente la de tiempo, por la rapidez de las

comunicaciones, para solicitar o proporcionar alimentos, punto vital en la protección de los niños, ya que la manutención económica acordada se puede llevar a efecto vía transferencia electrónica.

Sólo un aspecto negativo ha surgido recientemente en la informática, la confidencialidad ya no está asegurada.

IV] Perfil de país

Un trabajo y logro de gran importancia en la instrumentación, interpretación y aplicación del Convenio de 2007, es el perfil de país cuya obtención se lleva a efecto mediante un documento único que satisface los requisitos del artículo 57 del Convenio norma que determina la necesaria información que se debe tener respecto a las leyes, procedimientos y servicios de los distintos Estados. En la elaboración del perfil de país, se contó con la colaboración de 14 Estados, quienes trabajaron arduamente en la redacción de los documentos que serían enviados a cada país.

¿Cómo se obtiene el perfil de país? y ¿qué objeto tiene? La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado al proponer la idea de obtener el perfil de país, ya tenía obviamente la respuesta. El perfil lo obtendría a través de cuestionarios que enviaría a cada Estado, cuyas respuestas le permitirían elaborar el perfil de cada Estado.

En un símil puede considerarse que el perfil de país es equivalente a su personalidad; es conocer sus elementos característicos y factores determinantes es decir, es obtener toda la información que permita conocer de tal manera al país, que se pueda establecer con él una verdadera interacción fructífera ¿con qué objeto? La respuesta es obvia, con el objeto de obtener una óptima relación que permita lograr los objetivos del Convenio de Alimentos de 2007.

1. Obtención del perfil de país

La Conferencia de La Haya al proponer la creación de un documento único que revelara la personalidad y comportamiento jurídico de un Estado, recurrió para su obtención, a la técnica de cuestionario, lo que significa que hizo un estudio de campo en los Estados.

El documento con las preguntas está dividido en dos fases: La primera fase comprende cinco rubros mediante los cuales se obtiene información jurídica muy detallada y la segunda fase se refiere a información muy general.

a. Fase "I"

Esta primera fase del cuestionario está dividida en cinco rubros directa y puntualmente relacionados con cada uno de los artículos correspondientes de la Convención, lo que permite conocer legalmente las posibilidades de su cumplimiento y por ende la posible ratificación.

Acorde a lo anterior, en la medida en que haya identidad entre la legislación interna de cada Estado y la normatividad de la Convención, la

posibilidad de su ratificación es alta, por el contrario, si la protección que la legislación interna otorga a los niños tiene pocos puntos de coincidencia la viabilidad de la ratificación de la Convención es mínima.

Pese a lo anterior, tal falta de coincidencia no necesariamente es decisiva, ya que el Estado poco coincidente, puede ratificar el Convenio y como consecuencia natural, modificar su legislación interna a fin de lograr la armonización entre el derecho interno y las normas de la Convención.

Pese a las grandes diferencias que puede presentar cada Estado, una vez obtenido el perfil, se conocerá la legislación de cada uno y eso permitirá crear formularios y guías acordes a su realidad jurídica.

La primera fase, contiene los cinco grandes rubros siguientes: i) Autoridades Centrales designadas.- ii) Información relativa a solicitudes disponibles en virtud del Convenio.- iii) Información sobre la legislación y procedimientos en relación con las obligaciones alimenticias en su país.- iv) Información relativa a las normas y procedimientos de ejecución en su país.- v) Información adicional.

b. Fase "2"

La fase "2" es muy pequeña sólo se refiere a la Información general.

Ambas fases están formuladas de tal manera, que contienen preguntas con los datos fundamentales que permitirán conocer la orientación jurídica de cada Estado, respecto a la protección que la legislación interna proporcione a los menores.

Cabe aclarar que los cuestionarios contienen preguntas de fácil respuesta, ya que en su mayoría, sólo debe marcarse el recuadro correspondiente.

El documento del perfil de país satisface las exigencias del artículo 57 del convenio al disponer que los Estados Partes deben proporcionar a la Oficina Permanente la siguiente información:

i) Una descripción de su legislación y de sus procedimientos aplicables en materia de obligaciones alimentarias; ii) Una descripción de las medidas que adoptará para satisfacer las obligaciones en virtud del artículo 6 relativo a las funciones específicas de las Autoridades Centrales.- iii) Una descripción de la manera en que proporcionará a los solicitantes acceso efectivo a los procedimientos. iv) Una descripción de sus normas y procedimientos de ejecución, incluyendo cualquier limitación a la ejecución, en particular las normas sobre protección del deudor y los plazos de prescripción; v) Cualquier precisión a la que hace referencia el artículo 25 (1) (b) y (3).

El perfil de país al cumplir con los requisitos del artículo 57 paralelamente facilita: *i) El cumplimiento puntual de las obligaciones establecidas por el Convenio con el mínimo esfuerzo administrativo.- ii) El intercambio de información entre los Estados contratantes.- iii) La traducción de la información proporcionada por los Estados contratantes al inglés, al francés, al español y a otros idiomas en función de las*

necesidades de los Estados contratantes con costos mínimos. iv) La tramitación correcta y rápida de los casos por personal bien informado.- v) Un servicio de calidad a los solicitantes en virtud del Convenio.- vi) Una rápida actualización de la información.

Lo expuesto, en esta ponencia, referido sólo a cuatro de los puntos de los múltiples trabajos realizados, por las Comisiones Especiales y la Oficina Permanente de La Haya, sólo conduce a una conclusión:

VII] Conclusión

Con la implementación del convenio para obtener el mayor número de ratificaciones, la Oficina Permanente y las Comisiones han realizado y realizan un óptimo trabajo, cuyo resultado objetivo se manifiesta en la entrada en vigor del Protocolo de la Convención, a partir del 1 de agosto de 2013, al ratificarlo Serbia y la Unión Europea.

Acceso al contenido del Derecho Extranjero ¿es conveniente desarrollar un instrumento global en esta área? Análisis de la situación europea

CARLOS ENRIQUE ORDIOZOLA MARISCAL¹

SUMARIO: I. La Convención Europea sobre información relativa al Derecho Extranjero II. Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa. III. La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. IV. La Red Europea de Formación Judicial. V. Instituciones europeas de formación de profesionales de justicia. VI. Herramientas oficiales europeas para la información del Derecho Extranjero. VII. Conclusiones.

Resumen. Este artículo analiza la forma en que Europa accede a la información sobre ley aplicable en otros Estados, ya que a diferencia de América y el resto del mundo los europeos están sumamente avanzados en este tema, sobre todo por la creciente necesidad de saber cómo se aplica la ley en otras jurisdicciones, debido al aumento del tráfico jurídico internacional y al de las relaciones jurídicas extraterritoriales. Por eso es de suma importancia analizar cómo los juzgadores europeos cooperan y comparten información para darle una solución rápida y eficaz a los casos que se presentan en el Derecho Internacional.

Palabras clave: Derecho Extranjero, Red Europea, tráfico jurídico internacional, cooperación.

Abstract. This article discusses how Europe access to information concerning applicable law in other States, unlike America and the rest of the world, Europeans are highly advanced in this area, especially by the growing need to know how the law applies in other jurisdictions, due to the increase in the international legal transactions and legal extraterritorial relationships. Therefore it is important to analyze how European judges cooperate and share information to provide a quick and effective response to cases arising under international law.

Keywords: International Law, European Network, international legal traffic, cooperation.

¹ Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Vicepresidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP).

I] Introducción

El principio *iura novit curia*², aunque de aparente sencillez teórica, es uno de los más complejos, por cuanto hace a su aplicación por los actores del sistema de justicia. Las implicaciones prácticas, en cualquier foro, para la averiguación del Derecho Extranjero, han sido motivo de preocupación en el ámbito del Derecho Procesal Civil internacional, como rama del Derecho Internacional Privado.

La globalización demuestra la interdependencia de las naciones y sus sociedades. El tráfico jurídico internacional es intenso y cada día más complejo. Es frecuente para los jueces de cada foro en particular, la necesidad de averiguar el Derecho aplicable en otras jurisdicciones.

Debido a que la averiguación del Derecho extraño suele estar reservado para pocos justiciables por la dificultad y alto costo que entraña, existe un mayor reconocimiento a la aplicación oficiosa del principio *iura novit curia*, que hace necesaria una mayor facilidad en el acceso a la información jurídica extranjera. El tratado más importante sobre la materia lo encontramos en Europa.

El objeto de este trabajo es analizar el marco práctico y legal existente en Europa para la averiguación del Derecho Extranjero, con el fin de determinar hasta qué grado es necesario o conveniente desarrollar un instrumento global en la materia.

II] La Convención Europea sobre información relativa al Derecho Extranjero

Anticipándose a los efectos de la globalización, desde el siglo XIX comenzaron a surgir doctrinas que otorgaban un trato igual al Derecho nacional y al extranjero, reconociendo la importancia que reviste para los Estados asegurar la prueba del Derecho extraño en los procesos judiciales.

Una de estas corrientes doctrinarias fue encabezada por el Instituto de Derecho Internacional con sede en Ginebra, quien acogió esas novedosas teorías. En sus sesiones de Heidelberg de 1887 y Hamburgo de 1891, el Instituto sostuvo que la prueba de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la

² Conforme a la expresión más pura de este principio, que descansa en el aforismo latino *iura novit curia; da mihi factum, dabo tibi ius*, (lo que puede traducirse como “el tribunal conoce el derecho, dame los hechos, yo te daré el derecho”), solamente basta expresar los hechos en que se funda un proceso, para que el juez determine, invoque y aplique el derecho que resolverá la cuestión controvertida. Bajo la aplicación más pura de esta doctrina, el derecho no requiere de prueba alguna.

iniciativa de las partes, asumiendo que la aplicación oficiosa del Derecho Extranjero es una cuestión de gran importancia para impartir justicia.³

El principio establecido en la época moderna por el Instituto de Derecho Internacional, fue acogido por diversas legislaciones, en mayor o menor medida.⁴ Fue hasta el 7 de junio de 1968, bajo los auspicios del Consejo de Europa, que se suscribió la «Convención Europea sobre información relativa al Derecho Extranjero», con miras de estrechar las relaciones entre los Estados miembros de la Unión. Su ámbito de aplicación territorial abarca a la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea.⁵ La Convención entró en vigor el 17 de diciembre de 1969, para los Estados parte que la habían ratificado a esa fecha.

A pesar del número de ratificaciones de la Convención, en la práctica no ha sido exitosa, debido a la falta de obligatoriedad de la información obtenida mediante este tratado internacional. Incluso en la literatura legal de los Estados miembros, el tratado ha sido escasamente estudiado. Los informes que pueden obtenerse con la Convención son muy abstractos. En Inglaterra y Escocia sólo se utiliza para proporcionar información, pero no para solicitarla.⁶

El objeto de la Convención fue establecer un sistema de asistencia mutua internacional con miras a facilitar la obtención, por las autoridades judiciales, de información sobre el Derecho Extranjero. Los Estados parte se obligan a proporcionarse, conforme a las disposiciones de la propia Convención, datos concernientes a su legislación y procedimiento en el ámbito civil y mercantil, así como de la organización judicial. La información sobre el Derecho de cada estado incluye la

³ Nótese que el Instituto de Derecho Internacional es, a la fecha, una de las más prestigiadas instituciones académicas reconocidas a nivel mundial, caracterizada por sus recomendaciones tendientes a la protección de los derechos humanos y la justicia. De ahí que en 1904 el Instituto hubiese sido galardonado con el Premio Nobel de la Paz. Vid. FEUILLADE, Milton, "Consideraciones en torno a la historia del Derecho Procesal Civil Internacional", Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, No. 30, pp. 54; TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del Mercosur", p. 215

⁴ Son paradigmáticos los casos de los sistemas legales alemán y austriaco que imponían expresamente la obligación a sus jueces de informarse sobre el alcance de las leyes extranjeras, sin perjuicio de que las partes coadyuvaran en dicha investigación.

⁵ El 13 de junio de 2003, México publicó en el Diario Oficial de la Federación la Convención, siendo uno de los pocos Estados no miembros de la UE en hacerlo (junto con Bielorrusia, Costa Rica y Marruecos). Actualmente tiene 45 estados miembros. Vid. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=062&CM=1&DF=&CL=ENG>, al 4 de septiembre de 2013.

⁶ JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit, «Foreign Law in National Courts. A comparative Perspective», *Recueil des Cours*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, núm. 304, 2003, p. 317.

información sobre la vigencia del Derecho objeto de la solicitud de la información.⁷

La Convención no ha tenido el éxito esperado debido a que su aplicación es voluntaria. Además, los jueces de los Estados miembros están acostumbrados a utilizar los medios de prueba tradicionalmente utilizados en sus jurisdicciones. Las partes consideran que utilizar a expertos en vez de la Convención, les garantiza en mayor medida el éxito de sus litigios.⁸

Si la aplicación de la Convención fuera obligatoria para los jueces de los Estados miembros, su destino sería otro. Serían tantas las solicitudes de información que el mecanismo de información, objeto del tratado, colapsaría. En caso de que en el futuro se armonizaran las reglas internacionales de obtención de información del Derecho Extranjero, se harían necesarios más recursos y una organización distinta.⁹

El 15 de marzo de 1978 se adoptó en Estrasburgo el protocolo adicional a la Convención, para eliminar los obstáculos de carácter económico que dificultan el acceso a los procedimientos legales y permitir a las personas económicamente desprotegidas ejercitar mejor sus derechos en los Estados Miembros.

Conforme a la convención y el protocolo, se pueden destacar lo siguiente; i. El contenido de la información de la ley extranjera es proporcionada por una autoridad central del Estado requerido. En la mayoría de los países, la autoridad central es la Cancillería o el Ministerio de Justicia, a excepción hecha de Grecia que lo hace a través del Instituto Helénico de Derecho Internacional y Extranjero.¹⁰; ii. La formulación de la petición se hace a ruego de la autoridad judicial que este conociendo de un caso específico; iii. La tramitación comprende cumplimentar un formulario en que se detallan los datos específicos objeto de la investigación; iv. La comunicación no sigue la vía diplomática ordinaria, sino la relación directa entre los órganos receptores y transmisores de la información.

II] Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa

Ante el poco éxito de la Convención, la Unión Europea ha creado diversos mecanismos que facilitan el acceso de los actores del sistema de

⁷ European Committee on Legal Co-operation, *European Convention on Information on Foreign Law. Explanatory report*, documento electrónico visible en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/062.htm>, al 4 de septiembre de 2013.

⁸ JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit, *op. cit.*, pp. 316-318.

⁹ *Ibidem*, p. 318.

¹⁰ *Vid.* <http://www.hiifl.gr>, al 4 de septiembre de 2013.

justicia, a la información sobre el Derecho de cada uno de los Estados miembros de la Unión.

En el Tratado de Ámsterdam se reconocieron las dificultades a las que se enfrentan los ciudadanos en los litigios transfronterizos, sea en asuntos civiles, mercantiles o penales. Esto significa que la Unión debe garantizar la comunicación ágil de documentos e información respecto del Derecho de cada uno de los Estados miembros, el uso de formularios multilingües, así como la creación de mecanismos o redes que presten asistencia y presten asesoría en asuntos transnacionales.¹¹

Fue así que, en los estertores del siglo XX, el Consejo de Europa apuntó la necesidad de contar con un verdadero *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* en la Unión,¹² estableciendo las bases prácticas para una cooperación judicial mejorada.¹³ En un auténtico Espacio Europeo de Justicia, no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a los justiciables ejercer sus derechos o las disuada de hacerlo. El Consejo propuso la puesta en marcha de una campaña de información relativa a los diversos sistemas jurídicos de los Estados miembros, además de que solicitó establecer un sistema de información de fácil acceso, de cuyo mantenimiento y actualización se encargaría una red de autoridades nacionales competentes, que mejorara, simplificara y acelerara la cooperación judicial efectiva entre los Estados interesados.

En la génesis del Derecho Comunitario y sus instituciones, se ha trabajado en un sistema complejo que permita la existencia de herramientas suficientes para averiguar el Derecho Extranjero, con la mayor facilidad y el menor costo posible.¹⁴ Sin embargo, la propia Unión Europea ha reconocido que la falta de confianza derivada de las diferencias entre los sistemas jurídicos de cada Estado, tanto en Derecho Penal como Civil, así como la falta de un conocimiento pleno y recíproco

¹¹ *Vid.* el “Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia” Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 19 del 23 de enero de 1999.

¹² Consejo Europeo extraordinario de Tampere, Finlandia, del 15 y 16 de octubre de 1999.

¹³ Ningún interesado en el Derecho internacional privado europeo se puede permitir hoy día ignorar el desarrollo normativo europeo en materia de cooperación judicial civil y mercantil. Una recopilación de los principales instrumentos en la materia puede encontrarse en: COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, *Recopilación de la legislación comunitaria en materia de cooperación judicial civil y mercantil*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2009.

¹⁴ Véase por ejemplo el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 83 del 30 de marzo de 2010; así como el “Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” del 4 y 5 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C 53 del 3 de marzo de 2005.

de sus respectivos sistemas, sigue frenando una visión transfronteriza en estas políticas y una consolidación de la cooperación judicial a nivel europeo.¹⁵

La creciente cooperación entre operadores jurídicos comunitarios es "clave para lograr un espacio judicial en el que las personas puedan recurrir a los tribunales de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio."¹⁶ Es innegable el esfuerzo que han efectuado los Estados miembros de la Unión Europea y las instituciones comunitarias para consolidar las políticas de cooperación judicial con vistas a lograr el *Espacio de Seguridad Libertad y Justicia* que incluya un anhelado *Espacio Judicial Europeo*. De esta forma, a partir del Tratado de Maastricht, coexisten en Europa diversos mecanismos que coadyuvan a la averiguación y aplicación del Derecho Extranjero.¹⁷ En los siguientes apartados trataremos de dar cuenta de los principales.

III | La Red Judicial Europea en Justicia Civil y Mercantil

Fue creada por el Consejo de Europa para coadyuvar a lograr los objetivos del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.¹⁸ La Red está compuesta por diversos actores, a saber; i. Los llamados *puntos de contacto* designados por los Estados miembros; ii. Los organismos y autoridades centrales establecidos en actos comunitarios, en instrumentos de Derecho internacional en los que los Estados miembros sean parte o en normas de Derecho interno en el ámbito de la cooperación judicial en materia

¹⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años - Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia" del 15 de diciembre de 2005.

¹⁶ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, "El Derecho internacional privado ante la globalización", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, España, tomo I, 2001, pp. 37-87.

¹⁷ No sin antes advertir sobre la existencia de un "entramado de organismos de difícil, por no decir imposible, esquematización, siendo complicado discernir sus ámbitos competenciales y aún más sus relaciones, *Vid.* MORENO CATENA, Víctor, "La cooperación Judicial Internacional en la Unión Europea y en América Latina", Estudio realizado para el Proyecto Eurosocial Justicia, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, Madrid, 2006, p. 5.

¹⁸ El 28 de mayo de 2001, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión 2001/470/CE, por la que se creó la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 174, del 27 de junio de 2001. Dinamarca, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, no participa en la adopción de la señalada Decisión, que por tanto no la vincula ni le es aplicable.

civil y mercantil; iii. Los intitulados "magistrados de enlace"¹⁹ que tengan responsabilidades en el ámbito de la cooperación civil y mercantil; iv. Cualquier otra autoridad judicial o administrativa con responsabilidad en la cooperación judicial en el ámbito civil y mercantil cuya pertenencia a la Red sea considerada conveniente por el Estado miembro respectivo.

La Red tiene como misión facilitar la cooperación judicial en materia civil y mercantil entre los Estados miembros, mediante sistemas de información para los miembros de la Red y para el público en general. El sistema de información destinado al público, debe incluir:²⁰ i. Los actos comunitarios en vigor o en preparación sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil. ii. Las medidas nacionales destinadas a aplicar, a nivel interno, los actos comunitarios en vigor. iii. Los instrumentos internacionales en vigor sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil en los que sean parte los Estados miembros, así como las declaraciones y reservas formuladas en el marco de estos instrumentos. iv. Los elementos pertinentes de la jurisprudencia de la Comunidad en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil. v. Las fichas informativas que abordan, prioritariamente, cuestiones relativas al acceso a la justicia de los Estados miembros. Las fichas son de carácter práctico y conciso e incluyen jurisprudencia.

La Red ha constituido un *avance significativo* en la cooperación judicial comunitaria y se ha dicho que es un sistema *rápido y fiable* para resolver cuestiones de litigio trans-fronterizo (intracomunitario).²¹ Si bien el portal de la Red se ha venido actualizando y su contenido se ha ampliado a través de los años, la información que contiene es todavía insuficiente, pues aún no es posible prescindir de otros medios de prueba.²²

Es insuficiente contar con el texto de las leyes para conocer el Derecho Extranjero. Aún suponiendo cierto el logro de contar con todos los textos legales comunitarios, es conveniente hacerlo en un idioma asequible para la mayoría, por ejemplo en lengua inglesa. Es necesario, también, el acceso a la jurisprudencia y otras fuentes relevantes de Derecho, indispensables para la interpretación correcta del Derecho extraño. Igual importancia reviste el acceso a las interpretaciones doctrinales, las cuales, cuando existen, rara vez será en idioma inglés.²³

¹⁹ Creados según la Acción común 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea.

²⁰ Artículo 14, Decisión 2001/470/CE, por la que se creó la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

²¹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *loc. cit.*, pp. 37-87.

²² Para un análisis del contenido que el portal guardaba a junio de 2003, cfr. JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit, *op. cit.*, pp. 318 a 321.

²³ *Ibidem*, pp. 320-321.

El sistema de la Red, no ha logrado mejorar los resultados obtenidos con la Convención Europea sobre Derecho Extranjero, siendo que la información proporcionada por los puntos de contacto es genérica, mientras que la información obtenida a través de la Convención suele ser más adecuada para la averiguación del Derecho Extranjero.²⁴

IV] La Red Europea de Formación Judicial

La Red Europea de Formación Judicial (en adelante REFJ) surgió en enero de 2001 a iniciativa de la República Francesa.²⁵ Posteriormente, en el Consejo Europeo de Laeken, Bélgica, se pidió establecer una red europea para formar magistrados, que contribuyera a aumentar la confianza entre quienes intervienen en la cooperación judicial.²⁶

La organización de la formación judicial es responsabilidad de los Estados miembros de la Unión, quienes deben integrar plenamente la dimensión europea en sus actividades nacionales, con los siguientes objetivos. i. Mejorar el conocimiento de los instrumentos jurídicos adoptados por la Unión y la Comunidad en sectores en los que se han conferido facultades específicas a los jueces nacionales. ii. Mejorar las competencias lingüísticas para que las autoridades judiciales puedan comunicarse directamente entre sí, tal como prevé la mayoría de los instrumentos. iii. Desarrollar el conocimiento de los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados miembros que permita evaluar sus necesidades respectivas en el marco de la cooperación judicial.²⁷

La REFJ agrupa a las instituciones responsables de la formación de jueces -los fiscales sólo se incluyen en la medida en que pertenezcan

²⁴ *Ibidem*, p. 321.

²⁵ “Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción de una Decisión del Consejo por la que se crea una Red Europea de Formación Judicial (2001/C 18/03)”, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 18 del 19 de enero de 2001.

²⁶ Cfr. Apartado 43 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, del 14 y 15 de diciembre de 2001. Sin embargo, los objetivos de la REFJ fueron delineados, principalmente, en el Programa de La Haya (“Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, del 4 y 5 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C 53 del 3 de marzo de 2005.); la Comunicación de la Comisión Europea en materia de formación judicial (“Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.); la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2008 sobre el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo y la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 24 de octubre de 2008 sobre formación de profesionales de Justicia.

²⁷ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.

al cuerpo judicial-. La Comisión estableció que la REFJ debe tener el monopolio en los intercambios entre jueces y fiscales en el conjunto de Europa. Deberá examinarse la cuestión de la participación de los jueces especializados, al igual que tendrá que tenerse en cuenta la formación de los abogados.²⁸

Por último, la formación judicial debe integrarse en un marco internacional más amplio y dar lugar a una cooperación más allá de las fronteras de la Unión, a fin de favorecer la cooperación judicial con los terceros países y la consolidación del Estado de Derecho en el mundo.²⁹

Como hemos venido señalando, los sistemas de información europeos no están debidamente actualizados,³⁰ por lo que los recursos para la información del Derecho Extranjero se hacen consistir, principalmente, en acciones financiadas para la formación y especialización de recursos humanos, proyectos conjuntos de investigación, participación de los Estados miembros en las redes de cooperación, asesoramiento técnico y consultoría.³¹

V] Instituciones europeas de formación de profesionales de justicia

Existen numerosas instituciones de alcance europeo que organizan regularmente actividades de formación para los profesionales de la justicia, incluyendo cursos sobre Derecho Extranjero. La Unión Europea ha destacado la importancia que este tipo de instituciones tienen para alcanzar coadyuvar a la formación judicial europea,³² de tal suerte que incluso han sido financiadas con cargo al presupuesto comunitario.³³ Algunas de las principales son las siguientes:

²⁸ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.

²⁹ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.

³⁰ Lo cual se viene acusando desde hace tiempo, Vid. MORENO CATENA, Víctor, *loc. cit.*, p. 5.

³¹ Ídem

³² Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la formación judicial en la Unión Europea, Bruselas, 29 de junio de 2006, COM(2006) 356 final, p. 8

³³ Vid. Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a la formación de jueces y fiscales y del personal al servicio de la administración de justicia en la Unión Europea, (2008/C 299/01), Diario Oficial de la Unión Europea, C 299 del 22 de noviembre de 2008.

1. *El European Institute of Public Administration (EIPA) o Instituto Europeo de Administración Pública*³⁴

Creado en 1981, se considera el centro líder de enseñanza y desarrollo del sector público en Europa. Cuenta con financiamiento de la Comisión Europea con cargo al presupuesto comunitario. Imparte diversos programas académicos y de capacitación sobre administración pública, efectúa investigación en sus áreas de interés y cuenta con una oficina de publicaciones. Desde su fundación, el EIPA se ubica en Maastricht, cuenta con sedes alternas en Barcelona y Luxemburgo, así como una oficina de representación en Bruselas.

Para capacitar a los actores del aparato jurídico europeo, en 1992 el EIPA, conjuntamente con el gobierno de Luxemburgo, creó el *European Centre for Judges and Lawyers (ECJL)*.³⁵ Con sede en ese ducado, el ECJL ofrece programas de entrenamiento, consultoría e investigación para la interpretación e implementación del Derecho Europeo.

2. *Europäische Rechtsakademie o Academia de Derecho Europeo de Tréveris (ERA)*

En 1990, el Parlamento Europeo recomendó a la Comisión Europea invertir en un centro de educación legal continua para mejorar la aplicación del Derecho Europeo. Se propuso que la sede fuera en Tréveris, Alemania, por su cercanía con Luxemburgo, la capital judicial de la Unión Europea. Así las cosas, la *Europäische Rechtsakademie (ERA) o Academie of European Law*,³⁶ fue fundada en 1992, bajo los auspicios del Gran Ducado de Luxemburgo, el *Land* alemán de Renania-Palatinado y la ciudad de Tréveris.

La ERA tiene como objetivo principal capacitar a los diversos actores del ámbito jurídico de los estados miembros de la Unión Europea, así como de otros Estados europeos interesados, para obtener un mejor conocimiento del Derecho Europeo. Entrena y forma juzgadores. Mantiene relaciones estrechas con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como con las organizaciones de formación judicial de los estados miembros y de los estados candidatos a pertenecer a la Unión Europea. La ERA fue miembro fundador de la Red Europea de Formación Judicial (REFJ).

3. *Red de los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de la Unión Europea*

Los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de la Unión Europea decidieron formar una asociación cuya asamblea constitutiva

³⁴ <http://www.eipa.eu/>

³⁵ European Centre for Judges and Lawyers (ECJL)

³⁶ www.era.int

tuvo lugar el 10 de marzo de 2004 en la Corte de Casación Francesa, con el apoyo financiero de la Comisión Europea.

La Red de los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de la Unión Europea, cuenta con la participación de los Presidentes de la Corte de Justicia de la Unión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos. Se trata de un foro en donde las instituciones europeas pueden solicitar opiniones de las Supremas Cortes de los Estados miembros y se presta capacitación a las autoridades como parte de la Red de Formación Judicial.

Desde abril de 2007, la Red mantiene un portal electrónico que ofrece al público bases de datos con la jurisprudencia de todos los Estados miembros de la Unión Europea³⁷.

VI] Herramientas oficiales europeas para la información del Derecho Extranjero

Existen diversas bases de datos o recursos administrados por las instituciones europeas para facilitar a los interesados la averiguación del Derecho Extranjero.

a) Portal "*e-Justicia*", La Comisión Europea administra el portal de información "*e-Justicia*", en donde se busca, para lo que a este estudio interesa, brindar información a los usuarios acerca del contenido del Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional de cada estado miembro de la Unión y el Derecho internacional.³⁸ Es una respuesta creada por la Comisión a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia, la cooperación entre autoridades judiciales y la eficacia de la propia justicia.

Según la propia Comisión Europea, la "*e-Justicia*", es un elemento clave para la modernización de los sistemas judiciales. Se define como "el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o en sancionar penalmente una conducta."³⁹

En relación directa con el Derecho Extranjero, el portal "*e-Justicia*" contiene información o ligas a sitios que contiene la legislación y jurisprudencia de cada uno de los estados miembros de la Unión Europea.

³⁷ <http://www.network-presidents.eu/>

³⁸ <https://e-justice.europa.eu>

³⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, "Hacia una estrategia en materia de e-Justicia (Justicia en línea), SEC(2008)1947, SEC(2008)1944, p. 3. La "*e-Justicia*" es parte del marco de la administración pública en línea "*e-Government*". Este último es la aplicación de las tecnologías de la información al conjunto de los procedimientos administrativos.

b) Portal "EUR-Lex", La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea,⁴⁰ además de editar y publicar el Diario Oficial de ese organismo internacional, ofrece una serie de servicios en línea, entre los que se encuentran algunas herramientas que coadyuvan a sus usuarios en la tarea de allegarse el Derecho Extranjero.⁴¹

Tal es el caso del sistema EUR-Lex, sitio electrónico que brinda acceso gratuito a todo el Derecho Europeo, en 23 idiomas. Es una herramienta para consultar el Diario Oficial de la Unión Europea, los Tratados, la legislación en vigor, documentos relativos al derecho comunitario, la jurisprudencia de los diversos Tribunales comunitarios, así como una recopilación de la legislación europea.

c) Portal "N-Lex", Dentro del portal EUR-Lex, cabe destacar la existencia de la base de datos N-Lex, que permite la consulta de la legislación de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Es un proyecto común gestionado por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, con la participación de los gobiernos nacionales. Abierto al público desde el 28 de abril de 2006, aún se encuentra en su fase experimental. Actualmente permite acceder a la legislación de 23 Estados miembros de la Unión Europea.⁴²

En el sistema N-Lex se muestran resultados de búsquedas que proceden directamente de las bases de datos nacionales. También incluye un diccionario multilingüe, denominado EUROVOC, que facilita las búsquedas de texto en idioma extranjero.

VII] Conclusiones

El número de Estados miembros de la Convención Europea demuestra la preocupación de contar con instrumentos asequibles a los operadores de la justicia para averiguar el Derecho Extranjero. La posibilidad de que los Estados no miembros de la Unión Europea puedan suscribir el tratado demuestra la necesidad de un instrumento con mayores alcances. Un instrumento global en la materia permitiría acceder al Derecho Extranjero de todo el orbe.

No obstante, más de 40 años de existencia de la Convención, aunado al surgimiento posterior de un buen número de fuentes para la averiguación del Derecho Extranjero demuestra la insuficiencia del tratado, el cual ha sido calificado como insuficiente.

⁴⁰ Creada mediante la "Decisión del Parlamento Europeo, del Consejo, de la Comisión, del Tribunal de Justicia, del Tribunal de Cuentas, del Comité Económico y Social Europeo y del Comité de las Regiones" de 26 de junio de 2009 relativa a la organización y al funcionamiento de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (2009/496/CE, Euratom), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 168/41 del 30 de junio de 2009. Vid. <http://publications.europa.eu/>

⁴¹ <http://eur-lex.europa.eu/>

⁴² <http://eur-lex.europa.eu/n-lex/>

Es innegable la necesidad de contar con medios accesibles y fiables de averiguación del Derecho extraño, especialmente para las clases menos favorecidas. Una convención, como la europea, puede lograr el objetivo, pero el desarrollo en el viejo continente demuestra la necesidad de un sistema complejo de instrumentos que permiten a los justiciables acceder a la información deseada con mayor facilidad, menos tiempo y menor costo.

Se destaca la necesidad de formar jueces capacitados para operar en un mundo globalizado. La judicatura debe tener la habilidad para hacer uso de las diversas herramientas existentes para la averiguación del Derecho Extranjero: una de ellas es la Convención, pero no debe ser la única.

El Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro

La adhesión de México y la posible incorporación de otros estados latinoamericanos*

YARITZA PÉREZ PACHECO**

SUMARIO: I. *Preliminares*. II. *Hacia la puesta en vigor del Convenio de La Haya de 2005*. III. *Ámbito de aplicación*. 1. *Internacionalidad de los supuestos*. 2. *Noción de acuerdo exclusivo de elección de foro*. IV. *Compatibilidad de la Convención de La Haya de 2005 con la codificación internacional e interna en Latinoamérica*. V. *A manera de conclusión*.

Resumen. El mundo de los negocios internacionales genera un incontable número de transacciones diariamente, muchas de las cuales terminan en diferencias de naturaleza jurídica. Tradicionalmente, las partes se encuentran ante la disyuntiva de incluir en sus contratos internacionales cláusulas a través de las cuales puedan definir anticipadamente el mecanismo para resolver sus eventuales diferencias, con relación al negocio que acaban de emprender. Ante esta realidad, se ha considerado necesario rescatar la confianza en las jurisdicciones estatales.

Los estados mantienen un fuerte arraigo a la noción de soberanía y al ejercicio de la jurisdicción de manera exclusiva en ciertos supuestos, con lo cual la admisión de acuerdos de elección de foro en sus ordenamientos jurídicos, suele encontrar ciertos obstáculos, sobre todo

* Este trabajo forma parte de la línea de investigación “Derecho Procesal Civil Internacional”, en la cual la autora es la Investigadora responsable, tanto en el Centro de Estudios de Postgrado como en la Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Un primer trabajo en esta materia puede consultarse en la Revista *Derecho y Democracia III*, Caracas: Universidad Metropolitana, 2011, pp. 211-235, en la cual se recogen las ponencias presentadas en el Congreso Internacional: “Derecho de los Negocios Internacionales en Tiempo de Cambios”, organizadas en homenaje a la siempre recordada Maestra venezolana, Dra. Tatiana B. de Maekelt, cuya sede fue la Isla de Margarita, estado Nueva Esparta, Venezuela, en el año 2009.

** Directora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV; Investigador-Docente, Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado del Instituto de Derecho Privado, UCV; Profesora de pregrado y posgrado.

cuando se trata de aceptar la derogatoria de la propia jurisdicción a favor de otro Estado.

El Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, se constituye en una alternativa jurisdiccional para resolver los conflictos que se suscitan en el mundo de los negocios internacionales. En la actualidad, el Convenio solo cuenta con la adhesión de México, pero la incorporación de otros Estados latinoamericanos permitiría la unificación de las reglas sobre acuerdos de elección de foro en la Región en beneficio del comercio internacional.

Palabras claves: Elección de foro; Convenio de La Haya.

***Abstract.** The world of international business generates countless daily transactions, many of which end up in legal disputes. Traditionally, the parts of an international contract are faced with the dilemma of including clauses through which they can define in advance the possible mechanism to resolve their differences. Given this reality, it was considered necessary to restore public confidence in state jurisdictions. States maintain a strong attachment to the notion of sovereignty and the exercise of jurisdiction exclusively on certain assumptions, which the admission of choice of court agreements in their legal systems, usually find some obstacles, especially when it comes to accept the repeal of their own jurisdiction in favor of another State.*

The Hague Convention on Choice of Court Agreements constitutes an alternative to resolve disputes that arise in the international business world. At present the Convention has the support only of Mexico, but the incorporation of other Latin American states allow the unification of the rules on choice of court agreements in the region to benefit from international trade.

Keywords: Choice of Court, Hague Convention.

I] Preliminares

El Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro es un instrumento global, adoptado el 30 de junio de 2005,¹ en el cual se establecen reglas concretas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias, en litigios que resulten de situaciones internacionales en las cuales se hubiere pactado un acuerdo exclusivo de elección de foro.

A través del Convenio se impregna de seguridad y certeza jurídica a los operadores del comercio internacional para que elijan de manera exclusiva los tribunales del Estado de su preferencia. Aun cuando

¹ Acta final de la vigésima sesión, disponible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=98, consultada el 16/08/2013.

el Convenio no se encuentra en vigor merece ser objeto de análisis, ya que su posible incorporación en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos permitiría unificar las soluciones a nivel regional y complementar las regulaciones en vigor.

La Convención de La Haya de 2005 prevé que el tribunal o los tribunales designados por un acuerdo exclusivo de elección de foro serán competentes para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo (art. 5.1). Un acuerdo de elección de foro se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario (art. 3,b). El tribunal competente en virtud del acuerdo exclusivo de elección de foro no declinará el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio (art. 5.2). Salvo en determinadas excepciones, cualquier tribunal de un Estado parte que, en virtud de un acuerdo de elección de foro, no sea competente, suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda (art. 6). La resolución dictada por un tribunal de un Estado contratante que haya sido designado por un acuerdo exclusivo de elección de foro será reconocida y ejecutada en los demás Estados contratantes, excepto en los casos establecidos por la Convención (arts. 8 y ss.).²

El Convenio garantiza la eficacia del acuerdo mediante el cual las partes seleccionan a un tribunal estatal y asegura la ejecución de sentencias extranjeras dictadas conforme a dichos acuerdos. Por lo tanto, ofrece a las transacciones comerciales internacionales mayor seguridad y reduce, "la carga de trabajo de los tribunales y los costos de transacciones, lo que contribuye a crear un clima favorable para el comercio y la inversión".³

En este contexto, es conveniente analizar la compatibilidad del Convenio de La Haya de 2005 con la normativa vigente en los países latinoamericanos, no sólo en el plano del Derecho interno vigente, sino en el marco de la codificación interamericana y del Mercosur, con el fin de revisar la conveniencia de su incorporación al sistema normativo de la región; para lo cual, volcaremos la mirada en la Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, adoptada en Montevideo, el 8 de mayo de 1979;⁴ la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras,

² Matthias Herdegen: Derecho Económico Internacional, Colección Textos de Jurisprudencia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung-Universidad El Rosario-UNAM, 2012, p. 157. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3337>, consultado el 30/07/2013.

³ CCI pide a los gobiernos para facilitar los litigios transfronterizos, París, 29 de noviembre 2012, disponible en: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2012/ICC-calls-on-governments-to-facilitate-cross-border-litigation/>, consultada el 16/08/2013.

⁴ Ver status de ratificaciones de la Convención, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html>, consultada el 16/08/2013.

adoptada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984;⁵ el Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual, adoptado en Buenos Aires, Argentina, el 05 de agosto de 1994 (en adelante, Protocolo de Buenos Aires),⁶ el cual regula la materia de acuerdos de elección de foro; y el Protocolo sobre Cooperación y Asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, adoptado en el Valle de Las Leñas, Provincia de Mendoza, Argentina, el 27 de junio de 1992 (en adelante, Protocolo de Las Leñas),⁷ en el cual se regula el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

II] Hacia la puesta en vigor del Convenio de la Haya de 2005

Una revisión sobre el status del Convenio de La Haya del 2005, nos advierte una sola ratificación por parte de México,⁸ el primer Estado en dar este paso en el año 2007,⁹ aun cuando, hasta la fecha, no se ha puesto en práctica.¹⁰ Además, el Convenio fue firmado por los Estados Unidos de América (en adelante EE.UU.), el 19 de enero de 2009,¹¹ y por

⁵ Ver status de ratificaciones de la Convención, disponible en

<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-50.html>, consultada el 16/08/2013.

⁶ Decisión N° 01/94 (ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Vigente desde el 06/06/1996 para Paraguay y Brasil; desde el 01/12/1996 para Argentina y desde el 28/08/2004 para Uruguay.

⁷ Decisión N° 05/92 (ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Vigente desde el 16/03/1996. Este Protocolo se extiende a Bolivia y Chile, a través de un Acuerdo de Cooperación suscrito con Mercosur en Buenos Aires el 05/07/2002. Mediante Acuerdo Complementario del 19/06/1997, se incorporaron 11 formularios que pasan a integrar el Anexo al Protocolo de Las Leñas.

⁸ Ver status de ratificaciones del Convenio, disponible en www.hcch.net, consultada el 08/11/2013.

⁹ El Decreto de aprobación del Convenio por parte de la Cámara de Senadores, se encuentra publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19/06/2007, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/actual/2007_1.htm, consultada 08/11/2013.

¹⁰ González Martín, Nuria; León Vargas, Alejandro y Cuevas Tavera, Marisol: "México y la Convención de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro". En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 22, Diciembre 2011, p. 19, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num22/notas/mexico-convencion-haya-30-junio-2005-sobre-acuerdos-eleccion-foro>, consultada el 10/06/2013.

¹¹ En EE.UU. es de interés hacer mención a los Principios del *American Law Institute* (ALI) sobre competencia, elección del derecho aplicable, y sentencias en litigios transnacionales sobre propiedad intelectual publicados en 2008. Los principios no son una recopilación jurídica (*Restatement of Law*), ya que su propósito no es compilar las leyes de conflictos de los EE.UU., estas soluciones han sido cuidadosamente examinadas dentro del ALI por un Consejo de Asesores, por el Consejo Ejecutivo, y por el Comité Consultor, así como también por dos Asambleas Generales. Los principios apuntan hacia soluciones prácticas a la gran mayoría de las preguntas relacionadas con conflictos de propiedad intelectual en litigios transnacionales, donde sea que ocurran. Los principios del ALI sobre jurisdicción se

la Unión Europea el 1º de abril de 2009,¹² oportunidad en la cual realizo una declaración para recordar que la Unión Europea ejerce la competencia sobre los asuntos resueltos por el Convenio, por lo cual sus Estados miembros no podrán firmar, ratificar, aceptar o aprobarlo, pero estarán obligados por éste en virtud de su aceptación por la Unión Europea.

En palabras de François Dessemontet, la situación actual frente al Convenio de La Haya de 2005 es producto del "eventual y predecible fracaso de las naciones occidentales en aprobar la propuesta".¹³ Sin embargo, la postura oficial a través de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, la Conferencia de La Haya o HCCH) está dirigida a impulsar grupos de trabajo para el seguimiento de los convenios adoptados en su seno. En el caso del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, se han realizado varios encuentros con la finalidad de recoger las sugerencias de los Estados y los estudiosos en la materia, con el fin de promover la firma y adhesión de los Estados.

La Conferencia de La Haya publicó un documento, con una Lista de Verificación sobre las cuestiones que todo Estado debe tener en

fundamentan en la necesidad de respetar la jurisdicción por razón del demandado (*personal jurisdiction*) y la jurisdicción por razón de la materia objeto del litigio (*subject matter jurisdiction*). En gran medida, toman en cuenta la autonomía contractual de las partes, y se da amplia consideración al Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, el cual no resulta aplicable a los litigios sobre la validez de los derechos de propiedad industrial ni a los litigios con consumidores o vinculados con contratos de trabajo. Los principios no siguen el sistema más sutil del art. 10 (1) y (3) del Convenio de La Haya del 2005; que distingue entre los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual al examinar si una autoridad o un tribunal del país donde está registrado el derecho ha juzgado sobre el derecho que se disputa, o por lo menos si se ha iniciado un proceso para hacerlo, siendo esto una condición precedente para que se niegue a reconocer en este sentido una sentencia extranjera que se basa sobre un acuerdo de elección de foro. Los principios también le dedican un capítulo al reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, en el cual se repiten los principios del Convenio de La Haya de 2005, con el fin de evitar la fragmentación de los derechos de propiedad intelectual y la dificultad de hacer valer sentencias extranjeras en esta materia. *cf.* Dessemontet, François: *Los principios del American Law Institute: propiedad intelectual y litigios transfronterizos*, Facultad de Derecho, Université de Lausanne, Barcelona, Mayo 2009, pp. 12-20.

¹² Desde el 3 de abril de 2007, la Unión Europea es miembro de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La Unión presentó una Declaración de competencia (anexo II), en la cual especifica las materias en las cuales sus Estados miembros le han transferido competencias a la Unión Europea. Se trata de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con implicaciones transfronterizas, necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior, entre las cuales encaja la materia objeto del Convenio sobre acuerdos de elección de foro (Título IV del Tratado CE). Disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/116016_es.htm, consultada el 20/07/2013.

¹³ Dessemontet, *cit.* nota 11, p. 20.

cuenta para implementar el Convenio de La Haya de 2005 (*Implementation Checklist*).¹⁴ En el Anexo I de esta Lista, se describen los aspectos que deben considerarse para la implementación del Convenio por los Estados, son estos:

1. Las normas vigentes sobre cláusulas de elección de foro en materia de consumidores y contratos de trabajo, ya que éstas están excluidas del ámbito de aplicación del Convenio (incluyendo cualquier definición de consumidor y trabajador, bajo el art. 2 que sean compatibles con el derecho interno);

2. Las normas vigentes en otras materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio (ya sea en virtud del art. 2 o a una declaración del art. 21);

3. Si el ámbito de aplicación temporal del Derecho interno coincide con la aplicación transitoria del Convenio, como lo prevé el art. 16;

4. La interpretación de los términos del Convenio de acuerdo con el carácter internacional del mismo y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación (art. 23);

5. La relación entre el Convenio y otros instrumentos internacionales en vigor, del cual el Estado sea Parte (art. 26).

En el Seminario conjunto sobre elección de foro en litigios internacionales celebrado en Brasilia, Brasil, en noviembre de 2010, se propuso elevar a consideración de las autoridades competentes de cada uno de los Estados del Sistema Interamericano y del Mercosur y sus Estados Asociados, la firma y adhesión del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro. Este Seminario contó con el apoyo académico de Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y fue coordinado por el Centro Internacional de Estudios Jurídicos y Asistencia Técnica de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

En el artículo 24 del Convenio de La Haya de 2005, se le encarga a la Secretaría General de la Conferencia de La Haya una revisión periódica sobre su funcionamiento, para lo cual deben reunirse los Estados Parte y otros Estado interesados. En efecto, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, en su reunión de abril de 2011,¹⁵ destacó que las acciones futuras en virtud del Proyecto relativo a las sentencias no debería interferir con los esfuerzos que se realizan para promover la entrada en vigor del Convenio sobre acuerdo de elección de foro de 2005, como un instrumento para consolidar el sistema de litigios internacionales, en paralelo al sistema de arbitraje internacional, en particular el Convenio de Nueva York de 1958

¹⁴ Disponible en <http://www.hcch.net/upload/checklist37e.pdf>, consultado 01/08/2013.

¹⁵ Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl2011e.pdf, consultada el 01/07/2013.

sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.¹⁶

La Oficina Permanente ha recibido claras indicaciones de varios Estados que impulsan acciones para adherirse al Convenio de La Haya de 2005. En este sentido, la Unión Europea aprobó una "refundición" del Reglamento 44/2001 (Bruselas I) luego de una ardua y profunda revisión de sus disposiciones (Reglamento 1215/2012 del 12 de diciembre de 2012). Esta "refundición" deroga el Reglamento Bruselas I (art. 80),¹⁷ y será aplicable a partir del 10 de enero de 2015 (art. 81). El nuevo Reglamento se alinea con las disposiciones operativas clave del Convenio de La Haya sobre acuerdo de elección de foro,¹⁸ dando claras señales de que una propuesta de ratificación podría ser presentada en breve por la Comisión Europea.

En efecto, la eficacia atributiva de competencia de un acuerdo de elección de foro al tribunal o tribunales del Estado miembro designado, y la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales de los Estados miembros no designados, produce sus efectos incluso cuando ninguna de las partes está domiciliada en un Estado miembro (art. 25). La validez del acuerdo de elección de foro se rige por el derecho del Estado miembro designado (art. 25.1), se proclama la independencia de los acuerdos atributivos de competencia que formen parte de un contrato del resto de las cláusulas del contrato (art. 25.5).

También, EE.UU. se prepara para la ratificación del Convenio.¹⁹ El Departamento de Estado está trabajando en un proyecto de legislación de aplicación federal, una versión no oficial fue distribuida para su examen en una reunión abierta en enero de 2013.

En otras latitudes, también se llevan a cabo movimientos hacia la adhesión al Convenio, como es el caso de Australia, la Federación de

¹⁶ HCCH, *Conclusions & Recommendations First Gulf Judicial Seminar on Cross-Frontier Legal Cooperation in Civil and Commercial Matters*, Qatar, Doha, 20 to 22 June 2011, p. 3. Disponible en http://www.hcch.net/upload/2011_doha_conc_en.pdf, consultada 30/06/2013.

¹⁷ Este instrumento reforma el régimen general de la Unión Europea sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

¹⁸ De Miguel Asensio, Pedro: *El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones*. En: *La Ley*, Año XXXIV, N° 8013, 31/01/2013, pp. 10-11. Suderow, Julia: *Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?* En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, N° 1, marzo 2013, pp. 185-186. Álvarez de Sotomayor, Silvia Feliu: *El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho Internacional Privado*. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4, N° 2, octubre 2012, pp. 123-139.

¹⁹ Burbank, Stephen B.: *Federalism and Private international law: implementing the Hague Choice of court Convention in the United States*. En: *Journal of Private International Law*, Vol. 2, N° 2, October 2006, pp. 287-309.

Rusia, Nueva Zelanda, Serbia, Turquía y Ucrania.²⁰ La Oficina Permanente también ha recibido expresiones de interés por parte de varios Estados del continente americano, entre ellos Argentina, Canadá y Paraguay.

En el plano internacional, la aplicación del Convenio sigue recibiendo un fuerte apoyo de la comunidad empresarial internacional. En noviembre de 2012, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) reafirmó su apoyo al Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro e insta a los gobiernos a que lo pongan en vigor sin más demora. La CCI señaló que el Convenio es un instrumento necesario para la resolución de disputas transfronterizas eficaces, ya que proporciona una mayor seguridad en las transacciones comerciales internacionales y reduce la carga de trabajo de los tribunales y los gastos de transacciones de las partes.

También la Federación Interamericana de Abogados (FIA) ha recomendado la adhesión o ratificación de los Convenios de La Haya sobre cooperación jurídica y litigios internacionales, entre ellos el de acuerdos de elección de foro, por su importancia para *coordinar y complementar el actuar de los distintos sistemas de justicia para poder asegurar un verdadero espacio de justicia en las áreas de integración regional*. La FIA destaca cómo a través de la incorporación de estos convenios en los países de las Américas se *puede lograr en forma simultánea una armonización jurídica a nivel regional y global*.²¹

Sin lugar a dudas, el Convenio tiene el potencial para lograr en materia de reconocimiento extraterritorial de sentencias dictadas sobre la base de cláusulas de elección de foro, el mismo efecto que ha alcanzado en materia de arbitraje la Convención de Nueva York. En efecto, un análisis de la jurisprudencia reciente y comentarios doctrinales sobre los acuerdos de elección de foro en las legislaciones nacionales revela que el Convenio aportará beneficios potenciales en la resolución de litigios transfronterizos una vez que entre en vigor, por diversas razones:

En primer lugar, el Convenio sobre acuerdos de elección de foro se asegurará de que el tribunal elegido es el único competente para conocer del asunto. Esta regla está en contraste con el Derecho de algunos Estados en los que un tribunal elegido puede negarse a ejercer jurisdicción, cuando el tribunal no podría de otro modo asumir jurisdicción, en virtud de su Derecho nacional. Por ejemplo, en la India,

²⁰ En 2011, el Ministerio de Justicia de Ucrania llevó a cabo una consulta pública con los representantes de organismos interesados, instituciones, abogados y académicos sobre la viabilidad de la firma del Convenio de La Haya de 2005. En junio de 2012, el Ministerio de Justicia publicó un informe con las perspectivas e implicaciones para Ucrania de adherirse al Convenio, que concluyó refrendando su firma y esbozando los notables beneficios del Convenio.

²¹ Federación Interamericana de Abogados: Declaración recomendando la adhesión o ratificación de Convenios de La Haya sobre cooperación jurídica y litigios internacionales, Washington, D.C., 24 de junio de 2013. Disponible en http://www.hcch.net/upload/decl_iaba2013s.pdf, consultada el 08/11/2013.

un tribunal no acepta la jurisdicción sobre la base de un acuerdo de elección de foro, cuando no viene atribuida por otra disposición del Código de Procedimiento Civil de ese país.²² En Australia, el tribunal tiene la facultad de no acatar un acuerdo de elección de foro, en el cual se designa a un tribunal australiano. Aunque esto no ha ocurrido en la práctica, en cualquier caso, sigue siendo una posibilidad, y esta incertidumbre sería eliminada con la puesta en vigor del Convenio.

En segundo lugar, la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 2005 contribuiría a la aproximación de enfoques legales dentro de un Estado contratante con sistemas jurídicos no unificados. En Canadá, por ejemplo, la divergencia se ha identificado en los enfoques adoptados por los tribunales con respecto a la aplicación de cláusulas de elección de foro en jurisdicciones de derecho civil y derecho común.²³

En tercer lugar, la entrada en vigor del Convenio reforzará la eficacia en la planificación del mecanismo de solución de controversias entre las partes, evitando la duplicación de procedimientos.²⁴ En el

²² Este principio fue confirmado en una decisión reciente del Tribunal Superior de Delhi. Si en la India entra en vigor el Convenio de La Haya de 2005, operaría el artículo 5 a fin de permitirle a los tribunales de la India ejercer jurisdicción, independientemente de los criterios establecidos en el Código de Procedimiento Civil. Asimismo, cabe señalar que el artículo 19 del Convenio permitiría a la India declarar que sus tribunales podrán negarse a escuchar los casos en que no existe ninguna relación entre el Estado y las partes o controversias.

²³ El Código Civil de Quebec contiene una norma, según la cual el tribunal no elegido no debe escuchar el asunto, a menos que la parte demandada alegue que la cláusula del contrato sea considerada nula. Por el contrario, las provincias de tradición de derecho común adoptan un enfoque más discrecional, lo que permite al tribunal no elegido oír el caso si se considera que hay una "fuerte causa" para hacerlo. Un comentarista ha señalado que el test "fuerte causa" tiende a confundirse con la regla de *forum non conveniens*, que conduce a una mayor discreción entre los tribunales al decidir si deben aplicarse los acuerdos de elección de foro, lo que resulta, por lo menos, que se le dé efecto a los acuerdos. Si el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro entrare en vigor en Canadá, habría un acercamiento armonizado entre las provincias, en cuanto a la competencia de los tribunales no elegidos en un acuerdo de elección de foro existente entre las partes en los casos internacionales.

²⁴ En Finlandia, un caso reciente ilustra las deficiencias en aquellos países donde no existe un marco internacional para garantizar la eficacia de los acuerdos de elección de foro. El caso se refería a un contrato de fianza que contiene un acuerdo de elección de foro mediante el cual se designa a los tribunales del estado California de EE.UU. La sentencia fue dictada por el tribunal elegido y la ejecución se solicitó en Finlandia. El acreedor demandante interpuso un recurso *rescissio* ante el tribunal finlandés, de acuerdo con la legislación finlandesa -la cual, al igual que la legislación de un importante número de países nórdicos- requiere un acuerdo internacional vinculante para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y tal acuerdo no existe entre Finlandia y EE.UU. En primera instancia, el tribunal se declaró competente, pero desestimó la demanda por considerar que el contrato de fianza era nulo. Al final, el Tribunal Supremo de Finlandia sostuvo que si

Convenio de La Haya de 2005 se consagra la jurisdicción exclusiva de los tribunales del Estado Parte elegido mediante una cláusula de elección de foro y la obligación de abstenerse de conocer a los tribunales de los demás Estados no elegidos, así como el reconocimiento de dicha jurisdicción por parte del Estado no elegido ante el cual se solicite el reconocimiento y ejecución de lo decidido sobre la base de dicho acuerdo de elección de foro.

En efecto, el artículo 8, serviría de base para reconocer y ejecutar una sentencia en el Estado receptor sin un nuevo procedimiento. Por otra parte, el artículo 9 a) reduce la necesidad de volver a examinar la validez del acuerdo de elección de tribunal. Por último, el artículo 3 d) autoriza a el tribunal elegido para tratar la cláusula de elección de tribunal como independiente del resto del contrato, lo que permite su celebración válida, incluso si se declarare que el resto del contrato no es válido.

III] **Ámbito de aplicación**

El Convenio se aplica en los casos internacionales en los cuales las partes hubieren pactado un acuerdo exclusivo de elección de foro para resolver las controversias que se presenten en materia civil y mercantil (art. 1), quedando expresamente excluidos algunos tipos de contratos (art. 2),²⁵ y pudiéndose extender a los acuerdos de elección de foro no exclusivos en cuanto al reconocimiento y ejecución de sentencias (art. 22). Esto último, sólo es posible previa declaración expresa del Estado contratante, en la cual se disponga que podrán reconocer y ejecutar las sentencias dictadas por tribunales de otros Estados contratantes que hubieren sido designados mediante acuerdos de ésta naturaleza. Pero la eficacia de tal declaración queda restringida al carácter recíproco de la misma. Esto es, sólo serán reconocidas y

bien el acuerdo de elección de foro podría excluir la competencia del Tribunal de Justicia de Finlandia, como el demandado había aceptado expresamente la jurisdicción del tribunal finlandés, la cláusula jurisdiccional ya no tenía ese efecto. En consecuencia, el procedimiento continuó ante el Tribunal Supremo. El cual decidió como tribunal de última instancia, a favor del acreedor, concediéndole la misma cantidad por concepto de reparación por daños y perjuicios, que se había decretado en la resolución extranjera.

²⁵ Quedando expresamente excluidos los acuerdos de esta naturaleza contenidos en los contratos en los cuales intervengan un consumidor y los contratos de trabajo. Tampoco se aplicará en materia de estado y capacidad jurídica de las personas físicas, derecho de familia y sucesiones, propiedad intelectual, concursal, derechos reales inmobiliarios y arrendamiento de inmuebles, transporte de pasajeros y mercancías, ni en las demás materias específicamente señaladas en el Convenio, como el arbitraje y los procedimientos relacionados con el mismo (art. 2). El fundamento de estas exclusiones, en muchos casos, responde a la existencia de instrumentos específicos en dichas materias, ya sean de carácter internacional, regional o nacional que consagran la jurisdicción exclusiva para esas materias. Ver *outline Hague Choice of Court Convention*, september 2008, disponible en <http://www.hcch.net>, consultada el 15/08/2013.

ejecutadas las resoluciones judiciales que basadas en dichos acuerdos procedan de otros Estados contratantes que hubieren realizado esa misma declaración.

Así, del ámbito de aplicación de los acuerdos exclusivos de elección del foro derivan tres obligaciones básicas para los tribunales de los Estados contratantes: i) los tribunales elegidos por las partes son los competentes para conocer de la controversia, no pudiendo declinar el ejercicio de su competencia en otro Estado (art. 5.2); ii) los tribunales de los otros Estados contratantes que no han sido designados a través del acuerdo de elección de foro deberán abstenerse de entrar a conocer del litigio (art. 6); y iii) la sentencia dictada por el tribunal de un Estado contratante designado en virtud de un acuerdo exclusivo de elección de foro deberá ser reconocida y ejecutada por los tribunales del resto de los Estados contratantes (art. 8).

1. *Internacionalidad de los casos*

Estamos ante un Convenio con un doble carácter, que regula la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de las sentencias resultantes de los acuerdos de elección de foro. En consecuencia, el concepto de internacionalidad debe entenderse desde esta doble naturaleza del Convenio. Así, a los fines de la competencia judicial una situación es internacional siempre que las partes tengan su domicilio en un Estado contratante diferente al designado a través del acuerdo de elección de foro, y la relación entre las partes y todos los elementos relevantes de la disputa no se encuentren en el Estado cuyos tribunales han sido elegidos por las partes (art. 1.2).²⁶ En cuanto al reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras la internacionalidad del caso viene determinada únicamente por el origen de la misma, esto es, cuando la resolución judicial procede del tribunal de otro Estado contratante (art. 1.3).

Sin embargo, los Estados pueden redefinir los términos de la internacionalidad en los cuales resulta aplicable el Convenio. Así, en cuanto a la competencia judicial se les permite a los Estados la posibilidad de declarar que sus tribunales puedan rechazar el conocimiento de una causa cuando no existe ninguna vinculación entre el Estado designado, a través del acuerdo de elección de foro, con las partes y la disputa, con la única excepción de la localización del tribunal elegido (art. 19).

En la práctica los tribunales son flexibles al aceptar la jurisdicción prorrogada cuando el demandado se ha sometido voluntariamente,

²⁶ Cordero Álvarez, Clara Isabel: *La cláusula atributiva de jurisdicción en el conocimiento de embarque*. En: *Anuario Jurídico y Económico*, Vol. XLI, 2008, p. 206, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2567880>, consultada el 14/07/2013.

considerando como suficiente la simple manifestación de voluntad de las partes para que se produzca la prórroga.²⁷

También, en el campo del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, los Estados podrán declarar que sus tribunales nieguen el reconocimiento y ejecución de aquellas resoluciones dictadas por tribunales de otro Estado contratante cuando las partes estén domiciliadas en el mismo Estado requerido, y la relación de las partes y los otros elementos relevantes del litigio, distinto a la localización del tribunal elegido, estén conectados solamente con el Estado requerido (art. 20). Con lo cual se rechaza la posibilidad de internacionalizar una relación jurídica por la sola elección de un tribunal extranjero para conocer del asunto.

2. Acuerdos exclusivos de elección de foro

Los acuerdos exclusivos de elección de foro constituyen la piedra angular sobre la que se articula el Convenio de La Haya bajo análisis. Las partes pueden elegir litigar en uno de los Estados con los cuales tienen vinculación, por lo general aquel en el cual se encuentra su domicilio, pero también pueden designar a los tribunales de un tercer Estado, con el cual las partes o la relación jurídica que las une, presente o no vinculación.

Cuando las partes se inclinan por la elección del tribunal de un tercer Estado dicha elección encuentra su justificación en la búsqueda de un foro «neutral», con lo cual ninguna de las partes tiene la posibilidad de gozar de la ventaja de acudir a sus propios tribunales. También puede suceder que la elección de los tribunales de un determinado Estado se realice por considerarlos los más adecuados para conocer del litigio, pues dicho Estado es el centro principal de ciertas operaciones (comercio marítimo, inversiones, banca, petróleo, etc.).²⁸ Cuando las empresas desarrollan actividades en varios Estados, la elección de un foro determinado permitirá la concentración de los litigios ante los tribunales de uno de ellos y, de este modo, asegurarán una mejor defensa y reducirán los costos de sus litigios.²⁹

El Convenio señala siete causales bajo los cuales los tribunales de los Estados Parte podrán declinar el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras dictadas por el tribunales elegido (art. 9). Sin embargo, en la práctica de los tribunales de EE.UU. el reconocimiento y ejecución bajo la Convención de Nueva York y la Ley Uniforme sobre

²⁷ Haines Haines, Avril D: *Choice of Court Agreements in International Litigation: Their use and legal Problems to which they give rise in the context of the interim text*. Documento Preliminar N° 18, febrero de 2002, General Affairs, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, p. 5, disponible en <http://www.hcch.net>, consultada el 15/06/2013

²⁸ Pérez Pacheco, Yaritza: *La Jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*. Caracas, UCV, 2008, pp. 160 y ss.

²⁹ Pérez Vera, Elisa: *Derecho Internacional Privado*. Madrid, Colex, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2ª edición. Vol. I., 2000, pp. 358-359.

reconocimiento de sentencias en materia monetaria sugiere que los tribunales americanos pueden invocar una causal negativa más: la falta de jurisdicción del tribunal sobre las partes.³⁰

a. *Definición de acuerdo exclusivo de elección de foro*

Siguiendo el articulado del Convenio podemos definir un acuerdo exclusivo de elección de foro como aquel concluido por dos o más personas, por escrito u otro medio equivalente, siempre que pueda ser accesible la información para su ulterior consulta (art. 3, literal c), con la finalidad de designar el tribunal competente, con exclusión de cualquier otro, para conocer de los litigios que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una relación jurídica concreta de naturaleza civil o mercantil con elementos de extranjería (art. 3).

La fórmula adoptada en el Convenio toma en consideración otros problemas en torno a la validez formal, entre los cuales destacan los derivados de los acuerdos de elección de foro celebrado en línea (*online*), en los cuales se presenta el dilema de establecer cómo cumplir con los tradicionales requisitos: «escrito», «firmado» y «original». La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Firma Electrónica pretende dar solución a estos problemas proporcionando «equivalentes funcionales» para estos casos.³¹

El eficaz funcionamiento del acuerdo de elección de foro está relacionado con los efectos que produzcan las mismas, dado su carácter concurrente o exclusivo. Esto es, dependiendo del número de Estados cuya jurisdicción ha sido derogada, se puede hablar de cláusula de elección de foro «concurrente» o «exclusiva». En ambos casos deben examinarse los ordenamientos jurídicos de los Estados involucrados.³²

Así, cuando se está en presencia de un acuerdo de elección de foro exclusivo, nos encontramos con diferentes métodos de interpretación, noción que varía de Estado a Estado. Conscientes de estas diferencias en la calificación y tratamiento de la exclusividad o concurrencia del acuerdo de elección de foro, el Convenio ha incluido en su definición un literal en el cual se hace énfasis en que dicho acuerdo se

³⁰ Edsall, Caroline: *Implementing the Hague Convention on Choice of Court Agreements in the United States: An opportunity to clarify recognition and enforcement practice*. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 120, N° 2, Noviembre 2010, pp. 398-399.

³¹ Aprobada por la UNCITRAL el 05/07/2001. Hasta la fecha se han promulgado 5 legislaciones inspiradas en esta Ley modelo y en sus principios: Arabia Saudita (2007); Costa Rica (2005); Guatemala (2009); Nicaragua (2010); Omán (2008). En otras legislaciones también se recoge este principio, es el caso de: Tailandia (2001), México (2003), China (2004), Vietnam (2005) y Venezuela (2001), cuyo Decreto Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas recoge el principio de equivalente funcional (art. 4).

³² Hernández-Breton, Eugenio: *Comentario del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado*. En: Tatiana B. de Maekelt, Coordinadora: *Ley Comentada de Derecho Internacional Privado*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 1007-1008.

reputará exclusivo salvo que las partes expresamente dispongan lo contrario (Art. 3.b). Esto viene a resolver un problema importante, ya que no es necesario discutir sobre la exclusividad o no del acuerdo.

En países como Reino Unido y España se admiten demandas de daños y perjuicios por violación de un acuerdo de elección de foro, las cuales consisten en plantear la acción sobre el fondo del litigio ante una jurisdicción no elegida.³³

En España se empieza a conocer de las acciones por violación de cláusulas de elección de foro; la violación consiste en plantear la acción sobre el fondo del litigio ante una jurisdicción no elegida.³⁴ La respuesta tradicional a los supuestos de violación de acuerdos de elección de foro en el Reino Unido ha sido el *stay of proceedings*, si la cláusula es a favor de una jurisdicción extranjera, o emitir una *antisuit injunction*, si es a favor de la propia, la misma tendencia se siguen en EE.UU. En España, la primera decisión sobre los daños causados por violación de un acuerdo de elección de foro en el ámbito internacional es la del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2009. Es cierto que como antecedente cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2007: pero no hubo reflexión del Tribunal a propósito del punto que interesa, ni, probablemente, conciencia de su problemática específica.³⁵ Esta problemática presenta algunas dudas, a favor y en contra.

La primera de las dificultades que ha debido ser salvada radica en la negativa a derivar efectos sustantivos de una cláusula, como es la de elección de foro, cuya finalidad primaria es procesal; en otras palabras, se trata del viejo debate sobre la naturaleza procesal o material del acuerdo de elección de foro.³⁶ En la práctica el problema consiste en determinar cuál es el valor que debe dársele a la cláusula, por parte del foro no elegido, en la demanda de indemnización en otro foro. En este contexto, como consecuencia del reconocimiento automático propio del régimen comunitario, la posibilidad de que un Estado miembro otorgue daños por la violación de una cláusula de elección de foro desaparece si ya otro Estado se ha pronunciado (de manera implícita o explícita) sobre la cláusula, considerándola inválida. Para este supuesto propone aún la doctrina reclamar daños desde la responsabilidad extracontractual.³⁷

Las normas sobre litispendencia internacional persiguen erradicar las prácticas abusivas que se producen cuando un tribunal no designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro recibe la demanda en

³³ Requejo Isidro, Marta: *Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: estado de la cuestión*. En: *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, 2009.

³⁴ Requejo Isidro, *cit.* nota 33, p. 2.

³⁵ Requejo Isidro, *cit.* nota 33, p. 3.

³⁶ Requejo Isidro, *cit.* nota 33, p. 3.

³⁷ Requejo Isidro, *cit.* nota 33, pp. 12-13.

primer lugar y el tribunal designado en el acuerdo recibe una demanda posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto y causa.³⁸

Las legislaciones internas suelen establecer, de las maneras más diversas, los requisitos formales que debe reunir un acuerdo de elección de foro para considerarse válido. En ocasiones, estas exigencias, pueden llegar a frustrar la intención de las partes en la celebración de este tipo de acuerdos. Pero estos requisitos son necesarios para reconocer la validez del acuerdo y, por tanto, no tienen una función meramente probatoria. La exigencia de requisitos de forma se fundamenta en la necesidad de demostrar la existencia de una verdadera voluntad de las partes, lo que supone un intercambio de consentimientos entre ellas,³⁹ como también en el otorgamiento de seguridad a las legítimas expectativas de las partes.

V] Los acuerdos de elección de foro en la codificación internacional e interna latinoamericana

El Convenio se adoptó con el objeto de impulsar el comercio internacional y las inversiones a través de un marco legal que garantice tanto la efectividad de los acuerdos de elección de foro, como el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en las transacciones comerciales. El Convenio nos hace albergar esperanzas en la consecución de este espacio, pero esto depende, principalmente, del número de Estados miembros. Así, el Convenio se presenta como un instrumento capaz de dotar a los operadores comerciales de una alternativa en el ámbito jurisdiccional, y no únicamente arbitral.

El Convenio se constituye en un instrumento adecuado para facilitar y dar seguridad al tráfico comercial internacional con una nueva y mejor técnica legislativa, en comparación con los anteriores convenios elaborados por la Conferencia de La Haya en esta materia, los cuales contenían inexactitudes que no respondían a las diferentes realidades jurisdiccionales existentes.

El Convenio sobre acuerdos de elección de foro viene a fortalecer la intervención de la autonomía de las partes en materia de jurisdicción, con lo cual se producen los siguientes efectos: ampliar la jurisdicción de un Estado a supuestos no previstos por su sistema normativo (*prorrogatio fori*) o excluir la jurisdicción de un Estado que pudiese tener jurisdicción para conocer del asunto (*derogatorium fori*).

³⁸ Ver solución prevista en el art. 31.2 del Reglamento 1215/2012. Suderow, *cit.* nota 18, p. 192.

³⁹ Ver por ejemplo el Art. 23 del Reglamento N° 44/2001 y el Informe de P. Jenard sobre el Convenio de Bruselas de 1968, DOCE, C N° 189, del 28/06/1990. Fernández Masía, Enrique: *Cláusulas de Sumisión en Contratos Electrónicos Internacionales*. En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 5, 2002, disponible en <http://www.reei.org>, consultada el 10 de julio de 2005.

Por su parte, la competencia territorial de los tribunales de un Estado elegido por las partes a través de un acuerdo de elección de foro deberá determinarse en cada caso concreto y en cada país de acuerdo con sus propias normas.⁴⁰

Sin duda, el Convenio de La Haya podrá contribuir a proporcionar seguridad jurídica, ya que las partes podrán elegir el tribunal que consideran convenientes para resolver sus controversias garantizando: i. La abstención de los tribunales de los demás Estados contratantes de entrar a conocer del asunto y, ii. El reconocimiento y ejecución de la sentencia dictada por el tribunal elegido por el resto de los estados contratantes.⁴¹

Varias iniciativas se han presentado en el continente americano para la entrada en vigor del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, el cual es compatible con la codificación regional y subregional en la materia y la normativa interna de un importante número de países. Destacaremos las iniciativas de los países latinoamericanos, haciendo hincapié en los instrumentos internacionales en vigor.

Como señaláramos en las consideraciones preliminares a este estudio, el Convenio sobre acuerdos de elección de foro se encuentra estrechamente vinculado a otros instrumentos jurídicos internacionales vigentes entre los países latinoamericanos.

En efecto, la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, adoptada en Montevideo en 1979, en su artículo primero establece que la Convención se aplicará a las sentencias y laudos en materia civil, comercial o laboral, en uno de los Estados parte, a menos que al momento haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial. Enumerando ciertas formalidades que las sentencias y laudos deben cubrir para tener eficacia extraterritorial.⁴² Por su parte, la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, en sus primeros artículos enumera los criterios de la competencia en la esfera internacional, tales como que el demandado haya tenido su domicilio dentro de un Estado parte donde fue pronunciada la sentencia; en caso de acciones, que su establecimiento principal estuviera constituida en un Estado parte. A diferencia del Convenio sobre

⁴⁰ Garau Sobrino, Federico F.: *Los acuerdos atributivos de jurisdicción en derecho procesal civil internacional español*. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, N° 2, 2010, p. 54.

⁴¹ Comunicado 258 de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, del 01/10/2007, disponible en www.sre.gob.mx, consultado el 10/10/2009.

⁴² Pérez Pacheco, Yaritza: *La Sentencia Extranjera en Venezuela*. Caracas, UCV, 2011, pp. 85-88. De la misma autora: "Declaración previa de eficacia y ejecución de sentencia extranjeras en Venezuela". En: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N° 27, 2010, pp. 47-48. "Los aportes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en materia de arbitraje internacional". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 121, enero-abril, 2008, pp. 380-383.

acuerdos de elección de foro, en donde se considera internacional una situación cuando se solicite el reconocimiento o ejecución de una resolución extranjera, estableciendo igualmente que la jurisdicción pertenecerá al Estado miembro del Convenio, escogido entre las partes contratantes.

En el marco de la normativa vigente en el marco del Mercosur, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual reglamenta la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales en materia civil y comercial, celebrados entre particulares, ya sean personas físicas o morales. En efecto, en los estados parte del MERCOSUR, las partes pueden elegir entre los tribunales nacionales de estos Estados, aquél a cuya jurisdicción someten sus controversias, privilegiándose así la autonomía de las partes como criterio atributivo de jurisdicción (acuerdo de elección de foro),⁴³ para conocer de los conflictos que surjan en los contratos internacionales, en materia civil o comercial, celebrados entre personas físicas o jurídicas, con domicilio o sede social en diferentes Estados Miembros, o cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Miembro y además se hubiere hecho un acuerdo de elección a favor de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción del Protocolo (art. 1).

Por su parte, el Protocolo de Las Leñas, considerado el instrumento más importante y de mayor utilidad en el bloque del Mercosur,⁴⁴ establece entre las condiciones para la eficacia extraterritorial de las sentencias en los Estados Parte que la misma emane de un órgano jurisdiccional competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional (art. 20 c). Además, se exige que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo recaído entre las mismas partes, fundada en los mismos hechos y que tuviere el mismo objeto en el Estado requerido (art. 22).

Obsérvese que los Protocolos persiguen un objetivo similar de regulación de la cooperación judicial internacional mediante reglas uniformes de competencia y de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial. La aplicación armónica de dichos instrumentos con el Convenio de La Haya encuentra su fundamento en el artículo 26 de este último.

En Paraguay, se ha afirmado que la entrada en vigor de este instrumento significaría un paso adelante en la construcción de un orden jurídico internacional unificado, se encamina al establecimiento de un espacio jurídico internacional común en el ámbito procesal. Entre los

⁴³ Araujo, Nadia de: *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 5ª edición, 2011, pp. 99-100. Beltrame, Adriana: *Reconhecimento de sentenças estrangeiras*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, pp. 108-109.

⁴⁴ Araujo, *cit.* nota 43. Tiburcio, Carmen: "Cooperação jurídica internacional em matéria civil". En: *Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 1, N° 1, 2013, pp. 65-73.

académicos paraguayos se considera que la ratificación del Convenio es un hecho que refrendaría su buen hacer en el ámbito de la Conferencia de La Haya, tiene como argumento a favor que, en virtud al mismo, se logrará mejorar la seguridad jurídica del país, respaldando una acción encaminada a lograr mayores compromisos. En efecto, sería absurdo que la ley paraguaya obstaculice la elección del tribunal competente, pues dicha elección no afecta al orden público ni a las costumbres de nuestro país. En efecto, el Convenio está pensado para “facilitar” las relaciones entre las personas que ejercen alguna actividad económica y darles mayor seguridad y autonomía. Sin embargo, una vez ratificado el Convenio, será necesario realizar una modificación del ordenamiento jurídico, pues según lo dispuesto por el derecho positivo vigente existen artículos en varias leyes que colisionan con lo establecido en el Convenio.⁴⁵

Con la ratificación del Convenio de La Haya se incorporarían a los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos una serie de principios en materia de acuerdos de elección de foro que redundarían en la mejor estructuración de las disposiciones sobre la materia.

VI] Conclusiones

Sin duda alguna, el Convenio está concebido para contribuir a proporcionar seguridad jurídica en los negocios internacionales ya que permite a las partes, en los contratos internacionales, no sólo recurrir al

⁴⁵ Ley 1337. Código Procesal Civil. Art. 3°.- Carácter de la competencia. La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptuase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales.

Ley 879. Código de Organización Judicial. Art.6°.- La jurisdicción es improrrogable, salvo la territorial, que podrá prorrogarse por conformidad de partes en los juicios civiles y comerciales, y tampoco podrá ser delegada. Los Jueces y Tribunales conocerán y decidirán por sí mismos los juicios de su competencia, pero podrán comisionar cuando fuere necesario, a otros Jueces para diligencias determinadas.

Art.11. La competencia en lo civil, comercial, laboral y contencioso administrativo se determina por el territorio, la materia, el valor o cuantía de los asuntos, el domicilio o la residencia, el grado, el turno y la conexidad.

Como se puede apreciar, la prórroga de la competencia a favor de jueces extranjeros por acuerdo de las partes tiene una prohibición en el Código Procesal Civil, a menos que se establezca una ley especial. El mismo artículo dispone la mejor alternativa para el Convenio. Se considera que no solo sería conveniente una “modificación de la ley vigente” sino en cambio sería mucho más favorable sancionar una Ley especial para regular lo dispuesto por el Convenio. *Cfr.* Franco, Mariel; Giret, David; Gauto, Alicia; Maldonado, Miguel. Conclusiones y recomendaciones al Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección del Foro. Disponible en <http://www.cedep.org.py/wp-content/uploads/2013/04/Conclusiones-y-recomendaciones.pdf>, consultada el 20/07/2013.

foro jurisdiccional de su elección sino también, asegurar que las decisiones judiciales que se dicten por el tribunal elegido tengan validez en los otros Estados Partes y, en consecuencia, sean reconocidas y ejecutadas por los otros Estados. La ratificación del Convenio por Venezuela contribuiría a la estructuración de un conjunto de reglas en la materia que tome en consideración no sólo la admisión de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de jurisdicción sino también, los efectos tanto sustantivos como procesales que las mismas traen aparejados.

Bibliografía

Álvarez de Sotomayor, Silvia Feliu (2012): El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho Internacional Privado. En: Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 4, N° 2, octubre.

Araujo, Nadia de (2011): *Direito Internacional Privado. Teoría e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 5ª edición.

Beltrame, Adriana (2009): Reconhecimento de sentenças estrangeiras. Rio de Janeiro: GZ Ed.

Burbank, Stephen B. (2006): Federalism and Private international law: implementing the Hague Choice of court Convention in the United States. En: Journal of Private International Law, Vol. 2, N° 2, October.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2008): "Outline Hague Choice of Court Convention," disponible en <http://www.hcch.net>

_____ (2011): Conclusions & Recommendations First Gulf Judicial Seminar on Cross-Frontier Legal Cooperation in Civil and Commercial Matters, Qatar, Doha, 20 to 22 June 2011. Disponible en http://www.hcch.net/upload/2011_doha_conc_en.pdf

_____ (2005): Acta Final de la Vigésima Sesión, disponible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=98

Cordero Álvaro, Clara Isabel (2008): "La cláusula atributiva de jurisdicción en el conocimiento de embarque". Anuario Jurídico y Económico Escurialense, vol. XLI.

Edsall, Caroline (2010): Implementing the Hague Convention on Choice of Court Agreements in the United States: An opportunity to clarify recognition and enforcement practice. En: The Yale Law Journal, Vol. 120, N° 2, November.

De Miguel Asensio, Pedro (2013): El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones. En: La Ley, Año XXXIV, N° 8013, 31/01/2013.

Dessemontet, François (2009): Los principios del American Law Institute: propiedad intelectual y litigios transfronterizos, Facultad de Derecho, Université de Lausanne, Barcelona, Mayo.

Franco, Mariel; Giret, David; Gauto, Alicia; Maldonado, Miguel. Conclusiones y recomendaciones al Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección del Foro. Disponible en <http://www.cedep.org.py/wp-content/uploads/2013/04/Conclusiones-y-recomendaciones.pdf>

Federación Interamericana de Abogado (2013): Declaración recomendando la adhesión o ratificación de Convenios de La Haya sobre cooperación jurídica y litigios internacionales, Washington, D.C., 24 de junio de 2013.

Fernández Masía, Enrique (2002): "Cláusulas de Sumisión en Contratos Electrónicos Internacionales." Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 5, disponible en <http://www.reei.org>

Garau Sobrino, Federico F. (2010): «Los acuerdos atributivos de jurisdicción en derecho procesal civil internacional español» Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 2, N° 2.

González Martín, Nuria; León Vargas, Alejandro y Cuevas Tavera, Marisol (2011): México y la Convención de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 22, Diciembre.

Haines Haines, Avril D (2002): "Choice of Court Agreements in International Litigation: Their use and legal Problems to which they give rise in the context of the interim text." Documento Preliminar N° 18, febrero de 2002, General Affairs, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Disponible en <http://www.hcch.net>

Hernández-Bretón, Eugenio (2005): "Comentario del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado." Ley Comentada de Derecho Internacional Privado (Tatiana B. de Maekelt, Coordinadora). Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Matthias Herdegen (2012): Derecho Económico Internacional, Colección Textos de Jurisprudencia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung-Universidad El Rosario-UNAM.

Pérez Pacheco, Yaritza (2011): *La Sentencia Extranjera en Venezuela*. Caracas, UCV.

_____ (2010): "Declaración previa de eficacia y ejecución de sentencia extranjeras en Venezuela". En: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N° 27.

_____ (2008): *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

_____ (2008): "Los aportes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en materia de arbitraje internacional". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 121, enero-abril.

Pérez Vera, Elisa (2000): *Derecho Internacional Privado*. 2ª edición. Vol. I. Madrid: Colex, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Requejo Isidro, Marta (2009): "violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: estado de la cuestión". *Revista electrónica de Derecho Internacional*.

Secretaría de Relaciones Exteriores de México, Comunicado 258 del 01/10/2007, disponible en www.sre.gob.mx

Suderow, Julia (2013): *Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?* En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, N° 1, marzo.

Tiburcio, Carmen (2013): "Cooperação jurídica internacional em matéria civil". En: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 1, N° 1.

El Derecho Internacional Privado en México y Venezuela: tres puntos de coincidencia

YARITZA PÉREZ PACHECO¹
MIRIAN RODRÍGUEZ REYES²

Resumen. México y Venezuela han estado vinculados a lo largo de las tres últimas décadas por el Derecho Internacional Privado a través de la codificación, la actividad académica y la cooperación judicial internacional. Uno de los puntos de unión se pone de manifiesto en la codificación de Derecho Internacional Privado, tanto a nivel de fuentes internacionales como nacionales. En México, bajo la vigencia de los códigos civiles de 1870 y 1884 algunos juristas comenzaron a preocuparse por la enseñanza del Derecho Internacional Privado. Por su parte, en Venezuela el Derecho Internacional Privado nace en las aulas universitarias en 1897, no obstante, el interés de la academia se extendió al ámbito legislativo, aprobándose en 1998 la primera Ley de Derecho Internacional Privado en el continente americano, después de un largo y agreste camino recorrido; camino que sigue su curso y permite que el Derecho Internacional Privado siga evolucionando.

Palabras clave: Venezuela y México, Derecho Internacional Privado.

Abstract. Over the past three decades, Mexico and Venezuela have been connected by private international Law through codification, academic activities and international judicial cooperation. In the codification of private international Law, both in the level of national and international sources, a strong connecting point is revealed. In Mexico, certain jurists began to show interest regarding the teaching of private international Law, under the civil codes of 1870 and 1884. Meanwhile in Venezuela, private international Law is born in 1897 in the classrooms of the universities. Nonetheless, the interest of these academies extended to the legislative area, paving the way for the adoption in 1998 of the first private international Law in the Americas.

¹ Directora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universal Central de Venezuela. Investigador-Docente y Profesora de pre y postgrado, Universal Central de Venezuela. Investigadora nivel A, Programa de Estímulo a la Innovación e Investigación (PEII).

² Profesora de pregrado en la cátedra de Derecho Internacional Privado, Universidad Metropolitana (UNIMET), y postgrado, Universidad Central de Venezuela. Directora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos, UNIMET.

Keywords: Venezuela and Mexico, Private International Law.

México y Venezuela han estado, especialmente a lo largo de las tres últimas décadas, estrechamente vinculados por el Derecho Internacional Privado a través de la codificación, la actividad académica y la cooperación judicial internacional. En estas breves notas presentaremos los aspectos más relevantes en cada uno de estos estratos en que se ha manifestado tal vinculación, como ejemplo vívido de ello y como contribución al acervo de las experiencias comunes que en esta rama del Derecho nos unen y seguramente seguirán uniéndonos, esta vez, con ocasión de la celebración de los 15 años de edición ininterrumpida de la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

Uno de los puntos de unión se pone de manifiesto en la codificación de Derecho Internacional Privado, tanto a nivel de fuentes internacionales como nacionales. En el ámbito de las fuentes internacionales, entre México y Venezuela se encuentran vigentes un número importante de tratados internacionales. Especial énfasis merece la codificación interamericana promovida y auspiciada por la Organización de Estados Americanos, en cuyo marco encontramos quizás la expresión más patente de esta relación, ambos países son partes de las Convenciones Interamericanas sobre: Conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (1975), Arbitraje comercial internacional (1975), Exhortos o cartas rogatorias (1975) y su Protocolo adicional (1979), Recepción de pruebas en el extranjero (1975) y su Protocolo adicional (1984), Régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (1975), Conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (1979), Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (1979), Normas generales de Derecho Internacional Privado (1979), Prueba e información acerca del derecho extranjero (1979), Restitución internacional de menores (1989), y Derecho aplicable a los contratos internacionales (1994). Respecto a esta última Convención, destaca la particularidad de ser nuestros países los únicos entre los cuales se encuentra vigente.

En México, bajo la vigencia de los códigos civiles de 1870 y 1884 algunos juristas comenzaron a preocuparse por la enseñanza del Derecho Internacional Privado³. Por ejemplo, José Algara, con su obra *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, publicada en 1889; Manuel Escalante presenta como tesis profesional un trabajo titulado "Conflicto de leyes relativas a la capacidad de la sociedades mercantiles por acciones", en 1892⁴; Emilio Velasco, pronuncia un discurso sobre las "Facultades federales de legislación en materia de ejecución de sentencias

³ Silva, Jorge Alberto, *Nuestros juristas, la tradición iusinternacional privatista en México, Manuel Escalante*, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N° 29, septiembre 2011, p. 121.

⁴ *Idem*.

extranjeras"; en 1895⁵; Francisco J. Zabala, con su obra *Elementos de Derecho Internacional Privado* de 1903; y Luis Pérez Verdía, con su *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, publicado en 1908⁶.

Por su parte, en Venezuela el Derecho Internacional Privado nace en las aulas universitarias en 1897, no obstante, el interés de la academia se extendió al ámbito legislativo, aprobándose en 1998 la primera Ley de Derecho Internacional Privado en el continente americano, después de un largo y agreste camino recorrido. Por ello, se afirma que esta materia por muchos años sólo tuvo interés para los profesores universitarios, no haciéndose sentir en la práctica judicial.

En cuanto a las fuentes nacionales, debe decirse que los intentos de codificación interna de las normas de Derecho Internacional Privado de manera autónoma, son de vieja data. En Venezuela, a doce años de vigencia de la Ley especial en la materia, el balance es altamente positivo, tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina, incluso, ha servido de inspiración a los países americanos para impulsar sus reformas internas en la materia y, en parte, lo ha sido para el proyecto mexicano. Una revisión general nos permite identificar los países que han modificado sus normas de Derecho Internacional Privado, regulándolas de manera conjunta y agrupándolas en un único cuerpo normativo o ampliando los existentes, podemos citar, entre otros: Albania, Australia, Austria, Bélgica, China, Eslovenia, Estonia, Hungría, Italia, Japón, Polonia, Portugal, Rumania, Suiza y Turquía. Y entre los que han iniciado un camino en esta dirección, destacan los Proyectos de Argentina, Uruguay, México y España.

De esta revisión se observa como los sistemas de Derecho Internacional Privado del hemisferio americano no escapan de la dispersión normativa a la que estamos acostumbrados y, salvo Venezuela con una regulación autónoma en la materia, en el resto de los países se encuentran distribuidos y fraccionados en distintos cuerpos legislativos y leyes especiales precedidos, en algunos casos, por el título preliminar del código civil en el que concurren la mayor parte de sus normas⁷.

Como fiel expresión a la necesidad de una ley autónoma en la materia, algunas voces se han hecho sentir. De esta manera, la profesora argentina Sara Feldstein de Cárdenas, considera que *no puede amputarse el objeto de la disciplina e ignorarse la necesidad de su tratamiento legislativo en una futura, añorada, esperada Ley de Derecho*

⁵ Silva, Jorge Alberto, *Nuestros juristas, la tradición iusinternacional privatista en México*, Emilio Velasco", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N° 29, septiembre 2011, p. 119.

⁶ Siqueiros, José Luis, Prologo a la Primera Edición de la obra *Derecho Internacional Privado* de Leonel Pereznieta Castro, 1980.

⁷ Magallón Elósegui, Nerea, *La reforma del sistema de Derecho Internacional Privado en la República Argentina*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, diciembre, 2007, <http://www.reei.org/index.php/revista/num14>

*Internacional Privado, en un código de derecho internacional para la República Argentina. Quizás alguien escuche nuestro sincero clamor*⁸.

En tanto que el Maestro mexicano Jorge Alberto Silva Silva, al analizar la nueva Ley de la República Popular China sobre la materia, nos advierte: *Las leyes de Derecho Internacional Privado especializadas para cada Estado de la comunidad internacional parecen que van proliferando en el mundo, lo que es signo de que cada país está consciente de su participación en las relaciones internacionales y que éstas se han intensificado*⁹.

Por otra parte, los nexos entre los maestros y profesores de Derecho Internacional Privado mexicanos y venezolanos se han manifestado primordialmente a través de la academia y de sus principales representantes, como Tatiana B. de Maekelt, cultora del Derecho Internacional Privado venezolano, y Leonel Pereznieto Castro, motor de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado con proyección mundial.

La relación entre Tatiana y Leonel se inició a partir de la representación de ambos, por sus respectivos países, en la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado. Lo que siguió a ese punto de partida fue una relación amistosa signada por el respeto y la admiración mutua, así como por el deseo común de labrar el desarrollo de la disciplina, cada uno, desde sus respectivas trincheras y con los medios puestos a su alcance. A partir de allí devino un intercambio académico de gran significación para nuestros países.

En 1982, Leonel Pereznieto visitó Venezuela con ocasión a la celebración del XI Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en Caracas del 19 de agosto al 5 de septiembre de ese año, evento que Tatiana Maekelt promovió activamente poniendo especial empeño para su realización. En ese entonces, Pereznieto presentó una ponencia nacional sobre el tema *What law determines the liability of marketable share company for obligations on a foreign subsidiary*.

Además, una de las obras más significativas realizadas por Maekelt ha servido de plataforma para estrechar aun más los nexos entre las escuelas venezolana y mexicana. Esta es, la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, cuya sede se encuentra en la Universidad Central de Venezuela. En el seno de la Maestría se han recibido a destacados académicos internacional privatistas de diversas partes del mundo, como muestra de la visión comparada de Derecho

⁸ Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, *Panorama del sistema de Derecho Internacional Privado argentino en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Brasil, Câmara de Arbitragem Empresarial, http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=45.

⁹ Silva Silva, Jorge Alberto, *La República Popular China estrena una ley sobre la aplicación de la ley a las relaciones civiles vinculadas con el extranjero*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 863-873, <http://www.juridicas.unam.mx>

Internacional Privado que nuestra maestra insistía que sus discípulos obtuvieran.

Leonel Pereznieto fue uno de los primeros profesores extranjeros invitados a dictar clases en la Maestría, y quienes fuimos en ese escenario sus alumnos recordamos con gran satisfacción su curso sobre garantías mobiliarias y cesión de créditos internacionales. En 2002 regresó con el curso sobre arbitraje comercial internacional, y en mayo de 2007, gracias a la organización y colaboración de la Universidad Central de Venezuela, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Centro de Estudios de Derecho Internacional Privado y Comparado (CEDE), las nuevas generaciones de internacional privatistas venezolanos pudieron escucharlo a través de la videoconferencia *El impacto de la globalización en el Derecho Internacional Privado*.

En ese espacio de convergencia académica, la escuela mexicana se ha hecho presente en la Universidad Central de Venezuela con los profesores Jorge Alberto Silva Silva, Nuria González Martín y Mario de La Madrid Andrade, en 2002, 2010 y 2011, respectivamente, con cursos de gran interés y actualidad en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

Continuando la relación académica, un pequeño grupo de egresados de la Maestría, hemos sostenidamente asistido, desde el año 2005, a la celebración de los seminarios que anualmente realiza la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Esto es el reflejo de una de las acciones de acercamiento que nuestra maestra promovía constantemente entre sus seguidores.

El reconocimiento mutuo entre los maestros Maekelt y Pereznieto se vio proyectado en los homenajes que sus colegas y discípulos les rindieran. Así, él participó en el *Liber Amicorum—Homenaje a la obra científica y académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, a través de la publicación *Elementos para la redefinición del concepto de Soberanía*¹⁰. Ella, fue oradora de orden en el homenaje rendido a Pereznieto en 2007, en la Ciudad de México, en el marco del XXX Seminario organizado por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Pero la incorporación de ambos a las academias de nuestros países ha sido el mejor ejemplo de aquel reconocimiento mutuo que caracterizó esa relación. Maekelt fue miembro honorario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, en tanto que a Pereznieto, en el año 2010, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela lo distinguió como miembro corresponsal, distinción que Maekelt promovió con empeño mientras ocupó el cargo de Presidenta de esa corporación académica, pero que su inesperada muerte no permitió entregársela personalmente.

¹⁰ *Liber Amicorum—Homenaje a la obra científica y académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, Tomo I, Capítulo Derecho Internacional Público, Ed. Instituto de Derecho Privado, Caracas, Venezuela, 2001, pp. 457-471.

También desde la cooperación judicial internacional son ostensibles los vínculos de Derecho Internacional Privado entre México y Venezuela. Un importante flujo de actividad cooperacional se manifiesta entre ambos países, especialmente en el ámbito de la cooperación de primer grado concerniente a la práctica de actos de mero trámite, siendo México, junto con Argentina, Chile, Colombia, Estados Unidos de América, Panamá y Perú, uno de los países con los cuales la asistencia se muestra más activa. Asimismo, en la cooperación de tercer grado, relativa a la eficacia extraterritorial de sentencias, destaca un significativo intercambio. En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano en varias ocasiones ha conocido de sentencias de divorcio emitidas por tribunales mexicanos cuyo reconocimiento y ejecución se pretende en territorio venezolano.

En fin, el Derecho Internacional Privado mexicano y venezolano encuentran hoy puntos de coincidencia en los que confluyen de alguna manera los esfuerzos, las iniciativas y el pensamiento de quienes han sido cultores de esta disciplina. La obra de los Maestros Tatiana de Maekelt y Leonel Pereznieta, ha contribuido al posicionamiento de las escuelas mexicana y venezolana en la historia del Derecho Internacional Privado en América. Las escuelas que con tanto tesón y ahínco impulsaron, seguirán recibiendo en su seno a nuevas generaciones de internacional privatistas que recorrerán el camino trazado y andado por sus maestros, conscientes del legado y de la responsabilidad de continuar estrechando vínculos en aras del desarrollo del Derecho Internacional Privado.

Aspectos prácticos de algunos de los principios de la Haya sobre contratos internacionales

LEONEL PEREZNIETO CASTRO¹

SUMARIO: I. Antecedentes II. El contexto de los trabajos de la conferencia permanente III. Comentario a los principios IV. Conclusiones.

Resumen. El tema de la ley aplicable a los contratos internacionales tiene ya una larga trayectoria en el seno de la Conferencia Permanente de La Haya (Conferencia Permanente), a la que nos referiremos brevemente para luego abordar el encuadre de estos trabajos dentro de la Conferencia Permanente y terminar con un comentario práctico a algunos de los Principios que nos ocupan.

Palabras clave: Contratos internacionales, principio de la Haya.

Abstract. *The determination of the applicable law to international contracts is a timeless subject within the Hague Conference for International Law, such matter will be briefly addressed in order to continue with the analysis of this efforts under the framework of the Permanent Conference, and finally exposing a practical commentary to various related Principles.*

Keywords: *International Contracts, Conflict of Law, principles of The Hague*

I] Antecedentes

Los procesos de Derecho Uniforme han impactado al derecho internacional de la familia y de los negocios, al grado que han dejado en situación de marginalidad al uso de la Regla de Conflicto, aunque también es justo decirlo, el Derecho Uniforme, por su sentido de unidad, no resuelve problemas internacionales, que solo la Regla de Conflicto, puede solucionar. Un ejemplo entre otros, lo tenemos con la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas de 2007 y su suplemento relativo a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual de 2010 que traen incluidos capítulos sobre derecho conflictual. En mi opinión, se puede seguir afirmando hoy que la tarea

¹ Profesor de Carrera de la UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado y consultor en el despacho Jáuregui, Navarrete y Del Valle (Ciudad de México)

de la Conferencia Permanente, ha sido altamente satisfactoria en la elaboración de convenciones conflictuales que han complementado los importantes trabajos de Derecho Uniforme desarrollados por UNCITRAL, el UNIDROIT y el Instituto de Derecho Internacional, como lo veremos en la segunda parte de éste trabajo. Por el momento, examinemos brevemente los antecedentes:

a. La propuesta de discutir el tema de la Ley aplicable a los contratos internacionales se inició en 2006, mediante la convocatoria que hizo el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya (El Consejo) al Buró Permanente, lo que en nuestro medio, equivale a una secretaría ejecutiva, para que preparase un estudio sobre la viabilidad de un instrumento sobre el tema. Se habló desde el principio de dos cuestiones: que el trabajo a elaborar consistiría en una rica discusión sobre la norma de conflicto, sin tener en cuenta qué tipo de instrumento contendría un eventual resultado, si Ley Modelo, Guía Legislativa o Convención internacional. El segundo aspecto, es que se tuvieran en cuenta primordialmente los aspectos prácticos del tema.

b. En la reunión de Consejo de 2008, se insistió en que el Buró Permanente de la Conferencia, prosiguiera la discusión del tema haciendo énfasis en la Autonomía de la Voluntad para contratar.²

c. En el 2010 el Consejo volvió a enfatizar que se prosiguiera con las tareas en la elaboración de un instrumento que privilegiara las reglas cuando las partes expresan su voluntad respecto a la ley aplicable pero que no se dejase de lado los casos cuando las partes omiten esa designación de ley aplicable.³

d. En sesión del Consejo de 2011 se volvió a felicitar al Buró Permanente por la labor desempeñada y el progreso de los trabajos y desempeñada y los avances logrados en esa discusión.⁴

e. Finalmente, en la sesión de 2012 el Consejo agradeció al Grupo de Trabajo el primer borrador del documento, con el título: Proyecto de La Haya de los Principios sobre ley aplicable a los contratos comerciales internacionales. (Los Principios) Estos últimos serán objeto de análisis en este trabajo, pero antes, cabe mencionar el contexto de un tema como el que la Conferencia Permanente se propuso.⁵

II] El contexto de los trabajos de la conferencia permanente

Hablar hoy en día sobre principios en materia de contratación internacional es sumamente arriesgado. Se requiere de propuestas innovadoras que aporten al conocimiento del Derecho Internacional y la

²http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=49 Ley Aplicable en Materia de Contratos Internacionales.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem.

Conferencia Permanente se ha lanzado en ese camino, en materia contractual.

Como lo veremos más adelante y como ordenó el Consejo, la discusión se centró en dos temas: a) que se discutieran nuevas alternativas del método conflictual y b) que de esa discusión, se derivaran Principios de naturaleza conflictual. De tal manera que con el aporte logrado, hoy ya resulta claro lo que se pretende alcanzar; es decir, se continúa con la tradición de la Conferencia Permanente siempre abocada al método conflictual y al mismo tiempo, se plantean Principios conflictuales que no habían sido abordados, sobre todo con mayor precisión de como lo hicieron movimientos codificadores previos, de UNIDROIT, UNCITRAL y del Instituto de Derecho Internacional⁶.

Entre los Principios aprobados por el Grupo de Trabajo sobre la elección de la ley aplicable en materia de Contratos Internacionales y dado lo limitado de esta exposición, he escogido 7 de los Principios que pasaré a comentar brevemente.

III] Comentario a los principios

a) "Artículo 1. 2º párrafo.-

A los efectos de estos Principios, (i) un contrato es internacional salvo si las partes tienen su establecimiento en el mismo Estado y la relación de las partes y los demás elementos pertinentes, sea cual fuere la ley elegida, están vinculados únicamente a dicho Estado; (ii) si una parte tiene más de un establecimiento, el establecimiento a tomar en consideración es aquel que tenga la relación más estrecha con el contrato y su ejecución, teniendo en cuenta las circunstancias conocidas por las partes o consideradas por las mismas en cualquier momento antes de la celebración o en el momento de la celebración del contrato".

En primer lugar estamos frente a un procedimiento de determinación del punto de contacto de las partes en el contrato y en consecuencia, de ley aplicable, para conocer su internacionalidad. Hay varias novedades en esta propuesta.

La primera, la determinación de la internacionalidad del contrato se define por exclusión, considerando la situación más cerrada a partir de la cual se dan los contactos del contrato con un mismo sistema jurídico; es decir, que salvo que los puntos de contacto del contrato estén vinculados con un mismo país, todos los demás elementos, apuntan hacia la internacionalidad del contrato. Una propuesta sin lugar a dudas diferente que por la amplitud que propone, resulta una solución práctica, misma que puede entender sin mayor dificultad, cualquier abogado

⁶ Sobre el tema de la codificación, consultar: Pereznieto, L. "La uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales", en: Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, N° 6, abril de 1999.

Otro aspecto que cabe resaltar, es el criterio del inciso ii) que se tomó del Art. 10 (a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa de Mercaderías de 1980, que precisó una situación que se había tornado complicada por dificultad para la determinación de la ley aplicable a una cierta empresa, cuando tiene varios establecimientos en diferentes países⁷. Los Principios han optado por el del lugar del establecimiento que tenga la relación más estrecha con el contrato. Se trata de la incorporación de un principio propio del *Common Law*, el de "La Relación más Estrecha", pero la incorporación en la regla de conflicto, de una presunción, en el sentido de que se tomará en cuenta también para esa determinación en el contacto: " las circunstancias conocidas por las partes o consideradas por las mismas en cualquier momento antes de la celebración o en el momento de la celebración del contrato" Es decir, que no sólo se toman en cuenta puntos de contacto tradicionales como el de la Relación más Estrecha, ya mencionada, sino que la regla pide una valoración de qué es lo que las partes tenían en mente antes y después de la firma del contrato, respecto de su vinculación; dicho en otras palabras, el juez o el árbitro, en su caso, no sólo tendrán que partir de un punto de contacto como usualmente se hace, sino que, deberán investigar cuáles eran las expectativas de las partes, antes y durante la firma del contrato, lo que puede constituir un elemento práctico importante. Aquí, el proyecto se sale del método tradicional para enriquecerlo con una situación de hecho que consiste en cuáles fueron las pláticas previas al contrato y cuáles eran las expectativas durante su firma y de ahí poder derivar una solución más acorde a las necesidades de las partes y menos formalista de lo que sería una norma de conflicto tradicional.

b) *Artículo 2. Libertad de elección.- 1er. Párrafo.-*

Un contrato se rige por la ley elegida por las partes.-

*En estos Principios, se entiende que la referencia a la ley incluye las reglas de derecho.- Como se expresó en los trabajos preparatorios, se trata del eje que se pretende guíe en los Principios⁸. La autonomía de la voluntad de las partes no solo se circunscribe a la ley aplicable sino que incluye "las reglas de derecho" que puede ser la *Lex Mercatoria* o bien, todas las normas vinculadas en el propio sistema jurídico de donde la ley ha sido designada. Se trata de una designación de ley aplicable*

⁷ "Si una de las partes tiene más de un establecimiento, será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y en el cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o del momento de su celebración.

⁸ Proyecto de Principios de La Haya como aprobado en la reunión de la Comisión Especial de noviembre de 2012 sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales, y recomendaciones para el comentario.

que se pide no se haga aislada, sino que se incluya su contexto legislativo y jurisprudencial.

El objetivo del proyecto de Principios de La Haya es pues la mejora de la armonización internacional de las leyes así como la promoción de la previsibilidad del resultado de un proceso de resolución de conflictos a través del principio de autonomía de la voluntad, a saber, de asegurarse de que un acuerdo de las partes sobre la ley aplicable al contrato será observado en cualquier jurisdicción que aplique estos Principios.⁹

Artículo 2, 2º párrafo. Las partes pueden elegir (i) La ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y (ii) Diferentes leyes para diferentes partes del contrato.

Como puede observarse, esta disposición admite el *depeçage* o fragmentación del contrato que permite que un solo contrato sea regido por varias leyes. Este, que es un caso real, la práctica indica que sólo es dable en contratos mayores como las grandes construcciones de infraestructura donde los participantes tienen una especialidad determinada y su trabajo se da en condiciones especializadas o bien, en contratos donde se pretende que la parte que suministre los servicios o productos se mantenga bajo el imperio de una ley que será más generosa en caso de responsabilidad extracontractual, pero no dejan de ser, casos aislados.

De acuerdo al Grupo de Trabajo. "Existen dos maneras de separar el contrato. Es posible que las partes elijan dos o más leyes distintas para regir su contrato. Esta solución se halla expresamente aceptada por ciertas codificaciones nacionales. Es asimismo posible operar una elección parcial de ley aplicable, lo que deja el resto de las obligaciones contractuales a su determinación objetiva. El Reglamento Roma I autoriza de forma expresa tal elección parcial, precisando que las partes pueden elegir la ley aplicable a solamente una parte del contrato"¹⁰.

Artículo 2, 3er Párrafo.- La elección puede modificarse en cualquier momento siempre y cuando no afecte a los derechos preexistentes de terceros.

Dentro de la lógica de la libertad de las partes para que designen, conforme a la autonomía de la voluntad, la ley aplicable a su contrato, se decidió esta disposición que permite el cambio de ley aplicable cuando las partes consideren que la ley que fue designada con anterioridad se ha quedado estrecha o no prevé los supuestos jurídicos a los cuales se obligaron cumplir las partes.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

También puede ser que la realidad dentro de la cual se firmó el contrato se ha modificado a tal grado que resulta necesario el cambio de ley aplicable al contrato.

Aparte de que una selección de esta naturaleza no debe afectar derechos de terceros, el Grupo de Trabajo dejó claro en materia de validez del contrato, lo siguiente, *El cambio de ley aplicable al contrato puede asimismo conllevar consecuencias sobre la validez formal del contrato. Teniendo en cuenta que por lo menos uno de los puntos de conexión para la validez formal del contrato viene determinado por la ley aplicable a la relación contractual, debe garantizarse que la validez formal del contrato no sea eliminada retroactivamente, lo cual viene en efecto precisado de forma expresa por el artículo 92 del proyecto de Principios de La Haya*¹¹.

Artículo. 2, 4º párrafo.- No se requiere vínculo alguno entre la ley elegida y las partes o su operación.

Nuevamente, la absoluta libertad de las partes propuesta en los Principios hace que las partes puedan elegir una ley aplicable que no tenga ningún punto de contacto con el contrato, ni con las partes y tampoco, con su transacción. El llamado "Contrato sin ley" que tanto causó inquietud en los antiguos autores europeos, es ahora una realidad. Las partes decidirán aplicar a su contrato el derecho que deseen sin preocuparse si este último tiene o no puntos de contacto, como se ha hecho tradicionalmente. Cabe apuntar que de acuerdo a la experiencia, difícilmente las partes en el contrato, vincularán éste a una ley que no tiene vínculo; sin embargo, esa posibilidad excepcional, ahora queda abierta.

Según explica el grupo de trabajo a fin de justificar su propuesta: en el pasado, a menudo se exigía la existencia de un vínculo entre la ley elegida y las partes o su contrato. La Teoría de la Localización, que consiste en excluir la ley elegida cuando no tiene vínculo con los lugares en los cuales se sitúan los elementos de la operación contractual que se aplica, todavía existente en ciertos sistemas jurídicos. En virtud de dicha Teoría, debería aplicarse la ley del Estado en el cual la transacción tiene lugar, en la medida en que es más susceptible de ser eficaz. Restringir la elección puede asimismo impedir una elección orientada de la ley aplicable, fundada por ejemplo en la voluntad de un Estado de hacer aplicar cláusulas onerosas que el sistema local no permitiría. No obstante, el abandono de la Teoría de la Localización viene sustentado por los más recientes convenios y legislaciones relativas a la ley aplicable a los contratos. De conformidad con dicha actitud contemporánea, el proyecto de Principios de La Haya no requiere una relación sustancial

¹¹ Ibidem.

con la ley elegida. La ley de un Estado sin relación con el contrato puede pues ser la norma jurídica elegida¹².

Artículo 7, Reenvío.- La elección de ley no incluye las normas de conflicto de leyes de la ley elegida por las partes, a no ser que las partes decidan sobre ello en otro sentido.

Debido a que se pretende la elaboración de normas prácticas, se excluye al reenvío a menos que las partes lo busquen en su acuerdo, la razón del grupo de trabajo para una propuesta de esta naturaleza, es: además, "El Proyecto de Principios de La Haya (tiene) como objetivo servir de ejemplo y, eventualmente, favorecer la promoción de la coordinación internacional de las soluciones a través de la uniformización del derecho internacional privado, la función del reenvío es percibida como de poca utilidad"¹³ y sobre todo, disminuye sensiblemente la certeza sobre la ley aplicable. Las partes podrán elegir la ley aplicable al contrato pero si a partir de ésta se remite a otra ley no prevista, las partes acabarán aplicando una ley diferente con la que ni siquiera habían pensado. Como puede apreciarse, siguiendo la tendencia moderna en materia conflictual y sobre todo práctica, se elimina el reenvío que además de ser una figura excepcional en materia de aplicación de la ley, representa sobre todo un obstáculo para la determinación práctica y sencilla de determinación de la ley aplicable.

Artículo 10.- Cesión de crédito.- En el caso de una cesión contractual de un crédito ostentado por un acreedor frente a un deudor en virtud de un contrato que les vincula:

- *si las partes del contrato de cesión de crédito han elegido la ley que rige su contrato, la ley elegida rige los derechos y obligaciones mutuos del acreedor y del cesionario derivados de su contrato*
- *si las partes del contrato entre el deudor y el acreedor han elegido la ley que rige su contrato, la ley elegida rige*
- *la cuestión de saber si la cesión de crédito es oponible al deudor.-los derechos del cesionario contra el deudor, y*
- *la cuestión de saber si el deudor se ha liberado de sus obligaciones.*

La cesión de créditos ya ha sido un tema que, por su importancia, UNCITRAL lo planteó como tema de una Convención Internacional¹⁴ y ahora es retomado por la Conferencia Permanente desde la óptica de la ley aplicable y como se ve, se presentan varias hipótesis a partir de un

¹² Ibidem.

¹³ Idem.

¹⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)

contrato que vincula a un deudor con un acreedor; así las cosas, se proponen diferentes hipótesis.

La más deseable y clara, es que las partes hayan elegido la ley aplicable a su contrato de cesión de crédito y por tanto será ésta la que se aplique a todos los efectos jurídicos que refiere la disposición pero de manera específica se hace énfasis en tres alternativas conforme a la ley designada aplicable por las partes y son en su orden: *la cuestión de saber si la cesión del crédito es oponible al deudor*. Regirá también los derechos de cesionario contra el deudor y finalmente, será esta ley la que defina si el deudor se ha liberado de sus obligaciones frente al deudor.

IV] Conclusiones

De este breve resumen de los Principios se pueden concluir, entre otras, dos cuestiones.

Primero, que la elaboración de Principios en materia conflictual va acorde con el desarrollo en la materia. Frente a los amplios e importantes desarrollos de Principios de Derecho Uniforme en materia contractual internacional, que han sido particularmente importantes, las propuestas ahora por la Conferencia Permanente sobre Principios Conflictuales viene a complementar el espectro internacional contractual en la materia.

La segunda es que el aporte de la Conferencia Permanente es satisfactorio en la medida que propone un análisis distinto de los que se han hecho en materia contractual, aunque cabe señalar que ese aporte, por importante que sea, es de carácter residual en el estado actual de la discusión de los Principios sobre Contratos Internacionales.

La unificación del Derecho Contractual en Europa y sus implicaciones para México

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. Presentación. II. La Europa de los códigos nacionales y su decadencia. III. La necesaria uniformidad del derecho en el mundo. IV. El proceso de unificación del derecho en la Unión Europea. V. Uniformidad del derecho en la zona del TLCAN. VI. La situación en México. VII. Conclusiones.

Resumen. Es un hecho que la multiplicidad de regímenes jurídicos constituye un obstáculo para el libre comercio pues complica extraordinariamente las transacciones comerciales en un entorno globalizado. Por ello se ha iniciado un proceso para uniformar el Derecho Contractual en el mundo. La Unión Europea lleva la delantera en ese esfuerzo unificador. En el presente trabajo haremos una reseña de los tres principales trabajos elaborados con ese propósito: los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, el *Código Europeo de Contratos* y el *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law*. Existe la misma necesidad de uniformidad en la zona del Tratado de Libre Comercio para América del Norte y en la República Mexicana, por lo que se analiza la situación en estas dos regiones y se plantea la posibilidad de que el proceso de unificación europeo sirva de modelo para ese propósito.

Palabras clave: Uniformidad, Derecho Uniforme, Principios, Código Europeo, *Common frame of reference*

Abstract. *In a globalised economical environment multiple legal regimes undeniably constitute an obstacle for free trade, in attention to the previous several efforts on behalf of a uniform contractual law have started. The foremost entity on this unifying effort is the European Union. The present work makes a reference of the most important documents on this matter: The Principles of European Contractual Law, European Contract Code, and the Draft Common Frame of Reference for European Contract Law. The existing necessity for a homogeneous contract law in the geographical area of the North American Free Trade Agreement and specifically in the Mexican Republic is developed along with an analysis of both regions, establishing the possibility that the unification process of the European Union serves as a model for such purpose.*

¹ Profesor Investigador de Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, Editor de la revista "Perspectiva Jurídica", miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional.

Keywords: Uniformity, Uniform Law, Principles, European Code, Common frame of reference

I] Presentación

Una primera mirada al título de este trabajo podría hacer pensar al lector que el tema no resulta de importancia para la realidad jurídica de México. ¿Por qué el estudio del proceso de unificación del Derecho Privado Europeo y más concretamente, del Derecho de las Obligaciones y Contratos, habría de interesarnos? La respuesta tiene al menos tres derivaciones. En primer lugar, porque vivimos en un mundo globalizado y completamente intercomunicado en el que los avances del conocimiento, incluyendo los jurídicos, rápidamente se conocen e inciden en las más remotas regiones del planeta. La segunda, porque a pesar de lo que muchos juristas nacionales piensan, el "Derecho Mexicano" no existe. Nuestro derecho es continental europeo y por ello cualquier avance en el viejo continente debiera ser tomado en cuenta en México. Finalmente, la Unión Europea representa el prototipo de una región político-económica, de las muchas que se han formado y se seguirán formando en el mundo y, por tanto, los esfuerzos que allí se realizan para lograr la unificación de su derecho serán tomados como modelo en otras regiones, en especial, podrá servir de modelo para iniciar un proceso similar en la región del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) e incluso, para la propia federación mexicana.

De lo anterior surge otra cuestión: ¿por qué es necesaria la unificación del derecho en el mundo y más concretamente en la Unión Europea? Todos coinciden en que la multiplicidad de regímenes jurídicos constituye un obstáculo para el libre comercio. Se afirma que en un entorno globalizado, en donde el comercio no reconoce fronteras, la existencia de distintos sistemas legales complica extraordinariamente las transacciones comerciales. Por ello a nivel mundial distintas organizaciones trabajan para lograr la necesaria armonización del derecho, sobre todo del Derecho Contractual, entre ellas la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) con sede en Viena, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) con sede en Roma y la Cámara Internacional de Comercio (ICC) con sede en París.

La Unión Europea tiene el mismo interés unificador pero mucho más urgente. Desde el Tratado de Roma de 1957 que constituyó la Comunidad Económica Europea (también llamada Mercado Común Europeo), se afirmó que la pluralidad de ordenamientos europeos podrían constituir un obstáculo para el buen funcionamiento de ese mercado² y desde entonces se buscan los caminos para lograr una cierta

² Gandolfi, Giuseppe, *Per L'Unificazione del Diritto in Europa: "Il Codice Europeo dei Contratti"*

uniformidad de su derecho, principalmente en el ámbito de los contratos. La Unión Europea pretende llegar a una legislación común que cierre el círculo del proceso de unificación europeo, que inició como una unión comercial con la creación del Mercado Común Europeo, siguió como unión económica con la adopción de una moneda única por la mayoría de los países que la integran (Euro) y ahora sólo falta la unión jurídica, para lo cual es necesaria la adopción de una legislación común.

En el presente trabajo haremos una reseña de los tres principales trabajos elaborados con ese propósito. En primer lugar analizaremos el trabajo de la *Commission on European Contract Law*, subvencionada por la Unión Europea (también llamada Comisión Lando, por el profesor danés Ole Lando que la encabezaba), que en el año 2000 terminó de publicar los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, los cuales pretenden constituirse en ley modelo para toda Europa y son, en palabras del propio profesor Lando, un primer paso en el camino hacia un Código Civil Europeo³.

Expondremos también el *Código Europeo de Contratos* (parte general y libro primero) publicado en 2001 por la Academia de Iusprivatistas Europeos, denominada también Academia de Pavía, pues es en la universidad de esa ciudad italiana en donde sesionan. A este proyecto también se le ha denominado Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi, honrando al profesor italiano que lo impulsó.

Finalmente revisaremos el denominado *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law* (CFR) publicado en 2009 por *The Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, que también se encuentran subvencionados por la Unión Europea y contienen principios, definiciones y leyes (*rules*) modelo del Derecho Privado Europeo. Sus principales promotores son los profesores Christian Von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke y Hugh Beale.

Como lo mencionamos, en materia de derecho lo que ocurre en Europa debería repercutir en México, tomando en cuenta que nuestro derecho proviene de aquella región, no obstante la enorme influencia que hemos tenido y seguimos teniendo de los Estados Unidos de América, dada nuestra vecindad y sociedad comercial. Por ello el proceso europeo para lograr la uniformidad del derecho bien pudiera ser un preludeo para uniformar el derecho de los tres miembros del TLCAN, aunque reconocemos que esa tarea se ve mucho más lejana y difícil que la que ocurre actualmente en tierras del viejo continente.

También puede servir como modelo para la unificación del Derecho Mexicano. México es una Federación compuesta por treinta y dos Entidades Federativas incluyendo el Distrito Federal. Existe un único Código de Comercio (el Derecho Mercantil es Federal) y 33 códigos

³ Lando, Ole y Beale, Hugh (editores), *Principios del Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, traducción y edición de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

civiles (Uno federal y 32 estatales). Pensamos que en México, al igual que en Europa, es urgente iniciar un proceso de unificación del derecho – sobre todo en materia de contratos- aprovechando también la oportunidad para modernizar la legislación civil y mercantil, incluso, lograr su integración como está ocurriendo en las legislaciones de avanzada.

II] La Europa de los códigos nacionales y su decadencia

La visión de una Europa conformada por distintas naciones soberanas, cada una con un derecho nacional distinto al de sus vecinos no es muy antigua. Durante un periodo que abarca los siglos XII al XVIII imperó un derecho común o *ius commune*. El Derecho Romano, basado en el *Corpus iuris civilis* de Justiniano, era el derecho aplicado por todos los juristas europeos, sin restricción de frontera alguna⁴. Este derecho común, supranacional y cosmopolita por excelencia, era enseñado de un modo similar en la mayoría de las universidades europeas, usando los mismos libros de texto y la misma lengua latina⁵.

La hegemonía jurídica europea se rompió con el surgimiento de los Estados nacionales que siguieron a la Revolución francesa de 1789, cuando por fin se superaron los señoríos jurisdiccionales y los restos del feudalismo y se implantaron los mercados nacionales que suprimieron las aduanas interiores y los demás obstáculos al mercado interno. Como consecuencia surgieron también las grandes codificaciones del siglo XIX⁶ para dotar a los nacientes Estados de una estructura jurídica propia que les diera identidad como nación. Por ello, puede afirmarse que el Estado nacional y el Mercado nacional fueron las premisas sobre las que se construyeron los principales Códigos Civiles europeos⁷.

Los códigos tuvieron su fundamento en el racionalismo y liberalismo imperante en la época y estaban imbuidos de una perspectiva jurídica eminentemente científicista y *positivista* que en la actualidad está siendo superada. En efecto, los códigos se concebían como la fuente originaria del derecho, por lo que declaraban derogado todo el derecho anterior. Se trataba de obras surgidas de la razón

⁴ Recordemos que el Derecho Romano se aplicó en Alemania como derecho positivo hasta la entrada en vigor del BGB en 1900.

⁵ Robles Velasco, Luis Mariano, *El futuro Código Europeo de Contratos ¿una nueva recepción?* Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM), Octubre 2010, www.ridrom.uclm.es

⁶ Códigos Civiles de Prusia 1794, Francia 1804, Austria 1811, Serbia 1844, Italia 1865, Rumania 1865, Portugal 1867, México 1870 y 1884, España 1888-1889, Alemania 1896, etc.

⁷ Díez-Picazo, Luis, *et.al.* Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, *Civitas, España*, 2002, p. 124

ilustrada⁸ y por tanto eran "perfectos", contenían "todo el derecho" y no existía la posibilidad de "lagunas"⁹. El código fijaba todo el derecho para cada rama, por ello no podía reconocerse derecho superior o inferior al contenido en el mismo. Su destino era perdurar eternamente, como la física de Newton¹⁰; además, siendo los códigos expresión de la voluntad general elaborada por Rosseau, se garantizaba su intrínseca bondad y justicia¹¹.

Había una relación muy marcada entre los códigos nacionales con las características apuntadas y el concepto de soberanía nacional como la concebía Juan Bodino en el siglo XVI. Para éste la soberanía era el "poder absoluto y perpetuo de una república". Además señalaba que el primer atributo del príncipe soberano era el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular, sin consentimiento de superior, igual o inferior¹², visión que Kelsen seguiría sosteniendo al identificar al derecho o al ordenamiento jurídico con el Estado. En este contexto, no podía concebirse la existencia de un derecho supranacional, porque era una idea contraria a la cultura jurídica nacionalista y estatista imperante en la época.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se ha gestado un cambio radical en la visión del derecho. En primer lugar, se ha debilitado en extremo el viejo concepto de soberanía con el paso de un derecho soberano a un derecho supranacional. El hecho de que ahora pueda demandarse a un Estado ante organismos internacionales implica un rompimiento definitivo con el caduco concepto de soberanía nacional. Desde el punto de vista del juzgador, el *iura novit curia*¹³ no se limita al derecho nacional, sino que se extiende al derecho extranjero¹⁴ y a un

⁸ Los filósofos ilustrados concebían al derecho como un sistema único, completo, jerárquico, coherente y económico. Con base en ello Savigny compone su obra "Sistema de Derecho Romano Actual", pues estaba convencido de que sólo el sistema garantizaba la ciencia. Con ello funda la ciencia jurídica moderna.

⁹ Estas características llevaron a Laurent a afirmar que "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos... La consecuencia es evidente: haciendo el derecho, los autores y magistrados usurparían al poder que la nación soberana ha investido con esa atribución." Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, T1, préface, p.9

¹⁰ En ese sentido, el saber jurídico se concebía como un saber científico cuyo objeto era clarificar y reconstruir sistemáticamente el derecho positivo, al estilo de las ciencias físicas, principalmente aplicando las leyes descubiertas por Newton.

¹¹ Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, tercera edición, 2012, p.171

¹² Bodino, Juan, *Los siete libros de la República*, Aguilar, Madrid, 1973, p.46

¹³ *Iura novit curia* significa literalmente "el juez conoce el derecho", se refiere al principio según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben lo que dicen las normas.

¹⁴ En México, la reforma al Código Civil de 1988 hizo obligatoria la aplicación del derecho extranjero en los casos establecidos por la ley, e introdujo a nuestro derecho los principios

variado derecho supranacional que implica la adopción de principios y normas en muchos casos extrañas para el derecho nacional y que ponen en un predicamento a los abogados formados en el sistema soberano vigente hasta la mitad del siglo XX.

Los Estados nacionales, antes plenamente soberanos, han transferido parte de su soberanía a otros entes que son claramente supranacionales. La Unión Europea es el ejemplo más conocido, pero en nuestro continente ocurre algo similar. En América del norte se formó la región del TLCAN, en Centroamérica el Mercado Común Centroamericano y en América del sur el Mercosur. Lo mismo ocurre en otros continentes como veremos más adelante.

Por otro lado, estamos ante un panorama de decadencia de los códigos, por lo menos de aquellos que responden al modelo decimonónico que hemos apuntado. Con el fenómeno de la globalización el derecho ha evolucionado hacia instancias antes impensadas. Se han quebrado los fundamentos en los que se basaban las leyes nacionales. El concepto de soberanía ha quedado superado pues como hemos dicho, los Estados, a través de la celebración de tratados internacionales, reconocen instancias supranacionales por encima de sus propias leyes. Conceptos otrora fundamentales para la ciencia del derecho han entrado en crisis. La "territorialidad" quedó superada con la posibilidad de aplicar el derecho extranjero o normas supranacionales en el territorio nacional. El principio de "irretroactividad de la ley" no se aplica en caso de delitos de *lesa humanidad*, lo mismo ocurre con el de "lo que no está prohibido está permitido", que ya no tiene esa amplitud exagerada. Finalmente, las sentencias de los jueces nacionales no son definitivas o "cosa juzgada", pues es posible recurrir a instancias internacionales.

El comercio internacional, respaldado por una evolución sin precedentes de la tecnología –sobre todo en materia de comunicaciones– no reconoce fronteras y los comerciantes y demás operadores jurídicos buscan vencer los obstáculos al comercio transfronterizo causados, principalmente, por la pluralidad de regímenes jurídicos. Por otro lado, el volumen del derecho actual es tan vasto y han surgido tantas nuevas ramas (p.ej. derecho ecológico, financiero, de daños, del consumo, de las comunicaciones, aeronáutico, etc.) que es imposible contenerlo en códigos.

Con todo ello las características de los códigos del siglo XIX (soberanos, perfectos, completos y sin lagunas, justos, etc.) tan pregonadas por la razón todopoderosa de la Ilustración que buscaba reflejar en las leyes un derecho perfecto, lógico y sistemático, al estilo de las ciencias de la naturaleza y fundado en las ideas "claras y distintas" de Grocio y Descartes, se han fracturado. Los códigos están siendo

de Derecho Internacional Privado, rompiendo con un añejo sistema introspectivo en el que sólo el Derecho Mexicano se aplicaba en nuestro territorio (*Vid.* Diario Oficial de la Federación 17 de enero de 1988)

sustituídos por cuerpos legales de aplicación internacional y campea el reconocimiento generalizado de que el derecho no se reduce al contenido en las normas, sino que se contiene también en principios y valores, muchas veces de carácter internacional. En suma, se ha perdido la antigua obsesión por el sistema jurídico nacional, cerrado y rígido, para sustituirlo por uno más internacional, abierto y móvil.

Por eso es importante dar cuenta de los procesos de unificación que ocurren en el mundo jurídico, y sobre todo de aquellos instrumentos internacionales que pretenden constituirse en modelos de cuerpos legales para la aplicación de este nuevo derecho internacionalizado y dúctil, independientemente del nombre que tomen: principios, códigos, leyes modelo, etc. En una primera etapa los esfuerzos se han encaminado al campo del Derecho Privado, sobre todo en materia contractual y de daños, y están concebidos para aplicarse cuando las partes así lo eligen de manera libre y no obligatoria. En una segunda etapa, por lo menos en la Unión Europea, se pretende crear un derecho unificado, común y obligatorio para toda la unión.

En el siguiente apartado analizaremos los procesos de unificación del derecho y la metodología que se sigue para ello por las distintas instituciones internacionales ocupadas en esa tarea.

III | La necesaria uniformidad del Derecho en el mundo

El tan trillado fenómeno de la globalización que inició a partir de la segunda mitad del siglo XX, no es otra cosa que la generalización mundial del conocimiento y la cultura, principalmente en materias como la ciencia, la música, la moda y el comercio, entre otras muchas. El derecho no ha sido ajeno a este fenómeno y por tanto constituye uno de los enclaves que más ha resentido su impacto. El avance de la tecnología de la información combinada con el comercio internacional han sido sus principales motores y han dado como resultado la caída de instituciones que fueron la base del derecho en el siglo XIX, como la soberanía y la confianza que en los códigos nacionales se tenía en aquella época.

Como hemos dicho, los distintos sistemas de legalidad existentes en el mundo constituyen el principal obstáculo del comercio internacional. Para explicar esta diversidad, es conveniente mencionar los principales grupos que interactúan en la actualidad, así como el número de jurisdicciones que los siguen y el porcentaje de la población mundial involucrada, lo que puede observarse en la siguiente tabla¹⁵:

¹⁵ Rose, A.O. Alan D, *The challenges for uniform law in the twenty-first century*, Uniform Law Review, Unidroit, Vol. I, 1996 y Sánchez Cordero Jorge Antonio, *El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa*, en *DERECHO PRIVADO, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Adame Goddard, Jorge, Coordinador, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004

Sistemas jurídicos			
Sistema	Número de jurisdicciones	Porcentaje de la población mundial	Principales países
<i>Common Law</i> o sistema tradicional inglés-americano	146	33.4%	Inglaterra, Estados Unidos de América, Australia, Canadá
Sistema mixto Romano- <i>Common Law</i>	15	4.5%	Japón, Sudáfrica, Sur Corea, Provincia de Quebec en Canadá
Sistema Germánico Escandinavo	13	6.7%	Alemania, Suiza, Finlandia, Holanda, Noruega, Suecia y Polonia
Sistema Franco-Latino Germánico	13	5.2%	Italia, Austria, Dinamarca, Panamá, Turquía y Luisiana en los EE UU
Sistema Franco-Latino	76	18.3	Francia, España, Bélgica, México, Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Perú
Sistema de jurisdicciones emergentes	18	27.7%	China, Federación Rusa, Vietnam
Sistema Islámico	14	2.7%	Arabia Saudita, Kuwait, Omán, Qatar

Antes de continuar es preciso aclarar la terminología que utilizaremos. En esta materia no existe uniformidad en cuanto a los términos involucrados. Para nosotros el género y fin último que se persigue es la *Uniformidad* del derecho, con dos extremos o especies: por un lado la *Unidad* o *Unificación*, que implica la promulgación de un derecho igual y obligatorio para varios países (*Hard Law*) y, en el otro extremo, la *Armonización*, que como su nombre lo dice trata de lograr cierta armonía mediante normas abiertas y flexibles que puede ser incorporadas al derecho interno de cada país, previa adaptación a sus condiciones y desarrollo jurídico (*Soft Law*).

Son distintos los procesos para la uniformidad del derecho. Por un tiempo se pensó que la *unificación* era el único camino viable. Como hemos dicho, mediante la unificación lo que se trata es de contar con

leyes comunes que reemplacen la legislación nacional con normas previamente consensadas y de texto idéntico que eviten cualquier conflicto de leyes. Esto se logra a través de diversos caminos, como la celebración de tratados o convenciones internacionales o el establecimiento de órganos legislativos comunes para varios países.

Este proceso se ha complicado extraordinariamente en tiempos modernos. En la época anterior a las guerras mundiales, la comunidad jurídica que participaba en las convenciones internacionales era realmente pequeña. Se trataba principalmente de los países europeos, altamente civilizados y con intereses, cultura y desarrollo jurídico muy similares¹⁶. En ese contexto era relativamente sencillo llegar a acuerdos internacionales y firmar los tratados resultantes. En contraste, los países latinoamericanos se encontraban sumidos en procesos de consolidación de sus independencias y nacían a la vida soberana. Su nacionalismo y territorialismo se exacerbaba, principalmente porque eran víctimas de continuas "ocupaciones" por parte de las naciones poderosas. Por ello, consideraban que la participación en organismos internacionales o la celebración de tratados con los países europeos vulneraba su soberanía. Como complemento, pugnaban por la aplicación exclusiva del derecho nacional dentro de sus límites territoriales y la prohibición absoluta de la aplicación del derecho extranjero¹⁷.

La época actual difiere radicalmente. La Organización de las Naciones Unidas ha logrado aglutinar una cantidad enorme de países que participan activamente en el foro internacional¹⁸. Como en toda comunidad, son distintos los niveles o grados de evolución jurídica de los actores, además difieren sus intereses en el ámbito internacional. En este entorno, la celebración de tratados o convenciones internacionales se ha tornado una tarea, si no imposible, de una altísima complejidad.

En primer lugar, debe convencerse al mayor número de naciones de que el derecho unificado propuesto –que modificará su derecho interno– les es conveniente. Por razón natural, la negociación de los instrumentos internacionales se complica de manera proporcional al número de participantes, lo que conlleva largos periodos de tiempo. Cuando por fin se logra un acuerdo, los procesos internos de ratificación también se entretienen y muchas veces se aprueban con modificaciones o reservas que llegan incluso a desvirtuar el propósito original del tratado. Ocurre también que los tratados, una vez aprobados, son incorporados al derecho nacional mediante reformas legislativas, para después modificarse sin el control original de la comunidad jurídica

¹⁶ "The international community has grown from 58 members of the League of Nations as its peak in 1937 to 184 members of the United Nations in December 1995." Rose, A.O. Alan D, *The challenges for uniform law in the twenty-first century*, op.cit.

¹⁷ Ese fue el caso de México hasta la reforma de 1988 impulsada principalmente por la Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP).

¹⁸ Los miembros fundadores de la ONU en 1945 fueron 51 países. En la actualidad pertenecen más de 193 naciones.

internacional. Finalmente, cuando es necesaria una modificación al tratado, debe pasarse de nuevo por todo ese tortuoso proceso.

Por otro lado, el proceso de *armonización* del derecho consiste en proponer un conjunto de normas no obligatorias para regular determinada parte del derecho, que puedan ser tomadas como modelo por los distintos países e incorporadas a su legislación interna, no sin antes modificarlas, adecuarlas o “tropicalizarlas” de acuerdo a los distintos grados de evolución y a los principios fundamentales que operen en su derecho. Como se ve, de lo que se trata es de dotar al derecho de cierta armonía. Un derecho armónico es semejante, pero no idéntico y permite a los operadores, sobre todo en el ámbito internacional, contar con reglas digeribles y funcionales. La armonización del derecho respeta en gran medida la idiosincrasia de cada país, pero a la vez otorga uniformidad en el tráfico jurídico. Ya no se enfrentan derechos totalmente distintos, sino con pequeñas diferencias que pueden sortearse de manera mucho más sencilla y amigable.

En resumen, la armonización pugna por la creación de *soft-law*, es decir, de normas abiertas, flexibles o moldeables, que puedan adecuarse a distintas circunstancias, que permanezcan a pesar del avance de la tecnología y no requieran frecuentes modificaciones o adecuaciones. Esto se logra a través de leyes modelo, guías legislativas o contractuales, cláusulas modelo, *restatements*, etc. En contrapartida, la unificación busca un derecho idéntico a través de los tratados internacionales o de órganos legislativos comunes a varios Estados. En otras palabras, busca normas únicas, inamovibles, que perduren en el tiempo, normas de tipo *hard-law*.

Se discute también si es deseable un proceso de uniformidad que involucre todas las ramas del derecho y todas las naciones. Algunos opinan que la globalización del derecho no debe verse como una desgracia a la que hay que combatir, sino que es preciso adecuarnos a esta nueva realidad y considerarla una oportunidad que puede rendir frutos al permitir que las sociedades compartan una civilización más madura y culturalmente enriquecida en la diversidad¹⁹. Otros ven en este proceso una amenaza y vislumbran la pérdida de su identidad nacional, sobre todo aquellos países cuyos códigos nacionales son una parte fundamental de su identidad como nación (v.g. Francia y Alemania).

A nosotros nos parece que la uniformidad mundial del derecho es una meta de muy difícil realización y de no muy clara conveniencia. Es un hecho que la diversidad y competencia entre los sistemas jurídicos provoca un efecto de mejora recíproca que además evita fosilizaciones generadoras de ineficacias²⁰. Por otro lado, creemos que sería imposible

¹⁹ Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, *op.cit.* p.132

²⁰ Sánchez Cordero Jorge Antonio, *El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa*, en *DERECHO PRIVADO, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Adame Goddard, Jorge, Coordinador, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004

uniformar ramas del derecho como el constitucional o el familiar, en donde existen posiciones ideológicas diametralmente opuestas o divergentes. Pero no vemos inconveniente en armonizar materias en las que existe cierto grado de convergencia, porque no comprenden posiciones filosóficas irreconciliables y en donde cierta uniformidad permitiría una convivencia más justa entre las naciones y el avance de la economía mundial, como el Derecho Internacional Privado, el Derecho Civil y Mercantil en temas como las obligaciones, los contratos y las franquicias; algunas materias del Derecho Familiar, el Derecho Penal en algunas de sus ramas, el Procesal, el Derecho Intelectual o de Propiedad Industrial, el Financiero, etc.

Como apuntábamos al inicio, distintas organizaciones internacionales trabajan para uniformar el derecho en los temas señalados, entre ellas:

1. La Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya (www.hcch.net) que inició sus reuniones en 1893 y cuenta con un secretariado permanente que opera en la Haya, Holanda. En su asamblea de noviembre de 2012 adoptó el *Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts (the Draft Hague Principles)*.

2. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado o UNIDROIT (www.unidroit.org) fundado en 1926 como un órgano auxiliar de la antigua Liga de las Naciones y refundado en 1940 como una organización intergubernamental independiente. Su sede se encuentra en Roma. En 1995 publicó los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales²¹ (Principios UNIDROIT) que constituyen una fuente de inspiración para la reforma de las leyes contractuales en el mundo, como la ley de contratos de China promulgada en 1999, o el Código Civil de Rusia que entró en vigor en tres etapas: 1995, 1996 y 2002. Ambos ordenamientos tuvieron una gran influencia de los Principios UNIDROIT y de otro instrumento internacional muy exitoso: la Convención de las Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías²².

3. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL (www.uncitral.org) que fue creada en el marco de la asamblea de las Naciones Unidas de 1966. Tiene su sede en Viena, foro en que se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG), en vigor en 62 países, incluyendo México. Esta convención constituye, en palabras de Jorge Sánchez Cordero, el primer gran esfuerzo de sistematización

²¹ La publicación de los Principios UNIDROIT en 1994 contaba con 120 artículos. Hay dos ediciones posteriores, la de 2004 con 185 artículos y la de 2010 que incrementó a 211 artículos.

²² Bonell, Michael Joachim, *Modernization and harmonization of contract law, objectives, methods and scope*, Uniform Law Review, Unidroit, Vol III, 2003

universal de los principios generales de los contratos²³. La UNCITRAL fue también un motor fundamental para la consecución de los Principios UNIDROIT ya mencionados.

4. La Cámara Internacional de Comercio (ICC) con sede en París (www.iccwbo.org) que creó los Términos de Comercio Internacional, mejor conocidos como INCOTERMS, mundialmente divulgados y utilizados. Los INCOTERMS aportan definiciones comunes en el comercio internacional con respecto al momento y lugar preciso en que la parte vendedora transmitirá los riesgos y la responsabilidad de las mercancías, entre otras muchas.

5. La Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) (www.oas.org) dependiente de la Organización de Estados Americanos (OEA), que ha tenido una importantísima función en la armonización y codificación del Derecho Internacional Privado en el hemisferio occidental. Lo anterior se realiza por medio de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado convocadas cada cuatro o seis años, conocidas por sus siglas en Español como CIDIP, estas Conferencias han producido más de 25 instrumentos internacionales, incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelos, entre las cuales se encuentran la Convención Interamericana Sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (CIDIP-II), la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V), La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (CIDIP-VI), entre otras muchas.

Otro fenómeno mundial que influye en el proceso de uniformidad del derecho es la formación de grupos de naciones, unidas principalmente por razones comerciales, pero también por coincidencias culturales o políticas y por otras razones no económicas. En la Unión Europea se gesta en la actualidad el más ambicioso proyecto para la unificación del derecho, sobre todo en el ámbito contractual. A pesar de ser el área geográfica que marca la vanguardia en ese proceso no es la única. Existen experiencias recientes de formación de estas uniones como la Comunidad de Estados Independientes, cuyo eje es la Federación Rusa, la zona del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) que aglutina los intereses económicos de Canadá, los Estados Unidos de América y México, el Mercado Común Centroamericano (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica), el Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) etc. Desde su creación, en la Unión Europea se ha realizado un esfuerzo continuo para uniformar el derecho comunitario y en ese camino se encuentran trabajando varias instituciones apoyadas y financiadas por los órganos directivos de la unión, de las que daremos cuenta en el presente trabajo.

²³ Sánchez Cordero Jorge Antonio, *El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa*, op.cit.

En otros países y regiones del orbe también se realizan actualmente procesos de uniformidad del derecho. Los Estados Unidos de América, la potencia económica más importante del planeta, es una federación formada por 50 Estados independientes y un Distrito Federal, cada uno con sus propias leyes, incluso en materias comerciales y de consumo. En materia comercial cierta uniformidad se ha logrado a través del *Uniform Commercial Code*, promulgado en 1960, que provee normas (*rules*) uniformes para los más importantes tipos de transacciones comerciales. Este cuerpo normativo no tiene vigencia ni obligatoriedad oficial, sino que es tomado por cada uno de los Estados que conforman la federación y aplicado como "ley estatal" de manera diferente en cada uno, no obstante que siempre se ha logrado una considerable convergencia entre las soluciones adoptadas por los distintos Estados. En materia contractual también han logrado una gran armonía jurídica a través de una codificación privada impulsada por el *American Law Institute* denominada *Restatement (second) of Contracts*, que si bien carece de fuerza obligatoria, comúnmente se toma en cuenta por todos los tribunales de los Estados.

Por su parte, la gigantesca República Popular China, conformada por múltiples regiones y derechos, ha logrado promulgar una nueva Ley de Contratos en 1999. En África, la Organización Región de Estados Franco Parlantes para la Uniformidad Legislativa Mercantil (OHADA) también ha iniciado un proceso de uniformidad a través de la conformación de un órgano legislativo único para todos los países que la conforman. En otras zonas como la Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) de la que México forma parte, todavía no se inicia el proceso de uniformidad legal, pero ya existe el ejercicio del comercio coordinado. La falta de un proceso encaminado a la uniformidad del derecho en esta última región se debe, seguramente, a que los numerosos Estados que la conforman tienen estructuras económico-sociales y tradiciones jurídicas sustancialmente distintas²⁴.

En la materia de obligaciones y contratos es donde más se hace evidente la necesaria uniformidad del derecho, dado que, en el entorno mundial globalizado, prácticamente todos los países se ven involucrados en la celebración de contratos generados por el comercio internacional. En el próximo apartado analizaremos el proceso de uniformidad del derecho en la Unión Europea con el objetivo que nos hemos propuesto al inicio de este trabajo: observar con detenimiento lo que está ocurriendo en el continente europeo en materia de uniformidad del derecho, con el objetivo de utilizarlo o proponerlo como modelo para un eventual proceso similar en México o incluso en la zona del TLCAN.

²⁴ Rose, A.O. Alan D, *The challenges for uniform law in the twenty-first century*, op.cit.

IV] El proceso de uniformidad del derecho en la Unión Europea

Europa está conformada por diversos países pertenecientes a los dos principales sistemas jurídicos, el *Civil Law* y el *Common Law*, que regulan de manera distinta el Derecho Contractual. Esto, como también ha quedado claro, es un obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios. Tampoco cuentan con un sistema uniforme que proporcione principios y normas generales comunes, ni existe uniformidad en el lenguaje legal y en los conceptos generales que rigen esta materia. En lo que si hay consenso es en que al menos el Derecho Contractual europeo requiere de una reorganización, de un sistema común que proporcione coherencia a todo el andamiaje jurídico, pues el sistema de directivas y reglamentos, de aplicación directa y mera transcripción en los derechos nacionales, no solamente no funcionó, sino que introdujo cuestiones extrañas en los otrora sólidos sistemas nacionales.

El sistema de Directivas²⁵ y de Reglamentos mediante los cuales se intentó uniformar el derecho en diversas materias, entre ellas los contratos ha sido infructuoso dado su carácter fragmentario y poco coordinado²⁶, pero sobre todo, debido a que no estableció una infraestructura técnica del derecho comunitario. Tampoco creemos que las modificaciones a las legislaciones nacionales, como la alemana o la francesa sean suficientes²⁷. Por ello la Unión Europea ha convocado al menos en tres ocasiones (1989, 1994 y 2003) a emprender los trabajos preparatorios para la concreción de un Código Civil uniforme que rija obligatoriamente en Europa.

²⁵ Directivas son disposiciones del Derecho comunitario que vinculan a los Estados de la Unión Europea y que pretenden su uniformidad, pero dejan a las autoridades de cada Estado la forma y los medios para su ejecución. Las siguientes directivas han sido expedidas en materia de contratos: Sobre contrato de seguro, de trabajo, de agencia, de crédito de consumo, de seguridad de los consumidores, de viajes combinados, de ventas fuera de establecimiento, de cláusulas abusivas en contratos de consumidores, de seguridades y ventas de bienes de consumo, de régimen jurídico de la mora, etc.

²⁶ Bonell, Michael Joachim, *Modernization and harmonization of contract law, objectives, methods and scope*, *op.cit.*

²⁷ El 1 de enero de 2002 entró en vigor la Ley de Modernización del Derecho Alemán de Obligaciones, que modifica de manera substancial el régimen de las obligaciones en el Código Civil Alemán (BGB) que había permanecido prácticamente inalterado desde su entrada en vigor en 1900. Otro tanto ocurre en Francia con la publicación en 2005 del *Avant-projet de Réforme du Droit des Obligations et de la Prescription*, también llamado *Avant-projet Catala*, realizado por un grupo de distinguidos profesores de derecho, comandados por Pierre Catala, profesor emeritus de la Universidad de Paris II. Este proyecto representa el esfuerzo más ambicioso de reforma del Código Civil Francés desde su publicación en 1804.

Distintas organizaciones tomaron como suya la tarea. Son tres los instrumentos que a la fecha se han publicado y que sus autores proponen como fundamento para una futura legislación común en la Unión Europea. Los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos* (en adelante PECL o Principios), elaborados por la *Comission on European Contract Law*, encabezada por el profesor danés Ole Lando y cuya publicación terminó en el 2000. El *Anteproyecto del Código Europeo de Contratos* (parte general y libro primero) publicado en 2001 por la Academia de Iusprivatistas Europeos (Academia de Pavía), denominado también Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi, cuyo principal promotor es el profesor italiano Guisepppe Gandolfi (al que referiremos como Código). El tercero y más reciente, es el *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law*²⁸ (en adelante DCFR) publicado en 2009 por *The Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, que tiene un espectro mucho más amplio, pues contiene principios, definiciones y leyes (*rules*) modelo relativas a todo el Derecho Privado Europeo y no sólo a los contratos, como sus dos antecesores. Sus principales impulsores son los profesores Christian Von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke y Hugh Beale.

Ninguno de los tres instrumentos tiene carácter oficial, tampoco gozan de obligatoriedad alguna, más bien se inscriben en el tipo de trabajos "profesorales" o académicos, que no poseen más autoridad (por lo menos en este momento) que la que otorgan el prestigio académico de los juristas de primer nivel en el mundo que los han elaborado²⁹. Sin embargo, tienen en común su finalidad, la de convertirse en un futuro código común para toda la Unión Europea.

Entre los Principios y el Código –dos proyectos que fueron desarrollados de manera simultánea– existen convergencias y divergencias. Ambos trabajos coinciden en la misma finalidad: convertirse en un código o legislación común europea en materia de contratos. Por ahora sólo aspiran a ser el embrión de ese futuro y emblemático Código Civil. Sin embargo, mientras que los primeros eligieron el camino del *Soft Law* al establecer un conjunto de "reglas" neutrales no vinculantes, es decir, desprovistas de carácter obligatorio, tomadas de todos los sistemas jurídicos presentes en la Unión Europea, al más puro estilo de los *Restatements* norteamericanos³⁰ que es una de sus principales fuentes y con una marcada inclinación hacia el Derecho Anglosajón, el Código representa un esfuerzo académico de corte latino,

²⁸ Proyecto de Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo

²⁹ Trabajos que en la Alemania del siglo XIX se denominaban *professorenrecht*. Vid. García Cantero, Gabriel, *Ante la unificación Europea del Derecho Contractual, Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*. www.unizar.es/nulidad/textos%20legales/tr-pavia.doc

³⁰ Los *Restatements* de la *American Law Institute* tienen como función ordenar por materias las diversas doctrinas, mal llamadas principios, que imperan en la jurisprudencia norteamericana, sin ninguna eficacia vinculante, pues sólo tienen valor meramente persuasivo.

fuertemente arraigado en la tradición del *Civil Law* (su principal modelo es el *Codice Civile* italiano que combina la tradición francesa y la alemana) pero sin descuidar la influencia que en el mundo contractual ha tenido el Derecho Anglosajón (otra fuente es el *Contract code* de H. McGregor que sistematiza el Derecho Inglés). Sus promotores buscan conseguir su carácter obligatorio para toda la Unión Europea (*Hard Law*).

La visión de los dos esquemas es, hasta cierto punto, antagónica. Los defensores de los Principios basan su efectividad precisamente en la amplitud y flexibilidad de sus formas lingüísticas y de las reglas resultantes (*open rules*). También en que la razón por la que, en su concepto, los preceptos legales poseen validez es una cuestión socio-psicológica que depende enteramente de si quienes aplican dichas normas efectivamente las apliquen y no de su adopción o aprobación por las respectivas autoridades gubernamentales³¹. Sus redactores buscaron la similitud existente entre los diferentes sistemas jurídicos, en lugar de subrayar sus diferencias. Lo anterior permite que en lugar de explorar una aproximación conceptual y dogmática de cada una de las instituciones jurídicas, la finalidad de los Principios sea el establecimiento de soluciones armónicas para cada problema jurídico concreto, compatibles con cada sistema jurídico involucrado, logrando de ese modo la armonización al estilo *Soft Law*.

En cambio, los impulsores del Código afirman que formular una serie de principios no sirve de nada, porque los principios sólo tienen sentido dentro de un sistema y por lo tanto es ocioso invocar una tradición jurídica en tal sentido. Como afirma Carlos Vattier, ese modelo de principios sólo puede ser útil para instaurar una doctrina común entre los distintos Estados miembros de la Unión, pero no es claro que sirva para establecer el derecho único que el mercado también único requiere³².

Para quienes están en contra de los Principios, sólo una norma concreta, sencilla y clara como la contenida en los códigos tradicionales del *Civil Law* puede otorgar seguridad jurídica y no algo tan difuso como los Principios, que además se encuentran redactados en un lenguaje legal que resulta extraño a los juristas educados en ese último sistema. Lo anterior ha llevado a uno de sus principales impulsores, el profesor De los Mozos, a escribir sentencias lapidarias como "Dios nos libre de los principios" o decir que aceptar irreflexivamente un sistema de principios que rija todo el Derecho de Obligaciones y Contratos "sería como ir caminando a coro hacia el suicidio del nuestro sistema jurídico". Insisten,

³¹ Lando, Ole, *The Rules of European Contract Law*, in Study of the Systems of Private Law in the EU with regard to the discrimination and the creation of a European Civil Code, European Parliament, Directorate General for Research, working paper, Legal Affairs Series, Juri 103 EN, June 1999, chapter III, 127-136

³² Vattier Fuenzalida, Carlos, De la Cuesta rute, José M., Caballero Cáceres, José M., *Código Europeo de los Contratos (2 Vols) Comentarios en Homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos*, Dykinson, Madrid, 2004, en la presentación y dedicatoria.

pues, que la seguridad jurídica desaparecería disuelta en el arbitrio judicial al operarse los principios por jueces de muy distinta formación y mentalidad. Por ello la insistencia de que sólo un cuerpo de normas como las que se contienen en el Código serían capaces de impedir la arbitrariedad judicial³³.

Dejando a un lado esta controversia, lo que sí es cierto es que ambos trabajos no son solamente un conjunto o catálogo de normas jurídicas, sino que constituyen un verdadero tratado de teoría de los contratos, con una exposición moderna de la materia, si bien desde dos puntos de vista distintos y hasta cierto punto complementarios. No cabe duda que desde el punto de vista de nuestro sistema mexicano, basado en el Código de Napoleón, es mucho más útil y completo el trabajo contenido en el Anteproyecto de Pavía (más apegado a la teoría de las obligaciones, desconocida en el sistema anglosajón). Por ello, al menos en el ámbito académico, ambos proyectos tienen un valor incuestionable.

Por su parte, el *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law* (DCFR) tiene un espectro de regulación mucho más amplio, pues su objetivo es dotar a la Unión Europea de un marco común de referencia para todo el Derecho Privado. Este trabajo académico contiene principios, definiciones y leyes comunes que pretenden servir de fundamento para un futuro *Common Frame of Reference* que pueda ser adoptado por toda la unión o por los distintos países que la conforman. En materia de contratos, el DCFR adopta los Principios Europeos de Contratos elaborados por la Comisión dirigida por el profesor Lando, con algunas modificaciones y adecuaciones.

A continuación haremos una breve reseña de cada uno de los tres proyectos, haciendo la aclaración de que sólo trataremos de traer a la conciencia de los lectores la existencia de esos trabajos y su importancia en el proceso de uniformidad mundial del derecho.

1. Principios del Derecho Europeo de los Contratos

Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (Principios o PECL por sus siglas en inglés³⁴) elaborados por la *Comission on European Contract Law* y subvencionados por la Unión Europea, fueron publicados en tres etapas. La primera parte en inglés en 1995 y en francés (como una mera traducción) en 1997, la segunda en 1999 y la parte final a mediados del año 2000³⁵. Los PECL constituyen, en palabras

³³ De los Mozos, José Luis, *El Anteproyecto Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Diario La Ley, No. 5629, Octubre 2002 (www.unirioja.es/deptos/dd/civil/CCPavia.html)

³⁴ *Principles of European Contract Law*.

³⁵ La primera publicación de lo PECL se realizó a mediados de 2000 por la editorial *Kluwer Law International* y fue presentada por los profesores Ole Lando y Hugh Bale. A pesar de haberse publicado en inglés y francés, este último idioma es una mera traducción, por lo que se recomienda estudiarlos en inglés.

de dos de sus principales promotores, los profesores Ole Lando y Hugh Beale³⁶, un primer paso para la armonización o unificación del Derecho Europeo de contratos. Es un esfuerzo para conseguir la uniformidad jurídica, tan necesaria en un mercado europeo integrado.

La *Comission on European Contract Law* inició sus trabajos en 1980 con la tarea de formular unos principios comunes de contratos en Europa. Decidieron iniciar con esta materia en virtud de que para ellos el más importante instrumento para el manejo e instrumentación de los negocios en una economía de mercado es, precisamente, el contrato privado. Se trata de una asociación privada e independiente de juristas académicos pertenecientes a todas las naciones que conforman la Unión Europea.

Para la redacción de los Principios la comisión se inspiró en las legislaciones de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, principalmente en el Código Suizo de las Obligaciones, pero además estudió y utilizó distintos ordenamientos internacionales, como la Convención de Viena sobre Compra Venta Internacional de Mercaderías (CISG) de 1980, que constituye, como hemos dicho, el primer instrumento en que se combina la regulación de los sistemas anglosajón y latino. Utilizó también fuentes de ultramar, como el *Uniform Commercial Code* y los *Restatements on the Law of Contracts, Second edition*, elaborados por *The American Law Institute* en 1981 ambos de los Estados Unidos de América. Gran influencia tuvieron también los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Mercantiles Internacionales.

Lo primero que hay que aclarar es su título. Los PECL no son “principios” en el sentido profundo que tiene esta palabra, es decir, como enunciados, juicios de valor o directrices jurídicas que sin hacer referencia a supuestos de hecho concretos, son de carácter tan abstracto que necesitan a *posteriori* un proceso de concreción. Este último concepto es el que se aplica, por ejemplo, a los principios generales del derecho³⁷. Los PECL, por el contrario, son principios entendidos como normas (o “reglas” desde el punto de vista anglosajón) de carácter general, opuestas por ello a las normas concretas o casuísticas³⁸.

Existen otras cuestiones de orden dogmático que hay que considerar. En primer lugar, se trata de una regulación del Derecho de los Contratos al estilo anglosajón, pues los PECL han prescindido de la tradición del Derecho Continental Europeo vinculada con el Derecho de las Obligaciones. Lo anterior se constata en que su redacción originaria se realizó en lengua inglesa y en que el concepto de contrato que resulta

³⁶ Lando, Ole y Beale, Hugh (editores), *Principios del Derecho Contractual Europeo*, op.cit.

³⁷ Ejemplo de estos principios son el de “Fuerza obligatoria de los contratos” (*Pacta sunt servanda*), “Los contratos surten efectos entre las partes” (*Res inter alios acta*), “Nadie puede alegar en su provecho su propia torpeza” (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), etc.

³⁸ Díez-Picazo, Luis, *et.al.* Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, Civitas, España, 2002, p. 79

del art. 2.101 es mucho más anglosajón que europeo continental³⁹. En efecto, en las legislaciones de corte latino (como los códigos de Francia, España y México) existe la convicción de que el contrato, para su existencia y validez, requiere de una serie de elementos o presupuestos establecidos por la ley, y sólo con la concurrencia de todos ellos resulta celebrado. En cambio en los de corte anglosajón, como los PECL, el contrato sólo requiere un *acuerdo suficiente* entre los contratantes, sin necesidad de ningún otro requisito. Por lo mismo los contratos no están sujetos a especiales requisitos de forma y tampoco se reconocen conceptos como la "causa" que figura como requisito en la mayoría de las legislaciones de corte latino, o de la *consideration* del *Common Law*⁴⁰.

Por otro lado, los PECL están arraigados en el Neoliberalismo, por lo que reconocen la libertad de contratación de manera categórica. En palabras de Lando, pretenden ser un puente entre el *Common Law* y el *Civil Law*, que incluso pueden producir la "reconciliación" entre uno y otro grupo de familias⁴¹. De igual modo, no hacen diferenciación alguna entre contratos civiles y mercantiles, dado que esa diferencia es desconocida por un buen número de ordenamientos europeos –incluso ha desaparecido desde hace tiempo de los códigos italiano y holandés– y en los países que mantienen un Código Civil y otro de Comercio (como México), las diferencias, si es que existen, son mínimas. Se trata, en suma, de un conjunto de reglas (*rules*) neutras, que son familiares de forma general a todos los sistemas jurídicos implicados, de aplicación abierta y flexible, muy semejante a los *Restatements* norteamericanos. Son, en opinión de Reinhard Zimmermann, uno de los proyectos más avanzados e internacionalmente conocidos en pro de la armonización del Derecho Contractual en Europa⁴².

No obstante es preciso diferenciar a los PECL de los *Restatements* norteamericanos. Es un hecho que la Comisión basó su trabajo en el punto de vista adoptado por este instrumento. Con ello

³⁹ Article 2:101: *Conditions for the Conclusion of a Contract* (1) A contract is concluded if: (a) the parties intend to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement. (2) A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses.

⁴⁰ Díez-Picazo, Luis, *Reforma de los Códigos y Derecho Europeo*, Ponencia a les XII Jornades de Dret Catalá a Tossa la Reforma dels Codis Civilis en un Context d' Aproximació Europea

⁴¹ Lando, Ole, *The Rules of European Contract Law*, en *Study of the Systems of Private Law in the EU with regard to the discrimination and the creation of a European Civil Code*, European Parliament, Directorate General for Research, working paper, Legal Affairs Series, Juni 103 EN, June 1999

⁴² Zimmermann, Reinhard, *El nuevo Derecho Alemán de Obligaciones*, Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado, traducción de Esther Arroyo i Amayuelas, Boch, Barcelona, 2008, p.139

pretendía que los Principios fueran tomados no sólo como un primer esbozo del futuro Código Civil Europeo, sino también como un instrumento no vinculante para aquellos que requieran normas generales de contratos en el tráfico comercial, es decir como *Soft Law*, tal y como funcionan los *Restatements*. Sin embargo, el propio Lando afirma que los PECL no son *Restatements* en el verdadero sentido del término. Los *Restatements* norteamericanos verdaderamente reafirman o re-expresan y compilan el derecho de 49 Estados de la Unión Americana en sus diversas materias, pero además contienen muchas normas que son el resultado de decisiones "políticas" que no reflejan el derecho de las distintas entidades, sino lo que sus autores consideran como las mejores opciones. En cambio los PECL señalan, eligen y compilan las normas comunes existentes entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea en materia contractual⁴³.

Otra cuestión novedosa es la estructura de los Principios. Cada uno está presentado en tres etapas. En la primera se encuentra el principio (o artículo) redactado de la forma más sucinta o breve posible, de manera que sea de muy fácil comprensión. En la segunda, se contienen comentarios, expresando su sentido, propósito y explicando cómo puede ser puesto en práctica. Para contribuir aún más a su claridad, se insertan ejemplos, tomados en la mayoría de los casos de los propios tribunales o de los libros de casos (*Case Law*) de los Estados miembros. Finalmente, en la tercera parte se contiene una explicación comparativa de la forma en que los distintos sistemas de la Unión Europea u otros instrumentos internacionales (por ejemplo los Principios UNIDROIT o la CISG) resuelven el problema en cuestión.

El propósito de los PECL es múltiple⁴⁴. En primer lugar tratan de facilitar el comercio transfronterizo y eliminar las diferencias entre los derechos de las distintas naciones que conforman la Unión Europea. Para ello ponen a disposición de los contratantes un conjunto de reglas de carácter neutro, al que pueden recurrir y someter su relación jurídica, reglas que están desprovistas de las características típicas de un ordenamiento jurídico concreto. Pretenden también reforzar el mercado único y crear una infraestructura técnica de derecho comunitario en materia de contratos que rompa con las disparidades entre los diversos derechos europeos en materia de contratos, como su formación, validez, remedios en caso de incumplimientos, falta de una terminología común, efectos del traslado de dominio, etc.

Sus autores y promotores consideran que al proporcionar normas y criterios modernos, elaborados sobre la base de un profundo estudio de derecho comparado por los más prominentes juristas de los distintos sistemas jurídicos europeos, serán fuente de inspiración para legisladores nacionales, jueces y doctrinarios, servirán como puente entre

⁴³ Lando, Ole, *The Rules of European Contract Law*, op.cit.

⁴⁴ Hesselink, Martijn Willem & De Vries, G.J.P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, Amsterdam, 2001

el *Civil Law* y el *Common Law*, y se constituirán en cimiento para una futura legislación europea. No cabe duda, afirman, que son la expresión moderna de la *Lex mercatoria*.

No obstante, los PECL tienen un carácter incompleto, pues no regulan algunos aspectos importantes, como las obligaciones condicionales, a plazo, alternativas, mancomunadas, solidarias, indivisibles, etc. Falta también la reglamentación del pago y sus especialidades y de la extinción de las obligaciones derivadas de los sustitutos o subrogados del pago, como la condonación, confusión, compensación y novación, temas que el derecho continental europeo engloba, junto con otra serie de normas básicas, en el llamado Derecho de las Obligaciones.

A pesar de la divulgación y la muy favorable recepción en ámbitos académicos y comerciales que han tenido los Principios, se discute sobre la conveniencia de un código común como el instrumento adecuado para la unificación del Derecho Europeo en el entorno de un mercado abierto. Parece que un código común es la meta y los PECL uno de los caminos hacia ese destino⁴⁵. Sin embargo, las dificultades para crear un código común obligatorio para la región son enormes, comenzando por las diferentes culturas jurídicas europeas, en donde conviven naciones de *Civil Law* con otras de *Common Law*. Aunque las primeras son mayoritarias, los estados con Derecho Anglosajón tienen una gran influencia en el ámbito comercial internacional y por ello se han tenido problemas para encontrar puntos de contacto en materias muy complejas. En cambio los PECL al constituir un conjunto de principios abiertos y neutros de Derecho Privado ha tenido una ruta más rápida y una acogida con mucho menos tropiezos.

En lo que hay una aparente coincidencia, es en la necesidad de contar lo más pronto posible con unas reglas amplias y obligatorias que faciliten el intercambio comercial entre los países que conforman la Unión Europea. Paradójicamente Europa tiende hacia un derecho común, como el que existía antes de la época de la codificación.

2. Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos

El Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos (Código) denominado también Anteproyecto de Pavía o Anteproyecto Gandolfi, publicado en 2001⁴⁶ se propone la unificación del derecho contractual europeo mediante una "ley" al más puro estilo tradicional del *Civil Law*,

⁴⁵ Así opina el propio Ole Lando, quien ante la disyuntiva entre un instrumento *soft law* o uno obligatorio, definitivamente se inclina por este último. *Vid.* Bonell, Michael Joachim, *Modernization and harmonization of contract law, objectives, methods and scope, op.cit.*

⁴⁶ El proyecto de *Code Européen des Contrats (Livre premier)* fue publicado en francés por la editorial Giuffrè, Milán, 2001, precedido por una introducción y notas en diversos idiomas. La edición española ha sido publicada bajo el título de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, con una introducción de Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi, por la editorial Reus, Madrid, 2009

con eficacia vinculante y contenido uniforme, que efectivamente sustituya los derechos nacionales en materia de obligaciones, contratos y responsabilidad extracontractual. Aspira a ser un verdadero Código que unifique el derecho europeo, aunque su aplicación, en un primer momento, sea voluntaria u opcional para los contratantes. Sus promotores, pertenecientes a los distintos países de la Unión Europea, se congregan en la *Academia de Iusprivatistas Europeos* (también conocida como Academia de Pavía), fundada en 1992 y con sede permanente en esa ciudad⁴⁷.

Los integrantes de la Academia de Pavía están convencidos de que las normas del Derecho Internacional Privado han perdido efectividad para resolver problemas entre los diversos derechos nacionales en un mercado unificado y que tampoco se ha logrado ese objetivo por el sistema de directivas y reglamentos que ya hemos mencionado. Por otro lado, coinciden en que el mejoramiento de las legislaciones nacionales ya existentes (como en el caso de la reciente reforma al BGB o los proyectos de reforma al Código Civil Francés), aunque sin duda es deseable y oportuno, no basta para resolver los problemas del mercado interior comunitario. Han llegado a la conclusión que solamente la adopción de una nueva y exhaustiva legislación a nivel comunitario, permitirá resolver el problema del Derecho Europeo de contratos. Como lo dijo su presidente, el español José Luis de los Mozos, "la mejor manera de satisfacer las necesidades del mercado único europeo es lograr que exista un "código único"⁴⁸.

Para formular su Anteproyecto de *Code Européen des Contrats* – cuya redacción definitiva estuvo a cargo del profesor italiano Guiseppe Gandolfi- los integrantes de la Academia de Pavía tomaron como modelos principales el *Codice Civile* italiano de 1942 y el *Contract Code* elaborado a solicitud de la *Law Commission Act* del Reino Unido por el jurista inglés Harvey McGregor⁴⁹ en 1971⁵⁰. El primero porque, como es bien sabido, engloba en un sólo cuerpo todo el Derecho Privado (Civil y Mercantil), conjuga dos tradiciones hermanas con fuerte influencia romanística: la latina, que tomó del Código Civil francés y la germana tomada del BGB, y es, afirman, el que presenta la mejor opción para el diálogo abierto con el *Common Law*. Se utilizó también el código de McGregor dada la presencia de países del sistema jurídico anglosajón

⁴⁷ La Academia está formada por más de 80 juristas de distintos países de la Unión Europea y de Suiza, entre ellos Franz Wieaker, Antonio Trabucchi, André Tunc, Guiseppe Gandolfi, Gabriel García Centeno, Agustín Luna Serrano, José Luis de los Mozos, etc. Para saber más de la Academia de Iusprivatistas Europeos consultar <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/>

⁴⁸ De los Mozos, José Luis, *El Anteproyecto Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, *op.cit.* p.6

⁴⁹ McGregor, Harvey, *Contract Code*, traducción de José María de la Cuesta y Carlos Vattier, J. Bosch, Barcelona, 1997

⁵⁰ Gandolfi, Giuseppe, *op.cit.*

dentro de los que conforman la Unión Europea. Tuvieron influencia algunos de los Códigos Civiles Europeos, como el suizo, el portugués, el holandés y el español, algunos convenios internacionales, como la Convención de Viena sobre Compra Venta Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG) y las normativas comunitarias.

Un análisis exhaustivo del Código Europeo de Contratos rebasa con mucho el propósito de este trabajo, sin embargo por la importancia internacional del Código y porque incorpora lo más avanzado de la investigación jurídica en la materia que nos ocupa, creemos conveniente señalar sus principales características⁵¹.

El Código es de estilo clásico y de corte mayoritariamente latino. Es además un verdadero tratado que contiene la más moderna teoría de las obligaciones, de los contratos y de responsabilidad extracontractual⁵². Aquí radica su importancia desde la perspectiva doctrinal. Desde el punto de vista práctico, pretende constituirse en una ley de aplicación virtualmente universal que regule el mercado interno de cada país, el comunitario dentro de la Unión Europea y el internacional más allá de sus fronteras. Se puede aplicar tanto a los contratos civiles como a los mercantiles, integra el derecho de los consumidores, incorpora los distintos medios de comunicación tradicional y electrónica y coordina de manera adecuada el *Civil Law* y el *Common Law*. No obstante omite la regulación de figuras abstractas que pudieran encontrar resistencia en el mundo anglosajón, como el *negocio jurídico* que se enseña profusamente en Alemania e Italia, el concepto abstracto de *obligación* como un género superior al que pertenece la figura del contrato y el de *relación jurídica*. La obligación aparece sólo como un efecto típico del contrato y la relación jurídica aflora en la definición de esta figura, pero nada más.

El Anteproyecto rompe con la regla no escrita de que los códigos no deben contener definiciones⁵³, las que deben reservarse para la doctrina. En su primer artículo define al contrato como *el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos incluso a cargo de una sola de ellas*. Esta definición, de corte clásico, habla de *acuerdo* de las partes y no de *acuerdo de voluntades*, quizás para alejarse del tan discutido tema del dogma de la voluntad que predomina en la doctrina francesa e italiana. Así mismo refiere los efectos

⁵¹ Tomaremos como guía para la exposición de las novedades del Código Gandolfi las que menciona la presentación de la edición española redactada por el profesor Carlos de Cores en: Academia de Pavía, *Código Europeo de Contratos, Libro I: De los contratos en general; Libro II, Título I: De la compraventa*, Presentados por Carlos de Cores y Guiseppe Gandolfi, Traducción de José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, 2009

⁵² De los Mozos, José Luis, *El Anteproyecto Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Diario La Ley, No. 5629, Octubre 2002, p.11

⁵³ *Omnis definitio in iure civile periculosa est* (Digesto, 50, 17, 202)

que produce el acuerdo, los cuales no se limitan a la creación de una relación obligatoria, pues al incluir la mención de "otros efectos" integra los negocios distintos al contrato, como los actos unilaterales y los que crean situaciones jurídicas, como el matrimonio y la adopción.

Sujetándose también a la doctrina tradicional de corte latino, se señalan los elementos esenciales del contrato que son el acuerdo de las partes y el contenido. En esto difiere radicalmente de los PECL, que como veíamos⁵⁴, éstos contiene un concepto abierto y flexible de contrato y no establecen requisito alguno, al puro estilo anglosajón. El acuerdo puede alcanzarse por cualquier medio de comunicación humana, incluyendo los comportamientos concluyentes, activos u omisivos, siempre y cuando sean conformes con una voluntad expresada con antelación, con los usos o con la buena fe.

El *contenido* ha suplido al elemento tradicional de *objeto* de los contratos. El contenido es un concepto mucho más amplio que incluye y sustituye a la causa que en muchos derechos es uno de los elementos esenciales (p.e. en el francés y el español). Esto responde a la influencia del Derecho Anglosajón, donde el concepto *causa* es desconocido; además todas las consideraciones que la doctrina y la jurisprudencia han hecho en relación a la causa valen para el concepto de contenido⁵⁵. El contenido engloba los siguiente rubros: el concepto tradicional de *prestación* a la que se obliga el deudor, lo *pactado expresamente* por las partes y las *cláusulas implícitas*, que son obligatorias cuando son conformes a la buena fe, la equidad, los usos y costumbres, etc. Engloba así mismo los *tratos preliminares* o *tratativas*, el *fin* que persiguen las partes y el *motivo determinante* que los impulsó a contratar. Finalmente debe incluirse en la amplitud del concepto de contenido el *tipo* contractual que engloba la función económica del contrato. Como se aprecia, el concepto de *contenido* supera con mucho al tradicional *objeto* de los contratos y permite entender con mucha mayor amplitud sus características, como la posibilidad, la licitud, la determinación, etc.

Por otro lado, otorga gran importancia a la *buena fe*, lo que se refleja en el establecimiento de estrictos *deberes precontractuales*⁵⁶ y en una influencia muy importante de este principio en materia de integración, efectos, incumplimiento, responsabilidad contractual, etc. Asimismo, se desprende de la redacción del Código un decidido apoyo al principio de *conservación del contrato*, que se advierte en la regulación de las *anomalías* que lo afectan y en el establecimiento del principio *favor debitoris*. Este último se manifiesta en la prohibición de

⁵⁴ Vid. Nota de pie de página 38 que contiene el texto del artículo 2:101 relativo a *Conditions for the conclusion of a contract*.

⁵⁵ Carlos de Cores en: Academia de Pavía, *Código Europeo de Contratos*, op.cit. p.22

⁵⁶ El Código regula ampliamente los tratos preliminares en los artículos 6 al 10, imponiendo a las partes los deberes de corrección (buena fe), de información y de reserva, los que se regulan profusamente.

cláusulas abusivas, el otorgamiento de plazos suplementarios al deudor, la posibilidad de fraccionar el pago, la restricción de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, la posibilidad de renegociar el contrato en caso de *excesiva onerosidad* y la imposibilidad de acumular los remedios del incumplimiento cuando resulta una situación grave por injusta para el deudor.

Siguiendo la tendencia moderna que flexibiliza los efectos jurídicos de la incapacidad, el Código otorga validez a los contratos celebrados por incapaces cuando sólo deriven ventajas para el propio incapaz o cuando se trate de contratos respecto de los actos usuales de la vida cotidiana que conllevan un gasto modesto y son efectuados empleando dinero o medios provenientes de actividades laborales permitidas al incapaz o puestos lícitamente a su disposición a fin de que pueda disponer libremente de ellos.

El ordenamiento que analizamos sigue la tendencia dominante de incorporar a su texto las normas sobre la protección al consumidor como lo hizo también el BGB en su reforma de 2002. El derecho de consumo ha venido adquiriendo gran relevancia como un nuevo derecho social y en muchos países se reconoce como derecho especial, contenido en leyes separadas al cuerpo general del derecho común (como en el caso de México). Como complemento regula las condiciones generales de la contratación para proteger al contratante que se adhiere, estableciendo el principio general de que en los contratos que se alcanzan por adhesión carecen de efecto las cláusulas que no han sido negociadas si crean en detrimento del consumidor un significativo desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, incluso cuando quien redacta y predispone el clausulado (denominado "profesional") actúa de buena fe.

Regula también de manera exhaustiva el proceso de formación del contrato, distinguiendo la oferta de la invitación a hacer una oferta, por un lado, y la aceptación por el otro. Admite también la Teoría de la Imprevisión (*Hardship* o cláusula *Rebus sic stantibus*) estableciendo que no se considerará incumplimiento cuando se han producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hacen excesivamente onerosa la prestación, dando a la parte perjudicada el derecho de renegociar el contrato.

Al regular los efectos de los contratos traslativos de dominio, el Código Europeo de Contratos se aleja del *consensualismo* de sus similares de Francia e Italia (y México) en donde el traslado de dominio se da por mero efecto del contrato, retomando las fuentes romanas para otorgar efectos reales al acuerdo. Así, el Código dispone la *traditio* como requisito para el traslado de la propiedad. Igualmente importante es la protección que se otorga al adquirente de buena fe a *non dominio*, concediendo a la posesión el carácter de *título* en relación a los bienes muebles y haciendo al poseedor responsable de los daños que a causa de su comportamiento sufran los terceros por haber confiado de buena fe en la apariencia que otorga la posesión.

Es también novedosa e interesante la forma en que trata el *incumplimiento del contrato*, regulando entre otras, la figura de la *preconstitución del incumplimiento*, en virtud de la cual se tiene como incumplimiento definitivo la manifestación de voluntad del deudor en el sentido de no querer cumplir, la de *presunción de incumplimiento del deudor*, que regula una situación especial en la que ante la presunción de que el deudor no está en condiciones de cumplir con su obligación o no está en posición de hacerlo sin defectos relevantes, el acreedor puede "invitar" por escrito al deudor a otorgar garantía apropiada del futuro cumplimiento, aun cuando no haya vencido el plazo de cumplimiento. Si el deudor no contesta o en su caso no otorga la garantía el incumplimiento se entenderá definitivamente producido. Establece también el *Incumplimiento por ofrecimiento más ventajoso* en virtud del cual se entiende que hay incumplimiento si el deudor omite efectuar la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero un ofrecimiento más ventajoso. Esta disposición es una especie de antídoto contra una práctica muy arraigada en el Derecho Anglosajón, pero que no ha sido admitido en el Derecho Continental.

Otra figura importante es la del *Incumplimiento de deberes de protección* desarrollada por la doctrina francesa a inicios del siglo XX, sobre todo para beneficiar a la víctima en los casos de lesiones personales o muerte. Para ello el Código establece que el deudor debe adoptar todas las medidas necesarias para no causar daño a la persona del acreedor, a sus auxiliares o a sus cosas al cumplir la prestación. En caso de violación de éste deber se considera que la prestación debida ha quedado incumplida y el deudor quedará sujeto a la responsabilidad *aquiliana* ⁵⁷.

Es novedosa y de gran utilidad la distinción entre *incumplimiento de importancia relevante* e *incumplimiento de prestaciones secundarias*. Para considerar resuelto el contrato por incumplimiento, el Código establece que debe tratarse de un incumplimiento de importancia relevante. El incumplimiento tiene singular importancia cuando es total o cuando es parcial pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor a obtener la parte restante. Son obligaciones secundarias aquellas cuyo cumplimiento es de escasa importancia en relación con la economía de la relación contractual y el interés del deudor. En este punto, el Código sigue el sistema alemán de *Nachfrist*, incorporado también a la Convención de Viena Sobre Compra Venta Internacional de Mercaderías (CISG). Como complemento, se establece que al producirse un incumplimiento de

⁵⁷ En el mismo sentido fue la reciente reforma al BGB de 2002, que delimitó el contenido de los deberes que derivan de la relación obligatoria, diferenciando los *deberes de protección* (*Schutzpflichten*) del *deber de prestación* (*Leistungspflicht*) (par. 241.2) El acreedor y deudor, además de estar vinculados por el deber de prestación, están también obligados recíprocamente a respetar los derechos, bienes jurídicos o intereses de la otra parte. El par. 282 prevé indemnización por la violación de los deberes de protección.

importancia relevante, el acreedor tiene el derecho de proceder a la resolución del contrato en forma extrajudicial, debiendo requerir al deudor para que ejecute la prestación en un plazo razonable no inferior de 15 días.

Finalmente, destaca la amplitud con la que regula las diversas formas de nulidad o de ineficacia, ocupándose de sus diversos modos, como la *inexistencia*, la *nulidad*, la *anulabilidad*, la *caducidad*, las *ineficacias*, la *inoponibilidad*, la *simulación* y la *reserva mental*. Destaca sobre todo el rescate que hace de la figura de la inexistencia, tan vapuleada doctrinalmente en los últimos años. La inexistencia, como la regula el Código, no tiene nada que ver con la doctrina clásica acuñada por Baudry-Lacantinerie y posteriormente por Bonecase en el siglo XIX y que tradicionalmente ha venido estudiándose en los distintos países que acogieron el sistema francés, luego de la promulgación del Código de Napoleón. De acuerdo a esta teoría clásica, la inexistencia ocurre cuando falta alguno de los elementos "esenciales" del contrato produciendo la famosa "nada jurídica"⁵⁸. Como la regula el Código Gandolfi, la inexistencia es más bien una categoría independiente y propia que sólo tiene lugar por falta absoluta de consentimiento o de objeto, pero que produce los mismos efectos que la nulidad.

Como se aprecia, el Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos es un trabajo más completo que los PECL, pues abarca no sólo el área contractual del Derecho Europeo, sino que va un poco más lejos regulando otros aspectos del Derecho Privado y de las obligaciones en general, como por ejemplo, la pluralidad de sujetos, la caducidad y la prescripción.

En el siguiente apartado revisaremos el último de los tres grandes proyectos elaborados como propuesta para uniformar el Derecho Común Europeo, el *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law*, que como hemos apuntado, se propone establecer una regulación para todo el Derecho Privado Europeo y no solamente para el ámbito contractual.

3. *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law*

Este trabajo elaborado conjuntamente por el *Study Group on a European Civil Code*⁵⁹ y del *Research Group on EU Private Law (Acquis Group)* se origina en una iniciativa de académicos europeos, que responden al encargo de la Comisión Europea para construir un marco común de referencia de todo el Derecho Privado Europeo, incluyendo, desde luego, el Derecho Contractual. El *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law* (DCFR) contiene principios,

⁵⁸ Para una crítica de la *inexistencia* y una revisión de la forma artificial e incompleta como se incorporó al Código Civil mexicano, ver mi libro *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford University Press, México, 2011, pp. 361 y ss

⁵⁹ Sucesor de la *Commission on European Contract Law*, cuyo director fue el profesor danés Ole Lando y que habían preparado los PECL.

definiciones y leyes modelo cuyo objetivo es, en primer lugar, servir de proyecto o modelo (*draft*) para un trabajo definitivo, que sea adoptado "políticamente" es decir, con fuerza vinculante, por la Unión Europea. Por ahora se trata de un esfuerzo académico o profesoral⁶⁰ que no contiene un solo principio, definición o norma que haya sido aprobada o promulgada por ninguna autoridad política de la Unión Europea o de cualquiera de los Estados miembros.

No se trata de un trabajo académico típico. No es un comentario, tratado, colección de ensayos o conjunto de trabajos dedicados al Derecho Contractual europeo o a los contratos en general. Es más bien, un cuerpo de leyes modelo respaldadas por un conjunto de términos estandarizados y definiciones que facilitan su comprensión, uso y aplicación. Eventualmente se espera que rijan el mundo real de los operadores del derecho o que al menos influyan en quienes tienen el encargo de redactar las leyes que regirán el comportamiento de los agentes económicos en Europa⁶¹.

La meta a corto plazo que se proponen sus creadores es que el DCFR sirva para promover el conocimiento del Derecho Privado Moderno en todas las naciones que componen la Unión y demostrar que son contados los casos en que las diferencias entre los sistemas legales de cada país producen soluciones distintas a los problemas jurídicos comunes. En otras palabras, que la deseada unificación del Derecho Europeo es más factible de lo que muchos de sus detractores piensan. De igual modo, se tiene la esperanza de que el trabajo sea considerado como una fuente de inspiración para las autoridades en búsqueda de soluciones sustentables en el ámbito jurídico. Están convencidos de que si el contenido del trabajo es "convinciente" contribuirá para la armonización del Derecho Privado en Europa.

Como ha quedado establecido, el DCFR contiene principios, definiciones y leyes modelo que pretenden servir de referencia para todo el Derecho Privado Europeo. Se trata de establecer una estructura jurídica común, a la que los distintos derechos nacionales puedan acudir con miras a la unificación o, al menos, la armonización del Derecho Europeo. A continuación haremos una breve reseña de cada uno de esos contenidos⁶².

⁶⁰ Micklitz Hans-W., Cafaggi Fabrizio (Ed.), *European Private Law After the Common Frame of Reference*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Northampton, Ma, USA, 2010, introduction, p. viii

⁶¹ Gómez, Fernando, *The empirical missing links in the DCFR*, en Micklitz Hans-W., Cafaggi Fabrizio (Ed.), *European Private Law After the Common Frame of Reference*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Northampton, Ma, USA, 2010, p.101

⁶² Utilizaremos como guía la introducción de: *Draft Common Frame Of Reference (DCFR) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by:*

Principios.- Es importante establecer el significado de la palabra "principios" en el contexto del DCFR. Es un concepto multívoco que en ocasiones es usado como sinónimo de "norma" (*rule*) pero que no tiene la fuerza de "ley", que es el modo como se utiliza, por ejemplo, en los PECL⁶³ y en los Principios UNIDROIT⁶⁴. Ese es el sentido principal de la palabra "principios" en el DCFR. De manera alternativa, la palabra se reserva para aquellas normas (*rules*) de naturaleza más general, como en los conocidos principios de "libertad de contratación" o "buena fe". En este sentido puede decirse también que el DCFR contiene principios.

Un tercer sentido se refiere a los *Principios Fundamentales*, que son aquellos valores básicos de carácter abstracto y de naturaleza esencial. Las Leyes modelo contenidas en el DCFR se sustentan en este tipo de principios, aun cuando no se establezca expresamente. Los promotores del trabajo que analizamos reafirman que el Derecho Privado debe estar fuertemente fincado en principios fundamentales, por ello, en el texto del DCFR no se percibe al Derecho Privado y en particular al Derecho Contractual, como un mero balance o equilibrio entre personas físicas o jurídicas en igualdad de circunstancias. Por ello su redacción sugiere la corrección de fallas en el mercado, al igual de introduce elementos de justicia social y de protección a la parte más débil.

Son quince los *Principios Fundamentales* relacionados con el Derecho Contractual que se establecen en el DCFR: i. Justicia, ii. Libertad, iii. Protección de los Derechos Humanos, iv. Bienestar económico, v. Solidaridad y responsabilidad social, vi. Establecimiento de un área de libertad, seguridad y justicia, vii. Promoción del mercado interno, viii. Protección de los consumidores y de otras personas necesitadas de protección, ix. Preservación de la pluralidad cultural y lingüística, x. Racionalidad, xi. Certidumbre legal, xii. Predictibilidad, xiii. Eficiencia, xiv. Protección a la confianza mutua razonable y xv. Correcta distribución de la responsabilidad por riesgo creado. Todos ellos pueden ser agrupados en cuatro rubros principales: *libertad, seguridad, justicia y eficiencia*. No se trata de un acomodo en orden de importancia. Los principios inevitablemente entrarán en conflicto, por lo que la función de las Leyes modelo será encontrar el balance apropiado para resolver los que se presenten.

Además de los señalados, el DCFR invoca cinco *Principios Rectores* de alta incidencia política como son: i. Protección de los Derechos Humanos, ii. Promoción de la solidaridad y de la responsabilidad social, iii. Conservación de la diversidad cultural y lingüística, iv. Promoción y protección del bienestar económico y v.

Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll.

⁶³ Art. 1.101(1).- *As Principles... intended to be applied as general rules of contract law in the European Union.*

⁶⁴ Preamble (Purpose of the Principles) paragraph (1): *These Principles set forth general rules for international commercial contracts.*

Promoción del mercado interno, que junto con los Principios Fundamentales son ampliamente explicados en el texto del proyecto.

Definiciones.- Se trata de sugerencias para el desarrollo de una terminología legal común en Europa, que desde nuestro punto de vista constituye una tarea realmente importante, pues si se pretende uniformar al Derecho Europeo, debe comenzarse por uniformar los términos legales a fin de que juristas, jueces, autoridades y demás operadores del derecho entiendan lo mismo en los diferentes sistemas nacionales e idiomas. Algunas definiciones se contienen en el propio texto del DCFR (Book I), pero la mayoría se han colocado en un anexo (I.-1:108) de modo que puedan añadirse nuevos conceptos sin modificar el cuerpo principal.

Existe una relación muy estrecha entre las Definiciones y las Leyes Modelo. Estas no podrían comprenderse a cabalidad sin las primeras, pero también al contrario. Las Definiciones, por más correctas que sean, perderían su utilidad si no forman parte de Leyes Modelo y estas últimas no podrían ser redactadas sin Definiciones. En contraste con los diccionarios que contienen términos tomados de distintas fuentes, las Definiciones contenidas en el texto y en el anexo del DCFR han sido "probadas" conforme las Leyes Modelo se han desarrollado y, en consecuencia, han sufrido revisiones, cambios y redefiniciones.

Leyes Modelo.- La parte principal del DCFR está contenida en las Leyes Modelo. El término "modelo" indica que no se redactaron con el propósito de tuvieran fuerza obligatoria. Por el contrario, se inscriben en la clase de normas denominadas *Soft Law*, del mismo tipo que las contenidas en los PECL o en los Principios UNIDROIT. Por otro lado, se complementan con comentarios y notas que reflejan su posición en los distintos sistemas legales y, cuando es necesario, el estado de la legislación comunitaria en la materia.

En relación al Derecho Contractual el DCFR se basa en los Principios Europeos de Contratos (PECL) elaborados por la comisión Lando. Al igual que éstos últimos, regula la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos y, por analogía, de otros actos jurídicos. Regula también el cumplimiento de las obligaciones que resultan de ellos y los remedios de los incumplimientos. Cubre solventemente algunas reglas generales de las obligaciones, como la pluralidad de partes, y de bienes en el objeto, pero su regulación va más allá que la de los PECL, pues incluye leyes modelo sobre algunos contratos en específico (Book IV), así como de las obligaciones resultantes de los mismos. El DCFR reglamenta también las obligaciones extra-contractuales, como las que surgen de la gestión de negocios (Book V), por daños causados a otros (Book VI), del enriquecimiento ilícito o injusto (Book VII), la adquisición o pérdida de la propiedad de bienes muebles (Book VIII), las obligaciones derivadas por la posesión de bienes sujetos a garantías personales (Book IX) o en virtud de ser fiduciario (Book X). Por ello su ordenación va mucho más lejos que la de los PECL.

No obstante, hay materias que han quedado excluidas del DCFR, como la capacidad de las personas físicas (naturales), testamentos y

sucesiones, relaciones familiares, instrumentos negociables, relaciones laborales, Derecho Inmobiliario y procedimientos civiles.

Uno de los aspectos más importantes del DCFR es el uso de un lenguaje natural, claro y preciso, que resulte accesible y legible para todos, es decir, diseñado para la Europa multicultural del siglo 21. Tanto las Definiciones como las Leyes Modelo pretenden constituirse en una herramienta para los legisladores, o bien, en el fundamento para la redacción de instrumentos legales opcionales. Por ello la terminología legal debe ser precisa y de uso constante. Por ejemplo, la palabra "contrato" se usa en un solo sentido y no en los dos o tres que frecuentemente plantea la doctrina. Del mismo modo, los conceptos legales usados tienen que adaptarse lo mejor posible a un gran número de traducciones, evitando los legalismos o tecnicismos propios de alguno de los sistemas. Por ello se evitaron palabras como "rescission", "tort", "delict", etc.

Hemos redactado la reseña, aunque reconocemos que modesta, de los tres principales instrumentos que intentan uniformar el Derecho Europeo de Contratos. Ha quedado también justificada la necesidad para realizar esa titánica tarea en la Unión Europea. Pero en un mundo globalizado seguramente esos esfuerzos se exportarán a otras regiones del mundo, como la de las Américas. En el próximo apartado exploraremos la posibilidad de un proceso similar de uniformidad en el contexto americano y más concretamente, en la zona del TLCAN y en México.

V] Uniformidad del derecho en la zona del TLCAN

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) celebrado entre Canadá, los Estados Unidos de América y México (1° de enero de 1994) creó una zona comercial de fundamental importancia en el mundo. Ha funcionado desde el punto de vista comercial por casi veinte años y por ello podría pensarse que lo que sigue es un proceso de uniformidad en el ámbito legal. Sin embargo, existe la convicción de que esa uniformidad es mucho más difícil de alcanzar que la de la Unión Europea⁶⁵ dadas las diferencias en los sistemas jurídicos de los tres países. Mientras que en Europa el sistema anglosajón constituye una minoría (Inglaterra e Irlanda), en la zona del TLCAN ocurre lo contrario. Estados Unidos y Canadá tienen un idioma en común y un mismo sistema jurídico que forma parte del *Common Law* (salvo el estado de Luisiana y la provincia de Quebec), mientras que México forma parte de la tradición del *Civil Law*.

Estados Unidos y Canadá han sido renuentes a iniciar un proceso de uniformidad, incluso respecto a las transacciones transfronterizas, e insisten en imponer sus propias leyes nacionales en lugar de explorar la

⁶⁵ Bonell, Michael Joachim, *Modernization and harmonization of contract law, objectives, methods and scope, op.cit.*

posibilidad de un derecho común o al menos armónico que termine con las diferencias entre los tres países. Al mismo tiempo, los hombres de negocios y abogados mexicanos han tolerado e incluso fomentado la aplicación del derecho de cualquiera de sus socios comerciales en los contratos celebrados entre ellos⁶⁶. Es frecuente que los contratos se celebren en idioma inglés, con normas del Derecho Anglosajón, cláusulas de elección del foro a favor de los tribunales de aquellos países o cláusulas arbitrales que de alguna forma eviten someter las disputas al Derecho Mexicano.

Lo anterior es incluso fomentado por la mayoría de los grandes despachos de abogados mexicanos, acostumbrados a ese tipo de contratos y cláusulas e incluso familiarizados con el Derecho Anglosajón a través de la contratación de abogados pertenecientes a aquel sistema jurídico o a los cursos de posgrado que un gran número de sus miembros estudian en los Estados Unidos y Canadá. De este modo, el Derecho Comercial se ha venido “unificando” de manera extraña e indirecta en la zona del TLCAN, a través de la aplicación tolerada del Derecho Anglosajón en toda la región, de modo que, al menos en México, coexisten dos regímenes de Derecho Comercial, el de *Civil Law* que se utiliza en los contratos entre mexicanos y el de *Common Law* que se acostumbra en los contratos transfronterizos.

Es preciso establecer que el TLCAN contiene normas para la solución de controversias entre particulares. Dispone que los gobiernos favorecerán el arbitraje comercial y otros medios alternativos para la solución de controversias privadas y crea para ello un *Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas*, que tiene como tarea hacer estudios y recomendaciones para el uso eficiente de esos medios de solución de controversias. Recomienda también que los países que conforman ese tratado suscriban la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras celebrada en Nueva York en 1958 o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá en 1975⁶⁷.

Sin embargo, la solución a la problemática de los contratos comerciales entre los tres países, mediante el favorecimiento de la aplicación de uno de los derechos nacionales –en este caso del Derecho Anglosajón– como lo hemos planteado, resulta a todas luces injusto e inequitativo, pues concede una gran ventaja a la parte cuyo derecho resulta aplicable. Tampoco es suficiente el establecimiento de normas de solución de controversias a través del arbitraje como lo plantea el propio Tratado. Creemos, como lo afirma Jorge Adame Goddard⁶⁸, que la regulación de los contratos comerciales internacionales, particularmente

⁶⁶ México promovió y suscribió la Convención Interamericana Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos (CIDIP V, México, 1994, DOF 1 de junio 1998)

⁶⁷ Art. 2022

⁶⁸ Adame Goddard, Jorge, *Contratos Internacionales en América del Norte, Régimen Jurídico*, McGraw Hill, México, 1999, p.2

en la región del TLCAN, requiere no sólo de reglas sustantivas comunes, sino también de una instancia jurisdiccional adecuada, con sus propias reglas procesales y con capacidad para hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales de manera coactiva, es decir, se requiere de un derecho uniforme.

Este derecho uniforme que regiría los contratos transfronterizos en la zona de libre comercio, no implicaría que cada uno de los países tuviera que modificar su propio derecho nacional, sino que postularía un Derecho Contractual común para los países del área, que coexista con sus derechos nacionales. De ese modo, cada uno podrá seguir con el desarrollo de sus tradiciones jurídicas, pero al mismo tiempo, se cultivaría un derecho común, aplicable a los contratos internacionales. Entre los tres países ya existen ciertas reglas contractuales comunes. Todos han suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra Venta Internacional de Mercaderías (CISG), del mismo modo que está muy generalizada la utilización de los INCOTERMS. De igual forma no es extraña la sumisión voluntaria de los contratos a las reglas establecidas por los Principios UNIDROIT. Por lo anterior creemos que no sería una tarea imposible la futura unificación del Derecho Contractual en la zona del TLCAN.

No obstante, existen opiniones contrarias a la posibilidad o conveniencia de la unificación del derecho en la región del libre comercio. Algunos afirman que las diferencias entre el *Civil Law* y el *Common Law* son irreconciliables y que cualquier intento para estandarizar las normas que rigen los contratos enfrentaría una furiosa resistencia en los Estados Unidos y Canadá. Señalan también que en estos dos países coexisten territorios (los Estados y Provincias) con sus propias leyes, en algunos casos con sustanciales diferencias y ello no ha impedido su desarrollo como potencias industriales y comerciales.

En sentido contrario se piensa que, precisamente, son las diferencias un argumento a favor de la uniformidad y no en contra, pues esas diferencias complican extraordinariamente el comercio transfronterizo. Al menos una parte debe sujetarse a un derecho extraño y en muchos casos debe invertir en abogados especializados para familiarizarse con ese derecho.

Si bien es cierto que los Estados Unidos y Canadá están conformados por diversos territorios con legislaciones autónomas, sus sistemas legales no son del todo diferentes. El Derecho Comercial y de Contratos de los Estados Unidos se encuentra de algún modo estandarizado a través del *Uniform Commercial Code* y de los *Restatements* que ya hemos mencionado. Si bien ninguno de esos dos cuerpos legales tiene obligatoriedad, son tomados en cuenta por los tribunales de la gran mayoría de los Estados miembros.

La necesidad de contar con un Derecho Contractual uniforme se hace patente cuando se analizan las diferencias entre el Derecho Contractual Anglosajón y el latino. Un estudio realizado por Jorge

Adame Goddard en el que compara los Principios UNIDROIT con los *Restatements* norteamericanos y el Código Civil Federal Mexicano⁶⁹ destaca, entre muchas otras conclusiones, que el índice de coincidencia entre el Código mexicano y los *Restatements* es de sólo 34.7%, es decir, que casi dos terceras partes de sus normas son diferentes.

Parece que la iniciativa de uniformar el derecho ha sido liderada por nuestro país. Un grupo comandado por Jorge Sánchez Cordero, quien preside el Centro Mexicano de Derecho Uniforme, ha buscado una conciliación o entendimiento entre los tres regímenes legales, por lo menos en Derecho Comercial. Sin embargo las posibilidades de éxito de esta tarea están todavía muy lejos de ser visualizadas⁷⁰. Este mismo grupo batalla también por lograr cierta uniformidad del Derecho Contractual en México, que constituye otro problema de uniformidad, como veremos en el siguiente apartado.

VI] La situación en México

Como lo mencionábamos, México es una federación compuesta por treinta y dos Entidades Federativas y un Distrito Federal, con una multitud de leyes que regulan el Derecho Contractual en dos niveles, el federal y el estatal. En el primero encontramos el Código Civil Federal, el Código de Comercio, la Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley del Contrato de Seguro, entre otros muchos ordenamientos que regulan a los contratos. En el estatal, tenemos 33 distintos códigos civiles uno por cada Estado de los que conforman la República y uno más para el Distrito Federal. Esta multiplicidad de legislaciones regulando la misma materia es, de por sí, una poderosa razón para pensar en la necesidad de un derecho uniforme en materia de contratos.

Tenemos también un problema de origen. El sistema federal mexicano nació con la Constitución de 1824 muy pocos años después de que se consolidó la independencia de España (1821). El modelo federal se inspiró, mayoritariamente, en el norteamericano, pero a diferencia de nuestros vecinos del norte que efectivamente unificaron distintas colonias independientes en una verdadera federación, nuestro federalismo fue más bien teórico e idealizado. México nació con una realidad profundamente centralista heredada de la colonia española, que se desgajó y dividió artificialmente con el "pacto" federal.

La tendencia centralista ha continuado a todo lo largo de nuestra historia. El siglo XX se caracterizó también por un centralismo disfrazado, ejercido por un agobiante poder absoluto del presidente en turno respaldado por un solo partido dominante que estuvo en el poder por

⁶⁹ Adame Goddard, Jorge, *Contratos Internacionales en América del Norte, Régimen Jurídico*, McGraw Hill, México, 1999, p.9

⁷⁰ Así lo afirma Joachim Bonell en *Modernization and harmonization of contract law, objectives, methods and scope, op.cit.*

más de 70 años. El sistema presidencialista se rompió en el año 2000 con el triunfo de la oposición en las elecciones federales y México empezó a acercarse a un verdadero sistema federal y democrático, lo que implicó el incremento de la autonomía de los distintos Estados y del poder de sus gobernadores.

Durante la mayor parte de ese periodo, existió una verdadera uniformidad en el Derecho Mexicano, incluyendo el contractual, debido a que existía un solo Código de Comercio (el Derecho Comercial es de carácter federal) y que todos los Códigos Civiles de los Estados estaban redactados a imagen y semejanza del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Código Civil Federal). Sin embargo, la independencia que han adquirido las distintas Entidades Federativas, ha propiciado la promulgación de nuevos códigos civiles, en algunos casos con normas distintas en materia contractual. Se prevé, entonces, que continúe sucediendo lo mismo, y que la uniformidad existente se rompa, al menos en materia civil, conforme los Estados decidan promulgar nuevos ordenamientos⁷¹.

Sin embargo no podemos dejar de reconocer, que la misma estructura funcional de la República mexicana ha provocado, aunque de manera indirecta, cierta uniformidad legal. En un estudio patrocinado por el Centro Mexicano de Derecho Uniforme, publicado en el 2012, se analizaron veinte sistemas federales, entre ellos el mexicano⁷², con el objetivo de investigar los procesos de unificación del derecho en esas naciones y establecer el grado de unificación que se había alcanzado en cada uno de ellas. Las conclusiones relativas a nuestro país son enriquecedoras.

Se afirma que en México existe cierta uniformidad legal que se ha alcanzado de diversos modos. En primer lugar, a través del ejercicio del poder central. En efecto, la Constitución mexicana establece el principio de que todas las autoridades de cualquier nivel del gobierno deben observar las disposiciones de la carta magna (Art. 133). Esto ha provocado que las leyes promulgadas por las distintas Entidades federativas sean muy parecidas o, al menos, no resulten irreconciliables. Adicionalmente la supremacía de la Constitución ha tenido el efecto de que, en la práctica, los Estados imiten las leyes federales. Sin embargo esta uniformidad por imitación no siempre se da en aquellas materias que los Estados se reservaron y que por tanto no fueron cedidas a la

⁷¹ Como ejemplo tenemos el Código Civil para el Estado de Jalisco de 1995, en donde el contrato de Mandato se limita a 5 años y las facultades de representación en el ámbito de pleitos y cobranzas debe ejercerse por el mandatario junto con un profesional del derecho, situación que no prevé ningún otro código y ha causado estragos cuando se ejercen poderes otorgados en Jalisco en otros Estados.

⁷² Halberstam Daniel, Reimann Mathias and Sanchez Cordero Jorge A. (Eds.), *Federalism and Legal Unification: a Comparative Empirical Investigation of Twenty Systems*. International Academy of Comparative Law, Universidad Nacional Autónoma de México y Centro Mexicano de Derecho Uniforme, París and México, 2012, pp. 241 y ss.

Federación en el pacto federal (Art. 124), como el Derecho Civil. Del mismo modo, la figura del *Amparo*, como mecanismo judicial de control de la constitucionalidad, permite al poder judicial controlar la uniformidad de las leyes nacionales –incluyendo las de los Estados– cuidando que no infrinjan las disposiciones de la Constitución Federal.

Otro modo de uniformidad del Derecho Mexicano se ha logrado a través de las propuestas realizadas por instituciones académicas u organizaciones no gubernamentales. Finalmente, no son pocos los casos en que la unificación se ha logrado a través de la influencia internacional. México se ha caracterizado por ser un actor muy activo en los foros internacionales y ha suscrito un gran número de tratados internacionales de diversas materias, muchas de ellas relacionadas con los contratos. Por otro lado, nuestro país ha incorporado a su derecho interno instrumentos internacionales que abonan a la uniformidad del Derecho Contractual, por ejemplo, en materia de arbitraje comercial, comercio y firma electrónicos, capacidad, ejecución de sentencias extranjeras, etc.

Podemos concluir que, como resultado de las elecciones presidenciales del 2000 –cuando el partido político dominante por más de 70 años perdió la presidencia de la República– puso a nuestro país en ruta hacia un verdadero federalismo. Pero, por eso mismo corremos el riesgo de perder la uniformidad legal alcanzada a la fecha, conforme los distintos gobiernos locales ejerzan la libertad política y legislativa recientemente obtenida. Contamos ya con un único Código de Comercio y una Ley Federal del Consumidor. Es indispensable lograr un único Código Civil, como existe en otros países federados (Argentina, Brasil, Colombia, etc.). Esto podría ser el prelude para la ansiada unificación del Derecho Mercantil y el Civil, por lo menos en materia de contratos. En ello trabaja el Centro Mexicano de Derecho Uniforme y a ese esfuerzo nos uniremos.

VII] Conclusiones

1. El proceso de unificación del Derecho Europeo puede servir como modelo para la necesaria uniformidad del derecho en la zona del Tratado de Libre Comercio para América del Norte y en la propia República Mexicana.

2. El esquema legal contenido en los códigos nacionales elaborados durante el siglo XIX está superado. La tendencia moderna es buscar esquemas de derecho flexibles o dúctiles que rijan la vida jurídica de las distintas uniones de naciones que se conforman en el mundo. En virtud de la globalización el derecho ha pasado de ser nacional y rígido a internacional y flexible.

3. En la zona del TLCAN el Derecho Comercial se ha “unificado” de manera extraña y artificial, mediante la aplicación –tolerada por México– del Derecho Anglosajón en los contratos transfronterizos, con la desventaja que ello significa para nuestro país.

4. Derivado de lo anterior en el territorio mexicano existen dos regímenes jurídicos que se aplican simultáneamente: el sistema nacional (*Civil Law*) para los contratos celebrados entre mexicanos y el sistema anglosajón (*Common Law*) que se utiliza en los contratos transfronterizos.

5. Es necesario un derecho común, por lo menos en materia de contratos, en la zona del TLCAN.

6. Es también necesario uniformar el derecho en la República Mexicana, mediante la promulgación de un único Código civil que aglutine y unifique el Derecho Civil, el Mercantil y el de los Consumidores.

Bibliografía

Academia de Pavía, *Código Europeo de Contratos, Libro I: De los contratos en general; Libro II, Título I: De la compraventa*, Presentados por Carlos de Cores y Guiseppe Gandolfi, Traducción de José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, 2009

Adame Goddard, Jorge, *Contratos Internacionales en América del Norte, Régimen Jurídico*, McGraw Hill, México, 1999

Bodino, Juan, *Los siete libros de la República*, Aguilar, Madrid, 1973

Bonell, Michael Joachim, *Modernization and harmonization of contract law, objectives, methods and scope*, Uniform Law Review, Unidroit, Vol III, 2003

Díez-Picazo, Luis, Roca Trias, Encarna, Morales, A.M. *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Civitas, España, 2002

Díez-Picazo, Luis, *Reforma de los Códigos y Derecho Europeo*, Ponencia a les XII Jornades de Dret Català a Tossa la Reforma dels Codis Civilis en un Context d' Aproximació Europea, (<http://civil.udg.edu/tossa/2002>)

De los Mozos, José Luis, *El Anteproyecto Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Diario La Ley, No. 5629, Octubre 2002 (www.unirioja.es/deptos/dd/civil/CCPavia.html)

Draft Common Frame Of Reference (DCFR) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) based in part on a revised versión of the Principles of European Contract Law. Edited by: Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll.

Gandolfi, Giuseppe, *Per L'Unificazione del Diritto in Europa: "Il Codice Europeo dei Contratti"*

García Cantero, Gabriel, *Ante la unificación Europea del Derecho Contractual, Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*. (www.unizar.es/nulidad/textos%20legales/tr-pavia.doc)

Halberstam Daniel, Reimann Mathias and Sanchez Cordero Jorge A. (Eds.), *Federalism and Legal Unification: a Comparative Empirical Investigation of Twenty Systems*. International Academy of Comparative Law, Universidad Nacional Autónoma de México y Centro Mexicano de Derecho Uniforme, París and México, 2012

Hesselink, Martijn Willem & De Vries, G.J.P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, Amsterdam, 2001

Lando, Ole y Beale, Hugh (editores), *Principios del Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, traducción y edición de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003

Lando, Ole, *The Rules of European Contract Law*, en *Study of the Systems of Private Law in the EU with regard to the discrimination and the creation of a European Civil Code*, European Parliament, Directorate General for Research, working paper, Legal Affairs Series, Juri 103 EN, June 1999

Lamarca i Marquès, Albert, *Entra en vigor la ley de modernización del Derecho Alemán de Obligaciones*, www.indret.com, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2002

McGregor, Harvey, *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Giuffré, Milano, 1993 (McGregor, Harvey. *Contract Code*, traducción de José María de la Cuesta y Carlos Vattier, J. Bosch, Barcelona, 1997)

Micklitz Hans-W., Cafaggi Fabrizio (Ed.), *European Private Law After the Common Frame of Reference*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Northampton, Ma, USA, 2010

Robles Farías, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford University Press, México, 2011

Robles Velasco, Luis Mariano, *El futuro Código Europeo de Contratos ¿una nueva recepción?* Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM), Octubre 2010, www.ridrom.uclm.es

Rose, A.O. Alan D, *The challenges for uniform law in the twenty-first century*, Uniform Law Review, Unidroit, Vol. I, 1996

Sánchez Cordero Jorge Antonio, *El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa*, en *DERECHO PRIVADO, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Adame Goddard, Jorge, Coordinador, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004

Vattier Fuenzalida, Carlos, De la Cuesta rute, José M., Caballero Cáceres, José M., *Código Europeo de los Contratos (2 Vols) Comentarios en Homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos*, Dykinson, Madrid, 2004

Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, tercera edición, 2012

Zimmermann, Reinhard, *El nuevo Derecho Alemán de Obligaciones, Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, traducción de Esther Arroyo i Amayuelas, Boch, Barcelona, 2008

El proceso de unificación del Derecho de los Contratos en Europa

MARIO DE LA MADRID ANDRADE¹

Es para mí un honor referirme en esta ocasión, al discurso que ha ofrecido el Doctor Diego Robles Farías, para ser recibido como miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

El tema que ha abordado versa sobre *la unificación del Derecho Contractual en Europa y sus implicaciones en México*, en el que, en particular, se refiere a tres instrumentos de especial relevancia que se han venido desarrollado en el ámbito europeo, como son (1) los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, conocidos como Principios Lando, (2) el Código Europeo de los Contratos o Código Gandolfi y (3) el proyecto del Marco Común de Referencia para el Derecho Europeo de los Contratos (*Draft Common Frame of Reference for European Contract Law*).²

En nuestra opinión, los referidos instrumentos pueden ser apreciados desde una doble perspectiva: como modelos normativos, que influirían en el desarrollo del Derecho de los Contratos no sólo en Europa sino en otras partes del mundo, y como *lex contractus*, es decir, como derecho aplicable a los contratos internacionales, enfoque este último de Derecho Internacional Privado.

Y es que la *discusión académica en torno a la conveniencia y la posibilidad de alcanzar una unificación del Derecho Contractual en Europa no siempre es consciente de la dualidad de planos (interno e internacional) en que se afronta la cuestión*.³

El disertante se aproxima al asunto desde la primera perspectiva⁴ y se sitúa de manera franca en el área del Derecho Comparado.⁵ Parte

¹ Profesor de Derecho de la Universidad de Colima y la Universidad Panamericana.

² Además de estos, deben citarse los proyectos nacionales tales como: el "Contract Code" de Mc Gregor; el "Proyecto Catala", de Francia; el también francés "Proyecto Terré"; el proyecto francés (parlamentario) de 2008; la propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, de España. Asimismo, los proyectos supranacionales: los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL); el documento titulado "Normativa común de compraventa europea".

³ SÁNCHEZ Lorenzo, Sixto, *La Unificación del Derecho Contractual y su Problemática: La Respuesta de la Unión Europea*, p. 85.

⁴ El interés del ponente es comprensible, dado que ha centrado su desarrollo académico en el asunto del derecho material del Derecho de los Contratos, más que en el Derecho Internacional Privado.

⁵ El discurso no es precisamente un trabajo de Derecho Comparado, pero en éste se pone, en el contexto actual, el desarrollo del Derecho de los Contratos en el ámbito europeo.

de la premisa de que el estudio de tales instrumentos tiene trascendencia para la realidad jurídica mexicana, en atención a que, en su opinión, urge comenzar con un proceso de unificación del Derecho de los Contratos en nuestro medio. Según su apreciación, la experiencia de la Unión Europea sería, incluso, el preludio y el paradigma para uniformar el derecho en la zona del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.⁶

Sin duda, los instrumentos que se citan podrían servir de referente para modernizar el Derecho de los Contratos en México.⁷ De hecho, *el proceso de búsqueda de un Derecho Contractual Europeo ha provocado un esfuerzo doctrinal y legislativo de primer orden, capaz de proporcionar modelos de reglamentación mucho más perfeccionados y atractivos que las viejas –y a menudo confusas– reglamentaciones nacionales.*⁸

Pero ¿cuál de los instrumentos sobre contratos desarrollados en Europa podrían servir como modelo para el sistema jurídico mexicano? Al parecer, el Doctor Diego Robles se decanta por el Código Gandolfi al que considera “más útil y completo” y porque al estar basado nuestro sistema en el Código de Napoleón, es el *más apegado a la teoría de las obligaciones, desconocida en el sistema anglosajón.*

No obstante, cabría recordar que el Marco Común de Referencia ha estado inspirado en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y éstos, a la vez, en los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías⁹ que es uno de los instrumentos de mayor aceptación en la comunidad internacional. Por ello, creemos que los dos últimos habrán de prevalecer, en especial, porque tienen vocación universal y no regional como los otros. Al igual que Sánchez Lorenzo, somos de la idea de que es más aconsejable centrar los esfuerzos en el diseño de un modelo de principios universales, para evitar la duplicidad de regímenes, unos de carácter regional y otros de corte universal.¹⁰ Los Principios de UNIDROIT, que se han venido actualizando paulatinamente desde su primera versión, están llamados a cumplir con ese postulado.

⁶ El ponente señala que ha elegido el análisis del fenómeno europeo, “con el objetivo de utilizarlo o proponerlo como modelo para un eventual proceso similar [de unificación del Derecho de los Contratos] en México o incluso en la zona del TLCAN”.

⁷ En México, desde el año 2000, aproximadamente, el *Centro de Derecho Uniforme* ha propuesto la elaboración de un *Código Modelo de los Contratos* como paradigma para la reforma de los diferentes Códigos Civiles de las Entidades Federativas en nuestro país.

⁸ SÁNCHEZ Lorenzo Sixto, *La Unificación del Derecho Contractual y su Problemática: La Respuesta de la Unión Europea*, p. 87.

⁹ GONZÁLEZ Pacanowska Isabel, *Los Principios Lando*, p. 158.

¹⁰ SÁNCHEZ Lorenzo Sixto, *La Unificación del Derecho Contractual y su Problemática: La Respuesta de la Unión Europea*, p. 104.

Por otra parte, desde la perspectiva internacionalista, la *unificación del Derecho Contractual Europeo busca o debe buscar, esencialmente, la eficiencia del mercado interior, esto es, de las transacciones internacionales entre estados miembros de la Unión Europea*.¹¹ Este plano nos coloca frente al problema de la *lex contractus*.

La determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales está regulada en Europa por el Reglamento (CE) número 595/2008, del Parlamento y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), que entró en vigor el 24 de julio de 2008. Dicho reglamento sustituyó en esa fecha al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma 1980) para los Estados miembros.¹²

Aún cuando en ambos instrumentos se recoge el principio de libertad de elección de la ley aplicable al contrato,¹³ al final quedó excluida del Reglamento Roma I la posibilidad que figuraba en el proyecto, de que las partes pudieran elegir como *lex contractus* una ley no estatal, en concreto los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos o algún futuro instrumentos comunitario opcional, y se prohibió, al mismo tiempo, la elección de la *lex mercatoria*, por considerarse insuficientemente precisa, o incluso, de codificaciones privadas no suficientemente reconocidas en la comunidad internacional.¹⁴ En ese sentido, los tres instrumentos internacionales que se analizan no tendrían posibilidad de ser considerados, en el ámbito europeo, como derecho aplicable por elección de las partes.

La solución es distinta, sin embargo, si se aprecia la cuestión desde el enfoque de los Principios de La Haya sobre la Elección de Ley Aplicable en Materia de Contratos Internacionales.¹⁵ Éstos también parten del principio de autonomía privada en la elección del derecho aplicable a los contratos, es decir, reconocen la autonomía conflictual;¹⁶ pero admiten que el Derecho elegido pueda referirse a *normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, a menos que el Derecho del foro establezca lo contrario*.¹⁷ De ahí que, conforme a los citados Principios de La Haya, los contratantes estén autorizados para elegir cualquiera de los citados instrumentos sobre contratos, que sin

¹¹ SÁNCHEZ Lorenzo Sixto, *La Unificación del Derecho Contractual y su Problemática: La Respuesta de la Unión Europea*, p. 88.

¹² FORNER Delaygua Joaquim-J., *La Ley Aplicable a los Contratos Internacionales*, p. 51.

¹³ Artículo 3 Reglamento de Roma I; artículo 3 del Convenio de Roma 1980.

¹⁴ FORNER, op. cit., pp. 59-60.

¹⁵ Comisión especial sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales, 12-16 de noviembre de 2012.

¹⁶ Artículo 2 (1) Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes.

¹⁷ Artículo 3 – Normas de Derecho.

duda satisfacen los requisitos exigidos para ser objeto de la aludida elección.

Sin duda, este asunto del derecho aplicable a los contratos internacionales no es sólo una cuestión que atañe al Derecho Internacional Privado, sino también al Derecho de los Contratos. Y es, además, una cuestión determinante en el proceso de uniformidad o de armonización de éste último sector, puesto que, mientras siga sin reconocerse, con plenitud y sin ambages, la posibilidad de elegir un derecho no estatal o descentralizado para regular las relaciones contractuales, la influencia de tales normas en el derecho interno será menor y limitada al ámbito académico.

Breves anotaciones sobre los problemas de Derecho Internacional Privado respecto a los contratos internacionales sobre maternidad sustitutiva

ELÍ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ.¹

Para Sonia Rodríguez, con todo mi cariño y con el mejor de mis recuerdos.

Mi agradecimiento a la Dra. Mariana Dobernig, por su ayuda y orientación prestada en la realización del presente estudio.

SUMARIO: I. Introducción II. Las técnicas de reproducción asistida III. La maternidad subrogada IV. Problemas de Derecho Internacional Privado en los acuerdos internacionales de maternidad subrogada V. Conclusiones

Resumen. El presente trabajo desarrolla las distintas técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada desde la perspectiva de la bioética, para llegar a una explicación general de los problemas que en el Derecho internacional privado generan los contratos internacionales de maternidad subrogada.

Palabras clave: Maternidad subrogada, Reproducción asistida.

Abstract: *This paper develops the different techniques of assisted reproduction and surrogate motherhood from the perspective of bioethics, to get an overview of the issues in private international law generated by international surrogate motherhood contracts.*

Keywords: *Surrogate motherhood, Assisted reproduction.*

I] Introducción

Desde tiempos inmemoriales, la necesidad de la preservación de la especie ha hecho que la fertilidad humana juegue un rol muy importante dentro de la sociedad, en todas las culturas, en todos los tiempos.

¹ Profesor e Investigador de la Escuela Libre de Derecho.

La necesidad de tener una estirpe va más allá de lo meramente biológico y de la necesidad de preservación, sino que se encuentra íntimamente vinculada a otros factores como el religioso. Así, en muchas culturas, o en todas ellas, la preservación de la estirpe se encuentra relacionada con la preservación del linaje, el nombre de la familia, el patrimonio familiar, e incluso, el favor de Dios, o de los dioses según la cultura; de tal manera que, el tener mucha estirpe era considerado como una bendición de Dios², en tanto que, su ausencia era considerado como una deshonra o castigo divino.³

Lo anterior, ha hecho que, a lo largo de la historia, se busquen maneras de combatir la infertilidad o esterilidad humana y asegurar una descendencia.

Así, en el libro del Génesis se cuenta que Raquel, esposa de Jacob, el Patriarca ...*tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero.- Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre?.- Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha, llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, yo también tendré hijos de ella (Gen. 30: 1-3).*

Sin embargo, el caso más conocido es el de la esterilidad de Sara, mujer del Patriarca Abraham, que ante su imposibilidad de concebirle un hijo, le entregó a su marido, tal como era la costumbre de la época, su esclava, Agar, a fin de que él se allegase a ella y procreara en ella un hijo, que sería su heredero y sobre el cual se mantendría su linaje, y ese hijo, sería considerado por Sara como hijo suyo, como hijo propio.

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo sobre las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada desde la perspectiva de la bioética, nos limitaremos a exponer los problemas que en el Derecho Internacional Privado generan los contratos internacionales de maternidad subrogada.

II] Las técnicas de reproducción asistida

La maternidad sustitutiva o maternidad subrogada es una de las "Técnicas de Reproducción Asistida" (TRA). Tales Técnicas de Reproducción (humana) Asistida (TRA) o técnicas de fertilización asistida,

² Así en la Biblia, en el Libro de Rut se lee que "Las mujeres decían a Noemí: Loado sea Jehová, que hizo que no te faltase hoy pariente, cuyo nombre será celebrado en Israel; el cual será restaurador de tu alma, y sustentará tu vejez; pues tu nuera, que te ama, lo ha dado a luz; y ella es de más valor para ti que siete hijos" (Rut 4:14-15. Versión Reina Valera, 1960).

³ En la Biblia, en el Primer Libro de Samuel se lee: "Y cuando llegaba el día en que Elcana ofrecía sacrificio, daba a Penina su mujer, a todos sus hijos y a todas sus hijas, a cada uno su parte. Pero a Ana daba una parte escogida, porque amaba a Ana, aunque Jehová no le había concebido tener hijos... Y su rival la irritaba, enojándola y entristeciéndola, porque Jehová no le había concedido tener hijos" (1° Sam. 1:4-6. Versión Reina Valera, 1960).

como también se les conoce, pueden ser definidas como "todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo".⁴

Por tanto, la finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es "la actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces"⁵; aunque también dichas técnicas pueden ser empleadas "en la prevención y tratamiento de las enfermedades de origen genético o hereditario...".⁶

Entre las técnicas de reproducción asistida podemos mencionar:

a) La inseminación artificial, que consiste en trasladar el semen previamente recogido de un varón e implantarlo en el interior de la vagina o útero de una mujer.

b) La fecundación *in vitro*, consiste en la extracción directa de varios óvulos de una mujer los cuales son fecundados con el espermatozoide de un hombre en un medio adecuado, *in vitro*, los cuales habrán de ser implantados dentro del útero de la madre.

c) La transferencia intratubárica de gametos, es un procedimiento similar a la fecundación *in vitro* pero se diferencia de éste en que la fecundación se produce dentro de las trompas de Falopio de manera natural. A través de medicamentos se estimula la ovulación, una vez maduros éstos se extraen y son fecundados con el espermatozoide y luego son implantados en las trompas de Falopio en lugar de hacerlo *in vitro* en laboratorio.

d) La maternidad subrogada, la cual emplea la misma técnica que la fecundación *in vitro*, con la diferencia de que el embrión fecundado es implantado en el útero de la madre subrogada.

III] La maternidad subrogada

"Subrogación es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra". Por tanto, hablar de "maternidad subrogada" es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer –a quien se presume en primera instancia como madre– por otra. Por tanto se entiende por maternidad subrogada: "la práctica

⁴ Scotti, Luciana B. "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas". Ver:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> Fecha de consulta: 05 de septiembre de 2013.

⁵ Artículo 1.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 35/1988), de España. Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) num. 282, del 24 de noviembre de 1988, corrección de errores en BOE num. 284, del 26 de noviembre de 1988.

⁶ Artículo 1.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. *Idem*.

mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento".⁷

"La maternidad subrogada... implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante".⁸

La técnica de la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la "madre subrogada", acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados "padres intencionales" o "padres subrogantes", a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.⁹

En otras palabras, dicha práctica consiste en un acuerdo – oneroso o gratuito– por el cual una mujer se compromete a llevar a cabo una gestación para una pareja, renunciando a toda pretensión de maternidad al producirse el nacimiento, y/o permitiendo la adopción por parte de la pareja contratante.

Otras denominaciones que recibe la maternidad subrogada son:¹⁰ Alquiler de vientre.- Alquiler de útero.- Arriendo de útero.- Arrendamiento de vientre.- Donación temporaria de útero.- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro.- Gestación de sustitución.- Gestación subrogada.- Madre portadora.- Maternidad sustituta.- Maternidad de sustitución.- Maternidad suplente.- Maternidad de alquiler.- Maternidad de encargo.- Madres de alquiler.- Madres portadoras.- Vientre de alquiler.- *Surrogated motherhood*, en su denominación en inglés, y.- *Barriga de alugel*, en su denominación en portugués.

Pero la denominación que más ha predominado de todas es la de maternidad subrogada.

Los supuestos en los que, por lo general, se recurre a la maternidad sustitutiva son:

a) Por infertilidad o esterilidad femenina, cuando la mujer dentro del matrimonio es infértil, ya sea por imposibilidad para concebir o bien por imposibilidad para alojar el embrión en el útero.

b) Por conveniencia masculina, bien sea porque un hombre soltero recurra a esta técnica para ser padre o en el caso más común de ellos, de un matrimonio o pareja homoparental masculina que desean ser padres.

⁷ Hurtado Oliver, Xavier. "El derecho a la vida y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos". México, Editorial Porrúa, 1999. pag. 54.

⁸ De la Torre Vargas, Maricruz. "La fecundación in vitro y la filiación". Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1993. pag. 204.

⁹ Scotti. *Op. cit.* Nota no. 4.

¹⁰ Arámbula Reyes, Alma. "Maternidad subrogada". México, Centro de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados. 2008. pag. 33.

c) Por conveniencia femenina, ya sea que la mujer que desea ser madre no quiera soportar los inconvenientes que conlleva un embarazo, que van desde el ver afectada su figura, el evitar las molestias propias del embarazo por cuestiones de índole laboral.

A su vez, la maternidad sustitutiva se realiza bajo dos formas:¹¹

a) La subrogación tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), consistente en el arrendamiento de vientre y óvulo, en el cual la madre subrogada es también la madre genética, toda vez que, un óvulo suyo es fecundado con el espermatozoides del padre comitente o de un tercer donante. En este caso, la madre subrogada aporta tanto el útero como sus propios óvulos.

En este caso, no se puede hablar propiamente de una "maternidad subrogada" sino más bien, de una inseminación artificial.

b) La subrogación gestacional o parcial (*gestational surrogacy*), o arrendamiento de vientre, que consiste en la gestación en el útero de la madre subrogada del óvulo de una mujer diferente, sea la madre comitente o subrogante o una tercera donadora, independientemente de quien sea el donante del espermatozoides con el cual es fecundado el óvulo implantado.

En este caso, hablamos propiamente de una maternidad subrogada.

En lo sucesivo cuando hablemos de maternidad subrogada estaremos haciendo referencia a éste último supuesto.

En la actualidad no existe una tendencia legislativa uniforme respecto a la maternidad subrogada, toda vez que, existen países que la permiten, otros que la prohíben y otros tantos se han mantenido indiferentes y no han legislado ni para permitirla ni para prohibirla.

Entre los países que prohíben la maternidad subrogada y, por tanto, en los que dichos contratos son considerados nulos, se encuentran: Alemania¹², Austria¹³, Colombia¹⁴, Costa Rica¹⁵, Dinamarca¹⁶, España¹⁷, Francia¹⁸, Suiza¹⁹ y Uruguay²⁰, entre otros.

¹¹ Scotti, *Op. cit.*, Nota no. 4.

¹² La Ley sobre protección de embriones, del 13 de diciembre de 1990, dispone que: §1 Aplicación abusiva de técnicas de reproducción: Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con pena de multa a quien: 7. Emprenda una fecundación artificial o una transferencia de un embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente (madre sustituta).

¹³ La Ley de Medicina Reproductiva prohíbe la maternidad subrogada (artículos § 2 y § 3 de la ley). Ver: <http://www.bmeia.gv.at/es/embajada/santiago-de-chile/consejos/austriacos-en-chile/nacionalidad.html> Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

¹⁴ La Ley 919 de 2004 que introduce una reforma al artículo 134 del Código Penal dispone que: "Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres a seis años de prisión" (art. 2). Ver: http://www.ub.edu/dpenal/CP_Colombia_2000_actualizado.pdf Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

¹⁵ El artículo 1º de la Norma 24029-S que regula la Realización de Técnicas de Reproducción Asistida *In Vitro* o FIV dispone que: “Autorízase, únicamente entre cónyuges [el subrayado es mio], la realización de técnicas de reproducción asistida en el país, que deberán regirse por las disposiciones del presente Decreto Ejecutivo”. No obstante esta permisión, dicho Decreto Ejecutivo fue anulado por inconstitucionalidad mediante resolución de la Sala Constitucional No. 2306 del 15 de marzo de 2000. Ver: http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=25469&nVersion=26946&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

¹⁶ El artículo 2.11 de la Ley sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina dispone que: “Los óvulos fecundados sólo podrán ser utilizados para su implantación en la mujer de la que procedan los óvulos”, entendiéndose esto en el contexto de una inseminación artificial, por tanto, la maternidad subrogada se encuentra prohibida. Ver: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/72.pdf> Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

¹⁷ El artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida dispone que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. No obstante lo anterior, el Código Civil Catalán (Ley 25/2010 del 29 de julio) establece que “La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre” (art. 235-3).

De igual manera, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010, dispone que “La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”. Ver: http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Instruccion_DGR_N_05_10_2010;jsessionid=4FF3F418C6754A505D9DAB15E8F41597 Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2013.

¹⁸ El art. 16-7 del Código Civil dispone que: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro” (reforma introducida por la Ley N° 94-653, relativa al respeto del cuerpo humano). Recientemente tres sentencias de la Corte de Casación de Francia del 7 de abril de 2011 establecieron que los acuerdos internacionales de subrogación violan el orden público francés, Scotti, *Op. cit.*, Nota no. 4.

¹⁹ El artículo 119 a) de la Constitución Federal de la Confederación Suiza dispone que: “1) La Confederación dictará normas en el campo del trasplante de órganos, tejidos y células. Al hacerlo, buscará garantizar la protección de la dignidad humana, la personalidad y la salud... 3) La donación de órganos, tejidos y células de origen humano es gratuito. El comercio de órganos humanos está prohibido”. Ver <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html> Fecha de

Entre los pocos países que la permiten, aunque varios de ellos con ciertas limitaciones o condiciones, podemos mencionar el caso de Brasil²¹, Chile²², Grecia²³, India²⁴, Israel²⁵, Italia²⁶, Reino Unido²⁷ y Rusia²⁸, entre otros.

consulta: 7 de septiembre de 2013. El artículo 4 de la Ley Federal sobre la Procreación Médicamente Asistida dispone que: “La donación de óvulos y embriones así como la maternidad sustitutiva están prohibidas”. Ver: <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20001938/index.html> Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

²⁰ El artículo 134 del Código de la Niñez y de la Adolescencia señala que: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los 30 días de su nacimiento”. Ver

http://www.badaj.org/ckfinder/userfiles/files/Nacionales/Uruguay/Codigo_Ninez_adolescencia-Uruguay.pdf Fecha de consulta: 08 de septiembre de 2013.

²¹ La Norma II, punto 1 de las Normas éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assitida (aprobadas por Resolución 1358 /1992 del Consejo Federal de Medicina) dispone que: “Toda mujer, en los términos de Ley, que haya solicitado y cuya indicación que no rebase los límites de esta Resolución puede ser receptora de las Técnicas de Reproducción Asistida, desde que haya aceptado de manera libre y consiente en documento de consentimiento informado”; con la limitación de que la “gestación de sustitución” (*gestação de substituição*) o “donación temporal de útero” (*doação temporária do útero*) “no podrán tener carácter lucrativo o comercial” (Norma VII, punto 2). Ver: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

²² El artículo 182 del Código Civil establece que: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (reforma introducida mediante la Ley No. 19, 585 que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, del 26 de octubre de 1998; por tanto, dichos acuerdos de maternidad subrogada son permitidos. Ver: http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

²³ El artículo 1458 de la ley 3089/2002 establece que: “La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (éstas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que ésta está casada, de su esposo también). La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”; asimismo, el artículo 1464 del Código Civil griego, “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”; citados por Lamm, Eleonora. “Gestación por sustitución.

En los Estados Unidos son varias las entidades federativas que aceptan la maternidad subrogada, principalmente California; la única que los prohíbe es Nueva York.

En el caso de México, el artículo 491 del Código Civil del Estado de Coahuila dispone que "el contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el

Realidad y Derecho". *Revista para el Análisis del Derecho* (INDRET). Barcelona, Julio, 2012. p. 14.

²⁴ El artículo 34.1 de la Ley que regula las Técnicas de Reproducción Asistida (*Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill*) de 2008, dispone que: "Tanto las parejas como individuos que busquen la subrogación a través del uso de las técnicas de reproducción asistida, y la madre subrogada, deberán pactar un acuerdo de subrogación el cual será legalmente ejecutable". Ver:

http://www.prsindia.org/uploads/media/vikas_doc/docs/1241500084~DraftARTBill.pdf Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2013.

²⁵ La Ley 5746 establece los siguientes requisitos: (1) los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre (Sect. 1); (2) la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación (Sect. 4(2)); (3) los embriones deben haberse creado "in vitro" con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermia del padre comitente (Sect. 2(4)); (4) la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente (Sect. 1, 2(3), b)); (5) la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera (Sect. 2(3), a)); (6) la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado (Sect. 2(5)). Lamm, *Op. cit.* Nota no. 23, p. 13.

²⁶ El artículo 4 de la Ley en materia de Procreación Médicamente Asistida dispone que: "1. El recurso a la técnica de procreación médicamente asistida es permitida sólo cuando esté confirmada la imposibilidad de eliminar la causa que impide la procreación y se encuentre limitada al caso de la infertilidad o esterilidad inexplicable y debidamente documentada así como a la esterilidad o infertilidad comprobada y certificada medicamente... 3) Está prohibido el recurso a la técnica de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo". Ver: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/60.pdf> Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

²⁷ La Ley de Acuerdos de Subrogación (*Surrogacy Arrangements Act*), de 1985, regula los acuerdos de maternidad subrogada. Ver:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/section/1> Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2013.

²⁸ El art. 51 del Código de Familia de la Federación de Rusia establece que "Las personas, que dieron su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, pueden ser registrados como padres del niño sólo al disponer del consentimiento de la mujer, que dio a luz el niño (madre subrogada)". Ver:

<http://www.surrogacymed.es/ley/maternidad-subrogada-en-rusia.html> Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2013.

material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó".²⁹

En cambio, el Código Civil del Estado de Tabasco no sólo permite y reconoce los contratos de "maternidad por gestación sustitutiva" o "maternidad sustitutiva" sino que los regula al señalar que: *En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo"... o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado...*

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare (art. 92).

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo (art. 360).

En el estado de Jalisco se presentó al Congreso del Estado en 2011 una "Iniciativa de Ley que regula la Subrogación Materna"³⁰, iniciativa que pretendía reformar el Código Civil del Estado, sin embargo, dicha iniciativa no fue aprobada.

La única entidad federativa que ha promulgado una ley especial en la materia es el Distrito Federal, cuya Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal fue aprobada el 30 de noviembre de 2010 pero no fue publicada y se encuentra pendiente de nuevo tratamiento en comisión como consecuencia de la "moción de censura" aprobada por la

²⁹ Ver: <http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/coahuila/codigo-civil-para-el-estado-de-coahuila-de-zaragoza.pdf> Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2013.

³⁰ Ver:

http://congreso.jalisco.gob.mx/servicios/sistemas/agenda/Documentos/17022011/Dipu39/18022011104350_materna.pdf Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2013.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal el pasado 20 de diciembre de 2011.

Dicha Ley tiene por objeto “establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada” (art. 1º), la cual “se realizará sin fines de lucro para los padres subrogados y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el período gestacional” (art. 2º, segundo párrafo).

No obstante, ni la ley en comento ni el Código Civil para el Distrito Federal establecen disposición alguna respecto a la imputación de maternidad de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada.

La necesidad económica y la dispar regulación en los derechos nacionales, principalmente la prohibición en muchos de ellos, motiva que se celebren acuerdos de maternidad subrogada entre personas situadas en distintos países abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo, dando lugar a lo que algunos autores denominan “turismo procreativo” o “turismo reproductivo”³¹.

IV] Problemas de Derecho Internacional Privado en los acuerdos internacionales de maternidad subrogada

Considero oportuno diferenciar dos cuestiones, la primera se refiere a la formación de los contratos de maternidad subrogada y la segunda es la relativa al contenido de dichos contratos y sus efectos en el Derecho Internacional Privado.

1. La formación de los contratos de maternidad subrogada

En la formación de los contratos internacionales de maternidad subrogada, hay dos cuestiones que se plantean: La forma de los contratos y la capacidad de las partes.

a. La forma de los contratos

Echando un vistazo al Derecho Comparado, podemos concluir sin duda alguna que la forma de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada se rige por el principio de *locus regit actum*. Por

³¹ El “turismo reproductivo” o “*cross-border reproductive care*” (CBRC) se define como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TRA. Generalmente sucede cuando los costes del tratamiento son inferiores en el país receptor o cuando el procedimiento al que se desea recurrir (p. ej. la donación de gametos) no está disponible o no es legal en el país de origen. Cotarelo, Rocío P. “Reproducción asistida en Italia: Del “Salvaje Oeste” a la ley de reproducción asistida más restrictiva de Europa. Un país que se adapta al continuo cambio en la legislación”. Ver: http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2011_reprod_12_reproduccion_asistida_en_italia.pdf Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

tanto, la forma de dichos contratos se regirá por la ley del lugar donde se celebren.³²

Al respecto, la ley del lugar de la celebración determinará las formalidades de dichos contratos y estipulará si éstos habrán de realizarse mediante escritura pública –con o sin previa autorización judicial- o mediante documento privado, bien sea directamente entre los padres comitentes con la madre gestante o con una institución médica.

Existen opiniones de algunos autores que sostienen categóricamente que el contrato de maternidad sustitutiva debería constar en escritura pública, ya que se trata de un instrumento que servirá como título de determinación legal de la filiación y por su carácter de prueba plena, señalando que se está en presencia de un reconocimiento "previo" del hijo; en tanto que, otros sostienen que, basta con que dicho contrato se externe en documento privado ante el médico o en la institución que practique la procreación asistida.³³

Desde luego, un exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento expresado de manera tácita y los requisitos de elevarlo a escritura pública.

b. La capacidad de las partes

A este respecto, nada impide aplicar la regla consagrada en el Derecho Internacional Privado de que "el estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio".³⁴

Por tanto, la ley aplicable a la capacidad de las partes determinará quiénes son las personas que pueden recurrir a la maternidad sustitutiva, por ejemplo, si sólo pueden hacerlo matrimonios -heterosexuales u homoparentales- o si pueden realizarlo parejas en concubinato o personas solteras.

Lo anterior es muy importante, porque normalmente el menor concebido mediante maternidad subrogada será trasladado al lugar donde habitualmente residen los padres comitentes. Pudiera ser el caso de que, en el lugar de la residencia habitual no fuera lícito la celebración de los matrimonios homoparentales, por lo que, el menor será hijo de sólo uno de los cónyuges.

En la opinión personal de quien escribe estas líneas, debiera ser aplicable para ambos supuestos –la forma del contrato y la capacidad de los contratantes- en los contratos internacionales sobre maternidad subrogada el principio de *favor contractus*, procurando con ello que el juez pueda garantizar la validez del contrato.

2. La materia de los contratos de maternidad subrogada

³² Así el artículo 13, Fr. IV del Código Civil Federal dispone que: "La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren...".

³³ Arámbula Reyes, *Op. cit.*, Nota no. 10, pag. 104.

³⁴ Artículo 13, Fr. II del Código Civil Federal.

Es preciso partir del supuesto que, tanto las técnicas de reproducción asistida como la maternidad subrogada son materia de regulación estatal con un marcado interés público, por lo que podemos decir que dichas disposiciones son normas del orden público y por tanto, de aplicación inmediata; por lo que la libertad contractual se reduce mucho.

Sin lugar a duda, el principal objetivo de los contratos de maternidad subrogada es la transferencia de la maternidad –y por ende, de la patria potestad- de la madre gestante a la madre comitente.

No obstante, existen otras cuestiones que también son objeto de regulación en dichos contratos, tales como:

a) Los alimentos que haya de recibir la madre gestante en tanto dura el embarazo. En virtud de que, en tanto no nazca el menor concebido no existe la transferencia de la maternidad, por ende, en tanto nazca el menor éste es hijo de la gestante y, por ello deberá recibir alimentos de los padres biológicos.

b) Los servicios médicos y la responsabilidad médica. Cuando el contrato de maternidad sustitutiva deba ser celebrado entre la pareja o matrimonio solicitante del servicio y el médico o la institución médica autorizada para realizarlo, se deberá establecer la responsabilidad civil por la actividad terapéutica (responsabilidad profesional). Ante la ausencia de cláusulas contractuales que determinen dicha responsabilidad se estará a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Internacional Privado.

c) El derecho de anonimato de los donadores de los gametos. El anonimato del donante, es decir, la prohibición de que se revele su identidad, es un principio ampliamente aceptado en el Derecho comparado pero estar lejos de ser unánime, toda vez que el anonimato de los donantes se contrapone al derecho de los nacidos a conocer su origen biológico.

d) El derecho a abortar. Algunas legislaciones establecen el derecho de la gestante de abortar sólo cuando el desarrollo del embarazo pueda poner en peligro su vida.³⁵

Por lo que respecta al derecho de anonimato y al derecho a abortar estas materias son consideradas normas de aplicación inmediata, excluyendo así la aplicación de un derecho extranjero; por tanto, se aplicará la *lex fori*.

En tanto que, por lo que respecta a los alimentos y a la responsabilidad médica nada impide que, en el ejercicio de la autonomía

³⁵ Así por ejemplo el Proyecto de Iniciativa de Ley que Regula la Subrogación Materna en el Estado de Jalisco dispone en su artículo 602.4 que “En caso que durante la preñez, se ponga en riesgo la vida de la mujer que ha subrogado su útero, se preferirá la vida de la mujer sobre aquella del producto de la concepción. Las partes del contrato sólo podrán recibir el equivalente a los daños y perjuicios sufridos, así como por los gastos erogados mencionados en este capítulo, si comprueban que hubo negligencia o imprudencia de la madre subrogada”. *Op. cit.*, Nota no. 30.

de la voluntad de las partes éstas puedan pactar libremente el derecho aplicable en el contrato (de naturaleza internacional) sobre maternidad subrogada; así por ejemplo, en el caso de los alimentos podrán optar por la ley que les resulte más favorable, entre la ley de la residencia habitual del acreedor alimentario o la del deudor alimentario.³⁶

Sin embargo, en el caso de aquellas otras materias previstas en el contrato que no sean consideradas normas de orden público internacional y en las que no haya sido pactado expresamente el Derecho aplicable y en las que tampoco existan reglas conflictuales muy precisas para la determinación de éste –el Derecho aplicable– considero que se habrá de observar el principio *favor mater* o *favor matris*, a fin de que se aplique el Derecho que le resulta más favorable a la madre gestante.

3. Los problemas de Derecho Internacional Privado en los contratos de maternidad subrogada

Las principales cuestiones de Derecho Internacional Privado que giran en torno a los contratos internacionales de maternidad subrogada son:

- a) La determinación del foro competente,
- b) La determinación del Derecho aplicable respecto a la filiación:
- c) La determinación de la paternidad,
- d) La determinación de la maternidad,
- e) La determinación de la nacionalidad, y
- i) El reconocimiento del registro del nacimiento o de la sentencia de adopción.

Es preciso mencionar que, salvo el primer supuesto, las anteriores materias no son objeto de regulación contractual por ser consideradas en cada Estado como normas del orden público internacional.

A continuación veamos los problemas que se presentan en cada uno de los anteriores tópicos.

a. La determinación del foro competente

Es necesario precisar que, la gran mayoría de los litigios judiciales respecto a los contratos internacionales sobre maternidad subrogada que se han presentado alrededor del mundo versan principalmente sobre el reconocimiento, bien sea del registro del menor concebido o de la sentencia de adopción, casos que son llevados ante el juez competente de la residencia habitual de los padres comitentes. Sin embargo, pocos son los casos en los que se plantea el incumplimiento de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada.

³⁶ Artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, adoptada en Montevideo, el 15 de julio de 1889. Ratificada por el Gobierno de México el 5 de octubre de 1994, el Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 18 de noviembre de 1994.

Respecto a la determinación del foro competente para el caso del cumplimiento o incumplimiento de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada partimos de la "autonomía de la voluntad de las partes" como principio rector de los contratos internacionales, por lo que nada impide que las partes puedan pactar libremente el foro competente y someterse a su jurisdicción, existiendo así una *prorogatio fori* o sumisión a otra jurisdicción que sea expresamente señalada en el contrato.

En los casos de ausencia de determinación expresa del foro competente en el contrato pareciera que debería ser competente el juez de la residencia habitual de la madre gestante, toda vez que, dicho lugar es el lugar de la celebración del contrato y, por tanto, las partes debieran tener conocimiento pleno de la legislación de dicho país.

No obstante lo anterior, en la opinión personal de quien escribe estas líneas, parece que debiera flexibilizarse las normas de determinación del foro dando al actor la opción de elegir libremente el foro competente que más le favoreciere entre el juez de la residencia habitual de la madre gestante o el juez de la residencia habitual de los padres comitentes.

b. La determinación del Derecho aplicable respecto a la filiación

El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad. Por lo que respecta a la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto conforme al principio de *mater semper certa est* (la madre siempre resulta cierta). En cambio, la paternidad no siempre resulta cierta, por lo que la ley es la que establece las reglas para determinarla a través de presunciones, bien sea que el hijo haya sido engendrado dentro³⁷ o fuera³⁸ de matrimonio y los supuestos en los que se rompe dichas presunciones.

c. La determinación de la paternidad

Como ya se mencionó, debido a la dificultad de determinar con precisión la paternidad ésta se determina a través de presunciones que la misma ley establece.

³⁷ El artículo 324 del Código Civil Federal dispone que "se presumen hijos de los cónyuges: "I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

"II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

³⁸ El artículo 360 del Código Civil Federal establece que "la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad".

Es importante mencionar que en las técnicas de reproducción asistida la paternidad legal no siempre corresponde a la paternidad biológica, toda vez que, dichas técnicas prevén la donación de gametos y preembriones favoreciendo con el anonimato la identidad del donante.

Por otro lado "el matrimonio establece un entramado de deberes jurídicos que resultarían vulnerados por la actuación unilateral de la mujer casada que procediera a utilizar las técnicas reproductoras prescindiendo del consentimiento marital, tanto más cuanto que la presunción de maternidad marital convierte al marido en padre legal de los hijos que de ella nazcan en tanto no sea destruida por los cauces legales..."³⁹.

d. La determinación de la maternidad

El fenómeno de la maternidad subrogada, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:⁴⁰

i. Maternidad plena: Es la que une la relación biológica (genética y gestativa) con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

ii. Maternidad genética: Es la de quien se convierte en donante de óvulos.

iii. Maternidad gestativa: Es la de la mujer que lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado, es decir, recae en la mujer portadora o gestante que soporta el embarazo, y

iv. Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

v. La maternidad sustitutiva a diferencia de otras TRA implica la renuncia a la filiación materna, lo cual no es posible en nuestra legislación por ser contrario al orden público, tal como se dispone en el artículo 1831 del Código Civil Federal al señalar que "el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

Al respecto se han adoptado dos posturas para la determinación de la maternidad en casos de maternidad subrogada:⁴¹ i. La maternidad biológica: bajo esta postura se considerará como la madre del menor concebido a la mujer que haya contribuido mediante su aporte genético, gestación y parto; ii. La maternidad genética, bajo dicha tesis, se reconocerá la maternidad a favor de la madre genética, o en su caso, se

³⁹ Vidal Martínez, Jaime (Coord). *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Editorial Comares. Granada, 1998. p. 81.

⁴⁰ Morán de Vicenzi, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", citado por Arámbula Reyes, *Op. cit.* Nota no. 10. Pag. 13.

⁴¹ Arámbula Reyes, *Ibidem.* pag. 15.

le reconoce un derecho irrenunciable y preferente de adopción por sobre la madre gestante.

Un sector importante de la doctrina reconoce la maternidad legal de la madre uterina –postura de la maternidad biológica- en base al principio *favor genitoris*, toda vez que dicha postura es la que brinda una mayor certeza jurídica a efectos de la identificación de la madre y del nacido.⁴²

Ante la ausencia de regulación expresa, se ha venido cubriendo de juridicidad de las más diversas formas: desde la inscripción como hijo legítimo de los que “solicitaron” el embarazo, o bien con un reconocimiento del hombre que aportó el semen y una adopción por parte de la esposa de éste.

En la práctica se realizan los siguientes procedimientos: i. Si la madre gestante es soltera y se la implanta o insemina con el semen del comitente, una vez nacido el niño, el comitente lo reconoce. Tiempo más tarde, la esposa del comitente deberá solicitar la adopción del hijo del cónyuge; ii. Si la madre gestante es casada, también se recurre a la adopción, aunque previamente el marido de la gestante deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad, alegando no ser el padre genético del niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa del comitente, promueve la adopción del menor.

Ambos casos constituyen una burla a los procedimientos de adopción, configurando un verdadero fraude a la ley.

Por ello, cuando se ha de recurrir a la figura de la adopción es importante el consentimiento previo tanto de la madre gestadora –y en su caso, de los donantes de los gametos- como de la pareja o padres adoptantes. Así, el fundamento último de esa manifestación de la voluntad es, por parte de la madre gestadora y/o los donantes de los gametos la “renuncia” a toda pretensión respecto al hijo; y por parte de los padres o pareja adoptantes, la aceptación con los mismos deberes y derechos que los padres biológicos, si la adopción es plena.

Por eso mismo se propugna que el consentimiento de la receptora sea determinante para la filiación del hijo, de modo que para este tipo de filiación quede sentado jurídicamente que la derivación biológica no es constitutiva del vínculo legal.⁴³

En caso de recurrirse a la figura de la adopción, el cauce adecuado es la adopción con un trámite simplificado, sobre todo si puede demostrarse la procedencia de los gametos de la propia pareja. En todo caso, se requiere que la gestante quiera dar al hijo en adopción; no se podrá obligar a que lo entregue, sea una u otra la forma jurídica que se emplee para determinar la filiación.⁴⁴

⁴² *Ibidem*. pag. 16.

⁴³ *Ibidem*. pag. 100.

⁴⁴ *Ibidem*. pag. 39.

Respecto a la determinación de la maternidad en los casos de maternidad subrogada, existen dos sistemas legales:

i. Los Estados cuyas leyes consideran madre del menor concebido a la madre gestante

En estos casos, la ley prevé un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación *post-parto*.⁴⁵

En otros casos, algunos países se establecen un procedimiento de adopción a fin de que los padres comitentes adquieran la legítima maternidad y paternidad del menor. Tal es el caso de Israel, en virtud de que su Ley no es aplicable a la subrogación realizada en el extranjero, la pareja comitente debe solicitar una orden judicial de adopción.⁴⁶

Así, por ejemplo, en el Reino Unido, la *Surrogacy Arrangements Act*, la filiación se determina con respecto a la madre que da a luz, es decir, la madre gestante. Sólo se transfiere (pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales; en tales casos, el juez inglés establece la filiación mediante una *parental order*.

Este sistema es más protector de la madre gestante, por tanto, requiere que el acuerdo de maternidad subrogada sea aprobado antes de la concepción (por una institución médica pública o privada autorizada por el Estado o por autoridad judicial), y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio en la transferencia de la maternidad.

ii. Los Estados cuyas leyes consideran padres legales a los padres comitentes o intencionales.

En estos casos, los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después de su nacimiento, dejando de lado el principio de *mater semper certa est*.

Tal es el caso de Grecia, toda vez que en el artículo 1464 del Código Civil se dispone que: "en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño".⁴⁷

No obstante se concede a la madre gestante el derecho a impugnar la maternidad legal sólo en el caso de una subrogación tradicional (cuando la madre gestante aportó los óvulos). En tal caso, la gestante se convierte en madre legal con efecto retroactivo a la fecha de nacimiento del menor.⁴⁸

Siendo las normas relativas a la determinación de la filiación normas de orden público el derecho aplicable es la *lex fori*.

⁴⁵ Lamm, *Op. cit.*, Nota no. 23, p. 15.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁷ Citado por Lamm, *Op. cit.*, Nota no. 23, p. 14.

⁴⁸ *Idem*.

e. *La determinación de la nacionalidad*

Otro problema que se presenta en la maternidad subrogada es el de la determinación de la nacionalidad del menor concebido.

Esta situación se produce especialmente respecto de los niños nacidos en India, Rusia y Ucrania, ya que estos países, conforme a sus leyes, consideran padres a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes tienen que solicitar un pasaporte (u otro documento de viaje) ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones y por diversas razones es denegado.⁴⁹ Un caso similar es el de Austria cuya Ley de Ciudadanía Austríaca estipula que el niño nacido por alquiler de vientre de una madre extranjera –entiéndase en el extranjero– no adquiere la ciudadanía austríaca si la persona que encomendó dicho nacimiento fuera de nacionalidad austríaca.⁵⁰

Ante la ausencia de una nacionalidad el niño concebido en subrogación se encuentra en un estado de apatridia y con filiación incierta, esto se agrava debido a que los padres comitentes no pueden permanecer en esos países indefinidamente debido a los controles de inmigración.

Así, por ejemplo, en caso X vs Y (*Foreign Surrogacy*), [2009] 1FLR 733 en el que un matrimonio inglés celebró un contrato de maternidad subrogada con una mujer ucraniana casada. De conformidad con la ley ucraniana, los padres legales son los comitentes y contaban con el acta de nacimiento correspondiente; en cambio, conforme a la ley inglesa los niños concebidos eran hijos de la madre gestante y su marido y la filiación sólo es transmitida mediante una orden parental. Debido a que la ley ucraniana no concede la nacionalidad a los hijos, éstos quedaron apátridas. Los niños no podían ingresar como ingleses al Reino Unido por no ser hijos legales de los comitentes; por lo que hubo necesidad de realizar pruebas de ADN para comprobar que los niños eran hijos genéticamente del comitente, sólo de esta manera se les permitió ingresar a fin de que los comitentes pudieran gestionar la *parental order*, la cual fue otorgada en base al interés superior del menor.⁵¹

Muchas veces estos conflictos de leyes ocasionan que los niños concebidos mediante esta técnica se queden en el territorio del país en el cual nacieron y ello ha ocasionado que los comitentes empleen estrategias ilegales que pueden ser tipificadas como tráfico de menores.

Siendo las normas de atribución de la nacionalidad de la competencia soberana de los Estados, son por tanto de orden público, lo cual excluye por completo la posibilidad de su determinación vía contractual y, en lo personal, considero que difícilmente pueda ser

⁴⁹ *Ibidem*. p. 23.

⁵⁰ Ver: <http://www.bmeia.gv.at/es/embajada/buenos-aires/consejero/austriacos-argentina-paraguay-y-uruguay/ciudadania.html> Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

⁵¹ Citado por Lamm, *Idem*, nota no. 23, p. 25.

objeto de regulación en un tratado internacional sobre maternidad subrogada.

f. El reconocimiento del registro del nacimiento del menor concebido y/o de la sentencia de adopción

Como ya se mencionó, el objeto de los contratos de maternidad sustitutiva o subrogada es el uso del útero de una mujer para gestar un bebé que será hijo de otra mujer.

Es importante mencionar que, las mujeres que acceden a ser madres gestadoras lo hacen principalmente por necesidades económicas.

Debido a lo anterior, Tal vez el principal problema que afrontan los contratos sobre maternidad sustitutiva es la de su licitud. En algunos países un contrato de este tipo es considerado como lícito, mientras que en otros lugares se va desde la prohibición total al establecimiento de algún tipo de limitaciones, como por ejemplo la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios.

Asimismo, la inexistencia de la figura de los contratos de maternidad subrogada en el país, aun cuando no estén prohibidos expresamente, podría motivar la excepción de "orden público" y con ello denegar el reconocimiento de los contratos internacionales celebrados en esta materia.

En efecto, para interponer la excepción de orden público en los casos de maternidad subrogada realizada en el extranjero, se han hecho valer los siguientes argumentos:⁵²

i. La indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial;

ii. Estos contratos son contrarios a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos –tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida– y no como fines en sí mismos; y genera un "derecho sobre el niño", como si fuera un objeto y no un sujeto de Derecho;

iii. La gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etc.; y

⁵² Santos Belandro, "La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, citado por Scotti, *Op. cit.* Nota no. 4.

iv. Estos contratos constituyen un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por sustitución generalmente recibe una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como “bancos” de materiales genéticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables, y al esposo de la mujer gestante.

A este respecto, resulta interesante comentar el caso de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja, 1ª Ch., de 6 de septiembre de 2010, en el que un matrimonio de hombres casado en Bélgica conciben a gemelos en California mediante un contrato de maternidad subrogada. Una vez nacidos los gemelos la pareja solicita la transcripción del acta de nacimiento en Bélgica, solicitud que es denegada por el Tribunal de Primera Instancia de Huy, en marzo de 2010, sosteniendo que, como son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, su transcripción violaría el orden público interno. La sentencia fue parcialmente revocada por la Corte de Apelación de Lieja, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2010. Conforme a la legislación belga, como la gestante no estaba casada, el padre biológico podría haber reconocido a los niños y por lo tanto convertirse legalmente en su padre. Para el otro hombre, en la legislación belga, no había ninguna posibilidad de establecer un parentesco legal entre un niño y dos personas del mismo sexo, fuera de la adopción por parejas del mismo sexo. Entonces, aunque reconoció que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al orden público, sostuvo que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si los niños son privados del vínculo jurídico con su padre biológico. En virtud de que para la Corte, la negativa de reconocimiento de los certificados de nacimiento impide el establecimiento de la filiación legal con el padre biológico, reconoció los certificados de nacimiento expedidos en California sólo respecto del padre biológico en la medida en que constituyen la base del vínculo legal de filiación.⁵³

Un caso similar es el de las gemelas del matrimonio *Menesson*. El matrimonio se desplazó en el año 2000 a California para celebrar con una estadounidense, residente en dicha entidad, el contrato de “gestación por sustitución” por el que daría a luz a un hijo de los esposos *Menesson* concebido *in vitro* con los gametos del padre y de la madre intencionales. La filiación, con respecto a los padres intencionales, fue establecida por decisión del TS de California de 14 de julio de 2000, conforme a las disposiciones del *California Family Code (Sections 7630 y 7650)*. El Consulado francés en Los Ángeles, denegó la inscripción al sospechar que las gemelas habían nacido por medio de una maternidad subrogada. El Ministerio Público pidió la transcripción en el Registro francés a los efectos de instar la posterior anulación al *Tribunal de grande*

⁵³ Lamm, *Op. cit.*, Nota no. 23, p. 27.

instance de Créteil por motivos de orden público (artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés). Sin embargo, el Tribunal desestimó la demanda por considerar que no reunía determinadas condiciones legales, si bien, no lo hizo por la razón de considerarla infundada. Con posterioridad, la *Cour d'Appel* de París, el 25 de octubre de 2007, rechaza la acción de nulidad del Ministerio Fiscal argumentando que el Ministerio Público no había contestado ni el reconocimiento de la decisión californiana ni la fuerza probatoria de los documentos públicos relativos al estado civil californianos sobre la base del artículo 47 del CC, e invoca un orden público internacional atento al interés superior del menor, sobre la base del artículo 3 del Convenio de NU sobre Derechos del Niño, toda vez que, considerar que la decisión que homologa el contrato de maternidad subrogada no produce efecto alguno (nulidad absoluta) y que el fraude todo lo corrompe (*fraus omnia corrumpit*), conduciría a que las menores pudieran quedar huérfanas y ser consideradas extranjeras hasta que no fuera determinada la filiación paterna, por lo que las menores no deberían de pagar los actos en fraude a la ley (el llamado, despectivamente, turismo reproductivo) de los padres que las tienen a su cargo y las cuidan, y que al parecer viajaban a EE.UU por motivos profesionales.⁵⁴

En mi opinión, en aquellos casos en que el juez considere oportuno la aplicación de la excepción de orden público deberá considerar siempre que, dicha aplicación no afecte al interés superior del menor, en tal caso, éste último prevalecerá sobre el primero.

V] Conclusiones

Ante los problemas de Derecho Internacional Privado aparejados a los contratos internacionales sobre maternidad subrogada y en base a lo expuesto y propuesto –a manera de *lege ferenda*– podemos concluir lo siguiente:

a) La forma de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada se rige por el principio de *locus regit actum*.

b) La capacidad de las partes en el contrato se rige el derecho del lugar de su domicilio.

c) No obstante lo anterior, a fin de garantizar la validez de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada el juez deberá considerar en todo tiempo la aplicación del principio *favor contractus*.

d) El objetivo principal de los contratos sobre maternidad subrogada, es el arrendamiento del útero de la madre gestante y la entrega posterior al parto del menor concedido mediante las técnicas de

⁵⁴ Quiñones Escámez, Ana. "Doble filiación de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009". INDRET Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Julio de 2009. Pags. 7 a 11. Ver: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf

reproducción asistida, así como, la eventual transmisión de la filiación del menor.

e) Respecto a las otras materias objeto de la regulación contractual en los contratos internacionales de maternidad subrogada, nada impide la aplicación de las normas conflictuales que determinen el Derecho aplicable (vgr. Las obligaciones alimentarias); no obstante, si fueren materias del orden público se aplicará la *lex fori*.

f) Respecto al foro competente para los casos de cumplimiento de los contratos internacionales de maternidad subrogada, en ausencia de determinación expresa, debiera ser a opción del actor entre el juez de la residencia habitual de la madre gestante y el juez de la residencia habitual de los padres comitentes.

g) Siendo las normas sobre la determinación de la filiación, tanto de la maternidad como de la paternidad, de orden público, el derecho aplicable es la *lex fori*.

h) Respecto a las normas de determinación de la nacionalidad, al ser ésta de la competencia soberana de los Estados, éstas se regirán por la *lex fori*.

i) Cuando conforme a la legislación del juez del foro, para el caso de reconocimiento de la inscripción del nacimiento del menor o de la sentencia de adopción, dicho reconocimiento sea contrario al orden público, el juez deberá considerar siempre el interés superior del menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño en relación con la guarda y custodia del menor

JESÚS SALDAÑA PÉREZ¹

SUMARIO: I. Concepto de guarda y custodia. II. La Convención sobre los Derechos del Niño en relación de la guarda y custodia del menor. III. Criterios para la fijación de guarda y custodia en México. IIII. Código Civil para el Distrito Federal. IV. La mayor jerarquía de la convención Internacional respecto de la legislación interna. V. Criterio de la Suprema Corte de Justicia de La Nación. VI. El interés superior del menor. VII. Elementos que debe tomar en cuenta el juez al decretar la guarda y custodia. VIII. Conclusión.

Resumen. En el presente artículo se presenta la problemática sobre cómo las legislaciones locales, que son las encargadas de regular lo que respecta a la guarda y custodia del menor, se contradicen con los tratados internacionales, provocando un conflicto sobre la forma en que el juez debe de determinar esta situación y a cual legislación debe aplicar la de su Estado o la legislación internacional, haciendo así una crítica sobre el problema que esto conlleva, ya que deja en evidencia que en México aún no se cumplen con las obligaciones internacionales en este tema.

Palabras clave: Custodia, guarda, Derechos del Menor, conflicto de leyes.

Abstract: *In this article we present the problem on the local laws as they are in charge of regulating regarding the guardianship and custody of the child, in how they contradict with international treaties, causing a conflict on how the judge should determine this and to apply the law of their State or international law, making a review of the problem that entails, because it exposes that Mexico has not yet meet international obligations in this area.*

Keywords: *Custody, guardianship, Rights of the Child, legislation, Conflict Law.*

¹Profesor por oposición de Derecho Familiar y Derecho Civil en la Facultad de Derecho y la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En nuestro país, los criterios para la fijación de la guarda y custodia de los menores en caso de divorcio o separación de los padres, están previstos en las legislaciones de los Estados, específicamente los códigos civiles de cada una de las Entidades Federativas, donde los criterios para determinar a cuál de los progenitores se le debe asignar son variables, especialmente se atiende a la edad del niño. En la mayoría de los Estados se le da preferencia a la madre con respecto al padre, por señalar algunos ejemplos, en el Distrito Federal el artículo 282 del Código Civil dispone que los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, al igual que el artículo 414 bis del estado de Nuevo León; de manera semejante lo dispone el artículo 4.228 del estado de México, pero respecto a los menores de diez años, salvo cuando sea perjudicial para el menor. En Sonora el artículo 572 de plano le da esa preferencia a la madre en todos los casos, con la salvedad de que exista disposición por parte de ésta y no tenga una conducta nociva a la salud física y psíquica del menor.

En nuestro país las legislaciones locales dan preferencia a la madre, atribuyéndole indebidamente la presunción legal de ser la más apta para el cuidado de los hijos, ello a pesar de que México forma parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, que es un tratado internacional de derechos humanos de carácter sectorial, el cual establece como un derecho fundamental del niño la convivencia plena e ilimitada con ambos progenitores, así como el derecho a que su opinión sea tomada en cuenta en todo proceso judicial en que el menor se vea involucrado, asimismo establece el interés superior del menor como principio rector en todas las decisiones judiciales, lo que pone en evidencia una debilidad por parte de las autoridades mexicanas para cumplir cabalmente con los compromisos internacionales en esta materia.

I] Concepto de guarda y custodia

Este término está compuesto por dos palabras, en primer lugar la palabra *guardar* que significa cuidar de una cosa, vigilarla y tenerla en un lugar seguro, su ámbito de aplicación se enfoca más bien hacia las cosas, y en segundo lugar *custodia*, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es la persona o escolta encargada de cuidar a un preso, esta palabra en principio parece poco afortunada, sin embargo, custodiar significa guardarla con cuidado y vigilancia, de modo que en conjunto y por analogía el legislador ha venido aplicando cada vez con mayor frecuencia el término guarda y custodia cuando se refiere a las personas menores de edad, es decir, a los niños. Es relativamente reciente como ha venido apareciendo la inclusión de este término cada vez con mayor frecuencia en nuestra legislación, como una evidente manifestación de la preocupación del legislador de proteger a los menores. El término guarda y custodia en su conjunto tiene un sentido reiterativo que expresa con énfasis y claridad el especial interés del

legislador en salvaguardar con cuidado, donde se mantenga seguro, sujeto a vigilancia constante y permanente a la persona del menor, a efecto de lograr su sano desarrollo, buscando las mejores condiciones posibles para que éste se dé en forma armónica e integral.

La guarda y custodia originalmente se encontraba implícita en la regulación relativa a la patria potestad y la tutela, aunque sin esta denominación, sin embargo, el legislador ha venido utilizando cada vez con mayor frecuencia este término, para referirse a todos aquellos que tienen a su cargo la protección y cuidado de un niño, ésta figura jurídica tiene por objeto lograr el cuidado y atención de la persona, con la convivencia cotidiana implícita que representa vivir bajo el mismo techo.

Quien ejerce la guarda y custodia sobre un niño tiene a su cargo la obligación de brindarle todos los cuidados, buen ejemplo y atenciones necesarios para su sano desarrollo, formación y educación, en un ambiente de respeto, cariño, seguridad, salud, libre de violencia, donde existan las mejores condiciones para ello, con el objeto de que en un momento dado y de manera paulatina pueda lograr su autosuficiencia e independencia.

Originalmente la guarda y custodia surge como una consecuencia necesaria de la filiación, como una parte integrante de la patria potestad, que bajo condiciones normales de la vida de pareja, es decir, cuando los progenitores forman una familia y viven juntos al lado de sus hijos, ya sea casados o en concubinato, pero formando una familia estable, entonces ambos padres ejercen la guarda y custodia sobre sus hijos en forma espontánea y conjunta, complementándose y apoyándose el uno al otro en las diversas actividades cotidianas que implican los cuidados de un niño, en tales circunstancias ambos padres tienen una participación constante y directa en la educación y formación de sus hijos, en la toma de decisiones, en los cuidados y atenciones que se requieren día con día, que se le brindan al cohabitar bajo el mismo techo, conviviendo de manera directa y cotidiana con ellos, ya sea que sigan cada uno de los padres los roles de conducta de una familia tradicional, donde el padre es esencialmente proveedor y la madre participa desempeñando la interminable tarea de atender personalmente las labores del hogar y el cuidado de los hijos, o bien, como ocurre cada vez con mayor frecuencia en las familias, la mujer también sale diariamente a buscar el sustento familiar y desempeña una actividad fuera del hogar para complementar el aporte masculino, y así entre ambos brindar a la familia todos los recursos necesarios para mejorar sus condiciones de vida, lo que en la mayoría de los casos significa para la mujer asumir una doble tarea.

Cuando la guarda y custodia se deriva de la patria potestad son llamados para su ejercicio en primer lugar los padres, solo a falta o ante la imposibilidad de los padres recae de manera subsidiaria su ejercicio en los abuelos, ya sea paternos o maternos, según lo resuelva el juez, pero es claro que éstos últimos nunca entran a su ejercicio al mismo tiempo que los padres.

Desde hace algunas décadas el legislador alude con mayor frecuencia al término guarda y custodia cuando se refiere al cuidado de los niños, junto con otro concepto que es complemento del mismo, el interés superior del menor, al que habremos de referirnos más adelante.

Esta figura jurídica tiene su origen en una necesidad natural de protección y cuidado permanente que requieren los niños, en condiciones normales esta necesidad de protección es mayor cuando son más pequeños, y se va reduciendo conforme aumenta su edad y se va alcanzando poco a poco un mayor grado de madurez, lo cual permite que estos cuidados y atenciones vayan disminuyendo paulatinamente, hasta que llega el momento de la autosuficiencia e independencia total.

Cuando los padres forman una familia estable y viven juntos al lado de sus hijos, éstos se encuentran y permanecen bajo su cuidado y protección de manera espontánea, como una consecuencia natural derivada de la filiación, si los padres están unidos en matrimonio a sus hijos les favorece una presunción de paternidad cierta, que es extensiva también al concubinato, cuando los progenitores no están casados, entonces la filiación se establece por virtud del reconocimiento, en casos extraordinarios por una resolución judicial. Una vez establecida la filiación se derivan todas sus consecuencias, tanto para los padres como para los hijos, entre otras, es precisamente en relación a estos últimos la guarda y custodia.

En ciertas circunstancias, especialmente cuando los padres no forman una pareja estable, es decir, cuando no viven juntos, o bien, cuando sobreviene una separación o un divorcio, lo cual ocurre cada vez con mayor frecuencia, entonces los hijos menores de edad deben quedar bajo la guarda y custodia de uno solo de los padres, de los abuelos, ya sea paternos o maternos, o bien, en algunos casos extremos bajo el cuidado de un tercero, que puede ser algún familiar u otra persona cercana al menor, según lo ameriten las circunstancias del caso.

Cuando los progenitores no están unidos en matrimonio o concubinato y no viven juntos pero el reconocimiento se efectúa en el mismo acto, entonces ambos padres deberán convenir en ese momento respecto de quien de los dos ejercerá la guarda y custodia del hijo, si estos no lo hicieren, el juez de lo familiar resolverá lo más conveniente, debiendo fundar y motivar su resolución en el interés superior del menor, cosa distinta ocurre cuando el reconocimiento se hace únicamente por uno solo de los padres, porque entonces éste sólo producirá efectos para el que lo reconozca, de tal manera que el otro progenitor no tendrá ningún derecho sobre el hijo, ahora bien, cuando el reconocimiento se efectúa en forma sucesiva, es decir, cuando primero se da por uno de los padres y posteriormente por el otro, entonces corresponderá el ejercicio de la guarda y custodia al primero que lo hubiere reconocido, salvo acuerdo en contrario entre los propios padres, el reconocimiento confiere para quien lo hace la patria potestad, que es un conjunto de deberes, facultades y potestades que la ley otorga a los padres, no

precisamente como un derecho de ellos, sino más bien como un instrumento para poder cumplir con las obligaciones que ésta impone, por lo general la patria potestad se acompaña de la guarda y custodia, más no en forma necesaria, coincidimos con Domínguez Martínez quien señala:

Debe entenderse que una patria potestad cuyo ejercicio es en plenitud, comprende la guarda y custodia del menor, lo cual se da en el terreno de los hechos cuando los hijos, o los nietos en su caso, viven con quien tiene la patria potestad respecto a ellos. Puede, por el contrario y se da con frecuencia en la realidad, que no obstante tenerse la patria potestad no se tenga la guarda y custodia por no cohabitar con el menor, sino que es el otro ascendiente quien guarda y custodia; o podría inclusive darse el caso de que no sean los ascendientes sino un tercero quien guarde y custodie.²

II] La Convención sobre los Derechos del Niño en relación con la guarda y custodia del menor

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer tratado internacional de derechos humanos de carácter sectorial jurídicamente vinculante para el Estado mexicano a este respecto, su promulgación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; este instrumento jurídico incorpora toda una gama de derechos humanos de los niños. Los principios fundamentales de la Convención son: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia, al desarrollo, el respeto por los puntos de vista del niño y su participación en la vida familiar y social. Todos estos derechos previstos en la Convención procuran el desarrollo armónico de los niños, respetando su dignidad humana y buscando en todo momento su bienestar físico y psicológico.

Los países que han aceptado y reconocido estos derechos de los niños mediante su ratificación o adhesión, se han obligado a asegurar y proteger los derechos de la infancia, esto resulta de especial importancia porque es bien sabido que los niños son especialmente vulnerables ante el maltrato y el abuso de los mayores, por lo que siempre requieren de una protección y asistencia especiales, la Convención reconoce que la crianza de los menores recae generalmente en sus progenitores, siendo estos últimos los responsables directos de su sano desarrollo integral, también reconoce que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, es decir, que el núcleo familiar permite al menor convivir de manera plena e ilimitada con ambos progenitores, forjando lazos afectivos tanto con el

² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo., Derecho Civil, Familia., Ed. Porrúa, México, año 2011., p. 615.

padre como con la madre, lo que es determinante para el sano desarrollo de la personalidad de los niños.

En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, previene entre otras cosas lo siguiente:

(...) La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

*Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*³

El artículo 18 de La Convención claramente establece que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, textualmente señala:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres... la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Por otra parte, el artículo 8 de La Convención determina que el menor tiene derecho a preservar sus relaciones familiares como parte de su identidad, al efecto textualmente dispone lo siguiente:

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares...

El artículo 9 establece que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos, con excepción de aquellos casos que sean justificados legalmente, conforme a las leyes aplicables al caso y previo el procedimiento respectivo, es decir, cuando ello sea estrictamente necesario, y siempre en interés del menor, a la letra señala:

³ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...⁴

De la interpretación armónica de estos principios, podemos concluir que el menor tiene el derecho de convivir de manera plena e ilimitada con ambos progenitores, es decir, tanto con el padre como con la madre por igual, por lo tanto, no debe haber una limitación injustificada para tal convivencia, salvo en aquellos casos que sean estrictamente excepcionales y justificados, como por ejemplo cuando alguno de los progenitores atenta contra el sano desarrollo, integridad y seguridad del niño, o bien, cuando dicha convivencia le resulte perjudicial, lo cual deberá ser demostrado en juicio, ante las autoridades competentes, conforme a las leyes aplicables y siguiendo el procedimiento correspondiente.

En tales circunstancias, el niño que vive en el seno de una familia conformada por unos padres que viven juntos, tiene los mismos derechos fundamentales para convivir, formar lazos afectivos y relaciones paterno filiales con sus padres, que cualquier otro cuyos progenitores se encuentran separados o divorciados, por ello, no debe darse un trato distinto a estos últimos respecto de los primeros, en otras palabras, no se debe discriminar a un menor por el solo hecho de que sus padres estén separados, sino que debe respetarse siempre, en la medida de lo posible el derecho fundamental del niño de convivir plenamente y forjar lazos afectivos con ambos progenitores, independientemente de que sus padres vivan juntos o separados, por tanto, no debe considerarse que la sola ruptura de la pareja de los padres sea un impedimento insalvable para que el niño conviva plenamente con ambos padres, tampoco debe el menor ser forzosamente separado de alguno de sus progenitores, limitando con ello la convivencia y los lazos afectivos con éste, porque ello equivale a dar un trato distinto a los menores de edad por la situación familiar en que se encuentran, lo que contraviene el

⁴ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

principio básico de la no discriminación, porque el niño tiene derecho a ser criado, a ser educado y a convivir plenamente con ambos padres, a fin de forjar vínculos afectivos con sus dos progenitores, vínculos que habrán de ser determinantes de su personalidad, por lo que el divorcio o separación de sus padres no debe ser una causa forzosa para que el niño sea apartado de su padre o de su madre, sino que por el contrario, en atención al interés superior del menor, debe darse preferencia en la medida de lo posible a un régimen de guarda y custodia compartida, a efecto de que el niño pueda permanecer al cuidado de ambos padres, y que esto le permita convivir, ser criado, cuidado, atendido en todas sus necesidades, educado y amado plenamente por ambos progenitores.

III] Criterios para la fijación de la guarda y custodia en México

En México, cada una de las entidades federativas regula en su legislación local los criterios para determinar a quien se le debe asignar la guarda y custodia de los hijos menores en caso de divorcio o separación de los padres, los criterios son variables, pero la verdad de las cosas es que los códigos civiles de cada una de las entidades federativas determinan en la mayoría de los casos que se le debe dar preferencia a la madre con respecto al padre, así en el Distrito Federal el artículo 282 previene que los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, podemos advertir que el legislador utiliza la palabra “deberán” para enfatizar que el juzgador “debe” elegir preferentemente a la madre, siempre que ésta no represente un peligro para el menor, de manera semejante está previsto en el estado de Nuevo León. En el estado de México se da igual preferencia a la madre para custodiar a los menores de diez años, en Sonora se le da esa preferencia a la madre en todos los casos, siempre y cuando exista disposición por parte de ésta y no tenga una conducta nociva a la salud física y psíquica del menor, en general, los códigos civiles de los Estados establecen una preferencia de la madre como la persona más apta para el cuidado de los hijos, ello a pesar de que México firmó y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, que es un tratado internacional de carácter sectorial que establece como un derecho fundamental del menor la convivencia plena e ilimitada con ambos progenitores, buscando siempre el interés superior del niño, así como el derecho del menor para que sea escuchado en el juicio y sea tomada en cuenta su opinión, lo que pone de manifiesto una debilidad por parte de las autoridades mexicanas para cumplir con los compromisos internacionales en esta materia.

Código Civil para el Distrito Federal

En el Distrito Federal el artículo 282-B fracción II, del Código Civil establece que en caso de una controversia del orden familiar, el juez pondrá a los menores hijos de las partes bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos

compartir la guarda y custodia mediante convenio, esto significa que para este cuerpo normativo, la guarda y custodia compartida es únicamente una "posibilidad", más no una prerrogativa de los padres, pues el legislador claramente utiliza la expresión *pudiendo compartir la guarda y custodia*, por lo que dicha figura solo existe para aquellos casos en que haya un convenio entre los padres, por otra parte el artículo 283-bis del mismo ordenamiento dispone lo siguiente:

(...) En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida..... el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana de los hijos",

Podemos advertir que en este precepto el legislador igualmente establece la guarda y custodia compartida tan solo como una mera posibilidad, y solamente para aquellos casos en que los mismos divorciantes así lo hubieran acordado, por lo que en el Código Civil para el Distrito Federal, sólo existe la guarda y custodia compartida en aquellos casos donde hay un acuerdo de los padres, atendiendo a la autonomía de la voluntad de las partes, más no está previsto como un derecho que los progenitores puedan reclamar o exigir en juicio.

El mencionado cuerpo normativo omite reconocer el derecho de los menores hijos de convivir plena e ilimitadamente con ambos progenitores, y por el contrario, establece que la guarda y custodia compartida sólo podrá fijarse por convenio de los padres y en caso de no haber este convenio el juzgador será quien decida con cuál de los progenitores quedará el menor y tratándose de menores de doce años, siempre deberá preferirse a la madre, el citado ordenamiento claramente dispone en el artículo 282 B fracción II tercer párrafo lo siguiente:

(...) En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad. Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre salvo en los casos de violencia familiar cuando sea ella la generadora o exista peligro para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

(...) De la lectura de los preceptos mencionados se puede advertir que el legislador del Distrito Federal utiliza la palabra "*deberán*" al referirse a que los hijos deberán quedar al cuidado de la madre, es decir, con ello establece casi un "*deber*" para el juzgador de preferir a la madre para la fijación de la guarda y custodia, excepto en los casos de violencia familiar, cuando ella sea la generadora o exista riesgo para el normal desarrollo de los hijos, por si esto fuera poco, además el legislador reitera que no será obstáculo para la preferencia de la madre, el hecho de que ésta carezca de recursos económicos, luego entonces, si los hijos deberán quedar de manera preferente al cuidado de la madre, a quien claramente le atribuye una presunción legal de ser la persona

más apta para ello y se le confiere una preferencia, necesariamente los hijos deberán ser separados de su padre, lo que contraviene los derechos fundamentales de los niños consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, pues el legislador del Distrito Federal prejuzga sobre la idoneidad de la madre para cuidar a los hijos menores de doce años, atribuyéndole sin justificación una mejor aptitud, otorgándole preferencia para que ésta sea quien tenga la guarda y custodia, basándose para ello tan solo en un prejuicio de género que le atribuye la presunción de ser la persona más apta y capacitada para el cuidado de los hijos menores de doce años, tan solo por el hecho de ser mujer, lo que no siempre resulta ser lo mejor para el niño, situación semejante se presenta en diversas entidades de la República.

Si bien es cierto que en muchos casos, o quizá en la mayoría de ellos sí sea la persona idónea, es indudable que hay otros muchos en los que el más apto para el cuidado de los hijos es el padre, sin embargo dichos preceptos claramente discriminan a este progenitor únicamente por el hecho de ser varón, lo que nos parece violatorio al principio de igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer, consagrado en artículo cuarto constitucional que claramente establece en su segundo párrafo lo siguiente:

(...) El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

En nuestra opinión debieran ser reformados los artículos 282 B fracción II y 283 bis del Código Civil para el Distrito Federal, con el objeto de que sean más acordes con el principio de igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer establecido en nuestra carta magna, procurando siempre que los menores convivan plena e ilimitadamente con ambos progenitores, buscando lograr en la medida de lo posible que la guarda y custodia sea compartida, desde luego siempre que las circunstancias lo permitan, a efecto de cumplir con la Convención sobre los Derechos del Niño, pues es un tratado internacional de derechos humanos de carácter sectorial en protección de un grupo vulnerable, que son precisamente los niños y los pactos internacionales celebrados por el Estado deben ser cumplidos a cabalidad, a este respecto coincidimos con Carbonell, quien señala: *Todas las autoridades de todos los niveles de gobierno están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales.*⁵

⁵ Carbonell Miguel, La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 67.

IV] La mayor jerarquía de la convención internacional respecto a la legislación interna

Por otra parte, la jerarquía de las normas jurídicas coloca a los tratados internacionales por encima de la legislación local, de tal manera que el derecho de los niños a convivir plena e ilimitadamente con ambos progenitores es un derecho humano que no debe ser vulnerado, las leyes locales deben ir encaminadas a proteger este derecho fundamental y resulta inadmisibles que la legislación interna sea incongruente con la Convención sobre los Derechos del Niño y que ello pueda ser un pretexto para incumplir un tratado internacional, por ello, lo que corresponde hacer a cada autoridad en todos los niveles de gobierno es proteger, promover, respetar, y garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, de tal manera que sería recomendable promover una modificación en la regulación de la guarda y custodia en todas las entidades federativas, para hacerla más acorde a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño forma parte de nuestro derecho interno, y debe cumplirse cabalmente, todas las autoridades de todos los niveles de gobierno están obligadas a su cumplimiento, actualmente la regulación relativa a la fijación de la guarda y custodia de los menores en caso de divorcio o separación de los padres en México, está contenida en las legislaciones de los estados y como hemos podido observar en las legislaciones locales se da preferencia a la madre con respecto al padre, a pesar de que México forma parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se previenen criterios muy claros para este tipo de determinaciones, donde se previene que se debe atender siempre al interés superior del menor, lo que pone en evidencia una debilidad por parte de las autoridades mexicanas para cumplir con sus compromisos internacionales en esta materia.

Atinadamente afirma Carbonell que la obligación de cumplir los tratados internacionales significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para su cumplimiento, protegiendo siempre a los grupos vulnerables, como son los niños, y buscando que sus derechos fundamentales sean respetados, aun cuando ellos no lo puedan exigir o hacer cumplir por sí mismos, al respecto señala:

La obligación de cumplir o realizar –señala Carbonell– significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de derecho tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.⁶

En resumen, al analizar la legislación mexicana que determina los criterios para la asignación de la guarda y custodia respecto de los hijos

⁶ Carbonell Op., cit., p. 75

menores de edad, para el caso de separación de los padres prevalece una preferencia injustificada hacia la madre, basada tan sólo en un prejuicio de género, de tal manera que existe una debilidad en la legislación mexicana para cumplir con los compromisos internacionales derivados de la adhesión a La Convención sobre los Derechos del Niño, independientemente del hecho de que el Estado debe cumplir con los tratados internacionales y para ello debe adoptar todas las medidas que sean necesarias tendientes a su cumplimiento, incluso las de tipo legislativo que sean necesarias para dar plena efectividad a los derechos fundamentales reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y que la guarda y custodia deje de ser asignada por los jueces en base a la legislación local y a prejuicios de género.

La legislación local, en el caso del Distrito Federal, semejante en otras entidades, no debe ser contradictoria con los compromisos internacionales suscritos por México, mucho menos con nuestra Carta Magna, sino que por el contrario debe ser congruente, consecuentemente debe recoger y regular los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales, conteniendo las disposiciones necesarias tendientes a su cumplimiento.

V] Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el mes de mayo del año dos mil doce, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acertadamente resolvió en el sentido de que no debe presumirse que la madre sea la más apta y capacitada para el otorgamiento de la guarda y custodia de los menores hijos, ni tampoco debe tomarse la decisión judicial de fijar la guarda y custodia basándose en prejuicios de género, sino que el juzgador debe valorar en cada caso la dinámica familiar, el reparto de las funciones y roles entre el padre y la madre en el seno de la familia, dicha dinámica debe de tener un reflejo directo en la decisión del juzgador, pues si bien es cierto que tradicionalmente era la madre quien se dedicaba exclusivamente a cuidar y atender a los hijos, a quien sólo se le concebía como ama de casa, y sólo en muy raras ocasiones ésta realizaba alguna otra actividad fuera del hogar, hoy en día la situación ha cambiado, la familia ha evolucionado de tal manera que la mujer al igual que el varón se reparten las diversas actividades familiares, entre éstas la atención y el cuidado de los hijos, lo cual ya no es una actividad exclusiva de la mujer, prueba de ello es que en la actualidad existe cada vez mayor presencia de las mujeres en la mayoría de las actividades fuera del hogar, universidades, oficinas, fabricas, hospitales y servicios, ya sean actividades remuneradas o no, y esto considero que es un fenómeno irreversible, es difícil pensar que en algún momento regresará la mujer a dedicarse de manera exclusiva a las labores del hogar, a la crianza y al cuidado de los hijos.

Por otra parte, podemos observar que el varón cada día tiene una participación más activa respecto al cuidado de los hijos y dicha tarea es objeto de negociación y pacto entre los cónyuges, por ello para el juzgador deberá ser objeto de análisis cada caso en particular.

Si bien es cierto que tradicionalmente la mujer era la más apropiada para el cuidado de los hijos y las normas civiles le otorgan preferencia a la madre para la custodia, en la actualidad esto ha cambiado, hoy en día resulta inadmisibles que se tome una decisión judicial en base a prejuicios de género, discriminando al hombre sólo por ser varón, pues ello contradice el principio de igualdad ante la ley entre hombres y mujeres, pilar fundamental del sistema democrático, es claro que la dinámica de las costumbres se encamina hacia una familia en la que todos sus miembros gocen de los mismos derechos y ambos padres han de participar y cooperar en las tareas de la casa y el cuidado de los hijos, pues es un hecho que la distribución de roles entre el padre y la madre, ha evolucionado hacia una mayor participación del padre en la tarea del cuidado de los hijos, convirtiéndose en una figura presente, que ha asumido también la función cuidadora. Sin embargo dicha evolución no se ha generalizado en todas las familias, pero sí puede evidenciarse en muchas de ellas, por lo que la dinámica familiar debe ser tomada en cuenta en la decisión judicial respecto a la guarda y custodia de los hijos.⁷

Podemos advertir que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha separado de la presunción de que la madre sea la más apta y capacitada para el otorgamiento de la guarda y custodia y, continuando con el criterio de nuestro máximo tribunal a este respecto, encontramos que siempre debe prevalecer el principio de igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer consagrado en el artículo cuarto constitucional, en consecuencia ambos progenitores son igualmente responsables del cuidado, desarrollo y bienestar de sus hijos, por lo que al fijar la guarda y custodia de un menor, el juzgador deberá valorar cada caso en particular, buscando siempre el interés superior del menor contenido en la Convención sobre los derechos del Niño, y que este debe ser el principio rector de la decisión judicial, pues en nuestra Carta Magna no existe ninguna preferencia o presunción de que sea la madre la persona más apta para cuidar a los hijos, y en caso de que un menor deba ser separado de alguno de sus progenitores para fijar su guarda y custodia, no debe privilegiarse la permanencia de los hijos con la madre, toda vez que el varón y la mujer son iguales ante la ley, ambos tienen la misma obligación de cuidar a sus hijos, por tanto debe resolverse cada caso en particular buscando siempre el interés superior

⁷ Ver tesis aislada, Décima época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VIII Mayo de 2012, Página 1112.

Principio de igualdad entre hombres y mujeres. El otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad no debe estar basado en prejuicios de género.

del menor, es decir, lo que más le convenga al niño para lograr su desarrollo integral, no debiendo privilegiarse a la madre en principio, en el entendido que no es el derecho de un padre o del otro, sino el derecho del menor, es decir debe resolverse lo que más convenga al menor.⁸

V] El interés superior del menor

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el interés superior del menor debe ser el principio rector al momento de elaborar leyes y de tomar cualquier decisión judicial en relación a los menores de edad, por lo que resulta de especial interés hacer una breve reflexión de este concepto conforme al Código Civil para el Distrito Federal, que en el artículo 416-*Ter* señala lo siguiente:

Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar entre otros los siguientes aspectos; a) El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; b) El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; c) El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; d) Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y e) Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables."

En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce que para el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad del niño, éste requiere crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, el interés superior del menor busca el pleno desarrollo de la personalidad del niño, idealmente debe estar inserto en un ambiente familiar con felicidad amor y comprensión.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo cuarto, octavo párrafo lo siguiente:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá

⁸ Ver Registro No. 162808, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala.

Interés superior del menor. En caso de que deba ser separado de alguno de sus padres, el artículo 4o. De la constitución federal no establece un principio fundamental que privilegie su permanencia, en principio, con la madre.

guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la expresión de interés superior del menor implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño, definición que fue adoptada de la interpretación que hizo *la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998)*⁹

De la lectura de la anterior tesis podemos advertir que el menor tiene derecho a convivir de manera plena e ilimitada con ambos progenitores y tiene derecho a formar un lazo afectivo con ambos padres, asimismo, los padres del menor tienen el derecho y la obligación de participar en su vida, su educación y a participar activamente en la toma de decisiones respecto a su desarrollo y formación, por lo que en busca del interés superior del niño, el juzgador debe armonizar los derechos y deberes de ambos progenitores y procurar en la medida de lo posible que el menor pueda convivir plena e ilimitadamente con ambos padres y forjar vínculos afectivos con ambos, procurando en lo posible el régimen de custodia compartida, siempre y cuando ello no implique un riesgo para los menores.

VII] Elementos que debe tomar en cuenta el juez al decretar la guarda y custodia

El juzgador debe tomar en cuenta diversos elementos para decretar la guarda y custodia de los menores, un elemento de gran importancia es la opinión del menor, tal como lo dispone el artículo 282-B fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, que textualmente señala "El Juez de lo Familiar resolverá conforme al título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad..." Por ello es frecuente que el juzgador señale una audiencia para escuchar la opinión del menor, generalmente acompañado de una asistente de menores del DIF (Desarrollo Integral de la Familia), platica que se lleva a cabo sin la presencia de los padres, únicamente el juzgador, el menor y la asistente, para que así el menor se sienta con libertad de externar su opinión, en dicha platica el juzgador hace preguntas al menor de acuerdo a su edad, encaminadas a averiguar si el niño ha sido víctima de violencia doméstica o maltratos generados por alguno de los padres, asimismo su sentir respecto a la separación de sus padres, dependiendo de la edad del niño.

Otro elemento que debe tomarse en cuenta por el juzgador es

⁹ Ver tesis 1a./J. 25/2012 (9a.), Décima Época, Primera Sala Rubro "Interés superior del menor. Su concepto."

la situación familiar actual y el entorno del menor, es decir, las circunstancias particulares que hay en la vida del niño, el trato o la relación que guardan los padres entre sí y las causas que en su caso dieron origen a la separación o al divorcio de los padres, la conducta de los progenitores hacia los menores, el vínculo afectivo que haya entre padres e hijos, la evidencia o no de violencia familiar o vicios de los padres, enfermedades, necesidades especiales de los padres o de los hijos, disponibilidad de los padres para atender a los hijos, horarios laborales, escolares y otros aspectos como el lugar de residencia de los padres, de ubicación de la escuela del menor, la facilidad o dificultad de traslado, además de las diversas actividades que en cada caso pudiera realizar el menor, por lo que habrá situaciones en las que sea procedente decretar la custodia compartida y otras en las que las circunstancias particulares del caso no lo aconsejen.¹⁰

Conclusión

Considero que el Código Civil para el Distrito Federal y en su caso las legislaciones estatales deben regular con mayor precisión los criterios para determinar la fijación de la Guarda y Custodia de los menores, pues en el caso del Distrito Federal y de manera semejante en otras entidades, el artículo 282 B fracción III del código civil, indebidamente atribuye a la madre una presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos, incurriendo en un prejuicio de género, ignorando el principio de igualdad ante la ley del hombre y la mujer, es claro que la presunción legal a que alude dicho precepto no siempre es lo más adecuado para el niño, pues es indudable que la familia ha evolucionado notablemente y el legislador no puede permanecer ajeno a esta realidad social, la dinámica de cada familia es distinta, en las últimas décadas se han modificado los roles tradicionales de conducta al interior de la familia, si en muchos casos lo mejor para los hijos es quedar bajo el cuidado de la madre, también habrá otros muchos en que lo mejor será que queden bajo el cuidado de su padre, o bien al cuidado de ambos progenitores a través de la guarda y custodia compartida, según lo ameriten las circunstancias de cada familia, por ejemplo, que el menor esté acostumbrado a ello, que las condiciones lo permitan, lo contrario en muchos casos empodera a la madre en el juicio donde se ventila lo relativo a la guarda y custodia, dando origen a que los hijos sean utilizados como una moneda de cambio, se tomen como rehenes, especialmente por parte de la madre, quien aparentemente tiene a su favor una presunción legal de mayor preferencia en la asignación de la guarda y custodia, lo que en ciertos casos se traduce en una exigencia

¹⁰ Ver tesis Registro: 171206, Novena Época

Rubro: "Custodia compartida prevista en los artículos 282, fracción v y 283 del Código Civil para el Distrito Federal, elementos que deben tomarse en cuenta para decretarla."

injustificada de beneficios económicos para su persona a cambio de aceptar que se le asigne al otro progenitor, o bien, que esto se utilice para la satisfacción de un capricho personal, el cobro de una revancha, y hasta una venganza en contra del otro padre por frustraciones generadas durante la convivencia de pareja.

En tales circunstancias, el juzgador debe resolver sobre la guarda y custodia de los menores en forma muy cuidadosa, allegándose de todos los elementos que sean necesarios para valorar las circunstancias que rodean cada caso en particular, haciendo prevalecer siempre y ante todo, el interés superior del menor, tomando en cuenta la situación familiar que impera, el entorno, valorando todos los aspectos que sean posibles, tales como el trato o la relación que guardan los padres entre sí, y la relación que guardan cada uno con respecto al menor, escuchando siempre a éste conforme a su edad, las circunstancias que en su caso dieron origen a la separación de los padres, la conducta conocida que han observado hacia el hijo en el pasado, la existencia o no de antecedentes de malos tratos o violencia en contra del menor, la aptitud físico psíquica para atenderlo, la estabilidad emocional y edad de cada uno de los progenitores, la disposición para atenderlo de manera óptima, los antecedentes de atención y cuidado o descuido hacía el niño, la distancia del lugar de residencia de los padres respecto a la escuela de los hijos y respecto al lugar de trabajo, número de horas y horario de labores, facilidad o dificultad de transporte, las diversas actividades extra escolares que pudiera realizar el menor, la necesidad de estabilidad y tranquilidad para el niño, las condiciones de higiene y seguridad del lugar donde va a vivir, en fin, todo el entorno, hasta costumbres o vicios de las personas que viven en el mismo domicilio, que no representen ningún riesgo, de preferencia que la resolución le permita al niño poder conservar sus amistades y tener convivencia con sus hermanos, abuelos, primos y demás parientes, haciendo prevalecer aun sobre la legislación interna los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Acerca de la conveniencia de criminalizar el secuestro parental internacional de menores

LUIS RAÚL SERRANO ARRIBASPLATA¹

SUMARIO: I. El Principio de ofensividad. II. Implicaciones de la criminalización de la conducta sobre el Principio de intervención mínima y algunos factores jurídicos de Política criminal. III. Las repercusiones psicopatológicas en la salud mental de los involucrados en el secuestro parental internacional de menores. IV. Toma de postura en relación con la criminalización del secuestro parental internacional de menores. V. Conclusiones.

Resumen. Hoy en día es eminente la conveniencia y pertinencia de que los Estados estimen como conducta típica penalmente, ya sea en sus leyes o códigos penales, el secuestro parental internacional de menores, no sólo por ser esta una conducta que puede traer serias repercusiones psicopatológicas o estragos en la salud mental de los involucrados sino que es evidente que en ella se reúnen todos los elementos del tipo penal comenzando por ser una conducta antijurídica. Es por ello que la tipificación se presenta como la mejor opción de política criminal, puesto que lo que se pretende es asignarle consecuencias penales a dicha conducta.

Palabras clave: Secuestro parental internacional, política criminal.

Abstract: *It is evident the convenience and relevance that the Nations deem as criminal behavior, either in their laws or criminal codes, the international parental kidnapping of children, not only because this behavior can cause serious repercussions or psychopathological diseases on the mental health of those involved, but also it is evident that this behavior gathers all elements of an unlawful behavior. Therefore, to deem this behavior as a criminal behavior is presented as the best option of criminal policy, since what is intended is to assign criminal consequences to such conduct.*

Keywords: *International parental kidnapping, criminal policy.*

¹Abogado por la Universidad de Lima, Perú y Consultor Internacional de la Organización Holandesa – CEIS – Centro Experto para el Secuestro Internacional de Menores para casos de Secuestro Parental Internacional en países Iberoamericanos.

I] El principio de ofensividad

Estimo pertinente, pues me servirá a manera de introducción en el tema de los efectos penales, señalar una característica obvia de la conducta bajo análisis, esto es, su antijuricidad.

El secuestro parental internacional es una conducta antijurídica porque es contraria a derecho, desde un punto de vista no sólo formal (ya que contraviene normas de derecho civil o administrativo sobre el tema de la custodia o patria potestad en un determinado país), sino también material pues lesiona valores que los tratados internacionales han consagrado, los cuales, con matices, se derivan de la dignidad del menor como ser humano y encuentran su manifestación más encumbrada en el principio del interés superior del niño².

Según García-Pablos, el principio de ofensividad, también denominado de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, es aquel que establece que “el derecho no puede castigar cualquier conducta, activa u omisiva, sino sólo aquella, socialmente nociva, que lesione o ponga en peligro las condiciones elementales de la vida en común de los ciudadanos, esto es, que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos”³. Este principio está resumido en el aforismo *nullum crimen sine iniuria*.

No es propósito de este trabajo de investigación profundizar acerca del bien jurídico, como un elemento de enorme importancia para el Derecho Penal (en sus funciones, alcances, significado, tendencias actuales sobre su formulación, así como evolución histórica dentro de la dogmática penal). Sin embargo, en vista que se requiere identificar cuál es el bien jurídico ofendido con la conducta de secuestro parental internacional, a continuación me referiré brevemente al concepto y algunos alcances del mismo.

El Derecho Penal se caracteriza por ser, ante todo y sobre todo, la culminación de todo un sistema jurídico dirigido primordialmente a la

² Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, 8ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 300-301. Afirman que: “la antijuricidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico...”, es decir “... es una cualidad de la acción común a todas las ramas del Ordenamiento jurídico”, también “... es la ofensa al bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuricidad, por más que aparentemente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción.”.

³ García-Pablos De Molina, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Cuarta Edición, 2006, Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 538.

protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo y la sociedad en su conjunto⁴.

Esta finalidad tuitiva la realiza del siguiente modo: primero, convierte dichos intereses y derechos en bienes jurídicos, posteriormente castiga, con los instrumentos sancionatorios más radicales y contundentes de cuantos dispone el estado de derecho, las conductas que pueden lesionarlos o ponerlos en peligro.

Al respecto, es oportuno precisar que no todos los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal tienen directamente el carácter de derechos fundamentales, ya que hay algunos que no tienen dicho carácter y que se encuentran protegidos, como: la propiedad privada, la economía de mercado o principios rectores de la política social y económica que están establecidos en diversas constituciones del mundo.

También es importante puntualizar que, no existe una obligación para el legislador de sancionar penalmente toda conducta que lesione un bien jurídico, ni es el Derecho Penal el único medio protector de los mismos, sean o no derechos fundamentales. En tal sentido, el Estado debe decidir que derechos fundamentales, en forma de bienes jurídicos, debe proteger y como debe hacerlo.

Lo señalado anteriormente me permite establecer, en lo que respecta al secuestro parental internacional, que se deben efectuar dos pasos, a saber: identificar qué bien jurídico lesiona la conducta y luego determinar si es conveniente la intervención punitiva del Derecho Penal en defensa de dicha lesión.

Existen diversas opiniones doctrinales, basadas en legislaciones nacionales, sobre cuál es el bien jurídico lesionado. A mi modo de ver, en la práctica legislativa, todos estos posibles bienes jurídicos constituyen alternativas, por las que puede optar el legislador de determinado Estado, al momento establecer la conducta típica en su respectiva Ley Penal. Estas opciones las he agrupado en cinco categorías, que a continuación se detallan:

1. Los referidos directamente a los derechos fundamentales del menor:

a) El derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular⁵;

⁴ Muñoz Conde, Francisco, *Protección de los Derechos fundamentales en el Código Penal*, En: *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Parte General, Madrid, 1996, p.438. Consejo General del Poder Judicial, dice que: "... en general se puede decir que tanto en las conductas que sanciona elevándolas a la categoría de delitos, como en la forma de sancionarlos, con penas que principalmente limitan o privan de la libertad, el Derecho Penal incide de lleno en la configuración y desarrollo de los derechos estrictamente fundamentales y libertades públicas".

⁵ Torres Fernández, María Elena, *Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia*, En *Diario La ley* N° 5857. Año XXIV, 2003, p.8. Ella sitúa al bien jurídico en dos vertientes, primero afirma "... que el bien jurídico protegido es el derecho del hijo menor de edad a mantener relaciones personales y

b) El derecho a la protección legalmente prevista para casos de desamparo (en caso que la víctima sea una institución pública o privada a la cual este confiada judicial o administrativamente su guarda)⁶;

c) El derecho a la seguridad personal que se ve afectado por desarraigo injustificado del centro de vida en el cual se desarrolla⁷.

contacto directo con ambos padres de modo regular”, cuando ello deja de ser posible de manera simultánea por haber cesado la convivencia de la pareja, o bien por oponerse uno de ellos al régimen de custodia establecido, que ambos vinieran respetando si esa convivencia no existió nunca” y luego también que: “es la paz en las relaciones familiares, cuando éstas entran en situación de crisis lo que exige, en interés de los hijos, el respeto de los causes jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes, en el ejercicio de la autonomía privada característica de este ámbito”. Lloria García, Paz. “*La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar*”. En Lloria García, Paz (Dir.) *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Editorial Iustel. Madrid 2008.p.42. Concluye que el bien jurídico “puede quedar cifrado en la pertenencia del menor a determinado ámbito familiar, lo que se plasma en el interés del menor en su correcto desarrollo y evolución, así como el derecho de los padres (y en su caso de los abuelos) a tenerlo en su compañía”. Calabuig Costa, María Luisa. “El artículo 225 bis del Código Penal Español”. En Cruz De Pablo, José Antonio (Coord.) *Comentarios al Código Penal*. Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Madrid 2008.pp.520 y 522. Citando en primer término a “La Carta Europea de Derechos del Niño aprobada por resolución A3-0172/92 de 08 de julio de 1992, reconoce en su apartado 8.13 que:” en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad de matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país”; al tiempo que insta a los Estados a adoptar todas las medidas oportunas para impedir el secuestro de niños, su retención o no devolución ilegales, ya tenga lugar en un Estado miembro o en un tercer país” concluye que el bien jurídico es precisamente al que este instrumento internacional hace referencia es decir la relación del menor con ambos progenitores en caso de crisis familiar”.

⁶ De La Rosa Cortina, Miguel, *op.cit.*, p. 337 hace un distinguo y afirma que: “... cuando la conducta se dirige contra un menor tutelado por las Entidades Públicas de Protección de Menores, el bien jurídico protegido no será, obviamente, el derecho de éste a relacionarse con sus padres, sino a recibir la protección legalmente prevista para casos de desamparo”.

⁷ González Rus, Juan José, “Lección 16. Delitos contra las Relaciones Familiares” En Cobo del Rosal, Manuel (Coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid 2004, p.413. Para quien, el bien jurídico: “es la seguridad del menor que se ve lesionada por el hecho de ser extraído del lugar donde se encuentra, bajo la guarda y custodia de las personas o instituciones con las que convive habitualmente”. Díez Ripolles, José Luis. “*El nuevo delito de sustracción parental de menores*”. En De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio. *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2004. p.291. Opina en el mismo sentido cuando señala “La seguridad personal del menor que se protege es, por tanto, la que está vinculada a la presencia de éste dentro de un determinado parámetro espacial, en concreto el área de convivencia, y al normal ejercicio en ella del deber de convivencia por los titulares de su guarda material o custodia”.

2. *Los referidos al funcionamiento del grupo familiar:*

- a) La paz y armonía en las relaciones familiares así como la permanencia del menor en un determinado ámbito familiar⁸;
- b) El conjunto de derechos subjetivos propios de la relación familiar⁹;
- c) El ámbito legalmente establecido para la custodia del menor, en el cual se desarrolla¹⁰.

3. *Los referidos a la libertad:*

- a) El bien jurídico libertad se vería afectado cuando se atenta contra la patria potestad en cuanto que ella conlleva una supresión de una relación de poder del progenitor con el hijo¹¹;

⁸ Calabuig Costa, María Luisa, *op. Cit.*, p. 522. Agrega que “doctrinalmente, también se menciona la protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos. La permanencia del menor en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural no es más que un aspecto derivado de los anteriores...”.

⁹ Prats Canut, Josep Miquel, “Artículo 225bis”, En Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), *Comentarios la Parte Especial de Derecho Penal*, Tomo II, Thomson Aranzadi 7ma edición 2008, p.543. Apunta que el bien jurídico es “el conjunto de derechos subjetivos propios de la relación familiar legalmente definidos por parte del Derecho Privado”.

¹⁰ Guardiola García, Javier, “*Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal*”, En Lloria García, Paz (Dir.), *op. Cit.*, p.86. Dice que con la conducta el secuestro parental internacional, al menor “... se le sustrae del ámbito legalmente establecido para su custodia, ámbito que determina el área de convivencia en la que deberá desarrollarse como persona”, agrega que “El establecimiento de este ámbito responde a la garantía de condiciones de seguridad, enmarca hasta que el menor alcance autonomía su libertad ambulatoria – que irá desarrollándose dentro del ámbito fijado en tanto alcance capacidad suficiente para desbordarlo –, y es a la vez presupuesto de su relación familiar en los términos en que en beneficio del menor y respetando los derechos de sus parientes más cercanos se han establecido. Es a mi juicio todo este complejo de factores - variables y variados en una amplísima casuística- el que en consideración unitaria se protege a través de la tutela del ámbito legalmente establecido para la custodia del menor, que entiendo debe recibir la consideración de bien jurídico protegido”.

¹¹ Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, “*Las detenciones ilegales agravadas del artículo 165 del Código Penal y su relación con la sustracción de menores*”, En Gil-Robles Gil-Delgado, José María, *Puntos capitales de derecho de familia en su dimensión internacional*, Asociación Española de Abogado de Familia, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, pp. 63-83. Este autor nos detalla, refiriéndose a los códigos penales extranjeros, que estos consideraban la sustracción de menores como un delito contra la familia, luego otras visiones la consideraron un atentado contra la libertad pues se afirmaba que este ilícito penal comporta la supresión de una relación de poder (que existe de los progenitores o guardadores sobre los menores) y por lo tanto constituye una lesión a la libre actuación de la voluntad.

b) También se vería afectado si se desaparece u oculta al menor de manera que ni el progenitor o guardador víctima o la institución que lo reclama tenga noticias de su paradero para tomar contacto con él¹².

4. *Los referidos al debido proceso:*

El respeto a la decisión judicial sobre la custodia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores o cuando se pone a cargo de un tercero o institución pública o privada¹³.

5. *Los referidos a la protección contra la violencia familiar o doméstica:*

El derecho a la integridad psíquica de los miembros de la familia y a su dignidad cuando se los somete tanto a progenitores como a menores a un trato degradante con el secuestro parental internacional con los daños y secuelas psicológicas que esto representa¹⁴.

¹² Fontan Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Parte Especial*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p.304. En caso que el autor del secuestro parental hiciese desaparecer, oculte o desaparezca al menor de manera que ni el progenitor o guardador víctima o la institución que lo reclama tenga noticias de su paradero para tomar contacto con él, el bien jurídico conculcado sería la libertad individual del menor.

¹³ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 17ª ed., 2009, p.304. Es de la opinión que se trata: “más bien de un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores”.

¹⁴ Alonso Carvajal, Adolfo, “*Los Aspectos Penales*”, En Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis (Coord.), *La sustracción interparental de menores*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p.116. El bien jurídico lesionado sería “... partiendo de cómo se vive por las víctimas, un hecho de esta naturaleza, no parece que sea tanto la idea de familia, la que percibe como lesionada, sino la idea de libertad, tanto del progenitor, como del menor, añadiéndose también la seguridad del menor”. Agrega también que el progenitor víctima tiene “... la percepción psicológica de estar sufriendo un acto de agresión continuado a su dignidad de padre o madre, y un trato degradante para su persona, algo mucho más radical que la idea de custodia, y con los daños y secuelas psicológicas que tanto en el menor como en el padre o madre “*apartado*” o “*left behind*”, pueden llegar a producirse”. En consecuencia es de la opinión que “también estos hechos vayan vinculados al tratamiento de la violencia doméstica o violencia de género, que no es ni un catálogo cerrado ni un tipo excluyente de los otros tipos, en los que se concretan los hechos que configuran la violencia doméstica.”

García Pérez, mantiene una postura ecléctica, concluyendo que la conducta afecta a más de un bien jurídico, es decir se trata de una conducta pluriofensiva¹⁵.

Los conceptos anteriormente señalados sobre el bien jurídico, son los que con alguna u otra variante actualmente se encuentran protegidos por las normas jurídico-penales de los diferentes Estados que criminalizan el secuestro parental internacional de menores.

Dicha criminalización, que ocurre por una decisión política de los entes legislativos es, en gran parte, fruto de una fuerte presión de gruesos sectores de una determinada sociedad que percibe una amenaza a determinados valores o a ciertos colectivos.

Mi punto de vista sobre el bien jurídico protegido lo señalaré en el punto IV.

II] Implicaciones de la criminalización de la conducta sobre el principio de intervención mínima y algunos factores jurídicos de política criminal

1. El Principio de intervención mínima

Habíamos señalado, al referirnos al bien jurídico, que el Derecho Penal tiene como misión proteger los derechos fundamentales del individuo, a través de la sanción de las conductas que considere atentatorias contra ellos, este propósito sólo puede materializarse desde el denominado poder punitivo o *ius puniendi* estatal.

El poder punitivo es la potestad que tiene el Estado para aplicar la sanción prevista en la norma penal, también se le conoce como *ius puniendi*, esta potestad no puede ser ilimitada pues correría el riesgo de afectar esos mismos u otros bienes jurídicos igualmente valiosos que pretende defender. Es decir que, pese a la autonomía de la cual goza el

¹⁵ García Pérez, Octavio, *El delito de sustracción de menores y su configuración*, *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 4/2010 [en línea], [consulta 21 Noviembre 2011] <http://www.indret.com/pdf/767_es.pdf>. Establece que lo realmente protegido es el interés superior del menor en materia de guarda y custodia, el mismo que está identificado con su bienestar físico y, sobre todo emocional. Es decir conforme a este interés, en situaciones de crisis matrimonial, se debe tomar una decisión acerca de la guarda y custodia de un menor. Concluye que estamos en presencia de un delito pluriofensivo en el que, además del bienestar del menor, se afecta al buen funcionamiento de los poderes públicos. En definitiva, se tutela el bienestar personal de los menores acreditado, siquiera sea provisionalmente, por una resolución judicial.

Estado para brindar protección a través de esta vía, dicha protección no puede darse de cualquier modo o forma arbitraria¹⁶.

En consecuencia, lo conveniente para la sociedad y el Estado es la creación de un Derecho Penal que no sea un instrumento político de dirección o control social sino un mecanismo de protección jurídica subsidiario de las otras ramas del ordenamiento jurídico. De ahí que, para el logro de esta finalidad, se erijan los principios básicos y garantías del Derecho penal¹⁷. Sin embargo, la fijación de estos límites y el total de principios garantistas son temas de debate nada pacífico en la doctrina así como entre los operadores del derecho y legisladores.

Actualmente se puede advertir que un gran número de países tipifican, en concreto, el secuestro parental internacional de menores y los que no lo hacen de manera específica, de alguna manera lo han incluido en los delitos contra la administración de justicia, en la modalidad de incumplimiento de resoluciones judiciales o contra la libertad.

El principio de intervención mínima y sus derivados han sido invocados por el sector doctrinal opuesto al tratamiento criminal del secuestro parental internacional de menores, existiendo, como se apreciará en los párrafos siguientes, tanto los partidarios de una despenalización total, dejando sólo su tratamiento en el plano civil, como los que sostienen que simplemente debe haber cambios en la forma de tipificarlo.

Lloria García muestra sus dudas respecto al uso del Derecho Penal para temas de relaciones familiares, pues si bien no se opone totalmente a una regulación de este tipo, sí critica la debilidad de las vías civiles y administrativas que, en principio, debieran ser las que den

¹⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, op. cit., p.271. En relación a los principios limitadores del poder punitivo del Estado, manifiestan que los ciudadanos buscan "... conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus Derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades". Roxin, Claus. Problemas básicos del Derecho Penal. Traducción de Luzón Peña. Madrid 1976. p.22. Asevera, en la misma línea que lo anteriormente señalado, que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el Derecho penal sino también ante el Derecho penal.

¹⁷ García Pablos De Molina, Antonio, op.cit., p. 530. Señala que son además del citado, el principio del hecho, el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y el de humanidad. Muñoz Conde, Francisco. op.cit. p.72. Señala que los límites al poder punitivo del Estado, se basan en la dignidad humana y en la idea misma de justicia, y pueden reducirse a la vigencia formal y material de dos principios fundamentales: *el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada de dicho poder punitivo* (los demás principios se derivarían de estos).

solución al conflicto presentado. En tal sentido apoya la solución penal cuando estas otras hayan fracasado¹⁸.

De la Rosa Cortina afirma, en relación con los supuestos contemplados en el Convenio de La Haya de 1980 sobre secuestro parental internacional de menores, que la extensión del tipo no puede ni debe cubrir todos los supuestos que conforme a él son tutelados. La tutela penal debe ser mucho más restringida, conforme al principio de intervención mínima. Se apoya en jurisprudencia tanto de la Audiencia Provincial de Tarragona como del Tribunal Supremo Español¹⁹.

Según Adolfo Alonso, la experiencia judicial en España indica que: "... en ocasiones los juzgados de lo penal se amparan en la existencia de procedimiento civil abierto, para acudir, en base al principio de la menor intervención de la jurisdicción penal, a archivos de

¹⁸ Lloria García, Paz (Dir.), op.cit., pp. 28, 29 y 36. Señala que: "... los instrumentos supranacionales no han resultado del todo satisfactorios para la solución del conflicto, lo que aparece como razón que justifica las modificaciones producidas en la normativa interna... Desde luego que, la eficacia y legitimidad del Derecho Penal quedaría gravemente en entredicho si el instrumento punitivo se utilizara exclusivamente como medio de presión para conseguir el cumplimiento de lo pactado judicial o extrajudicialmente, en el ámbito privado. Precisamente por ello sólo se debe acudir a él ante los incumplimientos graves que producen la efectiva lesión al bien jurídico por lo que parece que hay que pensar, como viene siendo habitual en los últimos años, en motivaciones puramente políticas que llevan a utilizar el instrumento penal como remedio de todos los conflictos e intereses, olvidando la vigencia del principio de intervención mínima y por tanto, el carácter de última ratio del Derecho Penal".

¹⁹ De La Rosa Cortina, Miguel, op.cit. p.325. Cita una resolución de la Audiencia Provincial de Tarragona, sec 2ª de 28 de Noviembre de 2003, Rec.763/2003 en la cual señala que: "solamente son punibles las conductas que lesionen el referido bien jurídico protegido, partiendo de una interpretación restrictiva del tipo, conforme al principio de intervención mínima, que determina el carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuanto que solamente se castigarán los comportamientos más graves e intolerables para la convivencia." Así mismo, menciona sin dar otras referencias sobre la ubicación de la fuente, una sentencia del Tribunal Supremo Español, en la cual al analizar el tipo previsto en el artículo 225 bis del Código Penal de dicho país, en lo referente a la pena, nos indica que "...solamente serán calificados como delito de sustracción de menores los ataques más graves para las relaciones paterno-filiales. Partiendo de tales premisas, ha de superarse una interpretación amplia y exclusivamente literal del precepto para realizar el verdadero juicio de antijuridicidad... no puede criminalizarse cualquier conflicto generado entre los padres en relación con la custodia de los hijos, puesto que generalmente quien viene conviviendo con ellos (aunque sea simplemente por las circunstancias de la separación) tendría a su disposición la poderosa arma del Derecho Penal para atrincherarse en posiciones sumamente inflexibles o para coaccionar al cónyuge que, demasiado a menudo, es víctima de situaciones de dominación, intimidación o vejación y, no puede abandonar el domicilio familiar so pena de renunciar también a los hijos".

las actuaciones"²⁰. Este autor apoya la vía penal por las consecuencias en la integridad psicológica y a veces física de progenitores e hijos.

Siempre en referencia al Derecho Penal como *ultima ratio*, la profesora Torres Fernández opina que en la resolución de los conflictos por la custodia de los hijos debe primar la vía civil, como orden jurisdiccional competente en los procesos familiares. En tal sentido según ella debe utilizarse el Derecho Penal cuando la aplicación diligente de los instrumentos de los cuales dispone el Derecho Civil se haya mostrado ineficaz, por ejemplo: cuando el titular de la patria potestad incumplidor reitere significativamente su voluntad de imponer por la vía de hecho la forma de relación del hijo con el otro titular, y haya sido útil el recurso a la vía civil en anteriores ocasiones, o cuando por tratarse de ciudadanos de Estados con los que no existan mecanismos jurídicos para instar la recuperación del menor sustraído ilícitamente por la vía civil menos traumática, o bien se nieguen a facilitar la cooperación necesaria para ello²¹.

En la línea de este principio, Prats Canut es de la opinión que sólo pueden ser relevantes penalmente aquellos comportamientos de vulneración del régimen de custodia inspirados en motivaciones éticas inatendibles que impliquen una lesión a los derechos del menor como son : la vida, integridad física o moral y la interrupción de una relación de familia sustituyéndola por otra en que estén conocida e irreversiblemente ausentes las funciones de vigilancia, custodia y educación que la formación integral del menor demanda. Agregando que no se debiera entender *iure et de iure* que el ocasionar la mera ruptura de la relación entre el menor y las personas encargadas de su custodia comporta necesariamente la afectación a dichos derechos²².

Soy de la idea que un Estado debe establecer con total precisión los supuestos más graves en el tipo penal. En tal sentido, el secuestro parental internacional de menores, constituye, en principio, un ataque grave al tipo de bien o bienes jurídicos que el Estado haya decidido consagrar como merecedores de tutela, por las razones que esgrimiré en el punto referido a mi toma de postura.

2. Factores jurídicos de Política criminal

La Política Criminal es un área perteneciente a la ciencia del Derecho Penal que se ocupa del estudio de las pautas que un determinado Estado toma en cuenta para tipificar penalmente determinada conducta, socialmente desviada, por ser antijurídica²³. En el

²⁰ Alonso Carvajal, Adolfo, op.cit., p.113.

²¹ Torres Fernández, María Elena, op.cit., p.23 .

²² Prats Canut, Josep Miquel, op. cit., p.544.

²³ Muñoz Conde, Francisco, op.cit., p. 195. Según este autor dichas pautas están constituidas por factores normativos o de justicia y empíricos o de utilidad (los cuales se interfieren mutuamente y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena).

caso del secuestro parental internacional de menores, existen una gama compleja factores de diversa índole que se deben considerar.

En este acápite me ocuparé de los factores jurídicos, glosando algunas opiniones doctrinales, jurisprudenciales e institucionales que se pronuncian sobre temas puntuales referidos a la conveniencia o inconveniencia de criminalizar la conducta bajo estudio. La finalidad de esta tarea es primordialmente informativa a fin de tener un espectro de las diversas posturas.

Pedro Pablo Miralles Sangro nos dice que "el tratamiento penal de los secuestros se ha demostrado inconveniente e inadecuado para atender los intereses que están en juego tanto privados (menores y adultos en el ámbito civil y familiar) como públicos (obligaciones de los poderes del Estado hacia los particulares y la sociedad), por ello señala que el tratamiento jurídico más adecuado debe seguir siendo el civil"²⁴. Miralles apoya su postura en los siguientes documentos: un dictamen del profesor Luis Jiménez de Asúa de 1928 sobre un secuestro parental de España a Cuba, en el cual concluye que no existe delito por "ausencia de antijuricidad, puesto que el padre, lejos de poner en peligro la seguridad de sus hijas, garantiza con sus actos el cuidado y educación de las niñas"²⁵; y algunas partes de los trabajos preliminares del Convenio de la Haya de 20 de Mayo de 1980, reuniones de ministros de justicia de la *Commonwealth*, respuestas de funcionarios de Francia y España en los que siempre se prefiere el tratamiento civil a nivel de tratados internacionales sobre cooperación judicial internacional en materia de reconocimiento de decisiones sobre custodia u órdenes de retorno²⁶.

Lloria García, también resalta la importancia en primer término de los mecanismos internacionales para la tutela del interés del menor en lo que respecta a evitar su traslado ilícito. Sin embargo, refiere que los instrumentos internacionales no han resultado del todo satisfactorios para la solución del conflicto, de ahí que es un reto perfeccionarlos para que no se vea afectado el principio de igualdad, predictibilidad y seguridad jurídica así como armonizar las normativas internas de cada Estado²⁷.

Agrega que, siendo primordial resolver la problemática del secuestro parental fuera del Derecho Penal por el propio interés del menor y la familia es que éste sólo debería intervenir en los casos en los que el traslado o retención del menor se produce incumpliendo las resoluciones judiciales o administrativas que, se presume, se han dictado tomando en consideración el mayor interés del menor, y si dichos incumplimientos son graves y reiterados, resulta claro que la vía civil ha

²⁴ Miralles Sangro, Pedro Pablo, op. cit., p.56.

²⁵ *Ibid.*, p.103.

²⁶ *Ibid.*, p.104-107.

²⁷ Lloria García, Paz (Dir.), op.cit., p. 28.

fracasado y lo que interesa es, en vía de principio, conseguir cuanto antes la restitución del menor²⁸.

En el caso específico del secuestro parental internacional de menores, Lloria García, afirma que el bien jurídico se ve más afectado que en el caso del que se produce en el interior del país, no sólo por la mayor dificultad para el establecimiento de un contacto más o menos continuo por las distancias sino porque, precisamente, la ubicación espacial del menor en un país extranjero para el progenitor que se queda sin la compañía del menor, puede llegar a romper definitivamente los vínculos²⁹.

El mismo problema práctico en este nivel jurídico lo detecta María Calabuig Costa quien afirma que "no puede obviarse la problemática social a que responde esta nueva tipificación penal, especialmente cuando se trata de sustracción internacional, más gravemente penada por las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se erigen en barrera de interposición entre padres e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho Internacional Privado favorables al progenitor que se apodera del niño"³⁰.

En un voto particular, el juez Francisco Viera Morante, manifiesta que cuando el traslado se realiza a un país extranjero, si no se permitiera la persecución penal, los menores quedarían desprotegidos pues se imposibilitaría la utilización de los mecanismos policiales para la localización internacional³¹.

Mónica Herranz Ballesteros comenta el proyecto de Ley Orgánica, presentado al congreso Español por los partidos popular y socialista respectivamente que finalmente diera origen al artículo 225 bis del Código Penal, basando su total oposición en que deben preferirse

²⁸ *Ibíd.*, p. 29

²⁹ *Ibíd.*, p. 60

³⁰ Calabuig Costa, María Luisa, *op.cit.*, p.522.

³¹ García Pérez, Octavio, *op. cit.*, p.16.

otras vías en el Derecho Civil e Internacional, a fin de cautelar los derechos fundamentales del menor de mejor manera³².

Las reuniones sostenidas por la Comisión Especial de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, esto es en 1993³³ y 1997³⁴ respectivamente, apreciaron, los siguientes obstáculos para la tipificación penal de la conducta, a saber: 1) puede resultar contraproducente para el objetivo último perseguido, esto es, la restitución del menor; 2) la existencia del procedimiento penal puede disuadir al sustractor de devolver al menor voluntariamente o puede crear en la familia un clima que haga difíciles las relaciones familiares duraderas y puede influir en las decisiones acerca del fondo del asunto, apartando indebidamente al sustractor de la custodia aunque esto no sea lo mejor para el niño; 3) puede interferir en el derecho del niño a mantener relaciones normales con ambos padres e incluso se entendió que podría ser considerada causa para denegar la restitución basándose en el artículo 13b) del Convenio de la Haya de 1980.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado también se ha pronunciado sobre el tratamiento penal del secuestro parental internacional de menores a través de sus Guías de Buenas Prácticas para la aplicación del Convenio sobre sustracción de menores

³² Herranz Ballesteros, Mónica, *“Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores, El caso Walid Ch.: El recurso excepcional a los aspectos penales, En Revista Jurídica La Ley. Nº 4965, Enero de 2000, p. 1542. “La penalización o incluso la posibilidad de inhabilitar al progenitor desplazante en el ejercicio de la patria potestad ¿no podría causar al menor un daño más grave que el que se intenta evitar mediante su penalización o incluso con la posibilidad de inhabilitar al progenitor desplazante en el ejercicio de la patria potestad? En nuestra opinión aplicando la normativa civil y administrativa podrían adoptarse estas medidas sin necesidad de una modificación del Código Civil. Por tanto, la originalidad, oportunidad y conveniencia de estas iniciativas es más que criticable... El tratamiento por los causas penales del secuestro de menores por un progenitor, por muy justificativo que pueda resultar, pone de manifiesto las carencias de los actuales cauces jurídicos en el ámbito civil... las medidas penales que muy justamente puedan arbitrarse no solucionan el problema de origen: la violación y falta de respeto a los derechos de guarda existentes y establecidos en los órganos judiciales de un Estado”.*

³³ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Reporte de la reunión de la segunda comisión especial* [en línea], *Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – Documentos sobre el funcionamiento práctico*, [Consulta: 21 Noviembre 2011] <www.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf>.

³⁴ *Ibíd.* <www.hcch.net/upload/abduc97e.pdf>.

de 1980, así se puede apreciar en las últimas publicaciones del año 2003³⁵, que estimo pertinente resumir y comentar a continuación:

1. *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Primera Parte – Práctica de las Autoridades centrales, en la cual se describe:*

Cuestiones relativas al retorno sin peligro de los menores y de los padres:

a) En materia de procedimiento penal, la cuestión es tener en cuenta el impacto de las acusaciones penales por la sustracción de menores sobre la posibilidad de conseguir el retorno del menor;

b) Las autoridades centrales de un cierto número de países desalienta sistemáticamente el inicio de tales procedimientos. Corresponde a cada país determinar qué uso se puede hacer de la red de comunicaciones de la Interpol en relación con la sustracción de menores.

Procedimientos penales:

a) Los tribunales de algunos Estados partes son reticentes a ordenar el retorno del menor cuando el padre sustractor deberá hacer frente a una acusación penal tras el retorno;

b) En algunos casos, los tribunales pueden considerar el retorno contrario al interés superior del menor al separarlo de la persona sustractora por el inicio de un procedimiento penal; o de darle desventaja en el procedimiento relativo a la custodia por razón de la existencia de estos procedimientos penales o de una orden de arresto;

c) La incidencia de las causas penales para la sustracción de menores sobre la posibilidad de proceder a su retorno es una cuestión que debería poder ser tomada en consideración por las autoridades penales, en su marco de poder discrecional de iniciar, suspender o abandonar las causas penales.

2. *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Tercera Parte – Medidas de prevención Derecho Penal:*

a) Las disposiciones en el Derecho Penal nacional criminalizando el desplazamiento ilícito o el intento de desplazamiento de un menor de una jurisdicción puede disuadir la sustracción³⁶;

³⁵ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya – Práctica de las Autoridades centrales* [en línea], Publicaciones [Consulta: 21 Noviembre 2011]
<http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=4>.

b) Queda claro del Informe de la Tercera Reunión de la Comisión Especial que el principal objetivo de la criminalización de la sustracción parental de un menor debería ser impedir tales sustracciones incluyendo las sustracciones entre Estados que no son parte en el Convenio.

c) Debería enfatizarse que, mientras una denuncia penal puede ser necesaria para aplicar determinadas medidas preventivas o para actuar como impedimento a una sustracción, si un sustractor tiene éxito y abandona la jurisdicción, una denuncia penal puede tener un efecto contrario a la aplicación del Convenio de 1980.

3. *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores -Cuarta parte- Ejecución*³⁷

Procesos penales en el Estado requirente:

a) Una orden de arresto o denuncia penal contra el progenitor sustractor en el Estado de residencia habitual amedrenta al progenitor sustractor e impide que restituya al menor pronta y voluntariamente.

Medidas disponibles en el Estado requerido, su contenido y condiciones de aplicación:

a) Además de las medidas coercitivas disponibles en los procesos civiles, en numerosos sistemas legales existen sanciones en el Derecho

³⁶ *Ibíd.* Este manual hace un breve repaso por diferentes legislaciones penales: La sustracción internacional de menores es un delito en muchos Estados. Sin embargo, la definición concreta de lo que constituye el delito varía de un Estado a otro. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones solo un desplazamiento ilícito de un menor constituye un delito, mientras que en otras jurisdicciones la retención ilícita también puede considerarse como delito. En algunos Estados la sustracción de los progenitores se considera delito solo si el progenitor sustractor no tiene derechos parentales o de custodia. En otros Estados, un progenitor con derecho de custodia puede considerarse culpable de sustracción de un menor si, al desplazar a un menor de la jurisdicción, él o ella priva al otro progenitor el ejercicio de sus derechos de visita. La legislación de determinados Estados ha creado un delito específicamente sobre la sustracción por los progenitores, mientras que en otros Estados sólo existe un delito más genérico sobre sustracción, el cual en la mayoría de ocasiones puede aplicarse tanto a progenitores como a terceros por igual. La definición de un menor (o, más en concreto, la edad en la cual una persona deja de ser un menor a los efectos de un delito concreto sobre sustracción) varía de un Estado a otro. Las respuestas al Cuestionario indican que la edad correspondiente varía entre los 14 y los 16 años. También hay diferencias significativas entre los Estados sobre la pena que se impone por la sustracción de un menor. En algunos Estados, el delito puede ser punible mediante un periodo de encarcelamiento de hasta 6 meses, mientras que en otros Estados un sustractor puede ser condenado a más de 10 años. En una respuesta al Cuestionario se indicó que “las penas rigurosas sirven para disuadir a potenciales sustractores” En determinados Estados la culpabilidad penal se extiende no sólo al sustractor sino también a la persona que incita el acto de la sustracción o que actúa como cómplice.

³⁷ *Ibíd.*

Penal (tanto por sustracción de niños como por incumplimiento de una orden judicial);

b) No obstante, sólo están destinadas al progenitor sustractor y su aplicación no conducirá generalmente a la restitución del niño. Esto también sucede en procesos penales contra el progenitor sustractor tanto en el Estado requerido como en el requirente. Ni siquiera la posible extradición del progenitor sustractor al Estado requirente conduciría a la restitución del niño. Además, los procesos penales contra el progenitor sustractor en el Estado requirente, prácticamente hablando, pueden influir en tomar la decisión de no restituir al menor;

c) No obstante, en los casos en los que se percibe o cree que existe el riesgo de que el padre sustractor huya de ese Estado con el niño, después de que se le haya ordenado restituirlo, se podrá considerar la posibilidad de un proceso penal en el Estado requerido. Esto sería particularmente posible en jurisdicciones en las que el proceso de ejecución civil puede ser lento y engorroso y darle al progenitor sustractor sobrado tiempo y oportunidad para huir con el niño a otro país, posiblemente a un Estado que no sea un Estado contratante del Convenio, haciendo que la ejecución sea difícil, cuando no imposible. En estos casos, podría ser más expeditivo emitir una orden judicial penal para evitar que el sustractor traslade al niño fuera del país, minimizando de esta manera el daño que se podría causar al menor.

Las sugerencias y descripciones que se hacen en los precitados manuales de aplicación, elaborados primordialmente para las autoridades centrales, designadas para operar el Convenio, así como para las autoridades judiciales de cada Estado parte, fijan una posición de la Conferencia sobre el tratamiento penal de la conducta de secuestro parental internacional, la misma que es posible resumir en los siguientes puntos:

1) Debe evaluarse cuidadosamente la implicación que tendrá la instauración de un proceso penal a efectos de no obstaculizar la restitución del menor tanto debido a que el progenitor sustractor puede oponerse de facto como los tribunales del Estado requerido pueden negar la restitución basando su fallo en las excepciones establecidas en la propia Convención;

2) Debe considerarse la posibilidad de retirar los cargos o no instaurar el proceso penal tanto por parte de los interesados como por parte de las autoridades del Estado en el cual se van a instaurar a fin que se logre la restitución del menor sin perjuicio para él ni ninguna de las partes involucradas. Esto puede ser especialmente complicado o incluso imposible en Estados donde el delito es perseguible por acción penal pública;

3) La Conferencia considera el tratamiento penal como elemento coadyuvador para prevenir, impedir u obstaculizar las sustracciones de menores internacionales, también por ello apoya la función disuasoria del tipo penal incluso a través de la denuncia;

4) También considera la importancia del proceso penal para ejecutar la orden de retorno de un menor como medida coercitiva,

siempre y cuando exista el riesgo de huida por parte del sustractor con el menor a otro país, porque si se usa como medida de amedrentamiento insiste en que sería contraproducente para el objetivo de la restitución pues puede provocar una reacción de resistencia por parte del sustractor.

En lo que a posturas jurídicas favorables al tratamiento penal, tenemos la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (en adelante TEDH) (Sección 4ª) de fecha 29 de Abril de 2003–Nº 56673/2000, pronunciada ante una demanda de dos ciudadanos españoles : “La señora María Iglesias Gil y A.U.I. (madre e hijo) que invocan la vulneración al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁸, se quejan de que las autoridades judiciales españolas no fueron diligentes en el tratamiento de la denuncia presentada por secuestro de menor. Concretamente se quejan de que el Ministerio Público, que tiene la obligación legal de proteger a los menores, no actuó en ningún momento en interés del niño ni solicitó que se llevara a cabo ningún acto de instrucción. En opinión de los demandantes, esta falta de interés se puede también reprochar a los tribunales que conocieron del asunto, se trate del juez instructor, de la Audiencia Provincial de Pontevedra o del Tribunal Constitucional”³⁹.

El tribunal analizó los aspectos civiles y penales del problema concluyendo “... que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al regreso de su hijo y el derecho de este último a reunirse con su madre, vulnerando así su derecho al respecto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio”⁴⁰.

La resolución a la que arribó el tribunal se basó en una apreciación de hecho respecto a los aspectos civiles y no a los penales

³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* [en línea], [Consulta: 21 Noviembre 2011] <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf>

El Artículo 8.1. establece: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea 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”.

³⁹ Editorial Aranzadi, Base de Datos de Jurisprudencia Westlaw, Sentencia María Iglesias Gil y A.U.I. [en línea], [Consulta: 21 Noviembre 2011] <[⁴⁰ *Ibid.*](http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=universal&docguid=I780e3980fb8211dbb13501000000000&base-guids=TEDH\2003\15&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad8181500000133f1fc63dff99a613f#></p></div><div data-bbox=)

pues en el considerando pertinente declaró que “una vez constatada por los órganos judiciales españoles la sustracción ilegal del menor, el Tribunal considera que corresponde a las autoridades internas competentes ejecutar las medidas adecuadas previstas en las disposiciones aplicables de la Convención de La Haya para asegurar la entrega del niño a su madre. Ahora bien, entre todas las medidas enumeradas en estas disposiciones, ninguna fue adoptada por las autoridades para facilitar la ejecución de las decisiones dictadas a favor de la demandante y de su hijo”⁴¹.

Sin embargo, los aspectos penales sí fueron abordados, pudiéndose apreciar claramente que el TEDH no resta importancia a los mismos, en cuanto medidas para lograr, más que el retorno del niño como cosa práctica, la observancia del derecho fundamental que se considera conculcado, en tal sentido afirma: “Queda la cuestión de la inadmisión de los tribunales internos de la demanda de la interesada de expedir una orden de busca internacional contra A.U.A.A. este respecto, el Tribunal señala que los tribunales la rechazaron debido a que los hechos reprochados a A.U.A.A. a saber su salida con el niño, podían eventualmente ser calificados de desobediencia, delito sancionado con una pena de prisión de seis meses a un año, y no permitían la emisión de una orden de arresto internacional. Para llegar a esta conclusión, los tribunales internos pasaron revista a cierto número de elementos de hecho y de derecho que consideraron pertinentes para apreciar la cuestión”, tratándose de la insuficiencia de la legislación penal en cuestión. “El Tribunal señala, a este respecto, que el legislador español consideró necesario el reforzamiento, concretamente en material penal, de las medidas tendentes a combatir la sustracción de menores. Señala que la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de Diciembre ha modificado las disposiciones del Código Penal en la materia y ha agravado las penas cuando el autor de la sustracción o del incumplimiento de la obligación de la devolución del niño es uno de los padres y que la guarda del menor ha sido legalmente concedida al otro padre o a otra persona o institución en interés del niño”⁴².

Se aprecia con meridiana claridad, que el Tribunal está en la línea de política criminal de reprimir el delito de secuestro parental internacional de menores, como una medida igualmente eficaz para procurar la protección de los derechos fundamentales del menor.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

La Exposición de motivos del Proyecto de ley N° 14427-2005-CR⁴³ del Congreso del Perú, que es el antecedente del texto vigente del artículo 147 del Código Penal de dicho país, tiene como fundamento jurídico para penalizar el secuestro parental, la protección contra la violencia familiar, haciendo también alusión al interés superior del menor. Ha tipificado la conducta como un delito de atentado contra la patria potestad para que tenga efectos disuasorios. En tal sentido señala: “La sustracción de un menor por uno de sus progenitores, muchas veces se produce como un acto de venganza contra la pareja, y constituye un acto grave de violencia familiar... Para erradicar este tipo de violencia familiar se requiere una sanción ejemplar para quienes incurren en un acto de violencia. Por tal motivo, mediante la presente propuesta legislativa se está tratando de mejorar el marco legal que tenemos, que nos permite proteger a las posibles víctimas de los actos violentos y sancionar a quienes cometen tales actos. Estudiando el mismo, se ha podido determinar que es posible mejorar los mecanismos de protección a favor de las víctimas de la violencia que genera un acto de secuestro de esta naturaleza, tipificándolo en nuestro ordenamiento penal, e imponiendo al agresor una pena ejemplarizadora”.

Sobre la exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2002 de modificación del Código Penal Español, que introdujo la redacción vigente del artículo 225bis, Lloria García señala que es breve y no dice nada acerca de las razones que justifiquen tal introducción⁴⁴. Al respecto, soy de la opinión que del primer párrafo se puede colegir que la decisión política se toma sobre la base de concebir al Derecho penal como protector del interés del menor y con una clara tendencia a tener efectos disuasorios en los posibles sujetos activos⁴⁵.

Un elemento más, que impulsó la dación de la precitada Ley Orgánica en España, fue la Recomendación del Defensor del Pueblo N° 66/1999, de 17 de Noviembre cuando propone al Ministerio de Justicia : “Que se promueva la inclusión en el Código Penal de un nuevo tipo

⁴³ Congreso de la República del Perú, Proyecto de Ley N° 14427-2005-CR. [en línea], Proyectos de Ley [Consulta: 21 Noviembre 2011] <<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>> El nuevo texto quedó redactado como sigue: “Artículo 147.- Sustracción de menor :El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aún cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.”.

⁴⁴ Lloria García, Paz (Dir.), op.cit., pp. 34-36.

⁴⁵ Noticias Jurídicas, Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores [en línea]:[Consulta: 21 Noviembre 2011] <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo9-2002.html> El segundo párrafo de la exposición de motivos dice “... resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico”.

penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países sin el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de órdenes de detención internacional y las peticiones de extradición. Al tiempo que tal reforma permitirá conocer con mayor certeza el número de casos que se producen". Sin duda el argumento pragmático o utilitario se impone, a él debemos sumarle el disuasorio, anteriormente esbozado por algunas opiniones doctrinales como por la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

De la Rosa Cortina especula sobre lo que motivó que en España se penalizara el secuestro parental, sosteniendo que podría ser "el incremento del número de casos, la mayor sensibilización por la necesidad de proteger los derechos del niño, en este caso del derecho a relacionarse con ambos progenitores, el impacto y alarma social que este tipo de hechos genera, las dificultades de resolución en muchos casos en la vía civil y la presión de las asociaciones que defienden a progenitores afectados"⁴⁶. Sobre todo lo que este autor señala no se dispone de datos certeros, pues ni siquiera la escueta Exposición de motivos a la Ley Orgánica española profundiza en ello.

Luego, este mismo autor resume, a modo de balance, las diversas posiciones a favor y en contra de la criminalización del secuestro parental de menores, manifestando que... "El principal argumento contra la criminalización es la de que puede ser perturbadora para lograr el objetivo básico de la normativa civil, que no es otro que lograr el retorno del menor a su residencia habitual, especialmente cuando el desplazamiento es transfronterizo. El argumento básico a favor de la tipificación es el de que contribuirá normalmente a disuadir al potencial sustractor y a facilitar su localización. Sin embargo, en relación con este último punto, se plantea otro inconveniente: la criminalización introduce el riesgo de la huida hacia delante, esto es, que el sustractor se esconda con el menor en lugares aún más alejados para evitar la respuesta penal, emprendiendo un camino de no retorno y, en definitiva, perpetuando la situación antijurídica"⁴⁷.

III] Las repercusiones psicopatológicas en la salud mental de los involucrados en el secuestro parental internacional de menores

Es evidente que algunas de las consecuencias psicopatológicas del secuestro parental internacional de menores nos van a conducir principalmente al tema de la violencia familiar, el cual afecta principalmente la dignidad e integridad física y psíquica de la persona humana tal como lo ha advertido Adolfo Alonso. En tal sentido algunas legislaciones han decidido proteger y castigar severamente el supuesto

⁴⁶ De la Rosa Cortina, Miguel, op.cit., p.330.

⁴⁷ *Ibíd.*, p.322.

de hecho a ese nivel sin que esto implique soslayar el interés superior del menor.

Las terribles consecuencias en la salud mental que padecen los intervinientes, tanto progenitores víctimas como menores, durante el proceso del secuestro parental internacional y después de él, en muchos Estados, han llevado a los legisladores a asignarle consecuencias penales como otro medio de tutela. Es propósito de este acápite, citar opiniones de expertos a fin de hacer una introducción a este tipo de estragos.

A continuación resumiré el panorama de consecuencias psicopatológicas brindado por el Director del Instituto de Medicina Legal de La Rioja⁴⁸:

1) Existe la creencia errónea de que si un niño es secuestrado por uno de sus progenitores no sufrirá daño, si bien resulta evidente que el propio secuestro supone una verdadera situación de abuso, de la que puede derivar un trauma emocional tanto en el niño como en el progenitor perjudicado;

2) Existe el riesgo que la propia sustracción del menor pueda acompañarse de otras situaciones como maltratos físicos, abusos sexuales o mezcla de ambas y en otros casos otras como gritos, amenazas o ser testigo de peleas entre adultos;

3) Se produce en el niño una destrucción específica de su sentido de la confianza en el mundo que lo rodea, ocasionando con carácter general una grave descompensación en su normal desarrollo;

4) La edad a la que el menor es secuestrado influye de manera decisiva en el impacto psíquico de este acontecimiento, en razón de que la afectación puede producirse en un diferente estadio madurativo: los niños mayores tienden a desarrollar un sentimiento de culpa por no haber tratado de contactar con el progenitor no abductor cuando tuvieron oportunidad, mientras que si son más pequeños pueden haber sido secuestrados en un momento crucial del desarrollo de la vinculación con el progenitor perjudicado, lo que les causa, además de alteraciones emocionales, verdaderas dificultades para recordarle, con los consecuentes problemas de adaptación tras la reunificación. En general, los niños mayores de cinco años con secuestro de mayor duración van a sufrir daños mentales más acusados, ya que lo más pequeños, entre 0 y 4 años, no alcanzan a comprender ni lo que ocurre, ni la situación de conflicto vivida entre los progenitores. Sin embargo puede darse el trastorno reactivo de la vinculación de la infancia o la niñez caracterizado porque el menor desarrolla unas relaciones sociales sumamente alteradas e inadecuadas, generalmente superficiales y con incapacidad para que le resulten gratificantes, existiendo una marcada falta de habilidad para dar y recibir afecto, incomodidad para aceptar el cariño paterno y empobrecimiento de su capacidad para mantener relaciones con sus

⁴⁸ González Fernández, Jorge, La sustracción de menores y sus repercusiones psicopatológicas” En García-Pablos Molina, Antonio (coord.) *Victima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editorial Comares, Madrid, 2009, pp. 125-145.

iguales así como dificultad para mantener contacto con la mirada, autoestima baja, hiperactividad o déficit de atención, fascinación por el fuego, fascinación por las armas, tendencia a la mentira, a la destrucción propia y de los que le rodean, y crueldad con los animales o con otras personas de su entorno;

5) Durante el secuestro se produce una inestabilidad para el menor ya que en muchos casos se le obliga a cambiar de nombre lo que puede afectar su propia identidad, se le induce a minimizar su rendimiento escolar para evitar notoriedad, e incluso se le oculta, restringiéndole de manera notable sus relaciones con el entorno, todo lo cual condiciona su normal desarrollo y adaptación al medio. En cualquier caso, la desubicación derivada de su traslado genera estrés y ansiedad que se acrecientan por la incertidumbre y la inseguridad relacionadas con el conflicto paterno;

6) Especial referencia se debe hacer a un tipo de abuso psíquico que se inflinge al niño, consistente en decirle que su progenitor abandonado ha muerto, que no le quiere o que le maltrataba y abusaba de él. Esto hace traumática una posible reanudación de la relación que resultará altamente dolorosa;

7) Específicamente los efectos psíquicos en los menores pueden ser los siguientes, todos igualmente graves: depresión, pérdida de las relaciones, pérdida de la seguridad, de la estabilidad y de la confianza, tendencia a la mentira, impotencia, ira, disrupción en la formación de su identidad, temor al abandono, regresión (vg. aferrándose al progenitor, chupándose el dedo, etc.), onicofagia, alteraciones de la conducta con mal comportamiento extremo, trastornos del sueño, rechazo al padre no secuestrador (por suponer que no lo ha buscado de manera suficiente), sentimiento de culpa, angustia cuando oyen a la gente hablar de su progenitor como secuestrador así como fobias;

8) Debemos hacer mención también al Síndrome de Alienación Parental, descrito por Richard Gardner en 1985, el cual puede definirse como un trastorno resultante del proceso por el cual un progenitor, transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición⁴⁹. Otro estrago en la psiquis del menor también es lo que Turkat denomina Síndrome de madre maliciosa, referido a la figura materna y que consiste en que ésta intenta injustificadamente castigar a su ex marido (indisponiendo al menor contra el progenitor, implicando a otras personas en sus actos maliciosos o manteniendo litigios judiciales durante años), interfiere en el régimen de visitas y en el acceso del padre a los hijos. Se producen un patrón de actos contra el padre como contarle mentiras sobre que en realidad no es su padre, que no paga la manutención, que la maltrataba, entre otras. En algunos casos, incluso se

⁴⁹ Aguilar, José Manuel, *El síndrome de Alienación Parental*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2004.

llega a extremos en que el menor es adiestrado para que participe activamente en estos engaños y manipulaciones, con el propósito de acosar y perseguir al otro progenitor⁵⁰;

9) También si el tema se judicializa puede haber una victimización secundaria, que se produce cuando el menor debe comparecer ante las autoridades por la evocación de los hechos y la manifestación de los mismos, por su necesaria verbalización, originándose nuevos conflictos pues el menor debe implicar a un progenitor no hostil con el que mantiene profundos lazos afectivos.

González Fernández, también se refiere a la duración de los efectos del secuestro parental, afirmando que estos se prolongan "...entre 6 meses y 1 año tras la reunificación, pero otros pueden persistir durante muchos años, hasta el extremo de que adultos que fueron secuestrados en su infancia exponen que los daños aún perduran, manifestándose desde fracaso escolar, hasta adicción al alcohol, comportamientos violentos, depresión e infravaloración; también persisten en ocasiones confusión y sentimientos de culpabilización hacia el progenitor abductor, así como sentimientos de soledad e inseguridad"⁵¹.

Luego, el mencionado profesional de la salud, también comenta sobre lo que la conducta de secuestro parental puede ocasionar en los progenitores víctimas, a saber: vulnerabilidad, soledad, ansiedad, pérdida, rabia, trastornos del sueño y del apetito, miedo y después de la recuperación aún más estrés sin que desaparezca el trauma por la experiencia vivida ya que están más angustiados ante la posibilidad que el secuestro se repita así como posible dependencia de fármacos o alcohol, sentimientos de impotencia, somatizaciones, dificultad en su relación con el menor⁵².

IV] Toma de postura en relación con la criminalización del secuestro parental internacional de menores

En principio, el secuestro parental internacional de menores es una conducta atentatoria de los principios y valores consagrados universalmente para la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales del menor y de las víctimas, sean estos progenitores o custodios.

En relación con el menor, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en el marco de la ONU, la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y

⁵⁰ Turkat, Ira Daniel, *Divorce related malicious mother syndrome* [en línea], *Journal of Family Violence*, Volume 10, Number 3, p. 253-264 Florida 1995. [Consulta: 21 Noviembre 2011]. <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/turkat95.htm>>.

⁵¹ González Fernández, Jorge, op.cit., p.141.

⁵² *Ibíd.*, pp.142-143.

la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores tienen como dos de sus objetivos cumbres: garantizarle las condiciones de vida necesarias para su pleno desarrollo humano así como protegerlo de cualquier forma de maltrato o explotación. En lo que respecta al resto de víctimas o perjudicados, desde la vigencia del pacto internacional de los derechos civiles y políticos, sería básicamente garantizarles el debido proceso legal, con todo lo que ello implica.

Desde este punto de vista la conducta materia del presente estudio pretende desconocer dichos valores o principios que son el faro guía de las demás normas, pero que fundamentalmente son inherentes a la dignidad de la persona humana por el sólo hecho de serlo.

De modo que la comunidad internacional, inserta en el contexto del Estado democrático de derecho tiene que velar porque los precitados principios y valores sean observados en sus respectivas sociedades, lo cual implica adoptar todas las medidas eficaces para tal fin, es decir las políticas públicas, tanto de carácter normativo como material, por ejemplo a través de prestaciones y servicios para el ciudadano. En principio, dichas medidas tienen que perseguir básicamente dos cosas: la prevención del secuestro parental internacional de menores y, para los casos donde este ya se ha producido, la restitución internacional del menor en armonía con el interés superior del niño.

Para implementar las referidas medidas, específicamente a través del Derecho Penal, el primer paso es definir los bienes jurídicos que deben protegerse, los cuales son: i. El derecho fundamental del menor a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos; ii. El derecho fundamental del menor a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular; iii. El derecho fundamental del menor a la protección legalmente prevista para casos de desamparo; iv. La libertad del menor y del progenitor; v. la dignidad e integridad psíquica del menor y el progenitor víctima; vi. El derecho al debido proceso en su modalidad de respeto a la decisión judicial sobre la custodia exclusiva o compartida y/o régimen de visitas de los hijos menores, no sólo la que se otorga a uno de los progenitores sino también la que la otorga a favor de un tercero o institución pública o privada.

La conducta de secuestro parental internacional, según la modalidad que asuma, es pluriofensiva, es decir por lo menos afecta dos de este conjunto de bienes jurídicos.

Lo que reviste de mayor peligro al secuestro parental internacional de menores, son las consecuencias psicopatológicas que, como los especialistas han mostrado, va a ocasionar en los involucrados, fundamentalmente en el menor, no sólo en el corto plazo sino a futuro por las repercusiones que tendrá para el desarrollo de su vida adulta.

En tal sentido, si no se previene esta conducta con la respuesta más intensa que tiene el Estado, es decir la imposición de una pena, va a generar efectos negativos para la sociedad en su conjunto, los cuales se explican por el hecho de tener seres humanos con diversos problemas de

interrelación tanto en lo laboral, familiar, afectivo o cultural. Esto último se manifiesta en su difícil adaptación a un medio que le es ajeno por costumbres y en muchos casos idiomas diferentes.

Si no se da la prevención señalada, la institución familiar, sin importar el tipo de familia, podría agravar su crisis por dinámicas disfuncionales que la afectarán, en especial a los menores dado que se vulnerará su dignidad de ser humano al no contar con un ambiente equilibrado para su desarrollo biopsicosocial. Siendo la familia el núcleo básico de la sociedad y el Estado, éste debiera tutelarla ya que al hacerlo, evidentemente también protege al menor.

Con la prevención, desde un análisis costo-beneficio, se evita que el Estado asuma innecesariamente una carga social y por ello aboque mejor sus esfuerzos a otras áreas del desarrollo humano.

El secuestro parental internacional es centralmente el rompimiento del centro de vida del menor en el territorio de un determinado Estado y supone casi siempre un desarraigo que afecta su dignidad, socavando también su identidad, por los traumatismos que produce. La patria potestad como conjunto de derechos y deberes (establecida en numerosas legislaciones y descrita a nivel doctrinario) para cuidar de la persona y bienes de los hijos menores es lo que sostiene todo este marco en el cual el menor ejerce su libertad para desarrollarse en plenitud. Quitarle al menor ese marco supondría un atentado contra su libertad así como la del progenitor o persona víctima pues son un conjunto de facultades que este tiene⁵³.

En tal sentido una Ley Penal modelo para los países parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, debería incluir en su tipo penal como causa de justificación, cualquiera de las seis excepciones al retorno del menor⁵⁴, interpretadas, no amplia sino restrictivamente⁵⁵, por el juez penal (tanto del país de origen como del país requerido por un pedido de extradición) con total independencia del proceso civil de restitución internacional de menor.

De ser acreditadas dichas excepciones, que duda cabe, no se habría producido un atentado al bien jurídico. Aquí algunos ejemplos:

a) El caso de un país con grave convulsión por razón de conflicto armado interno o internacional, donde es evidente que el menor no podrá desarrollarse.

⁵³ Organización de Estados Americanos, *Código Civil Colombiano* [en línea], Secretaría de Asuntos Jurídicos [Consulta: 21 Noviembre 2011] <http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf>. El Artículo 288 del Código Civil Colombiano establece: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone".

⁵⁴ Serrano Arribasplata, Luis Raúl, "La interpretación de las excepciones a la restitución de niñas, niños y adolescentes trasladados ilícitamente de un país extranjero al Perú", En *Revista Normas Legales*, Tomo 365, Trujillo Octubre 2006, p.106.

⁵⁵ *Ibíd.*, p.110.

b) El caso de un progenitor que nunca tuvo contacto con el menor ni ejerció sus derechos parentales por causas ajenas a su voluntad.

No estoy incluyendo el caso de la madre que huye con el menor de su país de residencia habitual, alegando que es víctima de violencia familiar, ya que, en principio, debió acudir al juez competente de dicho país para hacer valer su derecho y solicitar las correspondientes medidas de protección o una autorización de viaje de menor. Este caso es un ejemplo que se debe acudir al órgano jurisdiccional a fin de no vulnerar el debido proceso del otro progenitor o tercero que también tiene derechos parentales sobre el menor.

Sobre la base de estos argumentos considero que es errado invocar el principio de intervención mínima para sostener que no se debe penalizar esta conducta pues el Derecho Penal pierde su carácter de *ultima ratio* y se refleja un uso simbólico del Derecho Penal para áreas donde no debe utilizarse.

No se estaría contraviniendo el principio de intervención mínima pues su intervención es necesaria debido a los efectos beneficiosos que generará para la familia y la sociedad en su conjunto, al disuadir a las personas de acometer un ataque tan grave a bienes jurídicos de enorme trascendencia. De este modo, se evitan también los estragos que personal y socialmente causa el transitar por una experiencia de este tipo, los que además tendrán repercusiones a los largo de la vida de los afectados.

El interés superior del menor es el verdadero faro guía y prioridad de las medidas que debe tomar un Estado en todas las áreas en las que tiene que velar por la seguridad y bienestar de sus ciudadanos, por ello es que al momento de optar por una teoría de la pena me inclino por la de la prevención general negativa⁵⁶ que se caracteriza por visualizar a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos. Este proceso de motivación a través de la intimidación se realiza a través de la norma penal y logra un efecto disuasorio que como se ha visto también es apoyado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en su manual de medidas de prevención, el Defensor del pueblo Español y cierto sector de la doctrina.

Desde un punto de vista netamente práctico y acorde con el fin principal que el Estado debe perseguir, cual es la restitución

⁵⁶ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, *Acerca de la función de la penal* [en línea], *Revista jurídica Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales y políticas* [Consulta: 21 Noviembre 2011]

<http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=27>. Se detalla el concepto de prevención general negativa, el cual se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos.

internacional del menor, apreciamos que un punto donde coinciden los propios opositores de la criminalización de la conducta, es en la justificación del nacimiento de la vía penal.

La vía penal apareció debido a lo lenta, poco predecible e ineficaz que había demostrado ser la vía civil en los distintos países, de ahí que, como se ha visto, muchos autores e instituciones, invoquen a los Estados a perfeccionar los mecanismos civiles e internacionales de cooperación a fin que la tipificación penal de la conducta ya no sea necesaria.

No comparto la idea que el secuestro parental internacional sea necesariamente un tema de violencia familiar, toda vez hechos que la configuren pueden producirse antes, después o durante él.

Finalmente, tampoco comparto la idea de los manuales de la Conferencia de La Haya, en el sentido que la vía penal podría ocasionar que se frustre la restitución del menor sea durante el proceso de restitución internacional o una vez que se haya ganado el juicio, teniendo ya la orden de retorno. Aceptar esto significaría ceder ante una exigencia indebida del secuestrador parental por temor a lo que podría hacer, situación no admisible en un Estado de democrático de derecho.

Para lograr la restitución internacional de un menor, los Estados deben utilizar primordialmente, como mecanismo de resolución de este tipo de conflictos familiares, a la mediación, a fin que, sobre la base de la exploración de los intereses de las partes involucradas, ellas mismas puedan llegar a una solución amistosa. Asimismo, deben implementar mecanismos preventivos fácticos como son: la mejora en los controles fronterizos y la implementación de mecanismos de seguridad efectivos para evitar las falsificaciones de autorizaciones de viaje de menor, entre otros que se estimen pertinentes.

V] Conclusiones

1. La ilicitud del traslado y retención o sólo retención de un menor fuera de las fronteras del país que constituye su residencia habitual por parte de cualquier persona con el propósito de conseguir en el país de destino su custodia exclusiva, sea de hecho o de derecho viene a estar dada por la conculcación del régimen jurídico del país, referido a los derechos y deberes parentales para el cuidado de la persona y bienes de los hijos menores, la misma que se produce como consecuencia directa e inmediata de dicho traslado y/o retención.

2. Cualquier tipo de tratamiento penal que se quiera dar a la conducta de secuestro parental internacional de menores, en determinado Estado, debe necesariamente construirse a partir de los conceptos descritos en la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

3. La finalidad que persigue la persona que secuestra parentalmente al menor, es hacerse con su custodia, sea de hecho o de derecho, la cual ha sido establecida a favor de otra persona o institución. En tal sentido, el término "parental" del concepto esbozado, no coincide

necesariamente con la definición normativa, establecida en los diferentes Códigos Civiles nacionales, toda vez que, además de la consanguinidad, adopción o afinidad puede provenir de un compadrazgo espiritual o de ser amigo de uno de los progenitores.

4. El Estado de derecho tiene que garantizarle al menor las condiciones de vida necesarias para su pleno desarrollo humano y protegerlo de cualquier forma de maltrato o explotación, así mismo, a los progenitores, custodios o instituciones víctimas, el debido proceso legal con todo lo que ello implica. Estos objetivos generales se concretan en la prevención del secuestro parental internacional de menores y, para los casos donde este ya se producido, en la restitución internacional del menor en armonía con el interés superior del niño.

5. El foro mundial de la Organización de Naciones Unidas y/o los regionales como pueden ser la Organización de Estados Americanos o la Unión Europea son los espacios en los cuales se debe proponer un tratado internacional que facilite la extradición por el delito de secuestro parental internacional de menores al mismo tiempo que la vía civil, un ejemplo que se aproxima a ello, que pocos Estados han ratificado, es la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores. De igual modo se debe promover una Ley Penal modelo sobre esta materia para los países parte de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6. El secuestro parental internacional de menores es una conducta pluriofensiva de varios bienes jurídicos cuya raíz es la dignidad del menor y de los progenitores o custodios víctimas.

7. Mientras que las vías civil y administrativa, en el plano internacional, por distintos motivos, no logren evitar las consecuencias perjudiciales en los involucrados en un secuestro parental internacional, el tratamiento penal se impone, por sus efectos disuasorios que, a corto o largo plazo, terminan siendo también preventivos de este grave tipo exclusión social.

Bibliografía

Aguilar, José Manuel. *El síndrome de Alienación Parental*. Editorial Almuzara. Córdoba, 2004.

Alonso Carvajal, Adolfo. "Los Aspectos Penales". En Zarraluqui Sanchez-Eznarriaga, Luis (Coord.). *La sustracción interparental de menores*. Editorial Dykinson. Madrid 2005.

Calabuig Costa, María Luisa. "El artículo 225 bis del Código Penal Español". En Cruz De Pablo, José Antonio (Coord.) *Comentarios al Código Penal*. Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Madrid 2008.

Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. "Las detenciones ilegales agravadas del artículo 165 del Código Penal y su relación con la sustracción de menores". En Gil-Robles Gil-Delgado, José María. *Puntos capitales del Derecho de Familia en su dimensión internacional*. Asociación Española de Abogados de Familia. Editorial Dikynson. Madrid 1999.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya – Práctica de las Autoridades centrales* [en línea]: Publicaciones [Consulta: 21 Noviembre 2011]

<http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.listing&sub=4>.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Reporte de la reunión de la segunda comisión especial* [en línea]: *Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – Documentos sobre el funcionamiento práctico*. [Consulta: 21 Noviembre 2011] <www.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf>.

Congreso de la República del Perú. *Proyecto de Ley N°14427-2005-CR*. [en línea]: *Proyectos de Ley* [Consulta: 21 Noviembre 2011] <<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>>.

De la Rosa Cortina, José Miguel. *Sustracción parental de menores: Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010.

Diez Ripolles, José Luis. "El nuevo delito de sustracción parental de menores". En De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio. En *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004. Editorial Aranzadi. Base de Datos de Jurisprudencia Westlaw. *Sentencia María Iglesias Gil y A.U.I.* [en línea]: [Consulta: 21 Noviembre 2011]

<<http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=universal&docguid=I780e3980fb8211dbb135010000000000&base-guids=TEDH\2003\15&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad8181500000133f1fc63dff99a613f#>>.

Fontan Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Tomo V Parte Especial*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996.

García-Pablos De Molina, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Cuarta Edición. Madrid, 2006. Editorial Universitaria Ramón Areces.

García Pérez, Octavio. *El delito de sustracción de menores y su configuración*. En *InDret 4/2010 Revista para el análisis del Derecho* [en línea]: [Consulta: 21 Noviembre 2011]

<http://www.indret.com/pdf/767_es.pdf>

González Rus, Juan José. En Cobo del Rosal, Manuel (Coord.). *Derecho Penal Español*. Parte Especial. Madrid 2004.

González Fernández, Jorge. "La sustracción de menores y sus repercusiones psicopatológicas" En García-Pablos Molina, Antonio (coord.) *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares. Madrid, 2009.

Guardiola García, Javier. "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal". En Lloria García, Paz (Dir.). *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Editorial lustel. Madrid, 2008.

Herranz Ballesteros, Mónica. "Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores. El caso Walid Ch.: el recurso excepcional a los aspectos penales". En *Revista Jurídica La Ley*. N° 4965. Enero de 2000.

Lloria García, Paz. "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar". En Lloria García, Paz (Dir.). *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Editorial lustel. Madrid, 2008.

Miralles Sangro, Pedro Pablo. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid 1989.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal*. Parte Especial. 17ª ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2009.

Muñoz Conde, Francisco. *Protección de los Derechos Fundamentales en el Código Penal*. En *Estudios sobre el Código Penal de 1995*. Parte General. Madrid, 1996.

Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes. *Derecho Penal Parte General* 8ª edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010.

Noticias Jurídicas. *Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores* [en línea]: [Consulta: 21 Noviembre 2011]
<http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo9-2002.html>.

Organización de Estados Americanos. *Código Civil Colombiano* [en línea]: *Secretaría de Asuntos Jurídicos* [Consulta: 21 Noviembre 2011]
<http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf>.

Prats Canut, Josep Miquel. "Artículo 225bis". En Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.). *Comentarios la Parte Especial de Derecho Penal*. Tomo II. Thomson Aranzadi. 7ma. edición. Pamplona 2008.

Roxin, Claus. *Problemas básicos del Derecho Penal*. Traducción de Luzón Peña. Madrid 1976.

Serrano Arribasplata, Luis Raúl. "La interpretación de las excepciones a la restitución de niñas, niños y adolescentes trasladados ilícitamente de un país extranjero al Perú". En *Revista Normas Legales*. Tomo 365. Trujillo. Octubre 2006.

Torres Fernández, María Elena. "Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia". En *Diario La Ley* N° 5857. Año XXIV. 2003.

Turkat, Ira Daniel. *Divorce related malicious mother syndrome*. [en línea]: *Journal of Family Violence*. Volume 10, Number 3, Florida 1995 [Consulta: 21 Noviembre 2011].
<<http://www.fact.on.ca/Info/pas/turkat95.htm>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* [en línea]: [Consulta: 21 Noviembre 2011]
<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf>.

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. *Acerca de la función de la pena* [en línea]: *Revista jurídica Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales y políticas* [Consulta: 21 Noviembre 2011]
<http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=27>.

La norma de competencia exclusiva internacional

La perspectiva mexicana

JORGE ALBERTO SILVA¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Reglas de competencia en la esfera internacional.* III. *Distribución del poder en el ámbito internacional.* IV. *La auto-atribución.*, V. *Competencia exclusiva interna e internacional.* VI. *La regulación mexicana.* VII. *Razones del Estado mexicano para auto-adjudicarse una exclusividad internacional.* VIII. *Efectos que produce la declaratoria de exclusividad de un asunto.* IX. *Normas de competencia exclusiva y normas imperativas.* X. *Conclusión.*

Resumen. El autor se enfoca en las reglas de competencia exclusiva internacional del Estado mexicano, procurando encontrar el elemento definitorio de las mismas. La perspectiva de su estudio no es la fuente de derecho convencional internacional, sino la fuente de derecho interno. El autor trata de encontrar la nota que caracteriza a los enunciados legales que auto-atribuyen el poder con exclusividad al Estado mexicano, especialmente, la razonabilidad de las reglas como impedimentos al poder exorbitante extranjero y abusivo. El efecto que produce esta declaración, afirma, consiste en negar el reconocimiento de cualquier resolución extranjera que pueda vulnerar la soberanía y seguridad del Estado mexicano.

Palabras claves: Competencia exclusiva internacional, auto-adjudicación de competencia.

Abstract. *The author focuses on the rules of international exclusive competence of the Mexican State, seeking to find the defining element thereof. The perspective of his study is not the conventional source of international law, but the internal source of law. The author tries to find the keynote that characterizes the legal statements that exclusively self-attribute the power to the Mexican State, particularly, the reasonableness of rules as impediments to the abusive and exorbitant foreign power. The effect produced by this statement, he states, consists in denying the recognition of any foreign resolution that may undermine the security and sovereignty of the Mexican State.*

¹ Presidente de la Asociación Mexicana de Profesores de Derecho Internacional Privado. Investigador nacional CONACyT.

Keywords: *Exclusive international competence, self-attribute of competence.*

I] Introducción

Una norma de competencia judicial supone un destinatario, al que le otorga un cierto poder delimitado a lo que esa norma prescribe. Aunque le otorga un poder, también conlleva la idea de delimitación, una restricción al ejercicio de la función de cada uno de los órganos del Estado y del Estado mismo.

Toda norma de competencia es una norma de adjudicación, en el sentido otorgado por *Herbert Lionel Adolphus Hart*. Se trata de una norma diferente a una norma primaria la que establece las modalidades deónticas de las conductas (v.g., a lo que se está obligado, permitido o prohibido).

Para hablar de estas normas es necesario diferenciar lo que es una norma de adjudicación, del poder que se adjudica. Una cosa es atribuir un poder y, otra, el poder que se atribuye o adjudica. Así, una norma de adjudicación o competencia es la que atribuye el poder, en tanto que el poder o competencia es la facultad de ejercer ese poder. Normalmente, para que alguien tenga poder, se requiere que otro *más poderoso* se lo otorgue. No siempre pensamos en el caso de que uno mismo se otorgue –se auto-otorgue- ese poder.

Al presuponer una norma de competencia una diversidad de destinatarios, procura elegir un específico destinatario, por ello, ciertas funciones o capacidades se le transfieren a uno y no a otro. Esto es, al presumirse una diversidad de destinatarios, la norma selecciona a uno para que ejerza el poder que le atribuye: le adjudica un poder.

Los destinatarios del poder adjudicado pueden ser órganos y funcionarios del gobierno, dentro de un Estado o el Estado mismo. De aquí que los internacionalistas suelen hablar de competencia interna y competencia internacional: el poder ejercido hacia el interior o el exterior. En la *competencia interna* la distribución del poder se distribuye entre los órganos de poder del Estado, en tanto que en la *competencia internacional* el poder es distribuido entre los Estados de la comunidad internacional. El objeto de mi atención en esta charla es la norma de competencia internacional, aunque solo me referiré a aquella estimada como absoluta o exclusiva: la que otorga poderes exclusivos.

Toda ley y doctrina de los juristas afirma que cualquier órgano o Estado que conozca de un asunto o litigio debe ser competente, pero ¿quién le otorga o adjudica capacidad a cada Estado de la comunidad internacional y a sus autoridades?

En fin, para la charla en este seminario me enfocaré a una norma de competencia en la esfera internacional: la exclusiva. Procuraré un

acercamiento a la misma y una delimitación frente a otras.

II] Reglas de competencia en la esfera internacional

El desarrollo de estudios sobre las normas de *competencia en la esfera internacional* es relativamente novedoso. Antes de que se pensara en regular la competencia internacional del Estado moderno – me refiero a la judicial- el tema de la competencia interna parecía ser el único importante. Basta abrir cualquier libro de Derecho Procesal y el mismo se reducía a analizar el poder de los órganos de un Estado y de sus funcionarios; difícilmente se atendía al poder del Estado frente a otros Estados de la comunidad internacional. ¿Cuál es el poder de cada Estado? y ¿quién le adjudica ese poder a un Estado?

Los estudios sobre la competencia interna nacional correspondían al poder ejercido dentro del ámbito espacial o territorial de un Estado dentro de sus límites territoriales.

Algunas leyes mexicanas, así como tratados internacionales, aluden a las *reglas de competencia en la esfera internacional*. Así ocurre con el Código Federal de Procedimientos Civiles y en la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. El citado código prevé:

Art. 571 CFPC²: Las sentencias, laudos arbitrales privados y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones [...] III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este código.

En tanto que la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, alude con frecuencia a ese tipo de poder o competencia. Lo hace, por ejemplo, al asentar: a) Con el fin de obtener la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras se considerará satisfecho el requisito de la *competencia en la esfera internacional* ... (art. 1).- b) Se considerará también satisfecho el requisito de la *competencia en la esfera internacional* sí ... (art. 2).- c) Se considerará satisfecho el requisito de la *competencia en la esfera internacional* ... (art. 3).

Luego, entonces, es evidente la necesidad de tomar en cuenta la expresión *reglas de competencia en la esfera internacional*, así como su significado. En forma lateral me referiré a estas, como medio para tomar en cuenta una de sus reglas, la relacionada con la competencia exclusiva internacional.

² Código de Procedimientos Civiles

En las llamadas *normas de competencia reconocidas en la esfera internacional* no sólo se valoran los casos en que el poder asumido por un Estado ha sido excesivo, sino también aquellos en que ha sido restringido. Aunque, como veremos, en la llamada competencia exclusiva el acento se pone sobre la hipótesis en que el poder ha sido amplio o excesivo.

Un principio de política internacional y de derecho consuetudinario internacional indica que el poder que ejerce un Estado debe estar equilibrado con el que ejercen los demás Estados de la comunidad internacional. El poder de un Estado no debe excederse ni ser raquítico. Se excede cuando es exorbitante y es raquítico cuando debido a lo estrecho, obliga a ejercer un poder para evitar denegación de justicia.

Si la competencia ha sido exorbitante, se entenderá que el poder ejercido o asumido estuvo por encima de los estándares normales o razonables, por lo que se aconseja que esos poderes excedidos deban neutralizarse. De esta manera, las normas de competencia internacional permiten equilibrar el poder de los Estados: que su poder no sea excesivo ni que adolezca de ese poder.

Desde el ángulo metodológico del derecho el significado de "normas de competencia reconocidas en la esfera internacional" podría presentar dos enfoques:- a) Que esas normas de comportamiento competencial, que definen o marcan quiénes han de ejercer el poder, derivan de enfoques metafísicos o iusnaturalistas, y.- b) Que esas normas de comportamiento competencial, que definen o marcan quiénes han de ejercer el poder, se infieren del derecho existente establecido, incluidas ciertas normas de derecho consuetudinario.³

Ambos enfoques pueden ser acogidos dependiendo de la dirección metodológica elegida, aunque la del segundo es más positivada y apoyada en realidades, esto es, produce un significado establecido e inferido de la reglamentación jurídica, sea que se trate de leyes, tratados o costumbres.

En realidad, la regulación jurídica de fuente interna mexicana no contiene enunciado alguno que expresamente aclare o defina qué es lo que ha de entenderse por *reglas de competencia reconocidas en la esfera internacional*. En consecuencia, esta es una tarea del intérprete, por medio de la reconstrucción doctrinaria.

Para acercarnos al significado de normas de competencia en la esfera internacional cabe recurrir a la interpretación que se le puede otorgar dentro del contexto del orden mexicano. A su significación no solo se puede llegar recurriendo a enunciados de derecho legislado, de

³ Cabría pensar en normas que atribuyen competencia a cada Estado de la comunidad internacional a manera de principios o propias del *ius cogens*, hipótesis sobre las cuales no enfatizaré.

precedentes judiciales, dogmática de los juristas, y luego construir, por vía de inferencia, los elementos o propiedades que sirvan para caracterizar el significado de esta expresión jurídica –reglas de competencia reconocidas en la esfera internacional-.⁴

En fin, si las normas de competencia internacional procuran equilibrar el poder de los Estados –definiendo quién tiene poder para resolver un caso-, no debe olvidarse que no son iguales que las normas internas de competencia. Las normas de competencia en la esfera internacional siguen normas y principios diversos de las de la competencia interna.

III] Distribución del poder en el ámbito internacional

Mientras que en las normas internas de competencia de un Estado el poder para conocer de un caso se distribuye entre los órganos y funcionarios de ese Estado a partir de sus propias leyes, en el ámbito internacional ninguna ley, de ningún Estado de la comunidad internacional, tiene la fuerza para asignar o restringir ese poder a otro Estado de la comunidad internacional, ni a los órganos o autoridades de ese otro Estado –al menos no sería válida esa norma-.

La ley de un Estado no es, ni puede ser estimada como fuente de alguna norma que le atribuya poder a algún Estado diverso al propio. La imperatividad de una norma de este tipo no se extiende a la esfera de otro Estado. Ningún Estado es súbdito de otro Estado. Más bien, las reglas de competencia en la esfera internacional, aunque distribuyen el poder entre diversos Estados, su fuente puede encontrarse en tratados internacionales, en donde sus destinatarios solo serían los Estados parte de ese tratado.

Ejemplo: La Convención Consular entre México y Panamá⁵, prescribe que *será de la exclusiva jurisdicción de los funcionarios consulares el conocimiento de las controversias del orden interior de los buques particulares de su nación*, así como de otro tipo de litigios.

En este enunciado, originado entre dos Estados, el poder para conocer y resolver algún caso, deriva de ese tratado, de un derecho convencional internacional.

El problema consiste en saber cómo se distribuye el poder o competencia entre cada Estado de la comunidad internacional cuando falta tratado. Esta distribución de poderes a cada Estado es objeto de conocimiento del Derecho Internacional. La distribución, en esta

⁴ Para una explicación más amplia de esta tesis, véase Silva, Jorge Alberto, *La precisión de la competencia internacional: la perspectiva del Estado mexicano*, en *DeCita*, vol. 4, Uruguay-Argentina, 2005.

⁵ México: 20 de mayo de 1930 DOF

hipótesis, supone normas, que no derivan de un solo Estado, ni se apoya en meros juicios de razonabilidad.

Recordemos que una norma de competencia supone un criterio seleccionador, pero, en el caso a que me referiré, es seleccionador de Estados –Estados de la comunidad internacional-. Mientras en el ámbito interno se procura seleccionar un tribunal –dentro de otros tantos-, en el internacional, se trata de elegir a un Estado de la comunidad internacional, dentro de los muchos Estados que la componen.

En principio, las normas reconocidas en la esfera internacional para atribuir competencia a un Estado se pueden encontrar en tratados, así como en normas de derecho consuetudinario –Kelsen insistió en esto-. No obstante, hay casos en que las normas de competencia en la esfera internacional son prescritas por cada Estado en lo particular, al menos son prescritas para el propio Estado. ¿Quién le atribuye poder a un Estado para que conozca y resuelva un asunto?

Cuando falta un tratado cada Estado suele declarar qué casos o situaciones son de su competencia o poder, incluso, qué casos son exclusivos para sus autoridades.

El adjetivo *exclusivo* significa hacer a un lado un elemento –excluye- que no admite otro elemento, en este caso, que no admite que otro ejerza poder. Lo exclusivo conduce a un privilegio a favor del que no quedó excluido, privilegio que es otorgado u obtenido por medio convencional o por uno mismo. Competencia exclusiva, al final de cuentas, es el privilegio de ser el único que pueda conocer y resolver algún asunto, excluyendo a otros.

En la competencia exclusiva, excluyente, incondicional o reservada, se sostiene que los tribunales de un Estado específico son los únicos, dentro de todos los que existan en el mundo, que poseen el poder para conocer y resolver asuntos específicos. La norma de competencia es la que otorga ese privilegio.

IV] La auto-atribución

Ante las reducidas fuentes de origen convencional internacional, que les atribuyan un poder exclusivo a las autoridades de un Estado de la comunidad internacional, la otra fuente, seguramente la más abundante, es la fuente de derecho interno.

Conforme a esta última, un Estado unilateralmente declara qué asuntos son de su poder o competencia exclusiva. Lo anterior supone entonces que un Estado, por sí solo, se adjudica, asigna o atribuye para sí un poder. La regla de adjudicación de poder la genera el Estado mismo, auto-atribuyéndose un poder.

Desde esta perspectiva unilateral, un Estado se auto-adjudica o auto-confiere un poder en el ámbito internacional. Quiérase o no, se trata de una fuente de derecho interno atributiva de competencia

internacional de un Estado. En esta hipótesis, la atribución de poder o competencia es unilateral, en el sentido de que solo ese Estado dice qué es lo que a él le pertenece.

Esta norma auto-atributiva no es una norma que distribuya el poder entre diversos Estados de la comunidad internacional. Tampoco es una norma que vincule a otros Estados de la comunidad internacional. Solo es una norma que dice esto es *mío y me quedo con eso y si algún otro Estado declara tener poder o competencia sobre el mismo asunto, no reconozco lo que otro diga o haga, no le puedo prohibir que haga o diga algo, pero lo que diga o haga carece de efectos para mí.*

Como lo acabo de decir, aunque esta declaración unilateral conforma una regla auto-atributiva internacional, ello no significa que impere por sobre cualquier Estado. Trataré de explicar, siguiendo al profesor español José Ma. Espinar dice:

El legislador español no puede impedir que otro sistema judicial se sienta competente para conocer de materias con respecto a las que él tiene un interés particularmente marcado. El recurso, entonces, es formular una competencia con carácter exclusivo respecto de la tipología de asuntos...⁶.

La prescripción mexicana, legal o judicial, de que un asunto es de la competencia exclusiva de las autoridades mexicanas supone que cuando un tribunal extranjero hubiere asumido competencia directa sobre un asunto específico, ese poder o competencia asumida en el extranjero no será reconocida en México y, por consecuencia, lo resuelto a partir de ello, no será reconocida, pues México al auto-adjudicarse el poder o *competencia exclusiva* sobre ese asunto o litigio, y si el caso hubiese sido resuelto por un tribunal en el extranjero, la consecuencia sería no reconocer esa sentencia extranjera.

Normalmente los Estados que recurren a estas declaraciones auto-atributivas, son de tradición romano-germánica. Friedrich Juenger – de la Universidad de Davis, California- al examinar este tipo de normas auto-adjudicatorias, observa que:

Aunque una sentencia extranjera descansa en la universal aceptación de la jurisdicción, su reconocimiento puede estar excluido debido a que el foro reclama "competencia exclusiva" sobre la particular controversia. Tales reclamaciones son bastante comunes en países de derecho civil, muchos de los cuales implican reserva en la adjudicación de ciertos asuntos a tribunales internos, como, por ejemplo, litigios que conciernen a bienes raíces y derechos registrados en registros locales, acciones referentes a la existencia o inexistencia de corporaciones locales, y litigios sobre derecho de familia que afectan a sus ciudadanos. Más aun, diversos tratados y convenciones internacionales expresamente

⁶ Espinar Vicente, José María, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, La Ley, 1988, p. 15.

reconocen competencia exclusiva a los signatarios sobre específicos grupos de casos.⁷

Si un Estado extranjero (E₂) dicta una sentencia, constituye o anula un acto, se declara con poder sobre cualquier acto o situación, etc., el Estado que se declaró con poder o competencia exclusiva (E₁) sobre ese acto, situación o supuesto normativo, podrá, por sí solo y conforme al poder que se auto-adjudicó, rechazar el reconocimiento e incorporación de cualquier acto o resolución extranjera relacionado con ese supuesto normativo. A este Estado (E₁), no le importa lo que diga o haga el otro Estado (E₂), ni cualquiera otro de la comunidad internacional.

Ahora bien, las declaraciones auto-adjudicatorias de un Estado, si bien no son parte del derecho de otro u otros Estados, suelen ser admisibles, aunque esta admisibilidad ha de sujetarse a ciertas características o propiedades que trataré de explicar.

1. No exceder de límites razonables (conexión razonable)

El simple hecho de que alguien diga esto es *mío* y *nadie lo toca*, ya implica una cierta prepotencia, un egocentrismo, un cierto egoísmo: *yo, solo yo, lo que yo digo es lo único que vale*. ¿Es razonable esto? En cierta forma, hay algo de razonable y admisible. Trataré de explicar.

Una revisión de las normas de auto-atribución de competencia o reglas de exclusividad –unilaterales- me permite observar que, en lo general, el dato o supuesto auto-atribuido –declarado como exclusivo- es tomado como un supuesto que mantiene una conexión con el foro del Estado que se auto-atribuye el poder. Pero no se trata de cualquier declaración de ese Estado, sino que, en términos fácticos, ese dato o supuesto mantiene una conexión razonable con el foro; una conexión no fácilmente rebatible. No se trata de cualquier conexión entre autoridades y caso v.g., digamos porque la cosa o persona destinataria de la norma se encuentra en ese foro, sino porque el supuesto normativo es de tal magnitud e importancia que lo liga fuertemente con las autoridades de ese foro, como para excluir a las de cualquier otro foro. La liga o lazo que une a ese supuesto con el foro es sumamente fuerte, intenso, vigoroso –acorde a un juicio de razonabilidad-.

Lo *razonable* puede estimarse o valorarse por los demás Estados de la comunidad internacional, incluso, pudiéndose tomar en cuenta el derecho consuetudinario. Tal reconocimiento –admito que eso es tuyo- permite un equilibrio de los poderes de cada Estado. Aunque lo ideal es que el Estado que asume un poder acate esas normas de competencia internacional al ejercer su poder, que reconozca los límites hasta dónde puede llegar, respetando a los otros. No obstante, el que valora la

⁷ Juenger, Friedrich K., “The recognition of money judgments in civil and commercial matters”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 36, 1988.

razonabilidad o que se ajuste a las *normas de competencia internacional* también es el Estado al que se pide reconocer o rechazar la competencia asumida por otro Estado.

Varios internacionalistas avalan la conexión del supuesto normativo con el foro de la autoridad que conoce. Eduardo Vescovi, por ejemplo, se pronuncia al respecto indicando que el litigio llevado a un proceso debe tener una conexión razonable con el foro. Afirma, incluso, que se trata de un principio sobre el que gravita esta disciplina procesal.⁸ El criterio de conexión razonable se precisa entre el supuesto normativo y el foro que se auto-adjudica el poder. En cierta forma, hay ciertos estándares que fijan qué casos son exclusivos.

De igual manera, Sonia Rodríguez estudia este apartado que denomina *proximidad razonable*.⁹ Se trata, en principio, de un tema propio de política, que regularmente es tomado en cuenta por el derecho positivo. Qué es lo razonable, es un problema de difícil respuesta al que trataré de responder.

En general, una norma auto-atributiva procura no excederse en el poder auto-procurado o al menos, para que le sea reconocida en otros lugares, que ese poder responda a ciertos estándares internacionales, que auxilien a un equilibrio del poder de cada Estado de la comunidad internacional.

2. No a los poderes exorbitantes y abusivos

Si no existiera una delimitación en el ejercicio del poder entre todos los Estados, al menos, un grupo de ellos, cada uno quedaría en libertad de conocer y resolver cualquier litigio, aun cuando este careciera alguna conexión con el foro de ese Estado, lo que supondría extralimitarse en detrimento del poder de otros Estados. Esto ha llevado a los internacionalistas a sostener que aunque cada Estado es competente para conocer de diversos asuntos, esa capacidad se encuentra delimitada por el derecho, al menos, el derecho procura esa delimitación.

Si un Estado de la comunidad internacional se auto-adjudica un poder fuera de esos estándares internacionales, propios de la razonabilidad y equilibrio de poderes, admitidos por el derecho, lo que resuelva podrá ser estimado como exorbitante, según las normas reconocidas en la esfera internacional y, por lo tanto, sujetas al rechazo de aquel Estado en donde se pretenda ejecutar la resolución; resolución que podrá ser rechazada a partir de una regla de auto-adjudicación.

Lo anterior presupone que las reglas de competencia en la esfera

⁸ Vescovi, Eduardo, *Derecho Procesal Civil internacional: Uruguay, el Mercosur y América*, Montevideo, Idea, 2000, p. 17 y 18.

⁹ Rodríguez Jiménez, Sonia, *Competencia judicial internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 61 y siguientes.

internacional adjudican el poder a cada Estado de la comunidad internacional tomando en cuenta ciertos parámetros, mismos que al ser desbordados, impedirán que lo resuelto sea reconocido en otro lugar.

Un principio jurídico de política internacional indica que cada Estado debe ejercer su poder dentro de los límites que las normas de competencia internacional les otorgan. En gran medida, esta delimitación supone una regla de reconocimiento hartiana: ningún Estado podría rebasar esos límites. Si en el ejercicio de ese poder un Estado se excede en los límites, al poder ejercido se le calificará como exorbitante.

Aunque es difícil definir los casos en que un Estado rebasa el poder que le es reconocido por las normas de competencia en la esfera internacional v.g., ejerce un poder o competencia exorbitante, un esfuerzo sobre el particular se encuentra en el Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil española, pues al tratar de definir a la competencia exorbitante, prescribe que:

Se considera como competencia exorbitante, la que no tenga un lazo suficiente con las partes, las circunstancias del caso, con la causa u objeto de la acción o que no tenga en cuenta el principio de una buena administración de la justicia. No obstante, aquél se considerará competente cuando hubiere ejercido jurisdicción para evitar una denegación de justicia.

Exorbitante es un adjetivo que, calificando la competencia asumida, implica que la facultad para conocer y resolver ha sido exagerada, desmedida, irracional.

La competencia exorbitante, abusiva o excesiva es la que rebasa los límites razonables o normales de la competencia o poder que mundialmente le puede ser reconocida a un Estado. Esta es una razón por la que suelen ser admitidas las reglas auto-atributivas de competencia en la esfera internacional: para hacerle frente a esos poderes exorbitantes.

Como vemos, estamos tratando de significar un enunciado de textura abierta: *reglas reconocidas en la esfera internacional*.

3. Fijación de límites (auto-atribución)

Ya aludí al hecho de que no es fácil fijar los límites que tiene un Estado para establecer normas de competencia internacional –esto es, fijar la competencia internacional-, y también me referí a algunos elementos que permiten equilibrar el poder.

Aunque las normas de competencia exclusiva internacional de un Estado pueden estar referidas a hechos realizados en el territorio donde se aplican, cabe aclarar que no se trata de normas, por ejemplo, las primarias, tengan que aplicarse a hechos ocurridos únicamente en ese territorio.

Basta recordar que hay casos cuyos hechos se desarrollan o inician en otro territorio y que los jueces locales conocen de ello.

Piénsese en la persona que se casa en el extranjero y el juez local se ve obligado a reconocer o rechazar ese matrimonio. En este caso, toma en cuenta un dato ocurrido en el extranjero resuelve tomando en cuenta un acto jurídico extranjero.

Tómese en cuenta, igualmente, los casos de las llamadas competencias concurrentes, donde un caso v.g., propio de las llamadas acciones personales, puede ser llevado a proceso en uno u otro Estado en que se produjeron datos o elementos facticos del caso. No, afirmar que un supuesto es de la exclusividad de un Estado específico, no supone necesariamente que el hecho o supuesto factico ocurrió dentro del territorio del foro, sino que ese dato o supuesto fáctico mantienen un interés sumamente relevante para el foro. Los intereses gubernamentales sobre el caso son fundamentales.

4. Territorio en que se ejerce el poder y ámbito del orden jurídico

La norma de competencia de un Estado está referida al ejercicio del poder de sus autoridades dentro del territorio, las autoridades de E₁ solo pueden actuar dentro del territorio de E₁, no al hecho de que las autoridades de este Estado tomen en cuenta datos o hechos ocurridos fuera del propio territorio, incluso, que los traten de regular acorde a su propio orden jurídico.

Trataré de aclarar lo anterior. Es necesario diferenciar el ejercicio del poder que ejerce una autoridad, del territorio sobre el cual puede extenderse su poder. En el primer caso comprendemos lo que en términos generales es entendido como la competencia de los órganos de un Estado, v.g., que una autoridad solo puede ejercer su poder dentro de cierto territorio; en cambio, en el segundo caso, el ejercicio de su poder no se delimita a cierto territorio, sino que es posible que conozca y resuelva casos originados en otro territorio, v.g., los llamados problemas de tráfico jurídico internacional.

Aunque ambos temas suelen ser confundidos, el primero –el competencial de las autoridades– corresponde al capítulo de competencia de las autoridades, en tanto que el segundo, al derecho conflictual. En el primero –el ámbito territorial sobre el que ejerce poder una autoridad– nos preguntamos en qué lugar puede actuar una autoridad, en el segundo –extensión de la ley– nos cuestionamos hasta dónde puede aplicar el propio orden jurídico. En el primero, decimos que el lugar en que actúan las autoridades no puede realizarse fuera del propio territorio, no a la extraterritorialidad, en el segundo, suele admitirse una cierta extraterritorialidad de la ley, aunque no de la autoridad.

Una aclaración sobre el particular es la que nos presenta Kelsen al afirmar *el ámbito espacial de la validez de un orden jurídico es mucho más amplio que el territorio –en sentido estricto– delimitado por las*

fronteras. Las fronteras significan únicamente una limitación regular, más no absoluta, del ámbito de validez.¹⁰

V] Competencia exclusiva interna e internacional

La conformación del Estado mexicano como Estado federal me permite algunas precisiones en torno a la competencia exclusiva internacional. El hecho es que es necesario deslindar la competencia internacional de la asumida en el interior de país, aunque de ambas se pueda afirmar exclusividad.

Para precisar la diferencia tomemos en cuenta que en las llamadas competencias exclusivas internacionales se afirma que los tribunales mexicanos excluyen a cualquier otro tribunal en el mundo, al menos, cualquier decisión que otro tribunal en el mundo pudiera dictar, en tanto que, en la exclusiva interna, los tribunales federales, o algún otro tribunal interno, excluyen a cualquier otro tipo de tribunal que exista dentro del país, por ejemplo, los tribunales de las entidades federativas).

Por ejemplo, la Ley de Aviación Civil introduce una competencia exclusiva de los tribunales de la federación, que no debe confundirse con una competencia exclusiva internacional. Su artículo 3 no introduce una regla de competencia exclusiva internacional, más bien, incluye una regla de competencia exclusiva federal. Tal artículo de la ley prescribe:

Artículo 3. La explotación, uso o aprovechamiento del espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, es de jurisdicción federal.- Corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, sin perjuicio de que las controversias que surjan entre particulares se sometan a arbitraje, de conformidad con las disposiciones aplicables.

Se trata de una regla interna de atribución de poder a los tribunales federales –una regla de adjudicación), que excluye a los tribunales de las demás entidades federativas. En su forma expresa una regla de exclusividad interna suele emplear las palabras *jurisdicción federal*, si es que el tribunal exclusivo es el federal. Se trata de una *regla de competencia judicial exclusiva interna*, solo adjudica el poder a los tribunales federales. Es una regla propia de un Estado federal, no es una regla de competencia internacional, no excluye a otros Estados de la comunidad internacional.

Este artículo de la Ley de Aviación se interpreta en el sentido de que a las entidades federativas no les competen los asuntos relacionados con el espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, sino solo a los tribunales federales.

¹⁰ Hans, Kelsen, *Teoría general del Estado* México, Editora Nacional, 1979, p. 183.

Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, Una introducción a la teoría del sistema jurídico, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1986, p. 248.

Ante la falta de precedentes judiciales específicos, relacionados con esta clasificación, trataré de enfatizar lo que digo a partir de algunos precedentes judiciales, los más cercanos, así como de la explicación de uno de los más grandes *internacional-privatistas* mexicanos.

Dentro de los precedentes judiciales producidos por los tribunales federales hay varios que aluden a la *competencia exclusiva de los tribunales federales*. Enfatizan en esta regla de atribución de competencia, para deslindar a los tribunales federales de los tribunales de las entidades federativas. Así aparece en una resolución para afirmar que una ley de Sonora solo regula cuestiones del Estado, pues lo que lo que regula, no corresponde a una *competencia exclusiva federal*;¹¹ otra resolución sirvió para afirmar que un juicio de amparo es de la *competencia exclusiva del Poder Judicial Federal*;¹² otra más, en la que reserva el juicio constitucional, a la *competencia exclusiva del Poder Judicial Federal*;¹³ hay otras resoluciones en las que la Sala Auxiliar de la Suprema Corte declaró que una controversia derivada de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos es de la *competencia exclusiva de los tribunales federales*;¹⁴ otras resoluciones semejantes, pero relacionadas con la Ley Orgánica de los Ferrocarriles Nacionales de México, declararon que sus asuntos son de la *competencia exclusiva de los tribunales federales*;¹⁵ etc.

Recordaré ahora una explicación del Profesor Fernando Vázquez Pando. Él se refirió a la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, que contenía una disposición similar a la Ley de Aviación, Vázquez Pando

¹¹ Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, AR 5130/62, vol. CVIII, Primera Parte, Ferrocarril del Pacífico, S. A. de C. V. 14 de junio de 1966. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez. Registro: 257704

¹² Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, AR 8442/46. Toscano Roberto. 24 de febrero de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Manuel Bartlett Bautista. Relator: Agustín Téllez López. Registro: 278723.

¹³ AR 2018/45, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. Época; 2a. Sala, Compañía Minera Asarco, S.A. 4 de noviembre de 1946. Mayoría de tres votos. Disidentes: Alfonso Francisco Ramírez y Octavio Mendoza González. Relator: Agustín Téllez López. Registro: 321533.

¹⁴ Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 76, Séptima Parte; p. 19, Competencia civil 79/72. Suscitado entre los Jueces Segundo de Primera Instancia de Poza Rica de Hidalgo, Veracruz, y Tercero de Distrito en dicho Estado. 29 de abril de 1975. Cinco votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Pedro Arturo Gómez Pérez, Registro: 245858. La otra tesis se encuentra bajo el Registro: 258525.

¹⁵ Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 7, Segunda Parte; p. 51, Competencia 65/62. Jueces de Distrito de Nuevo León y Cuatro de Letras del Ramo Penal en Monterrey. 16 de julio de 1969. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Ezequiel Burguete Farrera. Ponente: Abel Huitrón y Aguado, Registro: 236992. La otra tesis se encuentra bajo el registro: 258578. Otro más, bajo el Registro: 278238.

decía que:

La Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos en su artículo 17 establece que la ley federal se aplicará a los actos y contratos en que intervenga Petróleos Mexicanos y que tales controversias serán de la exclusiva competencia de los tribunales de la federación.

En esta alusión de la citada ley a *competencia exclusiva* por parte de los tribunales de la federación, Vázquez Pando se planteó la interrogante de saber, si tal *competencia exclusiva* tiene el mismo significado que se le asigna en el campo internacional.

Vázquez Pando explicó que antes de existir este enunciado, Petróleos Mexicanos era demandado tanto en los tribunales locales, como en los tribunales federales, para evitar esto, se hizo la modificación legal para sujetar exclusivamente a los tribunales federales esas controversias judiciales. Por tanto, dijo Fernando, no tiene la Ley de Petróleos Mexicanos el mismo significado asignado en el derecho internacional a la competencia exclusiva internacional. Prueba de ello es que con frecuencia Petróleos Mexicanos es demandado ante tribunales extranjeros y que, incluso, Petróleos Mexicanos celebra convenios pactando como foro competente a los tribunales extranjeros.¹⁶

Para precisar la diferencia tomemos en cuenta que en las llamadas competencias exclusivas internacionales se afirma que los tribunales mexicanos excluyen a cualquier otro tribunal en el mundo, en tanto que, en la exclusiva interna, los tribunales federales, o algún otro tribunal interno, excluyen a cualquier otro tipo de tribunal que exista dentro del país, por ejemplo, los tribunales de las entidades federativas.

En fin, mientras la norma de competencia exclusiva interna se preocupa por elegir algún tribunal interno, excluyendo a otros del interior del Estado, la de competencia exclusiva internacional excluye a las autoridades de otro Estado de la comunidad internacional.

VI] La regulación mexicana

Las normas de competencia jurisdiccional derivadas del orden jurídico mexicano son, generalmente, de *competencia interna*, esto es, normas que surgen pensando únicamente en el poder de los órganos que hay en el interior del Estado. No obstante, el legislador mexicano también pensó en ciertos asuntos solucionados en el extranjero. Para estos casos, introdujo una reglamentación referida a la competencia exclusiva internacional, excluyendo de reconocimiento al poder asumido por autoridades extranjeras.

16. Vázquez Pando, Fernando, *Mexican law of judicial competence*, Houston Journal of International Law, vol. 12, núm. 2 Spring 1990, pp. 356 y 357. En <http://heinonline.org/hol/landingpage?collection=journals&handle=hein.journals/hujil12&div=24&id=&page=>

El Código Federal de Procedimientos Civiles, auto-adjudica para el Estado mexicano un poder o competencia exclusiva internacional sobre asuntos específicos. Su Código Federal de Procedimientos Civiles prescribe:

Artículo 568 CFPC. Los tribunales nacionales tendrán competencia exclusiva para conocer de los asuntos que versen sobre las siguientes materias: I. Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes; II. Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacione con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar; III. Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas; IV. Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales; y V. En los casos en que lo dispongan así otras leyes.

Fernando Vázquez Pando agrega otros casos de competencia exclusiva, expresando:

Entre los casos no especificados en el CFPC como casos en que los tribunales mexicanos poseen competencia exclusiva, hay dos derivados de las provisiones del Código: 1. Casos referentes a ius in rem sobre bienes muebles localizados en México (ya que el Código no permite ejecutar sentencias extranjeras pronunciadas como consecuencia del ejercicio de derechos de este tipo), y 2. Casos en que un tribunal mexicano asumió competencia antes que un tribunal extranjero lo hubiera hecho. Por razones similares, la competencia de los tribunales mexicanos con respecto a la acciones in rem sobre aeronaves o embarcaciones registradas en México deben ser consideradas exclusivas.¹⁷

Los primeros incisos del citado artículo del CFPC se refieren a derechos reales, pero aquí cabe hacer algunas precisiones. Como lo explican para España Miguel Virgos Soriano y Francisco J. Garcimartín, no quedan comprendidas las acciones por daños a un inmueble; por incumplimiento de contrato, aunque el objeto fuese la transmisión del inmueble; de indemnización por utilización indebida o daños al inmueble; de impugnación de transmisión fraudulenta de un inmueble, como la pauliana; aquellas cuyo objeto es determinar la posición de un propietario como trustee. Para estos autores, en todos estos casos no hay una proximidad fáctica, al inmueble, ni jurídica, a las disposiciones imperativas del Estado de situación, que satisfaga la ratio de la norma: la

¹⁷ Vázquez Pando, Fernando, *Mexican law of judicial competence*, en *Houston Journal of International Law*, vol. 12, núm. 2, 1990, p. 345.

instrucción del litigio recae sobre cuestiones obligacionales, i.e. los términos de la relación contractual, no sobre el bien físicamente considerado.¹⁸

En la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de Sentencias las Extranjeras, de la que México es suscriptor, se dejó a los Estados ciertos litigios en forma exclusiva, en su artículo cuarto, esto es, para auto-atribuirse el poder.

VII] Razones del Estado mexicano para auto-adjudicarse una exclusividad internacional

¿Cómo poder explicar que un Estado declare que ciertos supuestos son de su exclusivo poder internacional? No es fácil la respuesta, pero cuando un Estado declara que ciertos supuestos son de su competencia exclusiva internacional es que así lo quiso, porque tal fue su voluntad. No obstante, parece más prudente explicar cuáles son las propiedades o características que se infieren de las reglas auto-atributivas de poder exclusivo. Esto es, si revisamos los temas y objetivos que están detrás de cada expresión oficial de exclusividad, parece resultar más fácil la respuesta.

Pienso, por ejemplo, en los bienes que el Estado trata de tutelar. Una revisión de estos me auxilia a encontrar una respuesta a las razones legislativas u objetivos legales que se procuran tutelar. Algunos bienes quedan incluidos, otros, no.

No es tan fácil explicar la razón de porqué un cierto hecho o supuesto normativo es exclusivo de un Estado. En principio, los litigios exclusivos son los que un Estado considera tan conectados a su interés, incluso a su propia soberanía, que monopoliza su solución a favor de sus propias autoridades, por lo que –como consecuencia de ese monopolio– se niega a reconocer el poder o competencia asumida por las autoridades de otro Estado.

Los países que adoptan una regla de adjudicación de foro exclusivo, lo hacen refiriéndose a un específico supuesto normativo de manera excepcional; no todos los supuestos normativos son declarados como de exclusividad para un estado. Como expresa el Profesor Ronald Herbert, de Uruguay, las materias sujetas a una jurisdicción exclusiva internacional, son materias relacionadas con la *estructura del Estado como tal o porque concurre algún interés estatal*.¹⁹

¹⁸ Virgos Soriano, Miguel, et al., *Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 186.

¹⁹ Herbert, Ronald, *El Concepto de jurisdicción exclusiva en el art. 539.1.4 del Código General del Proceso*, Liber Amicorum en homenaje al Dr. Didier Operti Badán, Uruguay, Fundación

En el terreno de la realidad, las declaratorias de competencia exclusiva internacional, hasta ahora conocidas, han sido prescritas mayormente en las leyes internas de cada Estado, generalmente en países de *Civil Law*. Se trata de leyes o decisiones unilaterales en las que se toma como pretexto la *defensa de la soberanía* y la *seguridad de su Estado*, como también ocurre en el Estado mexicano. En cierta forma así lo admitió Sonia Rodríguez.²⁰ Esta auto-adjudicación no suele comprender cuestiones relacionadas con los derechos personales (acciones personales), aunque, en algunos países, sin incluir a México, se contienen ciertas acciones relacionadas con el Derecho de Familia.

Si en algún caso resuelto en el extranjero no se realizó acto alguno que pudiera poner en peligro la soberanía o la seguridad del Estado mexicano, lo resuelto no califica en alguna de las hipótesis, de auto-atribución, que se listan en el artículo 568 del CFPC.

En consecuencia, las notas o propiedades que dan lugar a una auto-atribución de poder o competencia a favor de las autoridades mexicanas, se definen en torno a la *defensa de la soberanía* y la *seguridad* del Estado mexicano.

VIII] Efectos que produce la declaratoria de exclusividad de un asunto

Si existe un enunciado que declara que ciertos asuntos son de la exclusiva competencia internacional de un Estado, la pregunta que surge inmediatamente es ¿cuál es el efecto que produce esa declaratoria ante los demás Estados de la comunidad internacional? Caben dos respuestas.

Primera. Si esa declaratoria se establece en un tratado o convenio internacional, ello obliga a que cada Estado signante se someta a lo pactado. En este sentido, si en un tratado se prescribe que los asuntos A le competen al Estado E₁ o al Estado E₂, cada Estado deberá someterse a lo pactado. Lo que le corresponda a E₁, solo E₁ lo conocerá y resolverá, excluyendo a E₂ de conocer y resolver el asunto que describa como de su exclusividad.

En este caso, dos Estados se distribuyen entre sí el conocimiento en exclusividad sobre un asunto. El efecto producido será excluir mediante acuerdo al que no se le adjudica, otorga o confiere, el poder.

Segundo. Si se trata de una declaratoria unilateral, porque la formula un solo Estado. Entonces el efecto no podrá ser excluir a otro u otros Estados en el conocimiento resolución del asunto o negocio. El

Cultura Universitaria, 2005, p. 241.

²⁰ Rodríguez Jiménez, Sonia, *Competencia judicial internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 108 y 109.

efecto, más bien, se encaminará a rechazar cualquier decisión extranjera que pugne con la auto-atribución.

Por lo general, normalmente esto último es lo que ocurre en el ámbito internacional, sobre todo, cuando las normas predominantes son las auto-atributivas de poder o competencia.

Lo que un Estado hace, es introducir normas que le permitan reconocer o rechazar el poder o competencia directa asumida en el extranjero, en el caso de que ya se hubiese dictado sentencia. En esta situación, la revisión que una autoridad mexicana hace de la competencia asumida en el extranjero se estima necesaria cuando se pretende que la resolución extranjera sea reconocida y ejecutada en México. Es hasta entonces cuando un tribunal mexicano podrá revisar si el Estado extranjero dictó sentencia amparado en alguna regla de *competencia directa internacional*, tal y como esta regla es entendida en México.

No se entendería de otra manera, pues suponiendo que en un Estado extranjero, el Estado E_2 , se iniciara un proceso sobre un asunto del que el Estado E_1 se hubiese auto-adjudicado competencia internacional, E_1 no podría hacer nada para impedir el seguimiento de ese proceso. En los momentos actuales, no hay ni siquiera un tribunal de competencia internacional ante el que se pudiera plantear una controversia competencial, ni declinatorias, ni inhibitorias.

La declaración de que cierto asunto es de la competencia exclusiva internacional de un Estado (E_1) conlleva a la exclusión de reconocimiento del poder o competencia que asuma cualquier otro Estado (E_2), no precisamente para impedir que en E_2 se siga o desarrolle el proceso y dicte sentencia. E_1 tiene que esperar hasta que E_2 dicte sentencia. Lo anterior vale en los casos de auto-atribución de competencia exclusiva internacional, pues cuando la atribución deriva de algún tratado, podrían haber otros recursos.

Tener competencia en la esfera internacional, tal y como lo preceptúan las leyes internas o la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, es condición para que una resolución extranjera sea rechazada en México, si tal competencia exclusiva ha sido atribuida a las autoridades mexicanas.

Otro de los efectos que produce una regla de competencia exclusiva internacional es que restringe la autonomía de la voluntad de los particulares para pactar un foro diferente del declarado exclusivo por el Estado. Por ello, el pacto entre particulares para que un litigio sea llevado a otro Estado sería nulo.

Contrario a lo que explicado es que podrán ser reconocidas y ejecutadas las resoluciones recaídas sobre negocios o litigios en los que el Estado ha permitido o tolerado una *competencia concurrente*. Vamos, si un Estado no declara para sí una competencia internacional exclusiva sobre "x" litigio y, en cambio, permite o tolera una concurrente, no importará que el Estado extranjero resuelva ese asunto "x", aun cuando

el Estado nacional también se haya declarado competente.

Cabe en esta última hipótesis un caso de excepción que consiste en que aun suponiendo que se trata de una competencia concurrente entre dos Estados el tribunal mexicano hubiese asumido competencia antes que el tribunal extranjero, por ejemplo artículo 571, fracción III del CFPC.²¹

IX] Normas de competencia exclusiva y normas imperativas

La cláusula de competencia exclusiva internacional funciona de manera similar a las llamadas normas imperativas, autolimitantes o *lois de police*, pues sin conceder importancia o efecto a lo que prescriba la ley de otro Estado, de manera directa monopoliza a favor de sus tribunales el conocimiento y decisión de un litigio específico, se auto-adjudica el poder.

Así como las normas imperativas gozan de una imperatividad más estricta, la de competencia, también gozan de esa estricta imperatividad. Se trata de normas de aplicación necesaria, también denominadas como leyes de policía. De estas, anotan José Carlos Fernández y Sixto Sánchez, son *disposiciones de la ley del foro cuyo interés para la sociedad estatal es demasiado relevante para que puedan entrar en concurrencia con las leyes extranjeras*.²²

X] Conclusión

Una norma de competencia internacional exclusiva lleva implícita una delimitación del poder a favor de las autoridades de un Estado. Puede provenir del derecho convencional internacional o del derecho de fuente interna.

Las normas auto-atributivas de competencia, a diferencia de las derivadas del derecho convencional, para que sean tomadas dentro de las reglas reconocidas en la esfera internacional, requieren no excederse de ciertos límites de razonabilidad. Suelen ser admisibles las relacionadas

²¹ Art. 571. "Las sentencias, laudos arbitrales privados y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones: [...] VI. Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el *Tribunal Mexicano* o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva".

²² Fernández Rozas, José Carlos et al., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 395.

con la tutela de la soberanía nacional o la estructura del Estado y no deben ser confundidas con las reglas exclusivas internas. Deben ser clasificadas, a semejanza de las normas imperativas, como normas que excluyen otro foro, imponiendo el propio.

The Earth is one but the world is not: what role for global and regional unification of Private International Law?

HANS VAN LOON¹

SUMMARY: I. *Mexico and The Hague Conference*. II. *The Earth is one but the world is not*. III. *Regional cooperation and integration and globalization*. IV. *The Hague Conference*. V. *The impact of globalisation and regional integration on the work of the Hague Conference*. VI. *The response of the Conference to Globalization and Regional Integration*.

Abstract. As human beings, we have an undeniable interrelationship with our planet; we live together with each other and all other living creatures on one Earth. At the same time, we are reminded of our human-made divisions, including legal obstacles, which stand in the way of our truly being one world. Issues relating to finance, trade and investments, and the cross-border movement of people transcend not only national but also regional borders, and take on global dimensions. The present work stresses the importance of cross-border legal certainty and predictability, while still respecting legal diversity. It also emphasizes the need for legal protection to vulnerable individuals, children in particular, at the global level. At this global level, the Hague Conference on Private International Law is now the leading global organization to attend the aforementioned matters, as well as the unification and progressive development of private international law by bridging existing differences between the different legal systems around the globe.

Keywords: Hague Conference, unification, regional cooperation, integration, globalisation.

Resumen. Como seres humanos, tenemos una innegable interrelación con nuestro planeta; convivimos entre nosotros y con todas las demás criaturas en un solo mundo. Al mismo tiempo, nos percatamos de aquellas divisiones que el mismo hombre ha ido creando a través del tiempo, incluyendo los obstáculos legales, que se interponen en el camino para lograr ser realmente un solo mundo. Las cuestiones financieras, comerciales, y las inversiones, así como la circulación transfronteriza de personas trascienden no sólo fronteras nacionales, sino también regionales y asumen dimensiones globales. El presente trabajo destaca la importancia de tener una mayor certeza y previsibilidad jurídica transfronteriza, respetando la diversidad de las tradiciones

¹ Secretary General of the Hague Conference on Private International Law from 1996 until 30 June 2013

legales existentes. Además enfatiza la necesidad de una protección jurídica a las personas más vulnerables, especialmente los niños, a escala mundial. En este plano mundial, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es actualmente la principal organización mundial que dirige los ámbitos antes mencionados, así como la encargada de encabezar la unificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado mediante la disminución de las diferencias entre las distintas tradiciones jurídicas alrededor del mundo.

Palabras claves: Conferencia de La Haya, unificación, cooperación regional, integración, globalización.

I] México and the Hague Conference

Mexico and the Hague Conference are connected by strong bonds, which have also forged personal friendships. Mexico first participated in a Diplomatic session of the Hague Conference, almost thirty years ago, in 1985. At that meeting Mexico was represented by Professor José Luis Siqueiros. He and his wife became personal friends. We remain most grateful to him for his many initiatives, as the Legal Adviser to the Mexican Foreign office, to promote Mexican's membership of the Hague Conference on Private International Law and Mexico's participation in a number of Hague Conventions. During the past thirty years, we have enjoyed the cooperation with, and friendship, of many other officials and academics in Mexico. It was a great moment for us in The Hague when Mexico became a member of the Hague Conference. That was on 18 March 1986. That was followed by Mexico's joining of the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters*, effective 26 November 1989², the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, effective 1 September 1991³, the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption*, effective 1 May 1995⁴, the *Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents Convention*, effective 14 August 1995⁵, and the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents*, effective 1 June 2000⁶. And on 26 September 2007, Mexico was the first State to join the *Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*.⁷

² Hereinafter: Hague Evidence Convention

³ Hereinafter: Hague Child Abduction Convention

⁴ Hereinafter: Hague Intercountry Adoption Convention

⁵ Hereinafter: Hague Apostille Convention

⁶ Hereinafter: Hague Service Convention

⁷ Hereinafter: Hague Choice of Court Convention

This record of six Hague Conventions is impressive. It becomes even more impressive when one realizes that each of the Conventions in force for Mexico has laid the groundwork for extensive involvement of administrative and judicial authorities throughout the Mexican federation, as part of global networks of legal cooperation. The work that has gone into this is quite awesome. We know that it has often been challenging. And it will remain demanding. Mexico is to be commended for all the efforts it has undertaken and continues to undertake to make the global Hague Conventions and the regional instruments on private international law work in practice.

II] The Earth is one but the world is not

"The Earth is one but the world is not" these are, as some of you may have noted, the opening words of the famous Brundtland Report, *Our Common Future*, prepared by the World Commission on Environment and Development at the request of the Secretary General of the United Nations, some 25 years ago.⁸ I have always found these words very inspiring, because they remind us of our inevitable interrelationship as human beings *on* this planet, and as humans *with* our planet: we live, together with each other and all other living creatures on "one Earth". At the same time ("the world is not"), they remind us of our human-made divisions, including legal obstacles, which stand in the way of our truly *being* one world: So, implicit in these few words is a strong *encouragement*, and even an *admonition* to each of us: you are part and parcel of *one Earth*, you had better become one *world* as well.⁹

The Brundtland report was published in 1987. The cold war was not yet over, and the division of the world in a "capitalist" and a "communist" bloc was a major obstacle to global cooperation. Two years after the publication of the report, in 1989, we saw the fall of the Berlin Wall. This historical event opened up borders for private initiatives around the globe. Many people would agree that this marked the beginning of modern globalisation. It was the start of an amazing process, on a world wide scale, of dissolution of borders and compression of distances: of expanding markets, of growing mobility of people, and of instant sharing of information through the mass media

⁸ Accessible at http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf, at p.26.

⁹ The Brundtland Report has been an inspiration for many. It also inspired the work, in which I had the privilege to be involved, which led to the Declaration of Human Responsibilities for Peace and Sustainable Development [http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/44/626&referer=http://www.un.org/es/documents/&Lang=E/Declaración de responsabilidades humanas por la paz y el desarrollo sostenible](http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/44/626&referer=http://www.un.org/es/documents/&Lang=E/Declaración_de_responsabilidades_humanas_por_la_paz_y_el_desarrollo_sostenible) <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/44/626>, UN Document A/44/626, presented by the Government of Costa Rica to the General Assembly of the United Nations.

and the Internet, all made possible by technological developments in transport and communication.

III] Regional cooperation and integration and globalisation

The end of the Cold War and the globalisation process that followed most certainly gave a push, in terms of the Brundtland report, towards "one world". At the same time, it reinforced the need for global and regional cooperation, to overcome existing barriers to progress, including in the legal field.

Globalisation manifests itself, naturally, among neighbouring countries. At the same time, neighbouring countries may feel the need to constitute their own regional identity, in response to globalisation. And so we saw the creation in the Americas of Mercosur in 1991, the North American Free Trade Organisation in 1994, *L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA) in Africa in 1993, the Asian Pacific Economic Cooperation Organisation in 1989, among others. All these regional organisations are based on *intergovernmental* cooperation. In Europe, the Maastricht treaty (1992) followed by the Amsterdam (1997) and Lisbon (2007) treaties, among others, gave a further impulse to regional integration by *supranational* means, i.e. by adding a new layer of governance above the national legal orders, transferring competences to supranational bodies, including, since the Amsterdam treaty, powers of legislation in the field of private international law. However, the *global* forces of fusion of markets, of mobility of people, and of sharing of information are becoming stronger every day. The best example of a *global* market place is probably the *financial* market. Around the clock shares and bonds, held for customers by intermediaries, are transferred electronically, from Tokyo to New York, from New York to Mexico, from Mexico to Zurich, etc. We also see globalisation at work in the *real economy*. Where we have seen recent economic growth in the European Union, in Germany for example, this is in no small degree due to a surge in exports to China. Conversely, investments by Chinese and Indian companies in Europe and in other parts of the world are surging: I understand that here in Guadalajara the electronics industry must compete with Chinese products. Likewise *migration* and, more generally, *mobility of people* now involves movements across all continents.

So, issues relating to finance, trade and investments, and the cross-border movement of people transcend not only national but even regional borders, and take on *global* dimensions. In all these areas, there is need for more cross-border legal certainty and predictability and for legal protection of vulnerable persons, children in particular, at the global level. And at this global level it is the *Hague Conference on Private International Law*, which is now the leading global organisation for "the progressive development of private international law".

IV] The Hague Conference – precedents and parallels in Latin America

The origins of the Hague Conference go back to the late nineteenth century. The founders of the Conference drew inspiration from the unification of private international law that had already started in Latin America. The famous Treaty of Lima of 1878 established, in 60 articles, a comprehensive set of uniform rules on personal status, on contracts and torts, marriage, inheritance, jurisdiction of the courts, recognition and enforcement of judgments, and legalization of public documents. The Treaty of Lima was the start for work on the unification of private international law in Latin America that continued with the Treaty of Montevideo on private international law in 1889, the Code Bustamante of 1928, and then, in the framework of the Organisation of American States, the CIDIP process that began in 1975 in Panama, and has found a parallel development in ongoing work on the unification of private international law in the framework of Mercosur. Fifteen years after the adoption of the Treaty of Lima, in 1893, the first session of the Hague Conference took place and the first Hague Convention – on civil procedure – saw the light in 1896. It would take until after the Second World War before the Hague Conference on Private International Law became a permanent intergovernmental organisation, to support the progressive unification of private international law. Started mainly as a European organisation, it expanded soon to include States from outside Europe.

This development of the Hague Conference into a *global forum* has been strongly supported by Latin America – which has been one of the most gratifying experiences of my professional life. In particular, Latin American participation in the negotiations on what became the Hague Intercountry Adoption Convention of 1993 was massive, enthusiastic and effective, and critical for the success of the negotiations. The Convention, once it was completed, found an immediate resonance in Latin America: it responded in a novel, convincing way to deeply felt needs. It was seen not as an instrument imported “from far The Hague”, but as the result of profound engagement and involvement of Latin America in the negotiations. Earlier on, the *Inter-American Convention on the International Return of Children*, adopted in Montevideo in 1989 on the occasion of the fourth CIDIP conference (Adair Dyer took part as an observer on behalf of the Conference in the negotiations), had taken into account the solutions of the Hague Child Abduction Convention of 1980, and had facilitated the adoption of the Hague Convention throughout the Americas. Quite generally, it may be said that cooperation between CIDIP and the Hague Conference has always been very close. Recently, the Hague Conference recently also concluded a cooperation agreement with Mercosur. Since the turn of the Century, the Hague Conference has seen a rapid expansion of its membership, and it has now become a truly global organisation with 73 Member States, and one Member

organisation, the European Union, together representing some 4.5 billion people. Moreover, some 70 non-Member States are parties to one or more of its Conventions. All in all, more than 140 States are connected with the Hague Conference. So this shows us already that globalisation and regional integration have had an impact on the Conference's membership and on the range of States Parties to the Hague Conventions. But what has been the impact on the Hague Conventions, and their implementation and application? And what has been the response, of the Conference: its contribution to what one might call the globalisation of law and justice, to the global legal order, to the One World that is needed?

V] The impact of globalisation and regional integration on the work of the Hague Conference

1. *The impact of globalisation*

Among the many new developments that as a result of the globalisation process have had an impact on the Hague Conference, I have selected three major challenges. The first concerns the *composition* of the Organisation growing *diversity* of legal and cultural traditions and of levels of economic development as a result of the enlarged participation of States in the Hague Conference and its Conventions. The second relates to the *content* of the work on the unification of private international law, it concerns what one may call *delocalisation*, the challenge, resulting from the increasing permeability of national borders, of finding the appropriate connection between persons and situations and the appropriate legal order or applicable law. And the third concerns the *context* in which the Organisation operates: the growing interaction with the work of *other international organisations*

2. *Growing Diversity*

a. *Civil Law v. Common Law; Special position of the United States*

Until the 1960's, the Conference consisted mainly of European States and its focus was on Europe, continental Europe in particular, which was recovering from the Second World War. When the US and other common law States joined, much of its work went into bridging the divide between countries belonging to the *continental (civil) law* tradition and those of the *common law*. The emblem of those efforts is, perhaps, the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* (the scientific preparation of which Adair Dyer and I took on together). It essentially enables the trust, a typically common law device, to operate in civil law systems, where the trust is generally unknown as an institution.¹⁰ But the recent history of the Conference has not just been a civil law and common law match. Differences *within* each family, especially within the common law world,

¹⁰ Mexico has not joined this Convention

have increasingly come to the surface. An early example is the reservation in the Hague Evidence Convention regarding the execution of requests for pre-trial discovery of documents. According to this reservation a Contracting State may declare "that it will not execute Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents as known in Common Law countries". In reality this is a reservation against American "fishing expeditions". And it was prompted, not by any civil law country as you might think, but by the United Kingdom, which in a very late stage of the negotiations sought protection against intrusive American discovery methods. Mexico, when it joined the Convention, made the reservation, but wisely narrowed it, so that Mexico will only execute requests issued for the purpose of obtaining pretrial discovery of documents when the request is precise and pertinent to the on-going litigation.

The differences between the legal systems of the United States and other countries, including of the common law, played a major role, when starting in the early 1990's – so around the time many people see as the beginning of the era of globalisation – the Conference embarked on an ambitious project, the negotiation of a global convention on jurisdiction and recognition of judgments. Here we saw a number of major differences in perspective in particular between the United States and other countries, *including* other common law countries:

1. Differences of a fundamental *legal* nature, such as the fact that in the United States jurisdiction is a constitutional matter, which requires a due process analysis that provides a defendant oriented approach, with no room for special protection of weaker parties such as consumers, workers, or maintenance creditors.

2. Fundamental *cultural* differences, such as the great importance of freedom of speech in the United States which may override other concerns, such as combatting Nazi propaganda, which are considered fundamental in Europe for example.

3. Fundamental *economic* differences, such as the general lack of a social security system in the US which explains, for example, in part, the importance of punitive civil damages.

These and other differences stood in the way of a comprehensive solution. Ultimately, the way forward was to reduce the scope of the project, which resulted in the Hague Choice of Court Convention of 2005, and which Mexico was the first State to accede to.

b. Religious v. secular systems

More recently, the dialogue between *religious* legal systems and *secular* systems has become more prominent. Already the *Hague Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations*ⁱ provides for the recognition of repudiations as known in Jewish and shariah law. Later on, when the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for*

*the Protection of Children*¹¹ was negotiated (which we hope very much Mexico will consider for ratification) Morocco successfully suggested the inclusion in the Convention of the institution of *kafala*. Most Shariah systems do not recognise adoption. *Kafala* may be seen as a substitute, a functional equivalent of adoption, but it goes less far, it is in reality a form of foster care. I will come back to the dialogue which the Conference has developed with Islamic States through its Malta process in a moment.

c. Developing countries and systems in transition v. developed economies

Another aspect of growing diversity is that of the *level of economic development* of States parties to the Conventions, including Member States. Recently many countries with emerging economies or economies in transition have become Members of the Conference and joined Hague Conventions. Their legal infrastructure is often also developing, and fragile. This has had some influence on our *legislative work*, but, in general, this economic factor has had a far more important impact on the *implementation and practical operation* of the Conventions. Traditionally, the “stakeholders” in the Hague Conference were the more advanced States. These well-off States were generally quite capable of implementing and operating the Hague Conventions in their own legal systems. But this has changed radically. Many countries now need assistance with the effective implementation and operation of the Conventions.

The Hague Intercountry Adoption Convention, which Mexico was among the first States to join, offers an example. This Convention integrates the adoption procedures of countries of origin of children and receiving countries into one single cross-border procedure. But this transnational procedure, in order to work, inevitably puts a heavy burden on the countries of origin, usually poor countries. These countries need to set up a Central Authority that functions properly. In the case of Mexico no less than 32 Central Authorities (CA’s), the federal central Authority and CA’s for each of Mexico’s 31 federal units. Experienced judges are needed, that can determine whether children are indeed adoptable, that no sale or trafficking is involved. etc., and for that, many developing countries need help. So, the Hague Conference, through its regional offices in Buenos Aires and Hong Kong, has provided assistance, usually jointly with UNICEF and interested Member States, e. g., Chile and Colombia, to several countries in Latin America, including Guatemala and Haiti.

3. Delocalisation

As national borders become increasingly porous, permeable, we see a general process of delocalisation. We see this in cyberspace: a trademark violation or a libellous comment on the web has an immediate

¹¹ Hereinafter: the Hague Child Protection Convention

effect around the globe. This was one of the problems in the Judgments project: which court should have jurisdiction to deal with such an issue? And if it is admitted that this may be the court of the place where the *harm* occurs, let us say here in Mexico, while the *tortuous act* is committed in, let us say, California, will the Mexican judgement be recognised in California? Or take the global financial market. Shares and bonds and other securities are continuously transferred electronically around the globe. These capital flows are vital for the global economy. Legal certainty is therefore indispensable. However, as it is not possible to locate the securities account, which law applies to such transactions? But also in the real world, people may live in more than one place, and work in several places, live in one country, work in another. This makes it more difficult to locate them, and connect them to one specific legal order or system. As we shall see, the Hague Conference has had to find novel ways to respond to these challenges.

4. *Growing interaction with the work of other international organisations*

One further aspect of globalisation has been the growing interaction with the work of other international organisations. Formerly, unification of substantive law and that of private international law were compartmentalised. This has now changed. The Hague Conference has worked with UNCITRAL in the context of the assignment of receivables in international trade, and the *United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade* of 2004 contains conflict rules that have been developed by a joint group of experts of the two organisations. More generally, in the field of trade and investment, organisations such as the World Bank and the International Chamber of Commerce (ICC), have noticed the relevance of the Hague Apostille Convention, and have recommended its ratification. The ICC has done the same for the Hague Choice of Court Convention. In the family law area, in particular the protection of children, the UN Committee on the Rights of the Child has systematically recommended ratification, in particular, of the Hague Intercountry Adoption Convention, and the Conference works closely with UNICEF where it assists States with the implementation of this and other Conventions.

a. *The impact of regional cooperation and integration*

With regard to *regional cooperation and integration* and the Conference, I already mentioned the cooperation with CIDIP and Mercosur. But a real challenge for the Conference came with the Treaty of Amsterdam, which came into force in 1999. As a result of this Treaty the European Union acquired legislative competence in the field of private international law, and, as a result of the case law (ERTA doctrine) of the European Court of Justice, also external competence in relation to third States.

This came at a moment when the Hague Conference had started negotiations on a global judgments convention, and it led to a hectic

new dynamic. The European Commission began to remind EU Member States of their “duty of loyalty” under the EC Treaty, which in the beginning caused confusion and irritation. EU Members felt that their traditional freedom of negotiation at the Conference was under threat. The Commission was increasingly unhappy with its status as an observer in the Conference. And non-EU Members perceived a tendency towards block-voting of EU Members. And it was these non-EU Members, the US in particular, who pushed, successfully, for a change from voting to consensus. In 2002 the EU requested to be admitted as a Member. That made it necessary to amend the Statute. We did so in 2005. In 2007, the European Community joined the Hague Conference as a Member in its own right. But that did not solve the issue of whether the EU, as such, could also join Hague Conventions: that is an issue for each individual Hague Convention. Since the turn of the century, the Hague Conventions make it possible for the European Union to join each Convention, either exclusively or jointly with its Members. In April 2007, the Hague Choice of Court Convention was signed by the EU and by the EU only, thus binding 26 of its Members. Likewise, in April 2010, the EU joined the *Hague Protocol of 23 November 2007 on the Applicable Law to Maintenance Obligations*¹², thereby binding 25 EU States (the UK opted out). In 2011, the *Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*¹³ was signed, this time, again, with binding effect upon 26 EU Members. And we expect the ratification by the EU of the Hague Choice of Court Convention in 2014.

Since the tumultuous first years after the Amsterdam Treaty, the dust has fallen and EU Membership has now become an accepted feature of the organisation. EU coordination has certainly facilitated the negotiations on the Hague Choice of Court Convention, the Hague Child Support Convention and the Protocol on Maintenance Obligations. Interestingly, it has stimulated some parallel regional coordination among non-EU States. We now see that the Latin American countries, in particular, are coordinating their positions within the Conference. That the balance is positive is in part the result of a conscious policy on the part of the Hague Conference to adapt quickly to the new reality and to double its on-going efforts to become a truly global forum that remains attractive to the European Union. This brings us to way the Conference has responded to the forces of globalisation and regional cooperation and integration.

VI] The response of the Conference to globalisation and regional integration

1. The Response to globalisation

¹² Hereinafter: the Hague Maintenance Protocol

¹³ Hereinafter: the Hague Child Support Convention

a. *Growing diversity*

First, what has been the response to growing diversity within the Conference as a result of its enlarged membership, in respect of legal systems, cultural and religious factors, and different levels of economic development?

Two important innovations regarding the negotiation methods of the Conference may be mentioned: i. the switch from voting to consensus as the main negotiation method. And.- ii. the prominence of judicial and administrative cooperation as a technique to bridge differences between legal systems, rather than the traditional conflict of laws techniques.

b. *From voting to consensus*

You might think that, as the Conference grows in terms of diversity of legal systems, it would become more difficult to reach agreement on which new topics to work on, or even regarding the negotiations on an agreed topic. But that is not necessarily so, thanks in part to a switch from voting to consensus as the negotiation method. Our most recent Convention, the *Hague Child Support Convention* illustrates this. One of our objectives in negotiating this Convention was to improve the effective enforcement of foreign maintenance decisions. The European, US, and Canadian systems all have such mechanisms in place. They minimize review by the court of its own motion (*ex officio*), and they place the burden of raising objections to enforcement on the respondent party, usually the husband/father. The EU, the USA and Canada, all wished to see such a system included in the new Hague Convention. But other States, such as China, were, and are, not familiar with such procedures for quasi automatic recognition and enforcement.

Under the traditional voting system, we might have ended up with *one* alternative only, perhaps coupled with a reservation. However, applying the consensus method, a solution was found which was adapted to *both* groups of States. The Convention creates a rapid procedure for recognition and enforcement. But it also provides an *alternative* procedure, which States may opt for by declaration. This alternative procedure is also designed to ensure that procedures are expeditious, but it is less strict than the principal procedure. So this will enable a wider range of countries to join the Convention, making procedures for enforcement more effective, without having to go to the full length the USA or the European Union are able and prepared to go.

c. *Prominence of judicial and administrative cooperation*

A second aspect of the response of the Conference to globalisation is the *use of judicial and administrative cooperation* as a technique to bridge differences between legal systems, rather than the traditional conflict of laws methods. In her famous book *A New World*

*Order*¹⁴, Anne-Marie Slaughter boldly wrote: "Stop imagining the international system as a system of states – unitary entities like billiard balls or black boxes – (...) Start thinking about a world of governments, with all the different institutions that perform the basic functions of governments – legislation, adjudication, implementation – interacting both with each other domestically and also with their foreign and supranational counterparts."¹⁵ Interestingly, she nowhere in her book refers to the Hague Conference. Yet, a range of Hague Conventions have, in fact, been pivotal in establishing such global networks of "institutions interacting with each other domestically and with their foreign and supranational counterparts".

A key feature of many Hague Conventions, including the Hague Service and Evidence Conventions, and the Hague Child Abduction and Intercountry Adoption Conventions, is the *Central Authority*. Central Authorities have a coordinating role within each State Party and they are the point of contact for their counterparts in other Contracting States. Since 1977, meetings of these Central Authorities have been convened from time to time in The Hague to enable them to exchange views and discuss the practical operation of Conventions. This has laid the foundation for systemic cooperation among them, as well as for the development of tools to facilitate their work: practical handbooks, guides to good practice, statistical research, a database on case law, etc. There are now some 500 Central Authorities and more than 2.500 other competent authorities working under 12 Hague Conventions. They constitute global administrative networks at the service of citizens. They communicate with each other directly, bypassing diplomatic and consular channels. It is a perfect example of direct interaction at the global level among administrators, an aspect of the 'new world order'.

More recently, the Hague Conference has made a major contribution to what Slaughter has called '*judicial globalisation*'.¹⁶ 1998 saw the first judicial conference on the operation of the Hague Child Abduction Convention. This led to a global network that now consists of 82 liaison judges from 55 countries. In Mexico there are four of these judges, three from the Superior court of Justice in the capital, Adriana Canales, Lázaro Tenorio, and Oscar Cervera, and one judge from Jalisco, Judge Dionisio Nuñez Verdín. Liaison judges in the different States Parties consult each other, e.g. with regard to the return of children and on procedural issues, which may then lead to mirror orders or other forms of judicial cooperation. This is again a new development, which parallels similar developments in international insolvency.

This development has been given a specific application in the "Malta Process". This Process is a series of meetings, held in Malta since 2004, aimed at creating a dialogue between judges across religious

¹⁴ Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004

¹⁵ *Ibid.* p. 5

¹⁶ *Ibid.* p.66, pp. 98-99

barriers. The States whose legal systems are influenced by Shariah law have, historically, been on the side-line of international debate regarding the challenges arising from the cross-border movement of persons. Yet, trans-frontier family issues, abduction, contact, relocation also occur in, from and to these countries. So the Malta Process seeks to build a common understanding of the principles, rules and institutions of the Hague Conventions, in the hope that they may influence judges and other authorities, and may ultimately pave the way for States to join these Conventions.

2. *Delocalisation*

Consider the transfer of shares and bonds through electronic book entries. Nowadays these securities move around the planet, 24 hours a day, every day of the year. So, it is impossible to properly locate them. And yet it is important to be able to determine the law that applies to them, for example in case of insolvency. How can that be done? The *Hague Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* provides the solution. No longer does this Convention seek to connect the transaction to a specific place. Instead, it takes the relationship between the account holder and the intermediary as the starting point. So the Convention gives effect to the law agreed by the parties in the account agreement, to party autonomy. Party autonomy also is one of the ways to respond to delocalisation in the real world, with regard to people and families on the move. The Hague Maintenance Protocol provides an example. It gives families ample opportunities to agree on the law that applies to a maintenance obligation. But the choice is not unlimited. Special provision is made, in particular, to protect children. They cannot be a party to such an agreement on the applicable law, but are protected by the law prescribed by the Convention.

Finally, flexible concepts, such as that of habitual residence, which avoid the rigidity of traditional connecting factors such as domicile and nationality, can also assist in coping with localisation problems.

3. *Growing interaction with the work of other international organisations*

One interesting response to globalisation is the increasing interaction between the work of the Conference and that of other international organisations. That interaction also extends to the legislative process itself. The *UN Convention on the Rights of the Child* of 1989 in several of its articles calls upon States Parties to further implement its norms through bilateral and multilateral Conventions. The Hague Child Abduction Convention, the Hague Intercountry Adoption Convention, the Hague Child Protection Convention and the Hague Child Support Convention may all be seen as a response to this call. All of them provide for implementation, in a very practical way, of the broad norms of the UN Convention on the Rights of the Child in transnational situations.

I think that we are still in the early stages of the interface between Human Rights and Private International Law. There is more to come, including interaction between, for example, the UN Covenant on Civil and Political Rights and several Hague Conventions in the fields of legal cooperation – on service of documents or access to justice – and family law – marriage, divorce – or the recent UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006 and the Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults. The reason is, simply, that in the past human rights instruments could focus on *domestic* violations of human rights, *cross-border* legal issues were of marginal importance. But that is changing rapidly, and with rising numbers of cross-border legal issues with human rights aspects, a new chapter is being opened: the human rights protection of our citizens in transnational situations. Private international law instruments will increasingly be part of an emerging global fundamental rights order.

a. The response to regional cooperation and integration

The fact that the European Union acquired legislative powers in the field of private international law, made it necessary for the Hague Conference to make room in its conventions for the EU to develop its own legislative work. Beginning with the Hague Child Protection Convention of 1996, the Hague Conventions include a so called disconnection clause which makes this possible. However, this recipe does not work for instruments that have universal rules on applicable law, such as the *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)* or the *Interamerican Convention on the law applicable to international contracts*, adopted in Mexico in 1994. You cannot have two systems of applicable law that apply at the same time. This was one of the reasons why the Hague Conference recently started work on *Principles of Choice of Law in International Contracts* – a *non-binding* instrument instead of a binding Convention, which we hope to complete next year. A binding Convention might give rise to a conflict between two universally applicable systems, a non-binding instrument avoids that problem, and may, moreover, go a little further by introducing some new ideas, such as the idea that the parties may not only choose the law of a State but also a set of rules like the UNIDROIT principles of international commercial contracts.

So, in this example, the choice for a non-binding global instrument avoids a conflict between global and regional ordering of private substantive law. The matter is different in the area of jurisdiction and enforcement of judgments, because those are not universally applicable, but they apply on the basis of reciprocity, in the relations between States. In those cases it *is* possible, through disconnection clauses, to make room for regional instruments, as we have done in the 2005 Convention. In any case, as globalisation increases, more and more issues will take on a global dimension. Pressure for solutions at the global

level will increase. The negotiations on the Hague Child Support Convention and its Protocol on Maintenance Obligations offer a good example of a recognition that regional solutions should be derived from global solutions in this area. The *Council regulation (EC) No 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations* clearly builds on the Hague work, and instead of providing itself for rules on the law applicable to maintenance obligations, refers to the Hague Maintenance Protocol. The regional level thus becomes a bridge between the global and the local. This idea, of the regional level becoming a bridge between the global and the local levels, is also the concept that is at the basis of the regional offices of the Hague Conference in Latin America, which is established in Buenos Aires, and is led by Ignacio Goicoechea. Ignacio Goicoechea has done a tremendous job to bring the Hague Conference and its work closer to the region. He has been, and continues to be, a true inspiration, so much so, that we recently built on the example in the Asia Pacific region, where we opened a regional office in Hong Kong in December 2012. "The Earth is one, but the world is not". But unity is not uniformity – just as nature thrives by biodiversity. The beauty of the work towards unification of private international law, whether at the regional or the global level, is that it respects legal diversity. It seeks to offer legal security and predictability while respecting legal diversity. So, horizontally, it bridges the variety of legal systems on this planet. At the same time, increasingly, it has another, a vertical, bridging function: that of implementing global norms, in particular human rights norms, ensuring their applicability in cross-border situations. Private international law is no longer a somewhat isolated esoteric discipline; it is becoming a vital tool in the toolbox of lawyers everywhere, because it deals with what has become a fact of life for so many people, families, companies and other entities in our age of globalisation and regional integration and cooperation. In this sense the unification of private international law, both at the regional and at the global level, makes a significant contribution to the work towards "one world".

Un diálogo de fuentes para los alimentos sin fronteras

Reflejos del dispositivo protector del acreedor de los alimentos en el Protocolo de la Haya de 2007 y la revalorización de la función garante de la norma de conflicto en el reglamento (ce) 4/2009

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA¹

SUMARIO: I. Introducción: Los protagonistas del Diálogo y los efectos de esta "activa" conversación de fuentes. II. Relevancia y Consecuencias en el Sistema de Fuentes de la Participación de la UE en la Negociación y Adhesión al Protocolo de La Haya de 2007. III. Efectos del Protocolo de La Haya de 2007 en el Régimen de Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Alimentarias en el Reglamento 4/2009: ¿Revitalización de la Función Garante de la Norma de Conflicto? IV. Reflexiones Conclusivas.

Resumen. Uno de los sucesos normativos más trascendentes de la década pasada en el ámbito de la protección internacional de menores y de otros miembros de la familia, fue la adopción de dos textos fundamentales para facilitar el cobro internacional de alimentos por parte de la Conferencia de La Haya, son el Convenio sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y el Protocolo sobre la Ley Aplicable a los Alimentos. La doctrina nos dice que además de la Conferencia de La Haya, también han mostrado su interés en el tema la Unión Europea, la OEA y la ONU. Estos organismos son los protagonistas del dialogo de fuentes; sin embargo, el problema es de qué forma gestionar la conversación en cuanto a: a) la complejidad en la gestión de las fuentes internacionales en materia de alimentos y b) el efecto multiplicador de la complejidad en el seno del "matrimonio" entre el Reglamento UE 4/2009 y el Protocolo de La Haya 2007 abriendo nuevas interrogantes en torno a la función garante de la norma de conflicto en el reconocimiento y ejecución de decisiones sobre alimentos dictadas por Estados miembros vinculados al Protocolo.

Palabras clave: Cobro internacional de alimentos, Reglamento UE 4/2009, Protocolo de la Haya 2007.

¹ Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). España

Abstract. One of the most significant normative events of the past decade in the field of international protection of children and other family members, is the adoption of two texts aimed at enabling the international recovery of child support by the Hague Conference, the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, and the Protocol on Applicable Law to Maintenance Obligations. The doctrine also mentions that in addition to the Hague Conference, other organizations such as the European Union, the OAS and the UN have shown interest in this matter. These organizations are the principal characters of the sources dialogue, nevertheless, the problem is how to manage the dialogue regarding a) the complexity of the arrangement of international maintenance sources and b) the multiplying effect of the complexity within "marriage" between the EU regulation 4/2009 and the 2007 Hague Protocol that leaves open gaps regarding the guarantor function of the conflicting norms in the recognition and execution of decisions over maintenance issues by State members to the Protocol.

Keywords: International family, maintenance claim, EU regulation 4/2009, 2007 Hague Protocol.

I] Introducción: los protagonistas del diálogo y los efectos de esta "activa" conversación de fuentes

Quizá uno de los acontecimientos normativos más trascendentes de la pasada década -en el ámbito de la protección internacional de menores y de otros miembros de la familia- sea la adopción en el seno de la Conferencia de La Haya de dos textos dirigidos a facilitar el cobro internacional de alimentos. Este hito se logró en la Vigésimo Primera Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada el 23 de noviembre de 2007². Esta afirmación acerca de la relevancia del Convenio sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia (en lo sucesivo, Convenio de 2007) y del Protocolo sobre la Ley Aplicable a los Alimentos (en lo sucesivo, Protocolo de 2007) ha sido puesta de manifiesto por la doctrina más especializada³, haciendo hincapié en *dos datos positivos*. De una

² Acta final de la Vigésimo Primera Sesión: <http://www.hcch.net/upload/finact21s.pdf>.

³ B. ANCEL/H. MUIR WATT, "Aliments sans frontières", *Revue critique de droit international privé*, Núm., 3, 2010; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas", *Diario La Ley*, N.º 7230 de 31 de julio de 2009; F. FERRAND, "The Council Regulation (EC) n° 4/2009 of 18 december 2008 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations" en *Latest developments in EU private international law*, Intersentia, 2011, pp. 83-111; F. GARAU SOBRINO, "Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho

parte, la modernización de las soluciones de los Convenios de La Haya de 1956 y 1973 en el sector del reconocimiento de decisiones en materia obligaciones de alimentos⁴. En particular ha sido destacada la necesidad de mejorar las disposiciones sobre cooperación judicial y administrativa. Esta modernización se ha logrado mediante las disposiciones del Capítulo II (Cooperación administrativa) y del Capítulo III (Solicitudes por intermedio de Autoridades Centrales) del Convenio⁵.

Y, de otra parte, la inclusión de un régimen uniforme de ley aplicable en materia alimentaria que fuera aceptado tanto por los países de tradición continental como por los países del *Common Law*⁶. Bien es cierto que el Convenio de 1973 sobre ley aplicable⁷ satisfacía de modo aceptable las exigencias de ambos sistemas. Sin embargo, la mayoría de las Delegaciones estuvieron de acuerdo en aprovechar las negociaciones del Convenio para "poner al día" el régimen de la ley aplicable. La discusión se centraba en la ordenación de las conexiones de manera que, en interés del acreedor de los alimentos, se consiguiera la coincidencia

Internacional Privado extravagante?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Nº 2 (2011), pp. 130-144; C. Parra Rodríguez, "Checklist sobre el cobro internacional de alimentos: una perspectiva española", en *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil (Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, 2012, pp. 219-242; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 19 (junio 2010); M. Vargas Gómez-Urrutia, "El cobro internacional de los alimentos. Reflejos del dispositivo protector del acreedor de alimentos en las normas del reglamento (CE) 4/2009", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Núm., 22, UNED-COLEX, 2012, pp. 99-118.

⁴ Convenio de 15 de abril de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias y Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias. Consulta *on line* en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.listing

⁵ Un estudio del régimen del Reglamento 4/2009 en M. Vargas Gómez-Urrutia, "Tema 21. La obligación de alimentos" en A. P. Abarca Junco, et. al., *Derecho Internacional Privado*, Manual de Grado, UNED, Madrid, 2013, pp. 541 – 264.

⁶ Durante la sesión XIX de la Conferencia de La Haya se marcó con carácter prioritario en la agenda de sus trabajos la elaboración de un nuevo convenio en materia de obligaciones alimenticias que tendría como finalidad principal modernizar los existentes y ofrecer una regulación de conjunto sobre la materia. El convenio se firmaría junto con un Protocolo sobre la ley aplicable, el 23 de noviembre de 2007 al concluir la XXIª sesión Diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Sobre las posturas enfrentadas en torno a la inclusión de las normas de conflicto en el Convenio o su exclusión, *vid.*, A. BONOMI, *Rapport Explicatif: Avant projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires*. Doc. Prel. 33 (agosto 2007).

⁷ Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. Consulta *on line* en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=86

forum-ius, soslayando con ello la delicada cuestión de los problemas de aplicación del Derecho Extranjero y, de paso, aumentar el número de países interesados en adherirse al nuevo régimen. Este objetivo plasmó en otro texto convencional, el Protocolo de 2007. Ahora bien, como suele suceder, en la doctrina internacional privatista no todos son beneplácitos y la adopción de ambos instrumentos convencionales, con la activa participación de la Unión Europea, suscitó razonables e inmediatos recelos.

Conviene recordar que los trabajos de La Haya a los que nos estamos refiriendo se habían iniciado en 1999, pero la Conferencia no era la única que estaba preocupada por impulsar el DIPr convencional en materia de alimentos. En efecto, también la Unión Europea tenía en su agenda normativa este mismo interés, puesto de manifiesto en El Tratado de Ámsterdam (1997) e impulsados definitivamente en el Tratado de Lisboa (2007)⁸. Su fruto es el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de alimentos⁹. Ello sin olvidar que la OEA se había anticipado tanto a la Conferencia de la Haya como a la Unión Europea al adoptar en el ámbito de la IV Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), celebrada en Montevideo el 15 de julio de 1989, un instrumento global para el cobro internacional de pensiones alimenticias con respecto de menores y otras formas de manutención de la familia¹⁰. Finalmente, a este diálogo ha de unirse el primer protagonista en la materia, las Naciones Unidas, con el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero¹¹.

⁸ Como es sabido, las normas de la UE no se limitan solo a la ordenación del mercado en el que han desaparecido progresivamente los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas (activas y no activas), servicios y capitales. A partir del Tratado de Ámsterdam (2.10.1997) que comunitariza la cooperación judicial en materia civil (art. 65 del TCE), del Tratado de Niza (26.2.2001) que concibe el Espacio Judicial Europeo como una herramienta necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior y del Tratado de Lisboa (13.12.2007) que concibe el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (art. 3.2 y 81 TFUE) como un objetivo prioritario de la Unión más allá de sus carácter instrumental para el mercado interior, la competencia de la UE para construir y regular dicho Espacio se materializa mediante herramientas y medidas normativas, incluidas normas de DIPr.

⁹ Reglamento (CE) núm. 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7, de 10.1.2009).

¹⁰ Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989. Consulta *on line* en:

http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPIV_doc_obligacionesalimentarias.htm

¹¹ Consulta *on line* de la Convención e Informe Especial del Instituto Interamericano del Niño, en: http://www.iin.oea.org/Obligaciones_alimentarias.pdf.

A decir de la doctrina, estos son los protagonistas del dialogo de fuentes. El problema es cómo gestionar tan animada conversación¹². Los autores¹³ han sido prestos en manifestar al menos *dos datos negativos* relevantes. De una parte, la complejidad en la gestión de las fuentes internacionales en materia de alimentos requiere el establecimiento de reglas claras de coordinación y relación. De otra parte, el efecto multiplicador de la complejidad en el seno del "matrimonio" entre el Reglamento UE 4/2009 y el Protocolo de La Haya 2007 abre nuevas interrogantes en torno a la función garante de la norma de conflicto en el contexto del reconocimiento y ejecución de decisiones sobre alimentos dictadas por Estados miembros vinculados al Protocolo. En otras palabras, que la UE haya incorporado por referencia el Protocolo de La Haya en su Reglamento 4/2009 significa, no solo una regla uniforme en relación a la ley aplicable, dato sin duda positivo, pero también introduce un elemento de preocupación respecto de las garantías procesales del deudor. Que una sentencia dictada por un Estado miembro vinculado al Protocolo de 2007 "circule" en el espacio europeo de justicia sin homologación y sin control posterior del cumplimiento de las garantías procesales del deudor suscita, al menos potencialmente, la duda sobre la posible vulneración de la equidad procesal y el interrogante sobre si el principio de reconocimiento mutuo sea suficiente para sustentar la confianza recíproca.

II] Relevancia y consecuencias en el sistema de fuentes de la participación de la UE en la negociación y adhesión al Protocolo de la Haya de 2007

Para comprender las *reglas de complementariedad* con otros instrumentos internacionales que establecen tanto el Convenio como el Protocolo de La Haya es preciso retener dos observaciones de distinta naturaleza. En primer lugar, la *comunitarización/competencia* de la UE para construir y regular el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (arts. 3.2 y 81 TFUE). Y en segundo lugar, las especiales relaciones de la Unión Europea en la negociación y adopción de los Convenios de la Conferencia de la Haya de DIPr., muy especialmente a partir de su incorporación como miembro de pleno derecho de la Conferencia (3-IV-2007).

1. Comunitarización/Competencia de la UE

Como ha señalado el profesor J.J. Álvarez Rubio, la *comunitarización* del DIPr operó de forma inesperada y asistemática a través de las disposiciones contenidas en el Título IV del Tratado de

¹² En particular véase S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas", *op.cit.* p. 3.

¹³ F. Garau Sobrino, "Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho Internacional Privado extravagante?", *op.cit.* p. 135 ss.

Ámsterdam complementadas por algunas novedades introducidas por el Tratado de Niza. Las disposiciones del Tratado de Lisboa consolidan, reafirman y potencian esa comunitarización ampliando sus potencialidades a futuro¹⁴. Esta *comunitarización/competencia UE* para la elaboración de normas de DIPr entraña, por lo que en este momento interesa destacar, importantes efectos tanto *ad intra* como *ad extra*. Los efectos *ad intra* se manifiestan en las normas y en la competencia.

Normativamente, desde el Tratado de Ámsterdam -que produjo la transformación de ciertos Convenios comunitarios adoptados sobre la base del artículo 293 TCE en Reglamentos comunitarios (por ejemplo, el Convenio de Bruselas de 1978 sustituido por el Reglamento 44/2001 o el Convenio de 1998 en materia matrimonial, sustituido por el actual Reglamento 2201/2003)- se ha venido ampliando el elenco de instrumentos comunitarios en materias relativas al traslado de comunicaciones y ejecución de decisiones, obtención de pruebas, "conflicto de leyes y de jurisdicciones" y normas de procedimiento civil.

Competencialmente, la cesión de competencias a las autoridades de la UE para elaborar normas de DIPr provoca la pérdida progresiva de dicha competencia en los Estados miembros. Estas competencias se encuentran actualmente incorporadas en el art. 81 TFUE, precepto que recoge del Tratado de Ámsterdam la llamada "cooperación judicial en materia civil" (materia que como es sabido descansaba en el Tercer Pilar). El artículo 81 TFUE ha de leerse en relación con el artículo 67 TFUE¹⁵ que convierte el Espacio de Justicia en uno de los objetivos principales de la UE. Dicho Espacio (en lo sucesivo ELSJ) va siendo dotado de un cuerpo normativo cada vez más completo y complejo con la aspiración de llegar a ser, como indica su nombre, no sólo un espacio judicial sino "de justicia". Se trata de un objetivo más ambicioso al estar relacionado directamente con la libertad de circulación de personas y el respeto a los derechos humanos en el espacio comunitario.

Pero la *comunitarización/competencia* produce otro efecto, acaso más relevante. Un efecto *ad extra* derivado de la jurisprudencia del TJCE en el asunto AETR. Consiste, básicamente, en que una vez que la Comunidad ha adoptado un acto comunitario sobre una materia

¹⁴ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia", *REEL*, Núm. 15, 2008.

¹⁵ Art. 67 TFUE: "La UE constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros". En relación con el art. 67.2 TFUE (garantía de ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollo de una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, basada en la solidaridad entre Estados miembros y equitativa respecto de los nacionales de terceros Estados); con el art.67.3 (nivel elevado de seguridad contra delincuencia, racismo y xenofobia y medida de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales así como otras autoridades competentes y reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal).

determinada, corresponde a la Unión Europea y no a los Estados miembros las relaciones con terceros Estados sobre las mismas, salvo las excepciones que a tal efecto hagan los Estados miembros. Cuestión que ha sido interpretada por el TJUE en su Dictamen 1/2003, de 7 de febrero de 2006 a propósito del Convenio de Lugano de 2007.

Este efecto ha cobrado una especial dificultad como consecuencia de la incorporación de la UE a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuestión que ha llevado a la adopción dos Reglamentos (CE), Núms. 662/2009 y 664/2009, relativos a la necesidad de autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de DIPr entre los Estados miembros y terceros países que afectan a los Reglamentos (CE) núm. 2201/2003, 4/2009, Roma I y Roma II¹⁶.

Elocuente ejemplo de cuanto apuntamos es el la Nota elaborada por la Conferencia, con ocasión de la Sexta reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de 1980 y del Convenio de 1996 (febrero 2012), en donde se abordó el tema de la competencia exclusiva de la UE para realizar las aceptaciones de los nuevos Estados miembros en el Convenio de 1980. En este sentido, la UE ha elaborado dos documentos de trabajo relativos a la aceptación por los Estados miembros de la adhesión de la República de Seychelles y de la Federación de Rusia¹⁷.

Ambos documentos parten de la idea de que el tema de la sustracción internacional de menores es competencia externa exclusiva

¹⁶ Sobre las competencias externas, *vid.*, A. BORRÁS, "Le droit international privé communautaire: réalité, problèmes et perspectives d'avenir", *R des C*, T. 317 (2005), pp. 313-536; "La Comunidad Europea como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 1179-1189; M.J. ELVIRA BENAYAS, "Las competencias externas de la UE y el Derecho Internacional Privado tras el Dictamen del Tribunal de Justicia relativo Convenio de Lugano, REEI, Núm. 16, 2008.

¹⁷ COM(2011) 909 final (Bruselas, 21.12.2011): Propuesta de Decisión del Consejo sobre la declaración de aceptación por parte de los Estados miembros, en interés de la Unión Europea, de la adhesión de la República de Seychelles al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. COM(2011) 911 final (Bruselas, 21.12.2011): Propuesta de Decisión del Consejo sobre la declaración de aceptación por parte de los Estados miembros, en interés de la Unión Europea, de la adhesión de la Federación de Rusia al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Como la Federación Rusa no ha realizado todavía la designación de la Autoridad Central competente para la aplicación de las obligaciones derivadas del texto convencional, la aceptación de ese país añade la siguiente coletilla: "[acepta la adhesión] a partir del momento de la designación por parte de la Federación de Rusia de una Autoridad Central conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio. El Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente a la designación de una Autoridad Central por parte de la Federación de Rusia." Fuente: *Conflictus Legum* (6.2.2012). Etiqueta: CLHDIPr (HCCH).

de la UE, desde el momento en que se adoptó el R-2201/2003. Sin embargo, como el Convenio no permite la adhesión de organizaciones internacionales, los Estados miembros deben *no solo ratificar el Convenio o adherirse al mismo en interés de la UE, sino también declarar en interés de la Unión la aceptación de la adhesión de nuevos Estados miembros*. Por ello, y para conseguir la coherencia y la uniformidad de la legislación de la UE, el Consejo considera que las declaraciones de aceptación deben ser formuladas por los Estados miembros de forma simultánea en el plazo de dos meses después de la adopción de la Decisión.

En ambos casos, los Estados miembros deben formular la siguiente declaración: "*[Estado miembro] declara que acepta, en interés de la Unión Europea, la adhesión de la República de Seychelles/Federación de Rusia al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*".

2. Incorporación por referencia del Protocolo de 2007 en el artículo 15 del Reglamento 4/2009 y sus efectos sobre el diálogo de fuentes en materia de alimentos

Sobre la segunda cuestión, recordemos que la otrora Comunidad Europea participó en la negociación y adopción del Convenio de La Haya de 2007 y del Protocolo de La Haya de 2007. Dichos instrumentos van a tener que ser considerados en su relación con el R. 4/2009; en concreto, en el sector del reconocimiento y ejecución de decisión y en el sector de la ley aplicable.

Con carácter general puede afirmarse que la elaboración de un Derecho Internacional Privado Europeo en materia de familia afecta no sólo a las reglas de competencia judicial internacional sino también a las normas de conflicto. Con carácter previo conviene recordar que la unificación de las normas de competencia judicial por el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 exigía, a fin de evitar el riesgo de *fórum shopping* -propiciado por las numerosas opciones de competencia abiertas por este Convenio-, una unificación correlativa de las normas de conflicto de leyes.

Así, ya en 1970, el Comité de Representantes Permanentes decidió dar curso a una iniciativa del Gobierno belga y crear un grupo de trabajo con este fin. El propósito inicial consistía en unificar las normas sobre conflicto de leyes en todas las materias a las que se aplicaba el Convenio de Bruselas, con excepción de las obligaciones de alimentos, de cuyo estudio se ocupaba en ese momento la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹⁸.

Esta ausencia de reglamentación ha sido colmada por el Reglamento 4/2009. Ahora bien, el Reglamento no establece de modo

¹⁸ Vid. *Derecho Civil. Cooperación Judicial Europea*, Consejo de la Unión Europea, 2004. Comentario de P. LAGARDE al Convenio de Roma I y sus Protocolos, pp. 136-148.

directo la determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos sino que mediante una técnica indirecta (incorporación por remisión) asume las soluciones de otro instrumento convencional: el *Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 23 de noviembre de 2007*. En efecto, el art. 15 del Reglamento 4/2009 señala: "La Ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (...) en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento".

La búsqueda de sinergias entre ambos instrumentos y la articulación de las negociaciones de La Haya y los trabajos comunitarios ya se afirmaba en la Propuesta del Reglamento sobre alimentos pues el legislador comunitario era consciente de los avances de la Conferencia en esta materia. Durante los trabajos del Reglamento se planteó la relación de éste con el Protocolo de La Haya barajándose distintas soluciones¹⁹. Finalmente se optó por la elaboración de un Reglamento sin normas de ley aplicable y la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de la Haya. Como ventajas de esta solución se adujo el precedente contenido en el Reglamento de Bruselas II bis (art. 11 que incorpora por remisión algunas soluciones del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores) así como la incorporación del Protocolo al Derecho Comunitario, lo que permitiría al TJCE su interpretación. Frente a ello, el inconveniente de la necesaria entrada en vigor de forma simultánea y el establecimiento de dos vías para el reconocimiento y ejecución de resoluciones (una para los Estados miembros vinculados por el Protocolo y otra para los que no lo estuviesen).

Basta con señalar a los efectos de este apartado que el Convenio ha entrado en vigor el 1 de enero de 2013, mientras que el Protocolo lo ha hecho del 1 de agosto de 2013. Sin embargo, para los Estados miembros de la UE, con la excepción de Dinamarca, la vinculación al Convenio de 2007 lo ha sido en virtud de la aprobación del mismo por parte de la UE (Decisión del Consejo 2011/432, sobre la aprobación del Convenio, de 9 de junio –DO de 22 julio 2011), mientras que el Protocolo (entrada en vigor el 1 agosto 2013) es de aplicación desde el 18 de junio de 2011 en virtud de la Decisión de la UE de 30 noviembre 2009, DOUE de 16 diciembre 2009). Lo que significa que el Protocolo se ha aplicado "con carácter provisional" o con antelación a su entrada en

¹⁹ Doc. JUSTCIV 20, Bruselas 7.2.2008. *Discussion paper on the relationship between the draft Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, and the 2007 Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations.*

Consulta on line:

http://euzpr.eu/eudocs/01prozessr/20famr/30egunterhaltsvo/egunterhaltsvo-139-rat_5936-08_en.pdf

vigor en los Estados miembros de la UE mencionados. En cuanto a la gestión de los distintos instrumentos normativos, ha de indicarse que el R. 4/2009 no afectará a la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sean Parte uno o más Estados miembros (en el momento de su adopción) y que se refieran a las materias reguladas por él (art. 69.1) Ahora bien, *en las relaciones entre los Estados miembros, el Reglamento prevalecerá sobre los convenios o acuerdos referidos a su ámbito material y de los que sean parte los Estados miembros* (art. 69.2), sin perjuicio de la aplicación del Convenio de 23 de marzo de 1962 entre Suecia, Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega (art. 69.3). En relación con el Convenio de Lugano de 2007, aunque el R. 4/2009 nada dice en su cláusula de compatibilidad general, habrá de tenerse en cuenta la referencia que realiza al mencionado Convenio en los artículos 4.4 (elección de foro) y 6 (competencia subsidiaria).

III] Efectos del Protocolo de la Haya de 2007 en el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones alimentarias en el reglamento 4/2009: ¿revitalización de la función garante de la norma de conflicto?

1. Precisiones sobre la estructura de las conexiones en el Protocolo de 2007

La finalidad del Protocolo es armonizar solo las normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones alimenticias, por lo que la ley aplicable al establecimiento de la relación familiar en que se basa dicha obligación seguirá determinándose conforme a las normas de cada Estado. Siendo coherente con esta afirmación, el Reglamento 4/2009 señala que "el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos en virtud del presente Reglamento no implicarán en modo alguno el reconocimiento de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad en que se basa la obligación de alimentos que dio origen a la resolución". Sentada la naturaleza *erga omnes* del Protocolo, éste fija como conexiones para determinar la ley aplicable, la autonomía de la voluntad, una regla general y varias especiales.

a. La residencia habitual: regla general y sus excepciones

Centrándonos en la regla general se establece, a salvo que se dispusiere otra cosa, que las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor de los alimentos. En caso de cambio de residencia habitual, se aplicará la ley del nuevo país de residencia (art. 3).

Tal como señala A. Bonomi en el Informe Explicativo al Anteproyecto de Protocolo, este punto de conexión presenta las ventajas de que la obligación alimenticia se establece teniendo en cuenta el medio social y las condiciones reales del país del acreedor, permite la

igualdad de tratamiento de todos los acreedores que tienen su residencia habitual en el mismo país (sin distinción por razón de su nacionalidad) y por último es el criterio ampliamente utilizado en sede de competencia judicial internacional tanto en instrumentos internacionales como en muchas legislaciones nacionales (correlación *forum-ius*).

En cuanto a la definición de la residencia habitual hay que entenderla en el sentido tradicionalmente utilizado por la Conferencia de La Haya. Se trata de un cuestión fáctica que se correspondería con el "centro social de vida" y que se determinaría en función de todas las condiciones sociales y familiares". A partir de esta regla general, se produce un régimen de conexiones subsidiarias en función de la relación familiar origen de la obligación de alimentos; la finalidad es su obtención (*favor creditoris*). Así, cuando la obligación de alimentos tenga su origen en una relación paterno-filial y la ley de la residencia habitual no permitiera la obtención de alimentos, se aplicará la *lex fori*, y si ésta tampoco permite la consecución de alimentos, se aplicará la ley de la nacionalidad común (inversión de conexiones respecto de las soluciones del Convenio de la Haya de 1973). Una segunda excepción al principio general del artículo 3 se refiere a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio ha sido anulado (cláusula de protección del deudor): no se aplicará la ley de la residencia habitual del acreedor si la otra parte se opone y el supuesto presenta una vinculación más estrecha con la Ley de otro Estado, en particular la de la última residencia habitual común del matrimonio, en cuyo caso se aplicará esta última (art. 5). Esta regla se aparta de la del Convenio de La Haya de 1973 que somete las obligaciones alimenticias entre los cónyuges a la ley aplicada al divorcio, separación o nulidad matrimonial. Finalmente, en el caso de alimentos entre parientes por vía colateral, el Protocolo permite la oposición del deudor a la pretensión si esa obligación no existe según la ley del Estado de la residencia habitual del deudor ni según la ley del Estado de la nacionalidad común de las partes (art. 6). Como puede verse, determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias mediante las reglas del Protocolo de La Haya de 2007 no es cuestión fácil debido al juego de excepciones a la regla general, de excepciones a las excepciones y de condiciones formales y materiales que deben cumplirse. En este sentido, se ha afirmado que "la aplicación del ordenamiento del Estado de la residencia habitual del acreedor puede acabar convertida en la regla excepcional o residual"²⁰.

b. La autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado es una cuestión a la vez tradicional y moderna. Tradicional –podría decirse que tradicionalmente compleja– porque la posibilidad de elección de ley es un principio fundamental de los conflictos de leyes en

²⁰ F. GARAU SOBRINO, "Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho Internacional Privado extravagante?", *op.cit.*

el ámbito patrimonial (contractual y extracontractual) como se demuestra en los Reglamentos Roma I y Roma II y “tradicionalmente compleja” por las reticencias al menos teóricas acerca del alcance o de los límites de la elección propiamente dicha. Pero también es un tema de actualidad y moderno. Debemos reconocer que el lugar reservado a la autonomía de la voluntad en los sistemas más modernos de DIPr es creciente²¹. En efecto, en los últimos decenios, y por usar una expresión que ha hecho escuela, asistimos a la “irresistible ascensión de la *professio iuris*” en ámbitos más vastos y en particular en las relaciones privadas internacionales de la familia (régimen del matrimonio, contratos, sucesiones, donaciones, relaciones entre los esposos, divorcio, derecho al nombre, uniones registradas, etc.).

Centrándonos en el DIPr europeo en materia familiar, como ha señalado el profesor E. Jayme, la elección de ley aplicable o mejor dicho la posibilidad de su ejercicio puede ser percibida como expresión del principio de libertad personal que se integra en los derechos humanos y permite a las partes diseñar sus relaciones patrimoniales y delimitar sus intereses de forma más efectiva que la realizada por el legislador²². Cuestión en íntima conexión con la libertad de elección del foro y los requisitos exigidos para que las decisiones públicas extranjeras surtan efectos en un país. En este sentido, se ha sostenido que utilizar criterios que permitan a los particulares determinar con seguridad o previsibilidad razonable los tribunales competentes, la Ley estatal aplicable y los requisitos de eficacia extraterritorial de decisiones es la solución óptima (e intrínsecamente eficiente²³) en la medida que permite la máxima previsibilidad de Ley y tribunal, evitando litigios sobre la cuestión y la intervención del juez²⁴. Como acabamos de señalar, el Reglamento

²¹ Un estudio de derecho comparado en: «Autonomie de la volonté en droit international privé», *Cahier N° 10, Institut suisse de droit comparé*, Lausanne, 2004.

²² E. JAYME, “L’ autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées” en *Annuaire de l’ Institut de Droit International-Session de Bâle*, Vol. 64-1, 1991, pp. 7 ss; ID., “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI (2009), ISDC, pp. 1-10.

²³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 22, 2004, pp. 17-58. Igualmente las consideraciones de M. GUZMÁN ZAPATER en “La superación del exequátur en el espacio judicial europeo: decisiones relativas al derecho de visita y a obligaciones de alimentos”, en *Derechos Humanos y Conflictos internacionales*, Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gazteiz, 2006, pp. 211-246.

²⁴ J.Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992; P. GANNAGE, “La pénétration de l’ autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev.Crit.DIP*, 1992, vol. LXXXI, pp. 425-454; A.E. VON OVERBECK, “L’ irrésistible extension de l’ autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’ Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp.619-636; ID., “La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”,

4/2009 hace suyas las soluciones del Protocolo de La Haya de 2007 en materia de ley aplicable a las obligaciones de alimentos.

El Protocolo de La Haya de 2007 permite que las partes puedan hacer uso de la autonomía de la voluntad (arts. 7 y 8). De forma análoga a como ocurre en sede de competencia judicial internacional, se trata de una autonomía de la voluntad limitada a un elenco de leyes y queda excluida la posibilidad de elección cuando el acreedor sea menor de 18 años o se trate de un adulto incapaz²⁵. La principal ventaja de la elección es la de garantizar estabilidad y previsibilidad en cuanto a la ley aplicable. Como afirma A. Bonomi en el Informe explicativo: *En effet, si les parties ont conclu un tel choix, la loi élue reste applicable en dépit des changements qui peuvent intervenir dans leur situation personnelle, et quelle que soit l'autorité saisie en cas de litige. En particulier, le changement de la résidence habituelle du créancier d'aliments ne comporte pas de modification de la loi applicable*²⁶.

Limitación a un "set" de leyes. En virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 del Protocolo, el acreedor y el deudor de los alimentos pueden designar -a los efectos de un procedimiento específico que se abra en un determinado Estado- la ley de dicho Estado como aplicable a una obligación alimenticia. Esta designación, si se hace antes de la iniciación del procedimiento debe ser objeto de un acuerdo firmado por ambas partes, por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta (art. 7.2).

En este sentido, cabe realizar algunas observaciones: i. en cuanto a la forma, no es necesaria formalidad si el procedimiento se ha iniciado y las partes determinan la ley ante la autoridad competente; ii. en cuanto a la elección, y en el mismo supuesto, es decir cuando el procedimiento ya se ha iniciado, solo cabe una posibilidad: la *lex fori* (queda descartada la regla general de la residencia habitual); iii. por tanto, si las partes no desean que se aplique la *lex fori* a las obligaciones de alimentos, pero sí pactar la ley aplicable, deberán realizar antes del inicio del procedimiento el correspondiente pacto de elección de acuerdo con lo señalado en el artículo 7.2 y en relación con el "set" de leyes que establece el artículo 8.

La designación de la ley aplicable por el acreedor y deudor y *no limitada a un procedimiento específico* puede realizarse, en cualquier momento, entre las siguientes leyes (art. 8.1): la ley de un Estado del cual alguna de las partes sea nacional en el momento de la designación; la de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la

Liber amicorum Baron Louis Fredericq, vol.II. Gent, 1965, pp.1085-1112; R. VAN DER ELST, "Liberté, respect et protection de la volonté en Droit international privé", *Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 507-516.

²⁵ M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos...", *op. cit.*

²⁶ A. BONOMI, «Avant-Projet de Protocole sur la Loi Applicable aux obligations alimentaires». *Rapport explicatif*. Doc. Prel. 33, août/2007.

designación; la elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; y la elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación. Esta designación debe ser objeto de un acuerdo firmado por ambas partes, por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta (art. 8.2).

Esta designación no está permitida respecto de las obligaciones alimenticias a favor de menores de 18 años o personas adultas que padezcan una disminución o insuficiencia de sus facultades personales (art. 8.3). Además, los apartados 4 y 5 del artículo 8 imponen dos limitaciones adicionales a la ley elegida: por una parte, será la ley del Estado de la residencia habitual en el momento de la designación la que determine si el acreedor puede renunciar a su derecho de alimentos (art. 8.4). Y, de otra parte, las partes han de ser debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada; solo si no lo fueron, la ley elegida no se aplicará si conlleva consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes (art. 8.5).

Sobre este precepto es preciso acotar algunas limitaciones y concreciones: i. La necesidad de formalizar por escrito el acuerdo; ii. El equilibrio entre ley de la residencia habitual y ley de la nacionalidad no privilegiando ninguna de las dos conexiones; iii. La posibilidad de aplicar a las obligaciones de alimentos la misma ley que rige las relaciones patrimoniales del matrimonio o la misma ley que rige el divorcio o la separación judicial, bien sea pactada o en su defecto la que resulte efectivamente aplicada; iv. Cabe pensar que si los cónyuges no puedan elegir la ley aplicable a su divorcio (tratándose de países que no tienen dicha posibilidad en sus normas internas de Derecho Internacional Privado), la opción no sería posible; sin embargo, sí es posible elegir anticipadamente la ley que sea efectivamente aplicada al régimen del matrimonio o al divorcio, lo que permite asegurar una base voluntaria para la estabilidad de la ley aplicable.

El artículo 11 delimita el ámbito de aplicación de la ley aplicable que determinará, en particular, en qué medida y a quién puede el acreedor de alimentos reclamarlos; si éstos pueden ser solicitados retroactivamente; la base para el cálculo de la cuantía de los alimentos y su actualización; la legitimación activa, salvo las cuestiones de capacidad procesal y la representación en juicio; la prescripción para iniciar la acción; y el alcance de la obligación del deudor de alimentos cuando sea un organismo público quien solicita el reembolso de las prestaciones proporcionadas a un acreedor a título de alimentos. Con todo, en la determinación de la cuantía de los alimentos habrá de tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor (art. 14). Siguiendo la estela de los Convenios de La Haya precedentes en la materia, se excluye el reenvío y se establece que la ley designada como aplicable solo puede ser rechazada en la medida en que sus efectos

fueran manifiestamente incompatibles con el orden público del foro (arts. 13 y 14).

2. El reconocimiento y ejecución de decisiones de alimentos procedentes de Estados vinculados al Protocolo y desaparición del control por *exequátur* en el Reglamento 4/2009

La incorporación Protocolo de La Haya en el Reglamento 4/2009 va a provocar, en el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones importantes consecuencias tanto para la determinación de su aplicación (supuestos en que se aplica el Reglamento), como para el procedimiento (doble régimen en atención a la vinculación o no al Protocolo del Estado miembro de origen de la resolución).

¿En qué supuestos se aplica el Reglamento en el contexto del reconocimiento y ejecución? El texto no lo indica de manera expresa. Lo que señala el R. 4/2009 es que las *resoluciones contempladas por el Reglamento* deberán seguir las reglas contenidas en el mismo para su reconocimiento y ejecución (art. 16). Afirmación que obliga a despejar la *definición de resolución* en este contexto. El Reglamento la define como cualquiera dictada, en materia de obligaciones de alimentos, *por un órgano jurisdiccional de un Estados miembro*, con independencia de su denominación, así como el acto por el que se liquidan las costas del proceso (art. 2.1). El *concepto órgano jurisdiccional* u *órgano jurisdiccional de origen*, incluye las autoridades administrativas de los Estados miembro con competencia en materia de obligaciones de alimentos (arts. 2.1(9) y 2.2). Finalmente, la “bifurcación” del procedimiento de reconocimiento y ejecución, según sea la procedencia de la resolución, bien de un Estado miembro vinculado por Protocolo, bien de un Estado miembro no vinculado por el mismo Protocolo²⁷.

La novedad más importante del Reglamento de alimentos es la supresión del *exequátur* (art. 17) en beneficio de la libre circulación de decisiones; o por ser más exactos, la extensión de la autoridad sustancial y ejecutoria en todos los Estados miembros vinculados al Protocolo de La Haya 2007. La cuestión controvertida es aquella que se relaciona con los derechos de defensa y la posible vulneración de la equidad procesal si se produce una ausencia total de controles en el país de ejecución de las decisiones certificadas. El tema ha sido tratado por la doctrina en

²⁷ Si la resolución no procede de un Estado miembro de la UE, entrarán en aplicación los convenios internacionales de los que España sea parte. En particular, los de la Conferencia de La Haya (1973 y 2007) y los bilaterales (p. ej. Convenio hispano-uruguayo de 1989). Con carácter residual, resultará aplicable el Convenio de Nueva York de 1956. Y, finalmente, se aplicarán las normas de la LEC de 1881 (art. 954), cuando la sentencia o decisión proceda de un Estado que no sea Parte en ningún Convenio bi- o multilateral que vincule a nuestro país. *Vid.*, M. Vargas Gómez-Urrutia, “Tema 21. La obligación de alimentos”, en *Derecho Internacional Privado* (A.P. Abarca Junco, *et. al.*), UNED, 2013, pp. 541 – 264.

numerosos trabajos²⁸. No obstante, cabría plantear como hipótesis si la norma de conflicto (Protocolo de La Haya de 2007, en este caso) resulta reinvestida de una función (adicional) constitutiva de garantías en la libre circulación de decisiones.

Como punto de partida, la afirmación que sostiene la adecuación del parámetro procesal al principio de reconocimiento mutuo para justificar la total ausencia de controles en el país de ejecución genera rechazo generalizado en la doctrina y en el seno del propio Parlamento Europeo. Sin embargo, ese rechazo se centra en la revisión del Reglamento Bruselas I que, como es sabido, no contempla normas de ley aplicable.

En cambio, en el Reglamento de alimentos el modelo de protección del deudor parece ser otro. Se mantiene un derecho de reexamen de la decisión extranjera ejecutoria ante el juez de origen (similar al establecido en el RTEE) pero la protección procesal del deudor parece conseguirse satisfactoriamente con la unificación de las normas de ley aplicable. La norma de conflicto adquiere así un renovado protagonismo en sede de reconocimiento. Sin embargo, ¿será suficiente?, ¿basta con aplicar el Protocolo para garantizar que la ley aplicada ha sido correctamente incorporada?

La doctrina ha señalado como una de las novedades principales del Reglamento “la función de garantía que la norma de conflicto cumple respecto de la libre circulación de decisiones intracomunitarias, adquiriendo un valor hasta ahora desconocido en los restantes reglamentos que suprimen el exequátur”²⁹. Esto se observa en el artículo 16 del Reglamento que regula el reconocimiento y la fuerza ejecutiva de las resoluciones al distinguir entre resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado al Protocolo de La Haya que “siendo ejecutivas en dicho Estado gozarán de fuerza ejecutiva en los restantes Estados miembros sin necesidad de otorgamiento de ejecución” (art. 17.2) y “decisiones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo” que quedan sujetas a un procedimiento de declaración de reconocimiento y de ejecutoriedad en términos similares al regulado en el Reglamento 44/2001.

Así, puede afirmarse que “la norma de conflicto se coloca en el corazón del dispositivo de la libre circulación” (Ancel/Muir-Watt). Según la idea que parece haber inspirado este sistema, si el juez de origen aplica el Protocolo de La Haya ya no hay necesidad de controlar la regularidad de su enjuiciamiento. En estas condiciones, el reemplazo de las garantías del proceso (estándar mínimo procesal de los reglamentos en materia patrimonial) por la aplicación de las normas de conflicto del

²⁸ En particular, el ya citado de los profesores franceses B. Ancel y H. Muir-Watt, «Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires», *op.cit.*

²⁹ B. ANCEL / H. MUIR-WATT, «Aliments sans frontières...», *op.cit.*

Protocolo significaría que el Juez del Estado de origen vinculado al Protocolo de La Haya, cuando expida los documentos que exige el artículo 20 (para la ejecución), ¿quedaría relevado de la tarea de comprobar los requisitos mínimos del debido proceso?, ¿bastaría con asegurar la conformidad conflictual? Por otra parte, la aplicación del Protocolo de La Haya, ¿sería suficiente para asegurar la aplicación correcta de la ley designada por la norma de conflicto?

La primera de las preguntas podría salvarse si atendemos al derecho de reexamen contemplado en el artículo 19 del Reglamento. El demandado (deudor) tiene derecho a solicitar un reexamen ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen cuando en el proceso se haya vulnerado el derecho de defensa (falta de notificación de la demanda o insuficiente tiempo para la defensa) o cuando no haya podido impugnar la demanda por causa mayor o circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad, a menos que hubiere recurrido (cuando hubiere podido hacerlo). El plazo de solicitud de reexamen vence a los 45 días contados desde que el demandado haya tenido conocimiento efectivo del contenido de la resolución. La respuesta a la segunda serie de preguntas sigue abierta.

En estas condiciones es difícil comprender cómo la unificación de soluciones de conflicto de leyes que se produce en el ámbito de la jurisdicción (exequátur) puede investir al fallo de *imperium* transfronterizo que permite la puesta en marcha del aparato coercitivo de un Estado extranjero. En este sentido quizá tengan razón quienes opinan que el espacio judicial-coercitivo europeo resulta de la supresión del exequátur y no lo precede, al menos en tanto no exista un cuerpo estandarizado de normas procesales.

IV] Reflexiones conclusivas

1. El Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos es un texto normativo comunitario europeo de indudable relevancia práctica en la medida en que garantiza la obtención de alimentos en supuestos transfronterizos europeos. La unificación de las normas de Derecho Internacional Privado en un espacio sin fronteras es el corolario natural del espacio de libertad, seguridad y justicia que, desde el Tratado de Ámsterdam, inspira gran parte de los trabajos de la Comisión.

2. Las normas de ley aplicable del Protocolo de La Haya, incorporadas por el Reglamento, se nutren del espíritu convencional de los textos de la Conferencia. Empero, aunque la ley de la residencia habitual siga siendo la conexión general, el orden de conexiones sucesivas sufre una inversión primando la *lex fori* sobre la ley de la nacionalidad común cuando la obligación de alimentos tenga su origen en una relación paterno filial y la ley de la residencia habitual no permitiera la obtención de alimentos. Esta inversión es un reflejo del

favor creditoris respecto de menores. Con todo, las excepciones al principio general de la residencia habitual cuando se trate de alimentos entre cónyuges, ex cónyuges o entre parientes por vía colateral y la superposición de instrumentos normativos internacionales no hará fácil la determinación del ordenamiento jurídico aplicable en cada caso. En cuanto a la incorporación de la autonomía de la voluntad en materia tan sensible como las relaciones de familia es un reflejo del principio de libertad personal y va a permitir a las partes, aunque de forma limitada, ganar estabilidad y previsibilidad en sus relaciones jurídicas.

3. En el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones en materia de alimentos, la bifurcación del régimen jurídico de reconocimiento según sea el Estado de procedencia agrega un elemento de complejidad en la adecuada gestión de las fuentes. Situados ante una resolución de un tribunal de un Estado miembro que haya aplicado el Protocolo de La Haya para la determinación de la ley aplicable la eficacia extraterritorial se consigue mediante una decisión europea certificada. La justificación de la supresión total del exequátur respecto de estas decisiones puede entenderse como una revitalización de la función garante de la norma de conflicto. No obstante, la decisión certificada en el ámbito de alimentos deja abierta interrogantes acerca de la tutela procesal de la parte demandada cuya solución, desde la perspectiva del principio de reconocimiento mutuo, no es idéntica a la de los otros instrumentos comunitarios que aplican dicho principio en materia patrimonial o en materia de responsabilidad parental.

4. Quedan abiertas interrogantes de calado si se entendiera que el reemplazo de las garantías del proceso ha sido salvado por la aplicación de las normas de conflicto del Protocolo. Habrá que esperar la interpretación del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales cuyos planteamientos darán nuevos argumentos renovados para la construcción de este "nuevo" Derecho Internacional Privado Europeo.

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA