



# CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917. REFLEXIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

JORGE A. SÁNCHEZ CORDERO  
NURIA GONZÁLEZ MARTÍN

*Editores*



CENTENARIO  
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917  
*Reflexiones del derecho internacional privado*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 816

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Margarita García Castillo  
Daniel García Castillo  
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez  
*Elaboración de portada*

# CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917

*Reflexiones del derecho internacional privado*

JORGE A. SÁNCHEZ CORDERO  
NURIA GONZÁLEZ MARTÍN  
*Editores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES  
CENTRO MEXICANO DE DERECHO UNIFORME  
MÉXICO, 2017

Primera edición: 13 de diciembre de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-9704-5

## CONTENIDO

|                                                                                                                                         |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Presentación . . . . .                                                                                                                  | XVII |
| Jorge A. SÁNCHEZ CORDERO                                                                                                                |      |
| Nuria GONZÁLEZ MARTÍN                                                                                                                   |      |
| El derecho internacional de la familia en los artículos 4o. y 1o. cons-<br>titucionales . . . . .                                       | 1    |
| María Virginia AGUILAR                                                                                                                  |      |
| Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución . . . . .                                                                     | 19   |
| Nuria GONZÁLEZ MARTÍN                                                                                                                   |      |
| María Mercedes ALBORNOZ                                                                                                                 |      |
| El derecho internacional privado mexicano a través de sus tratados<br>multilaterales . . . . .                                          | 43   |
| Nuria GONZÁLEZ MARTÍN                                                                                                                   |      |
| El concepto de justicia social en el Constituyente de 1917. . . . .                                                                     | 95   |
| Luis Manuel C. MÉJAN                                                                                                                    |      |
| La Constitución de 1917 y el Convenio 138 de la Organización In-<br>ternacional del Trabajo . . . . .                                   | 117  |
| María Elena MANSILLA Y MEJÍA                                                                                                            |      |
| La incorporación de la normatividad internacional en el orden ju-<br>rídico interno mexicano, vía artículo 133 constitucional . . . . . | 143  |
| Leonel PEREZNIETO CASTRO                                                                                                                |      |

|                                                                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La ley modelo de comercio electrónico de la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional y su transformación en el sistema jurídico mexicano . . . . . | 179 |
| Víctor Manuel ROJAS AMANDI                                                                                                                                               |     |
| La incorporación del derecho penal internacional y trasnacional en el marco jurídico mexicano: avances y desafíos . . . . .                                              | 203 |
| Mariana SALAZAR ALBORNOZ                                                                                                                                                 |     |
| La convención cultural de UNIDROT. Reflexiones mexicanas . . . .                                                                                                         | 241 |
| Jorge A. SÁNCHEZ CORDERO                                                                                                                                                 |     |
| Acerca de los autores . . . . .                                                                                                                                          | 335 |

*Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del derecho internacional privado*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 13 de diciembre de 2017 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 Ciudad de México, tel. 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* de 70 x 95 cm. de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).

**e**n conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, carta magna sin parangón con un impacto social de gran envergadura, destaca como pacto constitucional en donde se visualiza una gran trayectoria de absoluta repercusión tanto en el ámbito doméstico o nacional como en el ámbito internacional, que redunda en una magnífica solidez institucional.

Con el gusto de celebrar una trayectoria constitucional encomiable, nos dimos a la tarea de convocar para la realización de un libro conmemorativo, una tarea de gran responsabilidad a la par que grata encomienda, y así destacar aspectos significativos y actuales que derivan directamente del papel protagónico y de excepción que representa nuestra Constitución. De esta manera, y dada la proyección internacional que ha ido consolidando nuestra Constitución, se da una extraordinaria oportunidad al convocar a los consultores externos de derecho internacional privado de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana y así poder deleitarnos con sus aportaciones, que recorren, con certeza absoluta, por algunos de los temas más denotativos e importantes que atañen actualmente al derecho internacional privado mexicano. Como decimos, en esta convocatoria nos congratulamos de presentar nueve trabajos de gran actualidad relativos al derecho internacional privado, bajo la autoría de diez colegas ius internacional privatistas. Estamos convencidos de que el lector podrá disfrutar cada una de las aportaciones y contará con una herramienta más de reflexión al ser un volumen que contribuye a verificar no sólo la evolución de nuestra rama jurídica, sino la dimensión que cobra y su proyección universal.



[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)



## PRESENTACIÓN

El 5 de febrero de 2017, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cumple su centenario; una carta magna que se gestó en un momento histórico sin parangón y con un impacto social de gran envergadura que se perfila a lo largo de sus cien años; una carta magna que destaca como pacto constitucional en donde se visualiza una gran trayectoria de absoluta repercusión tanto en el ámbito doméstico o nacional como en el ámbito internacional que redundará en una magnífica solidez institucional.

Con el gusto de celebrar una trayectoria constitucional encomiable, nos dimos a la tarea de convocar para la realización de un libro conmemorativo, una tarea de gran responsabilidad a la par que grata encomienda, y así destacar aspectos significativos y actuales que derivan directamente del papel protagónico y de excepción que representa nuestra Constitución. De esta manera, y dada la proyección internacional que ha ido consolidando nuestra Constitución, se da una extraordinaria oportunidad al convocar a los consultores externos de derecho internacional privado de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana y así poder deleitarnos con sus aportaciones, que recorren, con certeza absoluta, algunos de los temas más denotativos e importantes que atañen actualmente al derecho internacional privado mexicano.

De esta manera, en el presente volumen tenemos la contribución de: María Virginia Aguilar, “El derecho internacional de la familia en los artículos 4o. y 1o. constitucionales”, en donde introduce los conceptos internacionales del interés superior del menor y los derechos humanos y su interacción con nuestra carta magna mexicana y, por ende, su reconocimiento en la ley doméstica o nacional, así como las repercusiones o impacto que se ha producido en el cuidado de las niñas, niños y adolescentes y las familias. Un tema que siempre necesita ser abordado desde el conocimiento, teórico y práctico, y en donde nuestra autora no escatima en aportes.

Nuria González Martín y María Mercedes Albornoz, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, abordan un tema de actualidad máxima, y no menos complejidad, al exponer la gestación por sustitución y sus efectos transfronterizos. Se analizan, igualmente, ciertas cuestiones pun-

tuales en torno a la filiación y el derecho internacional privado, el estatus jurídico de los niños nacidos por acuerdos de gestación por sustitución transfronterizas en relación con los padres intencionales, finalizan con el planteamiento de la creación de un instrumento internacional sobre la materia.

Nuria González Martín, “El derecho internacional privado mexicano a través de sus tratados multilaterales”, realiza un análisis de los distintos y numerosos instrumentos internacionales multilaterales de los que México es parte y, en este sentido, se seleccionaron, para así acotar, aquellos tratados internacionales cuyo contenido se refiere expresamente a uno o varios de los sectores constitutivos del contenido del derecho internacional privado, en donde, además, sólo son comentados aquellos que vienen determinados por medio de las páginas oficiales mexicanas como de derecho internacional privado, con una aportación crítica sobre la deficiencia o ausencia de una numeración completa y certera. Otro elemento u objetivo perseguido por la autora es ofrecer, especialmente al lego en la materia, la posibilidad de poder acercarse, de manera directa, al conocimiento de una materia tan compleja como casi olvidada en nuestros programas académicos, como es el derecho internacional privado, y así, que con la pedagogía pueda derivarse en una contribución de esta naturaleza, se propone analizar o abordar el contenido de un convenio internacional comenzando por ubicar los requisitos aplicativos del mismo, es decir, sus ámbitos de aplicación, el material-personal, el temporal y el especial; no olvidemos que el estricto cumplimiento o incumplimiento de estos tres requisitos *cumulativos* dará el resultado positivo o negativo de su aplicación o inaplicación, respectivamente, en un determinado Estado.

Luis Manuel C. Meján, “El concepto de la justicia social en el Constituyente de 1917”, aporta un trabajo realmente novedoso desde el momento que el autor, por medio de la revisión del *Diario de los Debates*, busca el pensamiento de los constituyentes en torno al logro de la justicia social; las vivencias narradas por un Constituyente de 1917, diferente al Constituyente de 1857, expresan la forma y defensa de sus ideales y de sus convicciones sin parangón, como cimienta certero de lo que se debe, o debiera, entender por una verdadera justicia social en México. La tarea planteada por el autor, no sólo implica un ejercicio diferente de acercarse a la evolución/involución o permanencia de un concepto de semejante trayectoria, sino que nos permite visualizar de una manera diferente pensamientos y reflexiones que invitan a cambios, incluso, de paradigma.

María Elena Mansilla y Mejía, “La Constitución de 1917 y el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo”, incursiona en un tema

que no ha sido abordado con la seriedad y pulcritud que amerita, nos referimos al trabajo de los menores de edad y para ello aprovecha que México recientemente ha ratificado el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, promulgado y publicado el pasado 6 de junio de 2016. Nuestra autora no se detiene en el ya típico debate semántico en torno a la terminología de niñas, niños y adolescentes *versus* menores, sino en la necesidad e importancia de proteger a la minoridad en función de una edad determinada y todo lo que implica en el campo socio/jurídico. Analiza, de manera exhaustiva, la Constitución en sus planos ontológicos, deontológico y teleológico para continuar con el análisis jerárquico de los tratados internacionales en nuestra carta magna, analiza pormenorizadamente el Convenio 138 OIT y finaliza con un comparativo entre dicho Convenio, la Constitución de 1917 y la Ley Federal del Trabajo. El aporte, sin lugar a dudas, es de una significancia total.

Leonel Péreznieto Castro, “La incorporación de la normatividad internacional en el orden jurídico interno mexicano, vía artículo 133 constitucional”, después de exponer, con su característica puntualidad y conocimiento, el camino recorrido por México y su proyección internacional, mediante el anclado territorialismo anterior a la década de los ochenta y seguido de la teoría dualista, se centra en el análisis del mecanismo de la incorporación de la norma jurídica internacional, sus efectos e interpretación por medio de los tribunales nacionales, dándole el necesario perfil *ius internacional privatista*. En ese tenor, nuestro autor determina el abordaje de la norma jurídica internacional, siempre desde la perspectiva del derecho internacional privado y alega las imprecisiones que aún coexisten, tanto en los medios académicos como profesionales o judiciales. Aporta, por tanto, claridad al abundar sobre las características de dicha norma internacional, como norma propia del derecho internacional privado, en segunda instancia la interpretación y aplicación de dicha norma y cómo se está aplicando la norma internacional de los derechos humanos, a tenor de las últimas reformas constitucionales.

Víctor Manuel Rojas Amandi, “La ley modelo de comercio electrónico de la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional y la transformación en el sistema jurídico mexicano”, expone que ante la velocidad de las actividades comerciales que se dan de la mano de los avances tecnológicos en el campo de la comunicación, no cabe duda que el tema cobra relevancia y actualidad absoluta. Nuestro autor encuentra propicio comentar las disposiciones nacionales que han transformado, a su vez, las disposiciones de la ley modelo *in comento*, es decir, “los tres paquetes de reformas que regulan el uso de las modernas tecnologías en las relaciones co-

merciales —comercio electrónico, firmas electrónicas y digitalización— a excepción de las normas determinadas en el Código de Comercio sobre firmas electrónicas y sobre digitalización. Un gran aporte de la contribución, además, versa sobre el análisis del contenido de las normas mexicanas sobre comercio electrónico y su comparativo, un valor excepcional para aquellos lectores interesados en la novedad más acuciente en este campo.

María Salazar Alborno, “La incorporación del derecho penal internacional y transnacional en el marco jurídico mexicano: avances y desafíos”, nuestra única autora, que no forma parte del grupo de consultores externos y con la visión que le aporta la experiencia al frente de la Dirección de Derecho Internacional IV de la Consultoría Jurídica de nuestra Secretaría de Relaciones Exteriores, parte de una afirmación rotunda y evidente al expresar que en una globalización como la actual “la amenaza de la criminalidad no conoce fronteras”. En relación directa con dicha expresión, se expone como México, por medio de la firma y ratificación de un número importante de tratados internacionales que representan al sistema penal internacional, queda vinculado a los mismos y de ahí la transformación del ámbito doméstico o nacional dando consistencia a sus obligaciones internacionales, el valor agregado de dicha investigación consiste, precisamente, en visualizar dichos aportes y su incorporación a los tipos penales de dichos crímenes y delitos en la legislación mexicana.

Jorge Sánchez Cordero, “La convención cultural de UNIDROIT. Reflexiones mexicanas”, cierra la sucesión de trabajos que componen el presente volumen, y así contribuye con un análisis, mucho más que pormenorizado, de la Convención de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente de 1995 (Convención de UNIDROIT) y parte de la premisa que dicha Convención de UNIDROIT representa la otra cara de la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de 1970 (Convención de 1970), al constatar, en palabras del autor, que la Convención de 1970 no resuelve, de manera satisfactoria, las controversias que surgen en materia de tráfico ilícito de bienes culturales entre el propietario desposeído, generalmente el país de origen, y el tercer adquirente *a non domino*. A partir de ahí, como decimos, un deleite en el número de datos aportados, reflexiones y valoraciones a un tema no frecuentemente abordado no sólo en México sino en la literatura jurídica internacional.

Por todo lo expuesto, tal y como vaticinábamos desde el inicio de esta presentación, el lector podrá disfrutar cada una de las aportaciones y podrá

tener una herramienta más de reflexión al ser un volumen que contribuye a verificar no sólo la evolución de nuestra rama jurídica, sino la dimensión que cobra y su proyección universal.

Esta obra empero no hubiera sido posible sin el entusiasmo y profesionalismo del doctor Pedro Salazar Ugalde, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del maestro Alejandro Alday González, consultor jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Que ellos encuentren en estas líneas la expresión de nuestra inmensa gratitud.

Ciudad de México, a cinco de febrero del dos mil diecisiete.

Jorge A. SÁNCHEZ CORDERO  
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

## EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA EN LOS ARTÍCULOS 40. Y 10. CONSTITUCIONALES

María Virginia AGUILAR

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Historia y actualidad de la familia y la necesidad de establecer cambios en la legislación local a partir del siglo XX.* III. *Las adiciones necesarias a la Constitución de 1917 en materia de derecho familiar internacional.* IV. *Efectos de la aplicación del principio de bienestar superior del niño y los derechos humanos en los casos prácticos.*

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando se redactó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917, la situación de las familias en México era muy diferente a lo que fue sucedió a lo largo de un siglo.

Asimismo, el cuidado y atención de los menores era prácticamente inexistente. En este trabajo se trata de exponer la trascendencia que ha tenido la introducción de los conceptos internacionales como *el beneficio superior del niño* y de los *derechos humanos* con todos los conceptos que contiene.

Iniciaré con exponer la historia por la que estos conceptos se introducen en la Constitución, posteriormente, la razón por la cual se reconocen como legislación nacional, así como los efectos que se han producido en el cuidado de los niños y las familias.

### II. HISTORIA Y ACTUALIDAD DE LA FAMILIA Y LA NECESIDAD DE ESTABLECER CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN LOCAL A PARTIR DEL SIGLO XX

Los cambios operados en el mundo a partir de la segunda mitad del siglo XX,<sup>1</sup> colocaron a nuestro universo de cara ante la necesidad de implementar

---

<sup>1</sup> Coincidente con los trastornos creados por la Segunda Guerra Mundial, que fue el conflicto bélico que puso en contexto el poderío de los países en contra de la vida y por lo cual inician un pacto de paz internacional para salvaguardar a la humanidad.

documentos legislativos que se complementaran con conceptos internacionales en su normatividad interna.

La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 fue un parteaguas para el establecimiento de nuevas estructuras de la humanidad entre las que se encuentran los principios de igualdad, dignidad, seguridad, no discriminación, la lucha por la paz y en general una política exterior que lucha por la paz entre los pueblos.<sup>2</sup>

Si bien la Declaración de Ginebra en 1924 dejó semilla en la magnitud de los derechos del hombre y del niño, además de otros documentos<sup>3</sup> (que reconocen la importancia de la infancia), la realidad histórica fue la que propició que los pueblos asumieran la obligatoriedad de cumplir y hacer cumplir los compromisos internacionales desde la buena fe entre las naciones.

Los principios generales de los tratados fueron aceptados por varios Estados parte, entre los que se encontraba el nuestro, sin embargo, fue hasta 1986, que México inició su verdadera integración a los conceptos internacionales, a la pertenencia a tratados y convenciones y a la incorporación de normas convencionales al derecho interno.

En diferentes materias fue implementando su legislación interna, sobre todo en materia de comercio e inversión extranjera.

En materia de familia y de protección de la niñez ha ratificado menos de 10 documentos<sup>4</sup> y un poco más de 200 en materia general de derechos humanos.

---

<sup>2</sup> El artículo 1o. de la Declaración de los Derechos Humanos es el más completo en cuanto a los bienes que tutela.

<sup>3</sup> La Declaración de los derechos del Niño (Asamblea General de 1959), Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los diferentes estatutos e instrumentos que buscan el bienestar de los niños. (ejm. La Declaración de Beijing).

<sup>4</sup> Convención Americana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (21 de agosto de 1987), Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (18 de noviembre de 1994), Convención sobre Restitución Internacional de Menores (18 de noviembre de 1994), Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para Contraer Matrimonio y Registro de Matrimonios (La Haya, 19 de abril de 1983), Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción (La Haya 24 de octubre de 1994), Convención sobre los Aspectos Civiles sobre la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 25 de enero de 1991), Convención sobre los Derechos del Niño (25 de enero de 2008), Enmienda al párrafo 2, de del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1o. de junio de 1998), Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre la Participación de Niños en los Conflictos Armados (ONU, 3 de mayo de 2002), Protocolo Facultativo sobre la Convención de los Derechos del

Es la Convención Internacional de los Derechos del Niño la que mayor relevancia introduce el concepto *del interés superior del niño*, que existe tanto en el preámbulo como en su artículo tercero, comprendiendo por tal el concepto que dicho instrumento convencional refiere así:

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.

...en un ambiente de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad...

Artículo 3.1 En todas las medidas que conciernan a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

No obstante, y aunque México ratificó esta Convención el 21 de septiembre de 1990, el Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano de vigilancia de este Instrumento en la ONU, en 1996, en su primer y segundo informe establece que en México aún no se garantiza el cuidado del sector más vulnerable: los niños, que se sabe que existen 16 mil niños reportados como víctimas de abuso, explotación sexual y violencia intrafamiliar, igual se reportó en los siguientes dos informes, por lo que el Comité hace recomendaciones y exhorta en el tercero, el 10 de noviembre de 1999, a que emprenda reformas legislativas y constitucionales que establezcan la no discriminación y las condiciones de cumplimiento de los preceptos antes señalados.

### III. LAS ADICIONES NECESARIAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1917 EN MATERIA DE DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

En atención a las recomendaciones<sup>5</sup> antes citadas el Legislativo, por medio de la publicación del Decreto del 21 de noviembre de 2006, en el *Diario Oficial*, reforma el párrafo VI del artículo 4o. constitucional en el que se adopta el concepto internacional de *interés superior del niño*, mismo que se adicionó nuevamente el 12 de octubre de 2011 para quedar como sigue:

---

Niño Relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía Infantil (22 de abril de 2002) <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>.

<sup>5</sup> Véase la Exposición de Motivos de las reformas al artículo 4o. en la que se exhorta a México a hacer cambios legislativos y constitucionales.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el 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 guiar el diseño, ejecución, seguimiento, evaluación de políticas públicas dirigidas a la niñez.

En la misma fecha de 2006, se adiciona el artículo 73 que se refiere a la competencia federal expresa y limitada del Congreso de la Unión que otorga a las entidades federativas facultad para legislar en todas las materias en las que la Constitución reserva en favor del poder Legislativo Federal y como no existía nada en relación a los niños, la fracción XXIX-N del artículo en cita establece a partir de ese momento que se debe legislar en materia de menores, como indica: “El Congreso tiene facultad para expedir leyes en materia de derechos de niñas y los niños, atendiendo en todo momento el interés superior de éstos últimos...”.

Otros acontecimientos nacionales provocaron que además del concepto de *interés superior del menor* se instalara otro criterio internacional, esta vez adicionando al anterior y ampliando el contenido de las garantías internacionales.

El primero de estos fue el caso Rosendo Radilla Pacheco<sup>6</sup> quien fue una persona del estado de Guerrero que intempestivamente fue detenido y desaparecido; su familia acudió a todos los medios jurídicos ordinarios nacionales e internacionales y una vez concluidos, en 2001, tras una investigación realizada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), institución que al no tener respuesta por parte del gobierno mexicano, fue puesta a consideración ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por violación a los derechos personales, judiciales de debido proceso y principalmente por la desaparición forzada.<sup>7</sup>

En atención a ese proceso, el 23 de noviembre de 2009 la CIDH emitió una sentencia en la que se condenó al Estado mexicano a hacer cambios estructurales en su política pública para la defensa y cuidado de los derechos

---

<sup>6</sup> Líder del Municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero (otra entidad de la República mexicana), que trabajó por la salud y educación de ese pueblo en el que fue presidente municipal, fue detenido y desaparecido por militares. La última vez que lo vieron vivo fue el 25 de agosto de 1974.

<sup>7</sup> Véanse artículos 3o., 4o., 5o., 7o., 8o. y 25 de la Comisión así como por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada.

humanos por las violaciones graves cometidas en agravio de Rosendo Radilla y la desaparición forzada de varias personas más.

Otro acontecimiento, fue la desaparición de 72 inmigrantes en 2010, suceso que provocó que se adicionara el artículo 102 bis y que se creara la nueva Ley de Migración y su Reglamento así como que la reforma al artículo 1o. constitucional.

Por sucesos comentados con antelación, el 10 de junio de 2011 se publicó el decreto que reforma a la Constitución mexicana en el artículo 1o.,<sup>8</sup> la que resulto trascendental porque además de ampliar el contenido de los derechos constitucionales, elevó a las garantías individuales al rango de derechos humanos, así como magnificó el concepto de persona (principio *pro personae*)<sup>9</sup> y el principio *pro homine*, reconocidos tanto en la propia Constitución como en los tratados internacionales, sobre derechos humanos de los que México es parte.

La inserción de los conceptos internacionales a la legislación mexicana está sustentada en los artículos 76 (facultad de los senadores para analizar la política exterior), 89 fracción X (facultad del presidente de la República mexicana para intervenir en la política exterior) y el 133<sup>10</sup> (requisitos para

---

<sup>8</sup> Artículo 1o. “En los Estado Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

<sup>9</sup> PROTECCIÓN. PRINCIPIO PRO PERSONA. Tesis 1º/J. 10/2014 (10ª), visible en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 487, Registro Digital, 2005/17, publicado el viernes 28 de febrero de 2014, de aplicación obligatoria a partir del lunes 3 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013. “...Obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos ante la existencia de dos normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, a efecto de elegir cuál será la aplicable al caso concreto, lo que, por un lado, permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana”.

<sup>10</sup> Este artículo indica el principios de supremacía que indican que nuestra constitución es la Ley suprema de toda la Unión, como a la letra dice: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la

considerar válidos los tratados y convenciones de los que México es parte y la forma de incorporarlas a la legislación nacional) que forman el *corpus juris* de la política exterior mexicana.

Al mismo tiempo, la reforma que introduce el concepto de los derechos humanos da oportunidad a que los preceptos internacionales que los contengan en materia de familia, puedan ser aplicados e introducidos en la legislación de los 32 estados de la República, sin necesidad de que se considere un conflicto de competencias al legislar en conceptos que por el pacto federal están prohibidos.

En cuanto a la actuación del Estado mexicano para el establecimiento de esta trascendente reforma, uno de los investigadores y tratadista mexicanos explica que se requiere de muchas otras cuestiones cuando afirma:

La correcta interpretación del artículo 1o. constitucional debe ser en el sentido de que el legislador tiene el deber de emitir las disposiciones suficientes y de valorar los derechos humanos a través de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos.<sup>11</sup>

Y al referirse a las reparaciones que establece la CIDH conforme a los contenidos internacionales,<sup>12</sup> dice que se debe buscar una interpretación más favorable a la persona que haya sido afectada o violada en sus derechos humanos.

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos del año 2011 tiene como uno de sus ejes vertebrarles la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional con todo lo que ello supone: recepción de los tratados e incorporación de los mismos al derecho interno con rango constitucional, pero también reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las jurisdicciones in-

---

misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema en toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones que pueda haber en contrario en las Constituciones o leyes de los Estados”.

<sup>11</sup> Carbonell, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de constitucionalidad*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 14 y 15.

<sup>12</sup> El Pacto de San José establece las reparaciones en el artículo 63.1. “Cuando decida que hubo violación e un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

ternacionales que han sido reconocidas por el Estado mexicano, entre otras muchas cuestiones.<sup>13</sup>

De ahí la relevancia de la reforma de 2011, porque a partir de ahí los tratados internacionales sobre derechos humanos son constitución.

Efectivamente los principios de los derechos humanos se han direccionado, principalmente a la protección de todos los individuos y sobre todo a la de grupos vulnerables y minoritarios.

Los menores se encuentran dentro de éste sector porque ellos mismos son incapaces de enfrentar el peso de la vida sin ayuda de los mayores de los que dependen, y es preciso en este momento en el que se conjunta con el beneficio superior de los menores.<sup>14</sup>

¿Qué significa entonces el principio del interés superior del niño? Este principio ha generado disensos en el alcance de su concepto. Así, en algunos tribunales y doctrinas, se le asignan contornos de mayor amplitud, en tanto que en otros se subordina al interés general y familiar.

Son numerosos los estudios sobre el tema que identifican ese interés superior del niño con respeto por los derechos fundamentales de la niñez. Sea cual fuera la posición que se asuma, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier *litis* en la que se discuta la situación de vulnerabilidad o de cuidado de un niño, por ejemplo, en la adopción, cuando se piensa en otorgarle a él una familia y no para que solucione la infertilidad de otro, o cuando se pretende el regreso de un menor al lugar donde tenía su centro de vida por haber sido sustraído o retenido ilegalmente, para evitarle un daño mayor, o cuando la guarda de una persona menor de edad debe quedar en favor de la persona que le otorgue mejor cuidado conforme se sostiene en cortes supremas de justicia de países de la región sudamericana.<sup>15</sup>

Vemos ahora que los órganos judiciales, así como toda institución estatal, deben aplicar el principio estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño que se ven afectados o se verán afectados por sus decisiones, así como que en las medidas que adopten prevalezca el interés del menor, aun por encima del de los progenitores; por ejemplo, la expedi-

<sup>13</sup> Miguel Carbonell, *op. cit.*, p. 36.

<sup>14</sup> Como ya se dijo es un término que se acuñó en el preámbulo y en el artículo 3o. de la Convención Internacional del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), ratificada por México el 21 de septiembre de 1990, en la que todas las naciones parte se comprometieron a respetar el derecho superior “interés superior” por encima del de los padres, por su vulnerabilidad.

<sup>15</sup> Entre otros, consultar: CSJA, “M.D.H. c/ M.B.M.F. s/ tenencia de hijos, expediente núm. M.2311.XLII, 29 de abril de 2008, Dictamen de la Procuración General.

ción de leyes o de políticas propuestas o existentes, las medidas administrativas y las decisiones de los tribunales, que incluyan o se refieran a los niños deben decidirse, siempre observando el Tratado de los Derechos del Niño de alcance universal.<sup>16</sup>

Éste es ya el principio de orden que si bien se estableció en la Convención Internacional del Niño, de ahí han emanado otras convenciones también sobre la protección de los niños, porque la comunidad internacional comprende que los menores no tienen agencia, es decir, no tienen capacidad de actuar y proyectar o propiciar los medios necesarios para lograr sus metas.

Por esto, la reforma al artículo 4o. constitucional<sup>17</sup> establece que la familia y todos sus miembros velarán por el bienestar de los niños bajo el principio antes citado: *el interés superior de la niñez*, en el entendido de que los custodios de este cuidado y el propio Estado garantizarán el cumplimiento de estas obligaciones.

Pero ¿qué pasa cuando los padres entran en pugna, cada quien en defensa de sus propios derechos y sus propios intereses y usan a los hijos como moneda de cambio?, las autoridades al momento en que cada parte solicita la defensa y reparación de un derecho propio ¿de qué manera puede o debe ser ponderado el derecho de los menores?

¿Por qué entonces en los conflictos de pareja, tanto en el ámbito nacional como internacional, quienes resultan más afectados en sus derechos son los niños? Desaparecen de la escena, se difuminan, cuando los padres discuten y cuando van a los juzgados y pelean “según ellos por los derechos de sus hijos”, cuando los secuestran, cuando los ocultan, precisamente esos padres, a veces conscientemente y a veces no, les quitan la voz a sus hijos, los llevan a la oscuridad, al silencio.

A partir de esta problemática, el análisis del tema del cuidado de los niños debe partir del motivo por el cual los derechos humanos en este grupo pierden su calidad de universalidad e igualdad, cuando compiten entre

---

<sup>16</sup> Pereznieto Castro, Leonel, *Apuntes del curso de verano sobre los principios de los derechos humanos aplicados al derecho internacional privado*, México, ITAM, 2016.

<sup>17</sup> Artículo 4o. “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 guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez (reformado mediante decreto publicado en el *DOF* el 12 de octubre de 2011).

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgara facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.

sí distintas maneras de ver el mundo, de conocer, sentir, pensar, de cultura y de interpretación de la vida, por ser los casos en estudio provocados por conflictos entre personas con nacionalidades y culturas diferentes que convergen en un hijo.

Al respecto, el sociólogo Boaventura de Souza Santos expone una hipótesis sobre la razón indolente y expresa su proyecto de transformación social con base en la experiencia social de los grupos explotados y oprimidos.<sup>18</sup> Esta teoría la relacionó con la actuación parental al defender cada uno de ellos su “razón indolente” al realizar actos atentatorios en contra de la dignidad de sus hijos desde su propia posición autocomplaciente, en cuanto razona el autor: “El aparente consenso sobre la universalidad de los derechos humanos disfraza, en realidad, el hecho de que estos constituyen un campo de luchas materiales y simbólicas, un espacio de tensión y conflicto atravesado por relaciones sociales e intereses divergentes”.

Dicen que los niños son el futuro del mundo, ¿y su presente?, ¿quién lo defiende?, ¿quién es el responsable de la ponderación de sus derechos humanos? Hasta hoy deja mucho que desear la situación inequitativa de los niños ante la posición de los padres, cada uno en defensa de su razón, pero en absoluto desajuste respecto a los niños que deben ser considerados iguales bajo un parámetro de respeto a la dignidad, sin embargo, en el caso de los menores y, a veces en especial de las niñas, que sus derechos se observan mermados por los demás miembros de la familia, por lo que la igualdad se convierte en discurso.

La regla general establece que todas las personas son sujetos de derechos humanos, en esta generalidad, obvio, se incluye a los niños, con el fin de lograr una vida digna sin actos de violación que la perturben para lograr un desarrollo pleno, en un plano soberano<sup>19</sup> y de democracia donde todos somos iguales.

En este orden de ideas, tendríamos que ponderar quién debe tener más o menos derechos a tutelar. Cuando hablamos de ponderación nos tenemos que referir a Robert Alexy, quien afirma al respecto que:

---

<sup>18</sup> Aguiló Bonet, Antoni Jesús, “Los derechos humanos como campo de luchas por la diversidad: un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos”, artículo para el proyecto de investigación doctoral Hegemonía y contrahegemonía en la era global, Departamento de Filosofía de la Universidad de las Islas Baleares, España, julio de 2009, Santos B. de Souza, *Crítica de la razón indolente contra el desperdicio de la indolencia*.

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia juris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, t. II, Madrid, 2011, p. 14. “los derechos fundamentales son fragmentos de soberanía que nos convierten a todas y cada una de las personas en seres autónomos, capaces de tomar las decisiones más importantes de nuestras vidas, tanto en la esfera privada como en la pública”.

Es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto, qué es lo que en concreto que se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de este pesaje o ponderación...Entendiendo que: “las magnitudes sobre las que se aplican (el “peso” resultante) está decisivamente condicionado por las interpretaciones previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal.”<sup>20</sup>

Hay autores que sugieren tomar un suceso que afecte moral y relevantemente a un sujeto, en este caso a un niño, y tratar de verlo interactiva e institucionalmente, es decir, desde el punto de vista de qué sujeto individual o colectivo produce el daño, y cómo está estructurada la parte institucional con sus leyes y convenciones e instituciones sociales para conducir hacia un análisis o diagnóstico moral,<sup>21</sup> situación en la que tenemos que tener una perspectiva desde el actor.

Para otros, se debe plantear la solución evaluando los principios legales que puedan revisar el contexto social, pero no sólo en términos de los conceptos de los principios abstractos, sino desde la evaluación de los individuos menos poderosos de la sociedad.

Desde una perspectiva orientada a los actores “haciendo una evaluación del campo de los derechos humanos internacionales desde una perspectiva del debate de la visión universalista, de los derechos de los grupos y los individuos y sobre la jerarquía frente a la indivisibilidad de los “derechos”.<sup>22</sup> Cuyo estudio en realidad hace una comparación entre los derechos humanos occidentales y orientales, haciendo relevante que la universalidad de estos derechos dependerá del lugar donde se realice el discurso, se parte del concepto que existe una reinterpretación y un contexto pluralista y a partir del uso estratégico de las normas culturales o religiosas, así como de los derechos formales, cuando se presentan situaciones reales.

Teoría que trata de explicar que la universalidad de los derechos fundamentales tiene que ver con la cultura y la forma en como viven los actores y los efectos que tendrá en cada uno de éstos según sus necesidades y requerimientos.

<sup>20</sup> Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México-Madrid, Editorial Fontamara, 2013, p. 252.

<sup>21</sup> Pogge, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p. 51.

<sup>22</sup> Kabeer, Naila, *Ciudadanía incluyente: significados y expresiones*, del título original *Inclusive Citizenship. Meanings and Expressions*, México, Editorial Zed Books-UNAM, Programa Universitario de Estudios de Género, 2007, artículo Nyamu-Musembi, Celestina, *Hacia una perspectiva de los derechos humanos orientada a los actores*, p. 38.

#### IV. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BIENESTAR SUPERIOR DEL NIÑO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS PRÁCTICOS

En este punto trataré de concluir que ha sido muy positiva la inserción de los principios de interés superior del niño y de los derechos humanos, tanto en la Constitución como en la legislación en materia de derecho familiar<sup>23</sup> y familiar internacional.

A partir de la inserción de este concepto se ha venido garantizando un desarrollo integral y una vida digna, a través de mejores condiciones materiales y de satisfactores que les propicia a los niños una vida plena, en el ejercicio de los conceptos que contiene la patria potestad de los padres sobre sus hijos, con el objeto de alcanzar un máximo bienestar posible.

El interés superior del niño lo encontramos aplicado al ejercicio de la patria potestad que los padres tienen sobre sus hijos, dicha responsabilidad se adquiere en la familia por ser el elemento natural y fundamental de la sociedad y ser el lugar, dentro de la comunidad, donde los niños, para un pleno y armonioso crecimiento deben recibir cuidado, educación y formación integral para gozar de una vida independiente y sana.

El tema del cuidado contiene tanto la tenencia física del hijo (guarda), como todo lo concerniente a la atención del mismo en el desarrollo integral de la persona del menor (custodia), significa que ambos progenitores ejercen la formación y el que no lo tiene bajo su cuidado, no se libera de las obligaciones que conserva en beneficio del menor.

Para la Suprema Corte la protección de esta institución es más amplia y protege a otras personas en estado de vulnerabilidad además de los niños, como lo expresa en la siguiente jurisprudencia: “El Estado conforma un sistema de protección de sus derechos y obligaciones respecto de menores,

---

<sup>23</sup> El artículo 416-ter del Código Civil de la Ciudad de México establece “...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: I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitiva; IV. 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 V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables”.

Por decreto del 4 de diciembre de 2014 se creó la Ley de Niñas, Niños y Adolescentes y el 2 de diciembre de 2014 se publicó el reglamento a esta Ley.

incapacitados, mujeres y adultos mayores y de sus bienes materiales e in-materiales cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social”.<sup>24</sup>

Todas estas consideraciones vienen a colación para reflexionar que no basta el discurso del uso y aplicación de los derechos humanos o del interés superior del niño, porque es evidente que los menores siguen siendo seres “sin voz” y su dignidad continúa en las manos de los padres más que de los niños, debemos abrir e implementar las normas jurídicas y “ampliar la dignidad jurídica” de los niños hasta donde sea necesario, para establecer los derechos humanos de los niños haciéndoles ver a sus padres que necesitan vivir con armonía y seguridad, sobre todo cuando son absolutamente dependientes de sus padres.

Se debe partir de principios de respeto a la vida y libertad de los niños y no de la estructura legalista, ya que debe observarse la problemática a partir de la sociología o complementándolas con otras ramas y ciencias para que haya mayor efectividad y eficacia en la valoración y ponderación de estos derechos en favor de todos los niños.

Las decisiones deben tomarse rápidamente para evitar más daños de desapego a los menores, pero en especial para respetar su derecho a crecer en un seno familiar.

Para ilustrar el análisis de los aspectos que hemos tratado nos valdremos de un método esencial como lo es emplear la jurisprudencia de nuestros tribunales, aunque sin pretender ser exhaustivos, pues entendemos que el método judicial es actualmente de un reconocido carácter práctico y advierte o mira de una forma realista a la sociedad en sus decisiones.

Vemos que la protección a los menores y a sus derechos humanos, en la práctica implica derechos de visita,<sup>25</sup> cuidados especiales en contra de la violencia familiar<sup>26</sup> e incluso en la posibilidad de pérdida de patria potestad de los padres sobre sus hijos cuando atentan contra ellos en la omisión de cuidados<sup>27</sup> o incluso en restricciones cuando los cometen, que es finalmente

<sup>24</sup> Tesis 15°.C.101, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TXXXII, agosto de 2010, p.2265.Reg. IUS 164,103. De la patria potestad.

<sup>25</sup> Tesis XXII.1o.7 C (10a.), aislada, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, viernes 1 de julio de 2016 10:05 h, materia(s): constitucional, civil.

<sup>26</sup> Tesis 1a. C/2016 (10a.), tesis aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, registro: 2011387, Primera Sala, Libro 29, abril de 2016, t. II, materia(s): constitucional, p. 1122.

<sup>27</sup> Tesis 1a. LXXV/2016 (10a.), Décima Época, registro: 2011283, Primera Sala, tesis aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 28, marzo de 2016, t. I, materia(s): constitucional, y en la tesis 1A. XVI/2016 (10a.) Registro: 2010740, Primera Sala, tesis ais-

el resultado importante de toda la legislación internacional y nacional a favor de los menores, como lo vemos en las siguientes jurisprudencias de la Corte:

Derecho de visita. Atento al interés superior del menor, la convivencia entre padres que vivan en el extranjero y los menores, debe efectuarse en la ciudad donde éstos residan, sin la posibilidad de que pueda ser en una diversa, aun cuando sea por tiempo limitado, ya que podría ir en detrimento del adecuado desarrollo psicológico o emocional de los menores (aplicación, en lo conducente, de la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores).

Los artículos 5, 7, 13 y 21 de la Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores disponen, en lo conducente, que: a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor de edad y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual; mientras que el diverso 7, inciso f), prevé que las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover, a su vez, la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores de edad, y que deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan, incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita. en tanto que, el numeral 13, inciso b), establece que la autoridad judicial o administrativa del estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor de edad lo expone a un peligro físico o psíquico o de cualquier índole que ponga al menor en una situación intolerable. Mientras que el artículo 21 determina que la solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor; que las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el referido artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho; adoptarán las medidas ne-

---

lada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, enero de 2016, t. II., materia(s): constitucional, civil.

cesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho; y, que las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán iniciar procedimientos o favorecer su iniciación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto su ejercicio. ahora bien, del examen sistemático de los preceptos en cita, se deduce que el derecho de visita se instrumentará igual que la restitución de menores, y que aquél comprende la posibilidad de llevar al menor, por un periodo limitado, a distinto lugar de aquel en que tiene su residencia habitual. También se obtiene que el derecho de visita no opere ipso facto, sino que depende de que, con tal medida, no se ponga en peligro físico o psíquico al menor o en una situación intolerable. de lo anterior deriva que, atento al interés superior del menor, la convivencia entre los padres que viven en el extranjero y los menores, debe efectuarse, exclusivamente, en la ciudad donde residan estos últimos, sin la posibilidad de que pueda ser un diverso lugar de su residencia, aun cuando sea por tiempo limitado, ya que podría ir en detrimento del adecuado desarrollo psicológico o emocional de los menores, en tanto que podría estar en contacto con personas con las que no quisiera interactuar, y se le privaría del contacto físico de con quien ejerce su custodia. en esta lógica, sirve de apoyo la tesis 1A. CXCV/2015 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, el viernes 5 de junio de 2015 a las 9:30 horas y en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, t. I, junio de 2015, p. 591, de título y subtítulo: “Interés superior del menor. Al ponderar sus derechos de convivencia con los del progenitor custodio a decidir el lugar de residencia, el juzgador debe gestionar la posibilidad de conciliar los intereses en conflicto y procurar el mayor beneficio de aquél”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EN ATENCIÓN A ESTE PRINCIPIO, CUANDO LOS PROGENITORES EJERZAN ACTOS DE VIOLENCIA SOBRE LOS HIJOS, PUEDE RESTRINGIRSE SU CONVIVENCIA. Un derecho primordial de los menores radica en no ser separado de sus padres, a menos de que sea necesario en aras de proteger su interés superior. Este derecho se encuentra directamente relacionado con la patria potestad, ya que si bien ésta se encomienda a los padres, ello es en beneficio de los hijos, ya que se dirige a protegerlos, educarlos y formarlos integralmente; así, aunque para dar cumplimiento a la función que se les encomienda a través de la patria potestad, tienen el derecho de corregir a sus hijos, esa corrección debe ser en un ámbito de respeto a su dignidad; de ahí que la patria potestad no puede utilizarse como estandarte para ejercer actos de violencia sobre los hijos, pues ésta, en cualquiera de sus clases, no se justifica como una forma de educación o formación. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, desde

la Observación General No. 1, relativa al tema “Propósitos de la educación”, señaló que el castigo corporal es incompatible con la educación, pues ésta debe impartirse de tal forma que se respete la dignidad intrínseca del niño y se permita expresar su opinión libremente, insistiendo en la necesidad de prohibir todas las formas de violencia por leves que sean; además, definió en la Observación General No. 8 el castigo corporal o físico como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, por leve que sea, indicando que hay otras formas de castigo que no son físicas, pero igualmente crueles o degradantes, e incompatibles con la Convención sobre los Derechos del Niño —como los castigos en los que se menosprecia, humilla, denigra, convierte en chivo expiatorio, amenaza, asusta o ridiculiza al niño—. En atención a lo anterior, cualquier maltrato físico, por leve que sea y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, así como que busque menospreciar, humillar, denigrar, amenazar, asustar o ridiculizar al menor, es incompatible con su dignidad y respeto; no obstante, es importante destacar que cuando el Comité rechazó toda justificación de violencia y humillación como formas de castigos a los niños, no rechazó el concepto positivo de disciplina, pues incluso reconoció que la crianza y el cuidado de los menores, especialmente de los lactantes y niños pequeños, exigen acciones e intervenciones físicas para protegerlos, pero aclaró que ello es totalmente distinto al uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocarles cierto grado de dolor, molestia y humillación. Además, destacó que no incumbe a dicha Convención prescribir detalladamente de qué manera los padres deben relacionarse u orientar a sus hijos; sin embargo, sí ofrece un marco de principios que sirve de guía para las relaciones dentro de la familia, porque los niños aprenden lo que hacen los adultos, no sólo de lo que dicen, por ejemplo, cuando los adultos con los que están estrechamente relacionados utilizan violencia y humillación en sus relaciones con los menores, no sólo demuestran una falta de respeto por los derechos humanos, sino que además transmiten un mensaje poderoso y peligroso en el sentido de que son medios legítimos para procurar resolver conflictos o cambiar comportamientos. De lo anterior se concluye que el interés superior del menor autoriza a restringir la convivencia entre el menor y sus progenitores, cuando es objeto de violencia por alguno de éstos. Ahora bien, dicho interés también dicta que tienen derecho a ser cuidados y educados por sus padres; por tal motivo, el principio de protección de los niños contra la agresión, incluida la que tiene lugar en la familia, no implica que en todos los casos cuando salga a la luz el castigo corporal de los niños por sus padres, deban ser juzgados, pues la situación de dependencia de los niños y la intimidación característica de las relaciones familiares, exigen que las decisiones de enjuiciar a los padres o de intervenir oficialmente de otra manera en la familia, deban tomarse con extremo cuida-

do, pues en la mayoría de los casos no es probable que el enjuiciamiento de los padres redunde en el interés superior de los hijos.

Amparo directo en revisión 3799/2014, 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien formuló voto concurrente y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Míguez.

PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA POR MÁS DE DOS MESES. LA GRAVEDAD DE ESA MEDIDA ESTÁ JUSTIFICADA POR EL MANDATO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES Y SU INTERÉS SUPERIOR (ARTÍCULO 4.224, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO).

La pérdida de la patria potestad por el abandono de los deberes alimentarios prevista en el artículo 4.224, fracción II, del Código Civil del Estado de México, se actualiza cuando el obligado alimentario se abstiene injustificadamente de cubrir las necesidades alimenticias del acreedor durante más de dos meses. Ahora, si bien esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que la pérdida de la patria potestad constituye una medida grave, esa gravedad es directamente proporcional a la importancia de la satisfacción de las necesidades de subsistencia y desarrollo de los niños, cuyos derechos alimentarios constituyen el pilar de su protección. Por tanto, la justificación de la medida descansa en el mandato de garantía de los derechos de los menores derivada del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (interés superior del menor), que se ve reforzada cuando la misma legislación prevé que quien haya perdido la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios podrá recuperarla cuando compruebe que ha cumplido con éstos por más de un año y, en su caso, otorgue garantía anual para ello. En este sentido, la propia disposición aminorar la gravedad de la medida al permitir su reversión, pero sin dejar expuesto al menor involucrado.

Amparo directo en revisión 1236/2015, 28 de octubre de 2015. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

PATRIA POTESTAD. AL ANALIZAR LA DEMANDA DE SU PÉRDIDA POR ACTUALIZARSE LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 628, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE PUEBLA, EL JUEZ DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

La patria potestad es una institución creada en beneficio de los menores y no de los progenitores, pues constituye una función encomendada a éstos en favor de sus hijos, dirigida a su protección, educación y formación integral; de ahí que su pérdida no es una medida que tenga por objeto castigarlos por incumplir los deberes que conlleva la patria potestad, sino que pretende defender los intereses del menor en los supuestos en los que su bienestar se garantiza cuando sus padres estén separados. Ahora bien, el artículo 628, fracción I, del Código Civil para el Estado de Puebla, prevé que los derechos de la patria potestad se pierden cuando quien la ejerza cometa algún delito grave o intencional contra el menor, sin embargo, no todo delito comprueba que el progenitor incumplió con las obligaciones derivadas del ejercicio de aquélla y que causa con ello un perjuicio a los intereses y el bienestar del menor. Lo anterior es así, porque sin un análisis de la naturaleza del delito y de las circunstancias en las que se comete, la condena a la pérdida de la patria potestad bajo ese supuesto podría ser desproporcionada y contraria a los intereses de los menores, ya que existen delitos cuya naturaleza no denota una afectación evidente y directa a sus intereses, o bien, no demuestra fehacientemente que el progenitor ha incumplido las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, como por ejemplo, en el delito de sustracción de menores, donde dependiendo de las circunstancias en que se cometa, puede o no demostrarse que fue dolosamente y, por tanto, faltó a su deber de cuidado. Consecuentemente, ante la demanda de la pérdida de la patria potestad por actualizarse el supuesto previsto en el artículo 628 citado, el Juez debe atender al principio del interés superior del menor y analizar la naturaleza del delito, así como las circunstancias en las que se cometió, pues de surgir alguna duda razonable respecto a si con su comisión se comprueba que el progenitor faltó a su obligación de cuidado y búsqueda del bienestar del menor, entonces, dicha pérdida no debe aplicarse, porque no asegura la consecución de la finalidad de la norma, que es evitar un mayor perjuicio al menor.

Amparo directo en revisión 1433/2014, 22 de octubre de 2014, mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas; ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, secretaria: María Dolores Igareda Díez de Sollano.

## ASPECTOS TRANSFRONTERIZOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN\*

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN  
María Mercedes ALBORNOZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La gestación por sustitución: diversidad y contexto.* III. *Filiación: algunas cuestiones de derecho internacional privado.* IV. *Gestación por sustitución transfronteriza: estatus jurídico de los niños y de los padres intencionales.* V. *De cara al futuro.*

### I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la celebración de los 100 años de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, estimamos propicio reflexionar acerca de un tema novedoso y de gran relevancia para el México actual, cuyo fundamento constitucional se encuentra desde 1974 en el artículo 4o. Esta norma contempla el deber del Estado de proteger la organización y el desarrollo de la familia y, entre otros derechos, el de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En este contexto se inserta la posibilidad de recurrir a técnicas de reproducción humana asistida.

En la actualidad hay un aumento de la presencia de la denominada familia internacional, es decir, aquellas familias conformadas por individuos que están bajo la jurisdicción de naciones diversas; igualmente hay un aumento de las llamadas nuevas estructuras familiares ante la proliferación de familias ensambladas, monoparentales, homoparentales, y así un largo etcétera. En consecuencia, se torna imperiosa la necesidad de ampliar la noción de familia por canales y conductos diversos a los de la concepción tradicional.

Podemos presentar a una familia que ante la decisión de incrementar sus miembros y ante frecuentes cruces de frontera, junto con el desarrollo

---

\* El presente texto fue publicado en el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, enero-diciembre de 2016, pp. 131-187, disponible en <http://www2.juridicas.unam.mx/2016/01/28/aspectos-transfronterizos.de-la-gestacion-por-sustitucion/>, sin embargo, algunas actualizaciones necesarias han sido introducidas.

de la medicina, proyecta una serie de actividades que pueden quedar lejos incluso de una regulación doméstica o nacional.

Nos encontramos ante un nuevo paradigma familiar y la presencia de diferentes técnicas de reproducción humana asistida, que proporcionan un hijo a aquella familia ávida del mismo y que, por diversos motivos, han decidido no procrear de manera natural por sí mismas. “Se habla de ‘revolución reproductiva’ porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad”.<sup>1</sup> De hecho, en este contexto la opción de la gestación subrogada o por sustitución (en adelante GS) se está desarrollando de manera vertiginosa,<sup>2</sup> sin una regulación o con una regulación en ocasiones confusa e incompleta.<sup>3</sup> Estas lagunas normativas o incoherencias legislativas fomentan el surgimiento de oportunidades de negocio lucrativo, que directa o indirectamente afectan a un número importante de niños, madres y padres.<sup>4</sup>

En definitiva, estamos ante la presencia de una nueva concepción de la familia, de un cruce transfronterizo y ante un “turismo reproductivo”<sup>5</sup> en donde deben observarse los derechos de los niños nacidos mediante esta práctica, derecho a que se respete su interés superior.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013, Colección Bioética, p. 17.

<sup>2</sup> En Estados Unidos, sin embargo, la GS se ha empezado a desarrollar hace aproximadamente treinta años. Holt, Kyle Lee, “Hoosier Mother?: Indiana’s Inconsistent Surrogacy Law”, *Valparaiso University Law Review*, núm. 48, 2014, p. 1139. El movimiento en torno a la GS inició en 1985/6 con el famoso caso estadounidense *Baby M. In re Baby M*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988). Para una reseña y análisis de dicho movimiento, véase Spivack, Carla, “The Law of Surrogate Motherhood in the United States”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 58, 2010, pp. 99 y ss. y Peng, Lina, “Surrogate Mothers: An Exploration of the Empirical and the Normative”, *American University Journal of Gender, Social Policy & The Law*, núm. 21, 2013, *passim*.

<sup>3</sup> Como lo señala Ingrid Brena Sesma refiriéndose a México: “La falta de legislación sobre el tema es preocupante, pero una normativa inadecuada lo es aún más”. “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla? Revista de Derecho Privado, núm. 23, 2009, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/1/dtr/dtr7.pdf> (último acceso: 11 de mayo de 2015) p. 142. La misma autora destaca la necesidad de que la autoridad pública intervenga en esta área para garantizar los derechos de los sujetos involucrados. “La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/10.pdf> (último acceso: 11 de mayo de 2015), p. 160.

<sup>4</sup> International Social Services. Boletín Mensual, Número Especial “Gestación subrogada de carácter internacional y derechos del niño”, núm. 174, julio-agosto 2013. [www.iss-ssi.org](http://www.iss-ssi.org) (último acceso: 11 de mayo de 2015).

<sup>5</sup> Acerca de este fenómeno y las preocupaciones que genera, véase Lamm, E., *op. cit.*, pp. 193 y ss.

<sup>6</sup> Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Aprobado por el Comité

Este artículo se enfocará en la problemática que surge a raíz de la gestación por sustitución transfronteriza (en adelante GST). El fenómeno de la GS, que se encuadra dentro de las técnicas de reproducción asistida,<sup>7</sup> ha recibido distintas denominaciones, tales como “maternidad subrogada”, “maternidad sustituta”, “maternidad por sustitución”, “alquiler de vientre”, “gestación por sustitución”. Entendemos que “gestación por sustitución” se adecúa mejor al fenómeno regulado<sup>8</sup>, dado que no pone el acento en la maternidad —lo que implicaría dejar en un segundo plano la paternidad— sino en la actividad o fin principal perseguido por las partes de la relación jurídica: la gestación.

Con el fin de conceptualizar específicamente la GST, elegimos adoptar la definición con la que trabaja la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, Conferencia de La Haya o Conferencia), a pesar de que dicho organismo se refiere a la GS como “acuerdo de maternidad de sustitución” o “acuerdo de maternidad subrogada”. En este sentido, la GST es aquélla que surge como consecuencia de un acuerdo “celebrado entre uno o dos padres intencionales que residen en un Estado y una madre portadora que reside en otro Estado (o que tan solo se encuentra allí)”.<sup>9</sup> Este tipo de acuerdo puede implicar donantes de gametos en el Estado de residencia de la madre portadora (o aquél donde ella se encuentra) o incluso en un tercer Estado y, asimismo, consistir en un acuerdo de procreación por otro o de gestación por otro, que en ambos casos podrán ser a título oneroso o a título gratuito.<sup>10</sup>

---

el 29 de mayo de 2013. El Comité establece que el interés superior del niño debe ser el factor determinante, es decir, no simplemente “una consideración primordial” sino “la consideración primordial”. <http://www2.ohchr.org/english> (último acceso: 11 de mayo de 2015).

<sup>7</sup> Véase Méndez Zambrano, Maritza, “La reproducción asistida”, en Guerra Hernández, Víctor Hugo et al. (coord.), *Derecho familiar internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké- Universidad del Rosario, 2014, pp. 745-778.

<sup>8</sup> De manera coincidente, Eleonora Lamm ha titulado su libro: “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Esta autora define la GS como “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”, *op. cit.*, p. 24.

<sup>9</sup> Es en estos términos que la Conferencia de La Haya define los acuerdos internacionales de maternidad de sustitución: Conférence de La Haye de Droit International Privé, Affaires Générales et Politiques, Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation / maternité de substitution, *Doc prélim. N° 3 B, Annexe A - Glossaire mis à jour*, abril 2014, [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=text.display&tid=178](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178) (último acceso: 11 de mayo de 2015), p. I.

<sup>10</sup> *Idem.*

En el *acuerdo de procreación por otro*, la madre portadora provee su propio material genético (óvulo), con la lógica consecuencia de que el niño tendrá un vínculo genético con ella. En el marco de estos acuerdos puede haber concepción natural o recurrirse a técnicas de reproducción humana asistida. En cambio, en el *acuerdo de gestación por otro*, la madre portadora no provee su propio material genético. Generalmente, los acuerdos de gestación por otro son precedidos por un tratamiento de reproducción humana asistida. Y los gametos pueden pertenecer a uno o a ambos padres de intención, o no provenir de ninguno de ellos.<sup>11</sup>

Ante todo, será necesario aproximarnos a la diversidad del fenómeno de la GS así como al contexto en el que se presenta. Como el tema se enmarca dentro del área más general de las relaciones de filiación, se continuará con el análisis de algunas cuestiones jurídicas de la filiación transfronteriza. Posteriormente, abordaremos el estatus jurídico de los niños y de los padres intencionales en casos de GST, antes de extraer algunas conclusiones de cara al futuro.

## II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DIVERSIDAD Y CONTEXTO

Para comprender a carta cabal el complejo fenómeno de la GS, destacaremos su diversidad y el contexto en el que se presenta.

### 1. *Diversidad*

La GS origina una situación realmente delicada en la que se presenta un panorama muy variado, en función de:<sup>12</sup>

- los *sujetos* que desean tener un hijo mediante GS (uno o varios, solteros o casados, parejas del mismo o de distinto sexo);
- las *motivaciones* que llevaron a la GS (infertilidad,<sup>13</sup> incapacidad para procrear por parte de parejas del mismo sexo, temor a dar a luz, peligro a la hora de dar a luz, decisión de no pasar por el proceso de embarazo y, por qué no, aquellas personas que ante

---

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> González Martín, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en Brena Sesma, I. (coord.), *op. cit.*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/11.pdf> (último acceso: 11 de mayo de 2015), pp. 169 y 170.

<sup>13</sup> La Organización Mundial de la Salud concibe la infertilidad como una enfermedad y un problema de salud mundial, <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/> (último acceso: 11 de mayo de 2015).

- la imposibilidad —jurídica o práctica— de adoptar, optan por la maternidad subrogada y por medio de esta ficción consiguen su fin último: ampliar su familia y, si es necesario en función del derecho del Estado receptor, consolidar su vínculo jurídico con el niño por medio de la adopción);<sup>14</sup>
- los *medios* para la consecución de la paternidad/maternidad<sup>15</sup> (paternidad genética o social: gametos masculinos del varón o de uno de los varones de la pareja de padres intencionales, o gametos aportados por un tercero; maternidad genética o jurídica/social: alquiler de útero, cuando la mujer gestante o portadora recibe el embrión, o madre biológica si además aporta su óvulo, o el supuesto en el que una mujer aporte su óvulo, otra geste y una tercera asuma la responsabilidad parental, siendo esta última la madre jurídica o social)<sup>16</sup> y
  - el *fin* que se busca (lucro o gratuidad).<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Podemos y debemos pensar no sólo en la adopción por parte de parejas o matrimonios heterosexuales sino también en las parejas o matrimonios homosexuales y en personas solteras, sean cuales sean sus preferencias sexuales.

<sup>15</sup> Paternidad/maternidad no son sinónimos de procreación.

<sup>16</sup> La maternidad subrogada puede presentar una serie de modalidades:

“Subrogación total. Implica que la mujer contratada sea inseminada con sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos sus derechos que la maternidad le genera y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la maternidad del menor”.

“Subrogación parcial. Esta se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido transplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante”.

“Subrogación comercial. Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación”.

“Subrogación altruista. Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad o parentesco”.

Rodríguez López, Dina, “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto del contrato”, *Revista de Derecho Privado. Nueva Serie*, núm. 11, mayo-agosto 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm> (último acceso: 11 de mayo de 2015), pp. 109 y 110.

El tema presenta una gran variedad de aristas. Para explorarlas en el ámbito del derecho civil, véanse los textos de Clavería Gonzálbez. Por ejemplo: Clavería Gonzálbez, Luis Humberto, “Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción”, *La filiación a finales del S. XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988.

<sup>17</sup> En realidad, la madre portadora es quien tiene o no un fin de lucro. El tema de la finalidad que la madre gestante persigue es delicado, ya que generalmente se acepta que se

En cuanto a la regulación de la GS, en el ámbito internacional, nos encontramos ante una laguna normativa<sup>18</sup> que es necesario llenar, a fin de evitar o al menos reducir la gran cantidad de problemas derivados de la diversidad de las normas de fuente interna en derecho comparado. En efecto, tal como lo plantea Nieve Rubaja, “la gestación por sustitución (GS) se presenta como una realidad que supera las previsiones de muchos de los ordenamientos jurídicos y trae como resultado diferentes tintes problemáticos”.<sup>19</sup>

En este sentido, resulta muy delicada la situación en la que puede encontrarse la madre que alquiló su vientre para llevar a cabo una GS, especialmente cuando el derecho del Estado donde está domiciliada, no contiene normas que resguarden sus derechos humanos.<sup>20</sup> Asimismo, es fuente de preocupación la gran incertidumbre que existe acerca de cuestiones esenciales atinentes a los niños que nacen como consecuencia de una GS. De acuerdo con Rubaja, “la GS —ya sea con material genético aportado por uno o ambos comitentes o por la propia gestante o incluso de terceros— tiene una variada recepción por parte de los distintos ordenamientos jurídicos”.<sup>21</sup>

Mientras las normas de derecho interno de algunos países expresamente rechazan o prohíben estas prácticas,<sup>22</sup> las de otros no regulan espe-

---

le dé dinero para garantizar que esté bien alimentada y médicamente cuidada durante el embarazo. ¿Se podría considerar que tal pago implica lucro? Creemos que, en principio, no. ¿Pero dónde estaría el límite...? La Conferencia de La Haya reconoce que a veces es difícil distinguir los acuerdos altruistas de los acuerdos con fines de lucro. Véase: *Conférence de La Haye, Opportunité et possibilité...*, loc. cit.

<sup>18</sup> Ninguno de los instrumentos internacionales que existen en la actualidad contiene normas específicas para regular la GST. Trimmings, Katarina y Beaumont, Paul, “International Surrogacy Arrangements: an Urgent Need for Legal Regulation at the International Level”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, núm. 3, 2011, p. 630.

<sup>19</sup> Rubaja, Nieve, “El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero”, Moreno Rodríguez, José Antonio y Lima Marques, Claudia (coords.) *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Gráfica Editora, Porto Alegre, 2014, pp. 281 y ss.

<sup>20</sup> Es lo que, según Caroline Vincent y Alene D. Aftandilian, sucede en la India, uno de los típicos Estados de nacimiento en casos de gestación por sustitución transfronteriza. Vincent y Aftandilian, “Liberation or Exploitation: Commercial Surrogacy and the Indian Surrogate”, *Suffolk Transnational Law Review*, núm 36, 2013, pp. 671-682.

<sup>21</sup> Rubaja, N., loc. cit.

<sup>22</sup> Es, por ejemplo, el caso de Francia. Véase la respuesta de Francia a la pregunta 24 del Questionnaire on the Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues arising from International Surrogacy Arrangements, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3fr.pdf> (último acceso: 11 de mayo de 2015). Acerca de los intentos (hasta

cíficamente esta materia.<sup>23</sup> Asimismo, en algunos países se prohíbe expresamente que el acuerdo de maternidad subrogada tenga un fin de lucro (es decir, que haya un pago a la madre portadora superior a los gastos que ésta deba soportar como consecuencia del acuerdo).<sup>24</sup> A su vez, entre las legislaciones que reciben la GS, los requisitos establecidos son diferentes y también lo son las consecuencias además de la utilización de estas técnicas<sup>25</sup>. En los Estados federales, los estados que los componen tienen facultades para regular la GS: aquí también existen diferencias de una entidad federativa a otra, dentro del mismo país.<sup>26</sup> Todas estas circunstancias

---

ahora frustrados) de establecer una regulación del tema en Francia, véase: Petitfils, Charlotte y Muñoz Sastre, María Teresa, “French Layperson’s Views on Surrogate Motherhood: an Exploratory Study”, *Psicológica*, núm. 35, 2014, pp. 694 y 695.

<sup>23</sup> Es, por ejemplo, el caso de Colombia. Véase la respuesta de Colombia a la pregunta 24 del Questionnaire on the Private International Law Issues..., <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3co.pdf> (último acceso: 11 de mayo de 2015). Nótese que, como lo recuerdan Camilo A. Rodríguez-Yong y Karol Ximena Martínez-Muñoz, en Colombia no hay regulación del tema, a pesar de que en 2009 la Corte Constitucional reconoció la necesidad de contar con regulación (T-968/09). “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXV, núm. 2, 2012, p. 62.

<sup>24</sup> Es el caso de Australia, Nueva Zelanda y Reino Unido, entre otros países. Conférence de La Haye de Droit International Privé, Affaires Générales et Politique, Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, Doc. Prél. N° 3C (L’Étude), marzo 2014, disponible en [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c\\_fr.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c_fr.pdf) (último acceso: 11 de mayo de 2015), p. 16, nota 113. Con respecto a Reino Unido, que cuenta con la *Surrogacy Arrangements Act* desde 1985, el país “ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica comercial de la gestación por sustitución, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad), pero admite la gestación por sustitución a título benévolo y sin intermediarios”. Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf) (último acceso: 11 de mayo de 2015), p. 15.

<sup>25</sup> Rubaja, N., *loc. cit.*

<sup>26</sup> Es, por ejemplo, el caso de México y de Estados Unidos de América. Dentro de la República Mexicana, la mayoría de los estados guarda silencio con respecto al tema. Dos estados permiten expresamente la maternidad sustituta o GS (Tabasco y Sinaloa). Otros dos la prohíben (San Luis Potosí y Querétaro). En tanto que, el 15 de diciembre de 2015, Coahuila derogó la prohibición que establecía el artículo 491 de su Código Civil. En cuanto a los proyectos legislativos que hubo en otras entidades federativas, véase Rodríguez Martínez, Eli, “Los contratos internacionales sobre Maternidad subrogada. Un vistazo rápido al Derecho Comparado”, *Revista Derecho en Libertad*, núm. 13, 2014, <http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no13/Derecho13-Arti11.pdf> (último acceso: 11/05/2015), p. 156. Para un breve comentario acerca de la iniciativa de reformas a la Ley General de Salud presentada el 13 de octubre de 2015 por el PRI, aprobada por el Senado el 26 de abril de 2016 y luego turnada a Diputados, véase Alborno, María Mercedes, “La gestación subrogada y la iniciativa de reforma a la Ley General de Salud”, *Derecho en acción, Blog de la División de Estudios Jurídicos del*

favorecen el turismo reproductivo como una suerte de *forum shopping* de los padres intencionales, que se desplazan cruzando fronteras en busca de un país amigable con respecto a la gestación subrogada.<sup>27</sup>

Cuando la GS presenta aspectos transfronterizos, es decir, tiene puntos de conexión con al menos dos sistemas jurídicos diferentes, estamos ante una “gestación por sustitución transfronteriza” y entran en juego las normas de derecho internacional privado en materia de filiación.

## 2. Contexto

En efecto, la GS es un fenómeno que en la actualidad existe en diversos países y que debe ser encuadrada en un contexto más amplio: el de la filiación.

La Conferencia de La Haya, ya en 2011 señalaba que la gestación por sustitución transfronteriza constituía un “comercio mundial en pleno auge”. Y que, por entonces, no había plena conciencia de los desafíos jurídicos que generaba, sobre todo en lo atinente al estatus jurídico de los niños. En la actualidad, cuatro años después, se puede afirmar sin temor a equivocarse que el tema despierta gran interés y preocupación internacional. Y no sólo eso, sino que dada la gravedad acuciante de la problemática generada en torno a la gestación por otro, se considera un tema prioritario en el seno de instituciones internacionales. Por ejemplo, el Comité de las Naciones Unidas de los derechos del niño ha discutido el tema en 2013 y en 2014. A su vez, la Conferencia de La Haya cuenta con un “Proyecto sobre filiación y maternidad por sustitución”, cuya culminación ideal sería la elaboración de un instrumento internacional que contribuya a solucionar los inconve-

---

*CIDE*, 17 de mayo de 2016, <http://derechoenaccion.cide.edu/la-gestacion-subrogada-y-la-iniciativa-de-reforma-a-la-ley-general-de-salud/>.

Dentro de Estados Unidos, varios estados declaran nulos y no ejecutables los acuerdos de GS: Arizona, Indiana, Michigan, Nueva York y Washington DC. Un buen número de Estados regulan, con diferencias entre sí, la GS: Arkansas, Florida, Illinois, Nevada, Nuevo Hampshire, Dakota del Norte, Tennessee, Texas, Utah, Virginia y Washington. Otros Estados no tienen legislación sobre GS, pero la jurisprudencia la admite: California y Connecticut. En Minesota todavía no hay precedentes obligatorios. Gruenbaum, Daniel, “Foreign Surrogate Motherhood: *mater semper certa erat*”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 2012, pp. 486-488.

<sup>27</sup> “La variedad de respuestas nacionales a la subrogación ha llevado a un extendido forum shopping mediante el cual parejas infértiles que desean tener un niño a través de la subrogación, viajan de un país a otro buscando deliberadamente como destino jurisdicciones ‘amigables con la subrogación’” (la traducción es nuestra). Trimmings, K. y Beaumont, P., *op. cit.*, p. 629.

nientes prácticos que se suscitan en casos de gestación por sustitución transfronteriza.

Resulta difícil la tarea de obtener datos oficiales acerca de la gestación por sustitución transfronteriza. Por eso, tal como lo señala el *Estudio sobre la filiación jurídica y cuestiones derivadas de los acuerdos de maternidad por sustitución con carácter internacional* elaborado en 2014 por la Conferencia de La Haya,<sup>28</sup> no se cuenta con una fotografía completa pero sí con “instantáneas”<sup>29</sup> acerca de este tipo de acuerdos de gestación en el mundo.

El fenómeno ha crecido exponencialmente en los últimos años, tanto en número de casos como en alcance territorial.

En lo referente al número de casos, a modo de ejemplo, las 19 respuestas de abogados de diversos países al cuestionario diseñado por la Conferencia dan cuenta de que el número de casos en los cuales estos profesionales del derecho intervinieron, pasó de 26 en 2008, a 328 en 2012. Nótese que esto implica un aumento del 1162% en tan sólo 5 años.

Si bien una GST puede estar vinculada con más de dos Estados, tiene que haber al menos dos y se les denomina “Estado de nacimiento” y “Estado de recepción”. Los Estados de nacimiento con mayor número de casos son Estados Unidos e India. Seguidos luego por países como Tailandia, Ucrania, Rusia, Georgia y Canadá y, en menor medida, por Australia, China, Grecia, Israel, México, entre otros. Los Estados de recepción se localizan en los cinco continentes. Sólo mencionaremos algunos: África del Sur, Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Ecuador, España, Estados Unidos —tómese en cuenta que en países como Ucrania, por ejemplo, la gestación por sustitución es más económica que en Estados Unidos—, Japón, México, Nepal, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido, Senegal, Singapur, Suiza, Turquía, Uruguay, Venezuela...

Un dato interesante es el hecho de que las madres portadoras no suelen desplazarse de su país de residencia a otro, a efectos de dar a luz en el extranjero. Generalmente, quienes se desplazan al país de la madre portadora son los padres de intención. Son ellos también los que, una vez nacido el niño, lo conducen al extranjero.

---

<sup>28</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 60, párrafo 124.

### III. FILIACIÓN: ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Dado que la GS se encuadra dentro del tema de la filiación, es importante recordar algunas cuestiones de derecho internacional privado que, por consiguiente, sirven también para resolver problemas planteados por la GST. Si bien en casos transfronterizos la filiación puede llegar a ser establecida de nuevo en el Estado de recepción, en muchas ocasiones se procede al reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero. Haremos algunas consideraciones en torno a este último supuesto. También nos ocuparemos de la competencia internacional directa para impugnar la filiación, antes de detenernos en cuestiones de ley aplicable a la filiación y a su impugnación y a los efectos jurídicos del reconocimiento de la filiación.

#### 1. *Reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero*

Para reconocer en un determinado Estado la filiación establecida en el extranjero, es necesario contar con un documento expedido por el Estado extranjero del que se trate. La naturaleza de ese documento extranjero puede ser: acta de nacimiento, reconocimiento voluntario o sentencia.<sup>30</sup>

Ahora bien, el reconocimiento voluntario generalmente estará plasmado en el acta de nacimiento. Tanto el acta de nacimiento como la sentencia extranjera (y la carta rogatoria que acompaña a esta última) deben ser documentos auténticos. Por consiguiente, deben haber sido legalizados o apostillados.<sup>31</sup> Asimismo, en caso de ser necesaria la traducción, ésta debería estar certificada por un perito traductor oficial.

En lo atinente al reconocimiento del acta de nacimiento, los Estados establecen distintas pautas. Algunos la reconocerán si se ajusta a ciertas condiciones procesales. Otros, si es válida según la ley aplicable en virtud del derecho internacional privado del Estado receptor, que en ciertos países implica siempre una remisión a la *lex fori*. En algunos Estados receptores, a pesar de la existencia de un acta de nacimiento extranjera, la filiación se determina nuevamente de conformidad con la ley designada por la norma

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 43, párrafo 84.

<sup>31</sup> Convenio que suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, La Haya, 5 de octubre de 1961. Texto, estado actual e información adicional, disponibles en [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.text&cid=41](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=41) (último acceso: 11 de mayo de 2015).

de conflicto de dichos Estados. También hay Estados receptores que pueden tomar en cuenta el acta, siempre que ésta constituya un acto público válido en el Estado de origen.<sup>32</sup>

El Estado receptor está facultado a denegar el reconocimiento si hay una violación de su orden público (internacional). En algunos países está prevista también la denegación de reconocimiento del acta de nacimiento extranjera si se detecta que hubo fraude a la ley.

Si el documento probatorio de la filiación establecida en el extranjero es una sentencia, su reconocimiento se encuadra dentro del régimen general de reconocimiento de sentencias extranjeras. Recuérdesse que un punto crucial del control a efectuar en el Estado receptor es la conformidad con el orden público (internacional) de dicho Estado.

## 2. Competencia internacional directa para impugnación de la filiación

En la mayoría de los Estados, la competencia internacional directa en materia de impugnación de la filiación corresponde a las autoridades judiciales. Excepcionalmente, en algunos países la impugnación también puede ventilarse ante autoridades administrativas.<sup>33</sup>

Las normas de competencia internacional varían sustancialmente de un Estado a otro. Hay Estados en los cuales se aplican las normas generales de competencia para asuntos civiles. En algunos Estados se aplican normas de competencia internacional para asuntos del estado civil de las personas naturales, y hay ciertos Estados que cuentan con normas específicas para la impugnación de la filiación.<sup>34</sup>

También hay diversidad en los puntos de conexión escogidos por dichas normas. Encontramos normas que determinan un punto de conexión único, pero también normas con puntos de conexión múltiples, que pueden relacionarse entre sí de manera alternativa o subsidiaria.

Entre el amplio abanico de puntos de conexión de las normas que determinan la competencia internacional directa para impugnar la filiación, encontramos: la residencia habitual del niño (en ocasiones, condicionada a

<sup>32</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, pp. 44 y 45, párrafo 86.

<sup>33</sup> Por ejemplo, en Alemania, la impugnación puede hacerse en sede judicial o ante las autoridades del estado civil. Respuesta de Alemania a la pregunta 31 del Questionnaire on the Private International Law Issues..., <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3de.pdf> (último acceso: 11 de mayo de 2015).

<sup>34</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 51, párrafo 103.

que el nacimiento haya sido registrado en ese Estado); la nacionalidad del niño; la residencia habitual o la nacionalidad de un padre putativo que impugna la filiación, o de un padre putativo contra quien se entabla la acción; el domicilio del niño o de uno de sus padres; el Estado de nacimiento del niño; la residencia habitual o el domicilio del demandado; la residencia de la madre; una “conexión importante” probada con el Estado del foro.<sup>35</sup>

### 3. *Ley aplicable a la filiación y a su impugnación*

Encontramos dos grandes tendencias en cuanto a la determinación de la ley aplicable a la filiación y a su impugnación. Por un lado, hay Estados cuyas normas de conflicto permiten eventualmente aplicar un derecho extranjero y Estados que sistemáticamente aplican la *lex fori*. Por otro lado, en muchos de los Estados donde es posible aplicar derecho extranjero a la filiación y a su impugnación, el punto de conexión esencial es la nacionalidad (generalmente del niño, aunque también la de los padres putativos). En otros Estados, sin embargo, hay varios puntos de conexión posibles y la elección entre ellos se funda en el interés superior del menor.<sup>36</sup>

En México, ante la ausencia de normas de conflicto específicas para filiación, se recurre a las que regulan el estado civil.<sup>37</sup> Y según cuál sea el código de fondo aplicable, el estado civil se regirá por la ley del domicilio del hijo (de acuerdo con el principio *favor filii*), o bien por la *lex fori*.

### 4. *Ley aplicable a los efectos jurídicos del reconocimiento de la filiación*

En la mayoría de los Estados, la ley que rige los efectos jurídicos del reconocimiento de la filiación es, como sucede en México, la *lex fori*. No obstante, hay Estados que disponen de una norma de conflicto especial para los efectos de la filiación jurídica (sometiéndolos, por ejemplo, al derecho del domicilio del niño). En otros Estados, si bien no existe una norma especial para tales efectos, hay una norma de conflicto general que determina la ley aplicable a la filiación jurídica y es esa norma la que se empleará.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 51 y 52, párrafo 103.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 41 y 42, párrafo 80.

<sup>37</sup> Véase Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2a. ed., Oxford University Press, 2007, p. 254.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 53, párrafo 106.

#### IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA: ESTATUS JURÍDICO DE LOS NIÑOS Y DE LOS PADRES INTENCIONALES

En muchos casos de gestación por sustitución, la filiación de los niños es diferente según la ley de distintos Estados, lo que convierte el estatus de hijo en una “filiación claudicante”, válida en algunos países y no reconocida en otros.

Esto puede suceder a raíz de un conflicto entre las perspectivas o enfoques adoptados por el derecho internacional privado del Estado de nacimiento del niño que fue alumbrado como consecuencia de una GST, y el derecho internacional privado del Estado de recepción, donde el niño residirá o ya reside.<sup>39</sup> Las normas sobre filiación y nacionalidad o estatus migratorio del menor de cada uno de esos Estados pueden conducir a soluciones divergentes, con el resultado de que el niño e incluso sus padres intencionales quedarán prácticamente “atrapados” en una maraña normativa. En efecto, quienes han nacido como consecuencia de un acuerdo de GST pueden verse perjudicados en cuanto a su filiación y adquisición de nacionalidad.<sup>40</sup>

Veamos a continuación cuáles son las principales perspectivas acerca de la referida problemática, en los Estados de nacimiento y en los Estados de recepción.

##### 1. *Estados de nacimiento*

En los Estados de nacimiento donde es más común realizar acuerdos de GS, suele haber procedimientos para atribuir la filiación jurídica a los padres intencionales.<sup>41</sup> Dicha atribución puede tener lugar después del nacimiento, como sucede en Rusia, en Ucrania o en la India, o incluso antes de que el niño haya nacido, como es el caso de California, en Estados Unidos de América. Adoptando una perspectiva más general con respecto a los diferentes estados de Estados Unidos, la doctrina ha identificado como una estrategia creciente de las partes, la solicitud a un tribunal de una declaración de paternidad<sup>42</sup> antes de que la madre portadora dé a luz.<sup>43</sup> Algunos tribunales han hecho lugar a tales solicitudes, pero otros no.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 70, párrafo 148.

<sup>40</sup> Rubaja, N., *op. cit.*, pp. 281 y ss.

<sup>41</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 70, párrafo 149.

<sup>42</sup> Aclaremos que aquí se utiliza el término “paternidad” en sentido amplio, incluyendo también la maternidad.

<sup>43</sup> Spivack, C., *op. cit.*, p. 107.

<sup>44</sup> *Idem*. Allí se puede consultar algunos ejemplos de varios estados.

A efectos de la determinación de la competencia para registrar al recién nacido, el hecho de que su nacimiento se haya producido en el territorio del Estado es un factor de conexión relevante, es decir, las autoridades del Estado de nacimiento son las competentes para registrarlo.

En una gran cantidad de Estados se aplica la *lex fori* para determinar la filiación, incluso si los padres intencionales del menor residen en el extranjero. Diferente y llamativo es el caso de la India, donde se exige que para realizar allí una GST, los padres intencionales obtengan previamente una visa médica. Y a efectos de que tal visa les sea concedida por las autoridades indias, los padres intencionales deben demostrar que su Estado acepta la GS y que ellos podrán llevar al niño a ese Estado.<sup>45</sup>

Con respecto a la nacionalidad, el niño nacido luego de una GST, en general no adquirirá la nacionalidad del Estado de nacimiento.<sup>46</sup> No obstante, la regla es diferente en algunos países como Canadá y Estados Unidos. Esto significa que, por ejemplo, en uno de los frecuentes casos de GST en California, donde reside la madre portadora y nace el niño, con padres intencionales extranjeros, el menor contará con la nacionalidad estadounidense.

## 2. Estados de recepción

En los casos de GST, el menor nacido en un Estado será trasladado al Estado donde residirá, que generalmente será el país donde los padres intencionales tienen su centro de vida. Ahora bien, es de suma importancia que éstos se informen acerca de los requisitos migratorios del Estado de recepción *antes* de abandonar con el niño el Estado de nacimiento, a fin de evitar que el menor sea retenido en la frontera y se le impida ingresar al Estado de destino, y tener en cuenta que no es lo mismo que el menor ingrese al Estado de recepción como extranjero (si adquirió la nacionalidad y obtuvo del Estado de nacimiento algún documento oficial que le permita viajar al extranjero) o que lo haga como nacional (si adquirió obtuvo de la representación consular del Estado de recepción algún documento oficial que lo faculte a ingresar al territorio de dicho Estado).

<sup>45</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 71, párrafo 149.

<sup>46</sup> Esto se debe al “hecho de que los padres intencionales sean determinados padres jurídicos del niño, asociado a la ausencia de una norma absoluta de *ius soli* que permita la adquisición de la nacionalidad” (la traducción es nuestra). Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 71, párrafo 150.

En Estados federales la nacionalidad es cuestión federal, en tanto que la filiación y el registro de nacimientos competen a los estados o entidades federativas (es lo que ocurre en Australia, Estados Unidos, México),<sup>47</sup> o provincias (en el caso de Canadá).<sup>48</sup> En consecuencia, se produce una disociación de competencias,<sup>49</sup> que podría tener por efecto que el Estado de recepción reconociera o estableciera la filiación del niño nacido en el extranjero luego de una GST y que, sin embargo, no le confiriera su nacionalidad, o a la inversa, es posible que el niño adquiera la nacionalidad del Estado de recepción, sin que se reconozca ni se establezca su filiación con respecto a uno o ambos padres intencionales. Así, por ejemplo, en casos entrantes en Estados Unidos, para que el niño nacido en el extranjero como consecuencia de una GS pueda adquirir la nacionalidad estadounidense, debe haber un lazo genético con un nacional de este país norteamericano.<sup>50</sup> ¿Qué sucedería si de una pareja binacional residente en Estados Unidos, en la que sólo la madre fuese estadounidense, naciera un niño luego de una GST con donación de óvulos? En este supuesto no existiría un lazo genético con la madre estadounidense. Un caso similar fue resuelto en el sentido de que el niño adquirió la nacionalidad del padre intencional, pero necesita visa para residir en el Estado receptor, Estados Unidos.<sup>51</sup>

El tratamiento de las consecuencias jurídicas derivadas de la GST varía de un país a otro y de jurisdicciones internas a tribunales supranacionales. Sin embargo, es posible encontrar algunos trazos comunes entre países que pertenecen a una misma tradición jurídica.

Una vez que el menor nacido luego de una GST se encuentra en el Estado de residencia habitual de sus padres intencionales, generalmente surgen dificultades cuando se intenta registrar la partida de nacimiento otorgada en el extranjero. En la práctica, hay una gran variedad de casos. En algunos de ellos se ha determinado la filiación de cero en el Estado de re-

---

<sup>47</sup> Hemos incluido a México en este grupo, a pesar de que no figura entre los Estados federales mencionados en la sección pertinente del Estudio de la Conferencia. *Ibidem*, p. 73, párrafo 155.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> Nótese que la disociación de competencias está directamente relacionada con el régimen federal, más que con la tradición jurídica a la que pertenece el Estado de recepción en cuestión.

<sup>50</sup> En los demás Estados federales mencionados en este párrafo, la atribución de la nacionalidad del Estado de recepción al niño nacido en el extranjero luego de una GST no depende exclusivamente de la existencia de un vínculo genético con un nacional. Conférence de La Haye, Étude sur la filiation *juridique*..., *op. cit.*, p. 74, párrafo 159.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 74 y 75, párrafo 159.

cepción; en otros, se ha procedido a reconocer la sentencia extranjera que establece el vínculo filiatorio, o bien a inscribir en el registro civil del Estado de recepción el acta de nacimiento expedida en el extranjero.<sup>52</sup>

En esta sección presentaremos los criterios que con respecto al estatus jurídico de los niños y de los padres intencionales han venido adoptando los países de *common law*, los países de tradición civilista y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

#### A. Criterios de países de *common law*

Los países que siguen la tradición jurídica del *common law* pueden ser divididos en dos grupos.<sup>53</sup> En el primero encontramos aquellos Estados donde, en virtud del régimen federal adoptado, se produce la disociación de competencias en materia de nacionalidad por un lado, y de filiación y registro de nacimientos por el otro.<sup>54</sup> Pertenecen a este grupo Australia, Canadá, Estados Unidos. En el segundo grupo, en el cual encontramos por ejemplo a Irlanda, Nueva Zelanda y Reino Unido, todo lo atinente al estatus jurídico de los niños nacidos en el extranjero luego de una GS se determina de conformidad con las normas de derecho interno.<sup>55</sup>

En otras palabras, en los países de *common law* pertenecientes al segundo grupo, la pregunta de quiénes son los padres jurídicos del menor se responde mediante la aplicación de la *lex fori* del Estado de recepción. De modo que el niño podrá adquirir de pleno derecho la nacionalidad del Estado de recepción, siempre que el derecho interno de ese Estado determine que, en el caso concreto, el menor tiene un padre jurídico nacional del mismo.<sup>56</sup>

En algunos de esos Estados, si la madre portadora fuese soltera, el padre intencional nacional del Estado de recepción y vinculado genéticamente con el menor podría ser considerado padre jurídico del niño según el derecho interno del Estado de recepción.<sup>57</sup> En otros, los padres intencionales nunca

<sup>52</sup> Rubaja, N., *op. cit.*, pp. 281 y ss.

<sup>53</sup> División sugerida en el estudio realizado por la Conferencia de La Haya. Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, pp. 73-76, párrafos 155 y ss. Si bien podría interpretarse que el estudio considera el grupo de países federales como un sub-grupo de los países de *common law*, nosotros hemos incluido a México (país de tradición civilista) entre los Estados federales. Véase *supra*.

<sup>54</sup> Véase lo expuesto cuatro párrafos más arriba.

<sup>55</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 75, párrafo 160.

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> Es el caso de Irlanda y de Reino Unido. *Idem*, especialmente nota 622.

llegarán a ser considerados padres jurídicos en virtud del derecho interno. Entonces, la salida al problema filiatorio consiste en transferir la filiación a uno o ambos padres intencionales,<sup>58</sup> o bien en llevar a cabo una adopción (o dos adopciones) conforme al derecho interno del Estado de recepción, una vez que el niño nacido en el marco de un acuerdo de GST se encuentre en el territorio de dicho Estado.<sup>59</sup> Y generalmente el menor adquirirá por la nacionalidad de ese Estado en virtud del nuevo estado filiatorio.

### B. Criterios de países de tradición civilista

Aunque muchos de los Estados de recepción pertenecientes a la tradición romano-germánica deciden si un niño puede adquirir su nacionalidad de pleno derecho por filiación verificando si el menor tiene un padre jurídico nacional de ese Estado, en buena parte de ellos la filiación no se determinará aplicando las normas de derecho interno, sino las normas de derecho internacional privado de ese Estado.<sup>60</sup> Se advierte claramente aquí una diferencia con los países de *common law* a los que nos hemos referido más arriba.<sup>61</sup>

Sin embargo, lejos estamos de presenciar un panorama de cierta uniformidad en cuanto al derecho internacional privado de estos países civilistas: hay divergencias de contenido que pueden incluso llevar a la adopción de abordajes del tema totalmente distintos.<sup>62</sup> Por ejemplo, desde el empleo del método de reconocimiento para un acta de nacimiento expedida en el extranjero, hasta el establecimiento de la filiación jurídica *de novo* en el Estado de recepción, según el derecho designado por sus normas de conflicto.<sup>63</sup> Dadas estas divergencias, y siguiendo el estudio realizado por la Conferencia de La Haya, veremos algunas tendencias que ya es posible identificar en los países de tradición romano-germánica.

*Una tendencia* que se aprecia, *verbi gratia*, en Bélgica, España y Países Bajos, consiste en permitir que la paternidad jurídica de un padre intencional

---

<sup>58</sup> Allí donde la transferencia de filiación está permitida como, por ejemplo, en Reino Unido. Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 75, párrafo 161, especialmente nota 625.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 75, párrafo 161.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 76, párrafo 163.

<sup>61</sup> Véase *supra*, IV, 2, A.

<sup>62</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 76, párrafo 163.

<sup>63</sup> *Idem*, especialmente nota 631.

(generalmente con un vínculo genético con el niño) sea reconocida o bien establecida nuevamente en el Estado receptor. No obstante, la filiación con respecto a la madre o al segundo padre intencionales, deberá establecerse mediante adopción. Un problema adicional dentro de este enfoque es el hecho de que algunos Estados prohíben la adopción de un menor nacido como consecuencia de una GS si esta última tuvo fines de lucro, o si los padres intencionales no están casados o si son del mismo sexo.<sup>64</sup>

Entre los diversos y complejos casos que la Conferencia de La Haya ha elegido para abordar la problemática del estatus jurídico de los hijos en los Estados de recepción civilistas, haremos mención de algunos aspectos en torno al tema en Países Bajos y en España. Asimismo, agregaremos una breve referencia a un reciente caso alemán<sup>65</sup> que avanza un paso más allá con respecto a esta tendencia, porque en el caso concreto se ha reconocido el estatus filiatorio del menor con respecto a dos padres intencionales, sin que fuera necesario recurrir a la adopción para el segundo de ellos.

En Países Bajos, a menudo se rechaza el reconocimiento de actas de nacimiento extranjeras por razones de orden público. El rechazo no se funda en que la GS sea en sí misma violatoria del orden público holandés, sino en que éste se ve vulnerado por el hecho de que el acta de nacimiento extranjera no mencione madre alguna, o porque la que allí figure como madre no sea la madre portadora, la que dio a luz.<sup>66</sup>

En España, mediante una decisión reciente,<sup>67</sup> el Tribunal Supremo negó el registro de actas de nacimiento californianas correspondientes a unos menores nacidos luego de una GST, en las que figuraban como padres dos padres intencionales varones, nacionales y residentes en España. Consideró que las actas eran contrarias al orden público internacional es-

<sup>64</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 80, párrafo 166.

<sup>65</sup> Tribunal Federal alemán, sentencia del 10 de diciembre de 2014. Resumen y comentario en inglés en: Reis, Dina, “German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy”, postado por Jan Von Hein en el blog [Conflictoflaws.net](http://conflictoflaws.net), 4 de marzo de 2015, <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (último acceso: 11 de mayo de 2015).

<sup>66</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 77, párrafo 164, 2. Por ejemplo: Rechtbank ‘s-Gravenhague, 23 de noviembre de 2009, 14 de septiembre de 2009 y 24 de octubre de 2011, citados por la Conferencia de La Haya en la nota 639.

<sup>67</sup> Tribunal Supremo, Pleno, Sentencia N° 835/2013, 6 de febrero de 2014, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia/Actualidad-Jurisprudencial/TS-Civil-Pleno--Desestima-recurso-de-casacion--Gestacion-por-sustitucion--Inscripcion-en-el-Registro-Civil-espanol-de-la-filiacion-de-unos-menores-nacidos-tras-la-celebracion-de-un-contrato-de-gestacion-por-sustitucion-a-favor-de-los-padres-intencionales--determinada-por-las-autoridades-de-California-con-base-en-la-legislacion-de-dicho-estado> (último acceso: 11 de mayo de 2015).

pañol y que integra el mismo el artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.<sup>68</sup> Entendió que había que tomar en cuenta el interés superior del menor, pero que debía ponderárselo “con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en el que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.<sup>69</sup> La mayoría (por cinco votos contra cuatro) decidió conferirles mayor peso a estos últimos intereses del Estado. La disidencia, en cambio, destacó que el orden público debe valorarse caso por caso y negó aquí la existencia de una vulneración del orden público internacional español. Asimismo, pugnaba por que se distinguiese la ilegalidad de la GS en España, del reconocimiento de efectos a una GS extranjera.

En la sentencia alemana a la que aludíamos más arriba<sup>70</sup> el Tribunal Federal de ese país tenía que decidir si, a pesar de la prohibición interna de la GS, se reconocería o no en Alemania una sentencia californiana que confería la paternidad de un niño nacido como consecuencia de una GS a dos varones, padres intencionales. La madre gestante era una estadounidense soltera. El óvulo se obtuvo de una donante anónima, el esperma utilizado para la inseminación artificial pertenecía a uno de los padres intencionales. Ambos padres intencionales eran alemanes residentes en Alemania y estaban vinculados entre sí mediante una unión civil registrada. El Tribunal Federal decidió que no se podía negar el reconocimiento de la sentencia extranjera invocando violación del orden público. Por consiguiente, ordenó a la oficina del registro civil proceder a registrar el nacimiento del niño figurando los padres intencionales como padres jurídicos. El tribunal consideró que el orden público alemán no se veía conculcado por el simple hecho de que en un caso de GST, la paternidad jurídica fuera atribuida a los padres intencionales, dado que uno de ellos tenía un vínculo biológico con el niño, mientras que la madre portadora no tenía relación biológica alguna con el menor.

<sup>68</sup> Artículo 10. “Gestación por sustitución. 1. 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. 2. La filiación nacido por gestación de sustitución sera determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

<sup>69</sup> Tribunal Supremo, sentencia núm. 835/2013, *cit.*

<sup>70</sup> Véase nota 65.

*Otra tendencia* más liberal reconoce el estatus jurídico de la madre intencional en los acuerdos de GS.<sup>71</sup> Se funda en el interés superior del menor y en las consecuencias que para el menor tendría el no reconocimiento de su relación de filiación con la madre intencional.

En esta línea, en una decisión del 14 de diciembre de 2011, la Corte Constitucional de Austria resolvió un caso sobre adquisición de la nacionalidad austríaca por parte de un menor, por filiación.<sup>72</sup> Nótese que tal adquisición estaba condicionada a que al menos un padre jurídico fuera austríaco. La corte se apoyó en una sentencia estadounidense para acordar la nacionalidad austríaca por filiación, a un niño nacido en Estados Unidos como consecuencia de una GS. Los padres intencionales eran una pareja austro-italiana, en la que la madre intencional era austríaca. El fundamento fue el siguiente: la ley austríaca que prohíbe la gestación por sustitución no es de orden público, en el sentido de que no protege derechos fundamentales, y el no reconocimiento afectaría el interés superior del menor. En efecto, se impondría la calidad de madre jurídica a la madre portadora, a pesar de no ser la madre genética, ni la madre del niño según la ley estadounidense.

Finalmente, *una tendencia* más, muy restrictiva, se ha registrado en la jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia.<sup>73</sup> En varios casos resueltos durante 2011,<sup>74</sup> el tribunal galo decidió que había que negar la transcripción en los registros de estado civil franceses, de actas de nacimiento extranjeras que designaban a los padres de intención como padres jurídicos de niños nacidos en el extranjero luego de acuerdos de GST. Estos casos llegaron a la jurisdicción europea competente, que unos años después condenó a Francia. Veámoslo en el siguiente apartado.

### C. Criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El TEDH resolvió los casos *Menesson c. Francia* y *Labasse c. Francia* el 26 de junio de 2014.

<sup>71</sup> Conférence de La Haye, Étude sur la filiation juridique..., *op. cit.*, p. 80, párrafo 167.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 81, párrafo 167.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 81, párrafo 169.

<sup>74</sup> Corte de Casación, primera sala civil, sentencias N° 369, 370 y 371 del 6 de abril de 2011, <https://www.courdecassation.fr/> (último acceso: 11 de mayo de 2015). Dos de estos casos llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Menesson y otros c. Francia* (asunto 65192/11) y *Labasse y otros c. Francia* (65941/11), [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/_6/) (último acceso: 11/05/2015). Ambos fueron resueltos por dicho tribunal europeo el 26 de junio de 2014. Véase el apartado siguiente.

En cuanto a los antecedentes, en ambos casos Francia (como Estado de recepción) se había negado a reconocer la existencia de un vínculo jurídico entre los niños nacidos en Estados Unidos luego de sendas GS y sus respectivos padres intencionales, con quienes había lazos genéticos.

El TEDH condenó a Francia por violación del artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que consagra el derecho de los niños al respeto de su vida privada.

En su fallo, el TEDH destacó que:

- a) el derecho francés impedía absolutamente el establecimiento de un vínculo jurídico entre el niño y el padre intencional en Francia, además de impedir la transcripción del acta extranjera en el registro francés;
- b) el padre intencional, en ambos casos, era el padre genético;
- c) el derecho al respeto de la vida privada “exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad de ser humano, lo que incluye su filiación”;
- d) el respeto al interés superior de los menores debe guiar toda decisión acerca de ellos.

Poco más de medio año después, el TEDH volvió a pronunciarse sobre un caso que involucraba GS, a pesar de que algunos elementos fácticos diferían de los casos franceses. Se trata del asunto *Paradiso et Campanelli c. Italia*, resuelto el 27 de enero de 2015.<sup>75</sup> En esta causa el TEDH también condenó al país demandado, acogiendo las pretensiones de los actores, que alegaban violación del artículo 8o. de la CEDH. En este caso, un matrimonio heterosexual italiano que tenía dificultades para realizar una fecundación *in vitro*, decidió contratar una GST con una mujer rusa en Rusia, mediante una agencia. Todo el material genético utilizado provenía de la pareja que, por lo tanto, reunía las cualidades de padres intencionales y de padres genéticos. El matrimonio le reclamó al Estado italiano la ausencia de reconocimiento y transcripción de la filiación en el registro civil de Italia, así como la decisión de separar al niño de los padres intencionales y de someterlo a un proceso de adopción en Italia que derivaría en la adopción por parte de otras personas.

El TEDH analizó si se había vulnerado el derecho a la vida familiar y privada de los padres intencionales. Consideró que efectivamente hubo “vida familiar” entre el niño nacido en Rusia y el matrimonio de padres

---

<sup>75</sup> TEDH, asunto núm. 25358, [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/_6/) (último acceso: 11 de mayo de 2015).

intencionales, ya que habían convivido durante al menos seis meses. Asimismo, estimó que de todas maneras también hubo “vida privada” entre ellos. Determinó que el artículo 8o. CEDH protege tanto una como la otra y que ambas habían sido vulneradas en este caso. Adicionalmente, destacó que es necesario que un niño no se encuentre en situación de desventaja por el hecho de haber sido traído al mundo por una madre portadora.

Pensamos que con estas tres decisiones, el TEDH va marcando un rumbo a los Estados miembros de la Unión Europea, hacia actitud de mayor apertura y flexibilidad con respecto a la GST y sus efectos en los Estados de recepción.

## V. DE CARA AL FUTURO

La GST es un fenómeno que existe, es cada vez más frecuente en la vida real y genera serios problemas jurídicos, muchos de los cuales han sido analizados en el desarrollo de este artículo. Estimamos que la comunidad jurídica no debe hacer caso omiso de esta nueva realidad sino, por el contrario, involucrarse directamente en la misma y procurar establecer allí cierto orden, de modo que los intereses de los sujetos intervinientes no resulten lesionados. Requiere especial consideración el interés superior del menor que nace en el contexto de una GST. En efecto, para prevenir el surgimiento de conflictos en torno al estatus jurídico de los niños nacidos como consecuencia de una GST y de sus padres intencionales, así como para solucionar los diferendos que de todas maneras llegaran a presentarse, es preciso contar con una regulación, preferentemente internacional.

La Conferencia de La Haya ha venido trabajando en este sentido. De hecho, considera que la GST es un tema prioritario en su agenda. Ha conformado un Grupo de Expertos en materia de filiación y gestación por sustitución, que celebró su primera reunión del 15 al 18 de febrero de 2016.<sup>76</sup> Está previsto que dicho grupo continúe trabajando, a fin de analizar la viabilidad y eventualmente proponer una regulación apropiada, que pueda ser aceptada por un gran número de Estados. Nótese, sin embargo, que su labor debe concentrarse, en primer lugar, en el tema del reconocimiento de

---

<sup>76</sup> Para el informe y las conclusiones de la reunión del Grupo de Expertos, véase : Conférence de La Haye de Droit International Privé, Rapport de la Réunion de février 2016 du Groupe d'Experts relatif au Projet Filiation / Maternité de substitution, Doc. Prel., núm. 3, febrero 2016, <https://assets.hcch.net/docs/abf15fe3-18dc-4155-867b-2aaefe5016ed.pdf> (último acceso: 29 de agosto de 2016).

la filiación y de la gestación por sustitución establecidas en el extranjero.<sup>77</sup> Una de las cuestiones pendientes de definición es la elección de la técnica de codificación internacional a emplear. Si bien este aspecto podría parecer meramente formal, resultará clave para el impacto que el nuevo (futuro) instrumento tendrá en la práctica.

La existencia de un cuerpo sistemático de normas de fuente internacional, sea de *hard law* o de *soft law*, facilitaría la adopción de criterios uniformes en el ámbito de los diferentes sistemas jurídicos nacionales y la realización de la justicia material en casos concretos. De esta manera, resultarían protegidos los intereses de las personas físicas involucradas en asuntos de GST y especialmente los de los menores, que son los únicos que no han elegido voluntariamente encontrarse envueltos en un entramado jurídico tan complejo.

---

<sup>77</sup> Así lo decidió el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, en su reunión del 15 al 17 de marzo de 2016. *Conclusions et Recommendations adoptées par le Conseil*, p. 3, 15, <https://assets.hcch.net/docs/7abc2dba-35e2-4aa3-b66a-94fec4b2ed0f.pdf> (último acceso: 29 de agosto de 2016).

## EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MEXICANO A TRAVÉS DE SUS TRATADOS MULTILATERALES

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tratados multilaterales*. III. *A modo de comentarios*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 5 de febrero de 2017 celebramos el centenario de nuestra carta magna mexicana y con él esta loable y magnífica iniciativa, encabezada por nuestro amigo y colega el doctor Jorge Sánchez Castañeda, y secundada por nuestra Secretaria de Relaciones Exteriores y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en donde tenemos la oportunidad, aquellos que nos abocamos a la teoría y práctica de la materialización de nuestro derecho internacional, de reforzar la inercia, sin parangón, que nuestro Estado mexicano ha proyectado para ser un país extraordinariamente inmerso en la dinámica internacional al ser signatario de un número importante de instrumentos internacionales. México dejó de ser tildado de territorialista, con anterioridad a la década de los ochenta, para ser actualmente un país que se caracteriza por su apertura internacional.

La idea de la inclusión y actualización de este trabajo en esta obra conmemorativa derivó de una contribución, a su vez conmemorativa y colectiva, coordinada por el doctor Sergio García Ramírez, titulada *El derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, para rememorar la Independencia y la Revolución mexicana; una obra que fue co-coordinada, para el sector dirigido al derecho internacional, por el doctor Ricardo Méndez Silva. La combinación de esfuerzos realizada por ambos extraordinarios juristas nos dejó un material de extrema importancia para el derecho internacional. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el área

del derecho internacional privado, colaboró con una contribución titulada “Derecho internacional privado. 200 años de tratados internacionales”,<sup>1</sup> la cual, posteriormente, se transformó en un libro titulado *Derecho internacional privado. 200 años de tratados internacionales ratificados por México*,<sup>2</sup> ambos bajo la autoría de quien suscribe estas líneas y Sonia Rodríguez Jiménez, compañera querida a la que perdimos en 2013, y a la que dedicamos, una vez más, el más afectuoso y sincero de los recuerdos.

La presente contribución, en clara continuidad con los mencionados trabajos, recupera y actualiza, no tan breve como quisiéramos, el comentario o análisis de los distintos y numerosos instrumentos internacionales multilaterales de los que México es parte y, en este sentido, hemos seleccionado aquellos tratados internacionales cuyo contenido se refiere expresamente a uno o varios de los sectores constitutivos del contenido del derecho internacional privado.

A efecto de dar paso a la estructura de la presente contribución, queremos expresar que el primer comentario se centra en que todos los datos consignados respecto a la fecha de firma, aprobación por el Senado, publicación en el *Diario Oficial de la Federación* para su aprobación y promulgación, de la vinculación de México y su entrada en vigor para este Estado son extraídos del disco compacto *Tratados vigentes celebrados por México (1836-2008)*, publicado por el Senado de la República, LX Legislatura, la Secretaría de Gobernación y Secretaría de Relaciones Exteriores.<sup>3</sup>

Al hilo de esta idea, debemos reiterar que las presentes líneas se abocan, únicamente, a aquellos convenios multilaterales catalogados por dicho disco compacto como instrumentos de derecho internacional privado.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, “Derecho Internacional Privado. 200 años de Tratados Internacionales”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *El derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, en Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional*, México, Porrúa, t. II., pp. 63-122.

<sup>2</sup> González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *Derecho internacional privado. 200 años de tratados internacionales ratificados por México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

En los dos trabajos referenciados en estas dos sucesivas notas a pie de páginas, se enumeran y analizan, a su vez, no solo la normativa convencional multilateral que es objeto de comentario en esta ocasión sino, además, la normativa convención general y la bilateral.

<sup>3</sup> La información a la que hacemos referencia del disco compacto también la podemos encontrar en [http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDS2008/CDTratados/inst\\_trat.php](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDS2008/CDTratados/inst_trat.php).

<sup>4</sup> Expresar que en el mencionado disco compacto, en el rubro relativo al derecho internacional no están todos los convenios relativos al DIPr y aparecen diseminados en rubros titulados como cooperación jurídica general, cooperación general, derechos humanos, organismos internacionales y acuerdos sede.

Como último apunte introductorio queremos mencionar que el criterio seguido para el estudio de estos instrumentos multilaterales será, además de comentar sólo aquellos que vienen determinados a través de las páginas oficiales mexicanas como de derecho internacional privado, el orden cronológico.

## II. TRATADOS MULTILATERALES

El primer comentario que debemos realizar versa sobre la metodología o estructura seguida en el análisis de los instrumentos internacionales que serán referenciados en relación con instrumentos multilaterales de estricto contenido de derecho internacional privado.

De esta manera, al analizar o abordar el contenido de un convenio internacional debemos comenzar por ubicar los requisitos aplicativos del mismo, es decir, sus ámbitos de aplicación, el material-personal, el temporal y el espacial. El estricto cumplimiento o incumplimiento de estos tres requisitos *cumulativos* dará el resultado positivo o negativo de su aplicación o inaplicación, respectivamente.

En este orden de ideas es menester señalar que, en función del artículo 133 constitucional, la ley suprema de toda la unión son, además de la propia norma fundamental, “las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado...”, y en clara clave de complemento con los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1999 en el caso del sindicato de los Controladores Aéreos y de 2007 en el caso *Mc Cain*, además de lo estipulado a raíz de la denominada reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011 y a raíz, igualmente del pronunciamiento de la Suprema Corte, en torno al control de convencionalidad, caso *Radilla*,<sup>5</sup> y

---

Por otra parte, y sin ánimo de ser reiterativos sino con el ánimo de esclarecer, queremos señalar que en este trabajo nos abocaremos exclusivamente a los tratados multilaterales y no a los convenios de contenido general y aquellos convenios bilaterales de derecho internacional privado.

<sup>5</sup> Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf> (consultado el 27 de agosto de 2016).

Asimismo, véase el Expediente varios 912/2010, en el cual se resolvieron varios puntos sobre derechos humanos, fuero militar, etcétera, en donde hubo varias jurisprudencias, Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente varios 912/2010, México 14 de julio de

las decisiones del 25 de abril de 2014,<sup>6</sup> debemos considerar que, a tenor de dichas interpretaciones, los tratados internacionales deben ser examinados y, en su caso aplicados, con preferencia sobre la normativa de origen autónomo, interno o común.<sup>7</sup>

La relación entre ambos cuerpos normativos se da en clave de jerarquía aplicativa y no de derogación-validez; por ello, la denuncia de un convenio internacional no ocasiona una laguna normativa, así como la inexistencia de un convenio tampoco la genera.

El segundo paso a recorrer es analizar el contenido del convenio concreto en el sector constitutivo del contenido del derecho internacional privado, esto es, competencia judicial/administrativa civil/mercantil internacional, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras, así como la cooperación procesal internacional.

De esta manera, podemos ofrecer un panorama lo más completo o pedagógico posible en torno al análisis de la normativa convencional ratificada por México.

Así, de esta manera, tal y como dejamos expresados, para el análisis de la normativa señalada, abordaremos los tres ámbitos de aplicación de cada uno de los convenios a efecto de sistematizar sus requisitos aplicativos; en segundo lugar, la clasificación realizada por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana únicamente para los convenios de derecho internacional privado; en tercer instancia se aborda los caracteres más o menos pormenorizados que se destacan de cada uno de los convenios, para finalizar con las notas, reservas o declaraciones interpretativas que México ha hecho prácticamente a todos estos convenios internacionales.

---

2011, <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225> (consultado el 31 de agosto 2016).

<sup>6</sup> Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Tesis P./J. 21, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 204. Número de registro 2006225.

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Tesis P./J. 20, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202. Número de registro 2006224.

<sup>7</sup> La Suprema Corte de la Nación ha determinado que la jerarquía de los tratados es que éstos se encuentran por encima de las leyes generales, federales o locales, pero por debajo de la Constitución Federal, Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

Por otra parte, queremos expresar que a veces, en la misma estructura, contamos con el ámbito de aplicación personal, a veces no, otras veces contamos con datos para determinar el ámbito espacial y otras se pone de manera genérica. La ausencia o no de estos datos se debe principalmente a la fecha y origen de estos convenios, así los instrumentos más modernos e interamericanos cuentan con ámbito de aplicación personal, espacial y temporal, mientras que otros, más añejos y procedentes de otros foros de codificación, no son tan explícitos a la hora de ofrecernos estos datos.

Una vez realizadas todas estas puntualizaciones, a continuación se enlistan los convenios, por orden cronológico, que cataloga la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como instrumentos multilaterales de derecho internacional privado.

### 1. *Convención sobre la condición de los extranjeros*

a) *Ámbito de aplicación material.* Condición jurídica de los extranjeros cubriendo las condiciones de entrada y residencia.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguay, República Dominicana, Estados Unidos de América y Cuba.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Firmado en La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928, entró en vigor internacional el 29 de agosto de 1929, aprobado por el Senado el 2 de diciembre de 1930, publicación de aprobación en el *DOF* el 7 de febrero de 1931, vinculación de México el 28 de marzo de 1931 por ratificación, entró en vigor en la misma fecha y se publicó en el *DOF* el 20 de agosto de 1931.

La Secretaría de Relaciones Exteriores lo ha ubicado en el área correspondiente al derecho internacional privado.

Como comentario a su contenido, tenemos que el artículo 2o. equipara a los extranjeros con los nacionales a efectos de someterse a la jurisdicción y leyes locales, especificándose en el artículo 5o. que los extranjeros domiciliados o transeúntes gozan de todas las garantías individuales así como el goce de los derechos civiles esenciales. Se exime a los extranjeros del servicio militar, pero aquellos domiciliados pueden ser obligados a participar con la policía, bomberos o milicia contra catástrofes naturales o peligros que no provengan de guerra. Están obligados a las contribuciones ordinarias y extraordinarias.

El artículo 6o. puede llegar a legitimar el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al establecer que los extranjeros domiciliados residentes o transeúntes pueden, por motivo de orden o seguridad pública, ser expulsados, con la correlativa obligación del Estado al que se dirijan de recibir al nacional expulsado del extranjero. En la misma tónica de entender el citado artículo 33 constitucional mexicano, el artículo 7o. de este convenio estipula la obligación de no inmiscuirse en las actividades políticas privativas de los ciudadanos del país en que se encuentre, si lo hiciera, quedará sujeto a las sanciones previstas en la legislación local que en el contexto mexicano, marco constitucionales, equivale a la expulsión.

Al momento de ratificar la Convención, México formuló las reservas siguientes:

I. El gobierno mexicano declara que interpreta el principio consignado en el artículo 5 de la Convención, de sujetar a las limitaciones de la ley nacional, la extensión y modalidades del ejercicio de los derechos civiles esenciales de los extranjeros, como aplicable también a la capacidad civil de los extranjeros para adquirir bienes en el territorio nacional; II. El gobierno mexicano hace la reserva de que por lo que concierne al derecho de expulsión de los extranjeros, instituido por el artículo 6 de la Convención, dicho derecho será siempre ejercido por México en la forma y con la extensión establecida por su ley constitucional.

## *2. Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*

La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, en su séptima reunión, celebrada en La Haya, Países Bajos, los días 9-31 de octubre de 1951, emitió, teniendo en cuenta el carácter permanente de dicha conferencia y su deseo de acentuar dicho carácter, su Estatuto teniendo como países anfitriones a República Federal de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia y Suiza. Este Estatuto entró en vigor internacional del 15 de julio de 1955.

Este Estatuto es catalogado por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

El artículo 1o. establece cuál es el propósito de esta Conferencia de La Haya, el cual consiste en la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado. El artículo 2o. habla de quiénes son sus miembros y

quiénes pueden llegar a serlo. En relación con los primeros se afirma que son aquellos Estados que hayan participado ya en una o varias reuniones de la Conferencia y que acepte el presente Estatuto; en el caso de los segundos si afirma que pueden ser aquellos Estados cuya participación tenga un interés de naturaleza jurídica para los trabajos de la Conferencia, su admisión se decidirá por los gobiernos de los Estados participantes a propuesta de uno o varios de ellos, por mayoría de los votos emitidos en un plazo de seis meses a partir del sometimiento de dicha propuesta a los gobiernos. La admisión será definitiva.

El artículo 3o. establece el funcionamiento de la Conferencia, el cual queda a cargo de la comisión de Estado Neerlandés instituida por Real Decreto del 20 de febrero de 1879. La citada comisión asegurará su funcionamiento mediante una oficina permanente, examinará todas las propuestas destinadas a ser incluidas en el orden del día de la Conferencia, asimismo fijará la fecha y el orden del día de las reuniones, previa consulta a los miembros. Las reuniones ordinarias de la Conferencia se celebrarán, en principio, cada cuatro años. En caso de necesidad, la comisión de Estado, previo informe favorable de los miembros, podrá solicitar al gobierno de los Países Bajos que convoque la Conferencia en Reunión Extraordinaria.

El artículo 4o. establece la estructura orgánica, es decir, que la Oficina Permanente tendrá su sede en La Haya con un secretario general y dos secretarios de distintas nacionalidades, cuyo número puede ser aumentado, nombrados por el gobierno de los Países Bajos a propuesta de la comisión de Estado. En clara continuidad con esta disposición, el artículo 5o. enlista las funciones de la Oficina Permanente, en este sentido establece la preparación y organización de las reuniones de la Conferencia de La Haya y de las comisiones especiales, de los trabajos de la secretaría de reuniones, así como otras propias de una Secretaría. El artículo 6o. establece que los miembros deben designar un órgano nacional para facilitar las comunicaciones entre los miembros de la Conferencia y la Oficina Permanente. El artículo 7o. establece que el intervalo de las reuniones, la Comisión de Estado podrá crear comisiones especiales para elaborar proyectos de Convenio u otras cuestiones de derecho internacional privado.

El artículo 12 establece la posibilidad de introducir modificaciones en el presente Estatuto, siempre que las mismas sean aprobadas por los dos tercios de los miembros. El artículo 13 establece que para asegurar su ejecución las disposiciones del Estatuto serán completadas por un reglamento que será redactado por la Oficina Permanente y aprobado por los gobiernos de los miembros.

La entrada en vigor de este Estatuto se producirá por la aceptación de la mayoría de los Estados representados en la séptima reunión; este requisito parece que tardó en cumplirse desde que aparecen como Estados que lo han aceptado en primer término los siguientes: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Países Bajos, Portugal y Suecia. Para el caso de México, se aprobó por el Senado el 26 de diciembre de 1985, se publicó en el *DOF* para su aprobación, el 28 de enero de 1986, la vinculación para México se da el 18 de marzo de 1986 por adhesión, entró en vigor para México el 18 de marzo de 1986 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 12 de mayo de 1986.

El artículo 15 establece la posibilidad de denunciar el presente Estatuto después de un periodo de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor.

A este Estatuto se le anexa la nota de que cuenta con una modificación adoptada en La Haya el 30 de junio de 2005 que está en vigor y de la que México es parte.

3. *Estatuto de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, adoptado el 31 de octubre de 1951 y modificado en el marco de la XX sesión diplomática*

Esta modificación del Estatuto entró en vigor internacional el 1.º de enero de 2007, se aprobó por el Senado el 25 de abril de 2006, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 6 de junio de 2006, la vinculación para México se da por aceptación el 18 de agosto de 2006, entró en vigor para México el 1.º de enero de 2007 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 28 de diciembre de 2006.

Esta Convención es catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores como un instrumento de derecho internacional privado.

4. *Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero*

a) *Ámbito de aplicación material.* Obtención de alimentos en el extranjero. En este sentido, tal y como señala la doctrina, el Convenio acude al auxilio de los acreedores de alimentos, quienes no suelen disponer de medios económicos para hacer frente a los costes de un procedimiento para la obtención de alimentos. Para ello, el Convenio establece mecanismos que

permiten al acreedor reclamar su derecho sin necesidad de trasladarse al país donde reside el deudor.<sup>8</sup>

b) *Ámbito de aplicación personal.* De conformidad con el artículo 1o. se habla de manera general de “personas” llamada demandante y demandado, sin especificar edades ni reciprocidades.

c) *Ámbito de aplicación espacial.* Se requiere que el demandante se encuentre en el territorio de una de las partes contratantes y el demandado esté sujeto a la jurisdicción de otra parte contratante. De lo anterior se desprende que estamos ante un convenio *inter partes*. El artículo 18, titulado “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. Como señala la doctrina, el Convenio se aplica sólo cuando acreedor y deudor se hallan en Estados partes en el Convenio por lo que no es preciso que tengan su domicilio o su residencia habitual en uno de esos países: basta su “mera presencia” aunque no su “sola presencia pasajera”.<sup>9</sup> No es de extrañar que México se haya adherido a este instrumento internacional, altamente aceptado por los Estados, el cual refleja “el éxito de su fórmula”.<sup>10</sup>

De conformidad con el artículo 12, las disposiciones de la Convención se aplicarán a todos los territorios no autónomos o en fideicomiso y a todos los demás territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable una parte contratante, a menos que dicha parte contratante, al ratificar la convención o adherirse a ella haya declarado que no se aplicará a determinado territorio que esté en esas condiciones.

d) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en Nueva York el 7 de septiembre de 1956, entró en vigor internacional el 25 de mayo de 1957, la firma por México se da el 20 de junio de 1956, la aprobación del Senado se emite el 20 de diciembre de 1991, la publicación en el *DOF* para su aprobación fue el 28 de enero de 1992, la vinculación de México se produce el 23 de julio de 1992 por ratificación, entró en vigor para México el 22 de agosto de 1992 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 29 de septiembre de 1 mismo año. De conformidad con el artículo 14, este instrumento entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que se haya efectuado el depósito del tercer instrumento de ratificación o adhesión.

---

<sup>8</sup> Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Comares, España, vol. II, 2000, p. 194.

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> *Idem.*

Este Convenio es considerado por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

Dentro del contenido de dicho instrumento, tenemos que esta Convención implementa para la obtención de los alimentos, autoridades remitentes e instituciones intermediarias.<sup>11</sup> La designación por cada parte contratante de sus autoridades remitentes o intermediarias deberá ser comunicado al secretario general de las Naciones Unidas. El propósito u objetivo de este nombramiento es agilizar los trámites de alimentos internacionales pues entre ellas podrá establecerse comunicación directa. Como bien señala la doctrina, el verdadero y único propósito del Convenio es facilitar la prestación de alimentos.<sup>12</sup> Para alcanzar dicho objetivo es que entendemos que se instalan dichas autoridades. En ese sentido, la autoridad justifica la previsión de estas autoridades con el fin de evitar que el acreedor de alimentos deba trasladarse al país extranjero donde se halla el deudor de alimentos.<sup>13</sup> En este sentido, igualmente, se ha pronunciado la doctrina diciendo que este Convenio está destinado a abolir las fronteras jurídicas detrás de las cuales podrían cobijarse los deudores alimenticios.<sup>14</sup>

El artículo 3o. regula la solicitud a la autoridad remitente del Estado del demandante, así cada parte contratante informará al secretario general acerca de los elementos de prueba exigidos por la ley de ese Estado para justificar la demanda de alimentos, así como la forma en que ésta debe ser presentada para ser admisible y cualquier otro requisito destinado a la satisfacción de dicha pretensión. La solicitud debe de ir debidamente cumplimentada, en este sentido la solicitud debe expresar: *a)* el nombre y apellido del demandante, su dirección, fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación, y, en su caso, el nombre y dirección de su representante legal; *b)* el nombre y apellido del demandado y, en la medida en que sean conocidas por el demandante, sus direcciones durante los últimos cinco años, su fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación, y *c)* una exposición detallada de los motivos en que se funda la pretensión del demandante y del objeto de ésta y cualesquiera otros datos pertinentes, tales como los relativos a la situación económica y familiar del demandante y el demandado. De lo anterior se extrae que el procedimiento fijado por el Convenio presenta

<sup>11</sup> Como bien señala la doctrina, la Institución Intermediaria opera como representante del demandante en el Estado donde reside el deudor de alimentos. Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 194; González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6a. ed. revisada, Madrid, Eurolex, 1995, p. 378

<sup>12</sup> Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 194.

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> González Campos, J. D. *et al.*, *op. cit.*, p. 378.

las siguientes fases: 1. El demandante de alimentos presenta una solicitud a la autoridad remitente del Estado donde se encuentra; 2. Dicha autoridad recibe la reclamación y una vez cerciorado de su cumplimentación y buena fe transmite estos documentos a la Institución Intermediaria del Estado demandado; 3. La autoridad remitente transmitirá los documentos a la institución intermediaria del Estado del demandado; 4. Dicha institución Intermediaria adoptará todas aquellas medidas destinadas a obtener el pago de alimentos.<sup>15</sup>

La obligación de transmitir los documentos de la autoridad remitente a la Institución intermediaria se realizará salvo ausencia de buena fe en su solicitud.

La autoridad remitente podrá recomendar a la institución intermediaria que se conceda asistencia jurídica gratuita y exención de costas hacia el demandante. Las autoridades remitentes, en función del artículo 5o., transmitirá cualquier decisión de carácter provisional o definitivo que en materia de alimentos haya sido emitida en favor del demandante en un tribunal competente. Dichas decisiones y actos pueden completar o reemplazar los documentos requeridos en la solicitud.

En relación con la institución intermediaria, el artículo 6o. establece sus funciones determinando que éstas consisten en tomar las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, pudiendo incluso iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar un pronunciamiento judicial. De esta manera, la doctrina expresa que dicha institución dispone de tres opciones posibles para asegurar el cumplimiento de la prestación de alimentos: bien acordar una transacción con el deudor de alimentos, bien iniciar una nueva acción en el país donde se halla el deudor o bien, instar el *exequatur* de la sentencia extranjera si la hubiera. Por otra parte, deberá mantener informada a la autoridad remitente.

De conformidad con el artículo 8o., las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a las solicitudes de modificación de pronunciamientos judiciales en esta materia.

Las autoridades remitentes y las instituciones intermediarias no percibirán remuneración por los servicios prestados.

De conformidad con el artículo 16, cualquier controversia respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención será sometida a la Corte Internacional de Justicia si no hubiere podido ser resuelta por otro medio.

---

<sup>15</sup> Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 195; en sentido parecido González Campos, J. D. *et al.*, *op. cit.*, p. 378.

## 5. *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada*

a) *Ámbito de aplicación material.* Nacionalidad de la mujer casada.

b) *Ámbito de aplicación personal.* Mujer sin especificar edad.

c) *Ámbito de aplicación espacial.* El artículo 7o., esta Convención se aplicará a todos los territorios no autónomos, en fideicomiso, coloniales y otros territorios no metropolitanos de cuyas relaciones internacionales esté encargado cualquier Estado contratante. En los casos en que, para los efectos de la nacionalidad un territorio no metropolitano no sea considerado parte integrante de dicho territorio, o en los casos en los que se requiera el previo consentimiento de un territorio no metropolitano en virtud de las leyes o prácticas constitucionales del Estado contratante o del territorio no metropolitano para que la Convención se aplique a dicho territorio, aquel Estado contratante tratará de lograr el consentimiento necesario dentro del plazo de doce meses a partir de la fecha de la firma de la Convención.

d) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en Nueva York, el 20 de febrero de 1957, entró en vigor internacional el 11 de agosto de 1958. El objetivo de esta Convención es resolver aquellos conflictos que surgen tanto en el plano jurídico como práctico en materia de nacionalidad, concretamente sobre su pérdida y su adquisición, relacionada o atribuida a la mujer como resultado de su matrimonio, de la disolución matrimonial o del cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio. De conformidad con el artículo 6o., esta Convención entra en vigor noventa días después de la fecha de depósito del sexto instrumento de ratificación. Esta Convención se aprobó por el Senado mexicano el 20 de diciembre de 1978, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 24 de enero de 1979, la vinculación de México se dio por adhesión el 4 de abril de 1979, la entrada en vigor para México fue el 3 de julio de 1979 y se publicó en el *DOF* promulgación el 25 de octubre de 1979.

Este Convenio se considera por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

El marco de referencia de esta Convención lo constituye el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por lo anterior, se estipula que los Estados contratantes se obligan a que la celebración o la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, así como el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio no afecten a la nacionalidad de la mujer de manera automática. En este mismo sentido, se conviene que el hecho de que uno de sus nacionales adquiera voluntariamente la nacionalidad de otro Estado, o el hecho de que se renuncie a su nacionalidad

no impedirá que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee. Para darle sentido a lo anterior, se estipula que la mujer extranjera casada con uno de los nacionales de un Estado contratante podrá adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido por medio de un procedimiento especial de naturalización privilegiada. Esta regla general presenta una excepción que consiste en la limitación que pueda imponerse a dicho otorgamiento por razones de seguridad e interés público. Este Convenio no puede constituirse en un obstáculo respecto a la legislación o práctica judicial de cada uno de los Estados, permitiendo a la mujer extranjera que adquiera de pleno derecho, si lo solicita, la nacionalidad del marido.

Toda cuestión que surja entre dos o más Estados relativos a la interpretación o aplicación de la Convención será sometida a la Corte Internacional de Justicia si no ha podido ser resuelta previamente por medio de negociaciones.

6. *Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio,  
la Edad Mínima para Contraer Matrimonio  
y el Registro de los Matrimonios*

a) *Ámbito de aplicación material.* Consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios.

b) *Ámbito de aplicación personal.* No se especifica la edad necesaria para poder contraer matrimonio, utilizando una técnica de reglamentación indirecta al remitir a cada uno de los Estados parte dicha determinación.

c) *Ámbito de aplicación espacial.* No aparece ninguna referencia que nos ubique el ámbito espacial de esta Convención.

d) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en Nueva York el 10 de diciembre de 1962, entró en vigor internacional el 9 de diciembre de 1964, noventa días después del depósito del octavo instrumentos de ratificación o adhesión. Asimismo, la presente Convención deja de estar en vigor cuando el número de Estados parte se reduzca a menos de ocho. La aprobó el Senado mexicano el 10 de noviembre de 1982, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 3 de diciembre de 1982, la vinculación de México se produjo por adhesión el 22 de febrero de 1983, entró en vigor el 23 de mayo de 1983 y la publicación en el *DOF* para su promulgación el 19 de abril de 1983.

Este Convenio está catalogado por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado. Tiene como principios la observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, idioma o religión para alcanzar

dicho objetivo tiene como puntos de referencia el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como la resolución 843 (IX) del 17 de diciembre de 1954 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Así, su objetivo final consiste en abolir las costumbres, antiguas leyes y prácticas para asegurar la libertad completa en la elección de cónyuge, abolió totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil, establece con tal fin las penas que fueren del caso y crea un registro civil o de otra clase para la inscripción de todos los matrimonios. Para la consecución de dicho objetivo, el artículo 1o. establece que no podrán contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, consentimiento que debe ser expresado en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio, así como testigos. Lo anterior presenta la excepción de convertir en innecesario el consentimiento de una de las partes siempre que la autoridad competente esté convencida de la excepcionalidad de las circunstancias de dicha ausencia y constatando que dicho consentimiento haya sido prestado sin haber sido retirado posteriormente. Para implementar dichos objetivos, la Convención impone la obligación a los Estados partes de adoptar las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, lo anterior con la salvedad de que la autoridad competente por causas justificadas y mediando interés de los contrayentes dispense el impedimento de la edad. Para darle seguridad a los matrimonios, éstos deben ser inscritos en un registro oficial.

De conformidad con el artículo 8o., toda cuestión que surja sobre la interpretación o aplicación de la Convención será sometida a la Corte Internacional de Justicia, salvo que haya sido podido ser resuelta por medio de negociaciones.

## *7. Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial*

a) *Ámbito de aplicación material.* Obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial. De conformidad con el artículo 23 se establece que todo Estado contratante puede al momento de firmar, ratificar o adherirse declarar que no ejecutará las comisiones rogatorias que tengan por objeto un procedimiento conocido en los Estados del *common law* bajo el nombre de *pre-trial discovery of documents*.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* La Convención está abierta a la firma de los Estados representados en la undécima sesión de la Conferencia de La

Haya de Derecho Internacional Privado. De conformidad con el artículo 40, todo Estado puede declarar que el Convenio se extenderá al conjunto de territorios que representa en el plano internacional, o a uno o varios de éstos.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en La Haya, el 18 de marzo de 1970, entró en vigor internacional el 7 de octubre de 1972. Se aprobó por el Senado mexicano el 17 de noviembre de 1988, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 30 de noviembre de 1988, la fe de erratas se emite el 26 de enero de 1989, la vinculación de México se produce por adhesión el 27 de julio de 1989, entró en vigor para México el 25 de septiembre de 1989 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 12 de febrero de 1990. De conformidad con el artículo 38, la Convención entrará en vigor el sexagésimo día después del depósito del tercer instrumento de ratificación. Igualmente, en el artículo 41 se dispone que la Convención tendrá una duración de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor, aún para los Estados ratificado o adherido posteriormente. Se establece, asimismo, que la Convención se renueva tácitamente de cinco en cinco años salvo denuncia.

Este Convenio se cataloga por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

El capítulo primero se destina a las comisiones rogatorias y en este sentido, el artículo 1o. determina que la autoridad judicial de un Estado contratante puede demandar por comisión rogatoria a la autoridad competente de otro Estado contratante, realizar todo acto de instrucción o cualquier otro acto judicial. En relación con los actos de instrucción la comisión establece que no pueden ser demandado para obtener medios de prueba que no estén destinados a ser utilizados en un procedimiento en curso o futuro. Respecto a la expresión “otros actos judiciales” la Convención utiliza una definición en sentido negativo al establecer que no se refiere ni a la significación o la notificación de actos judiciales, ni a las medidas conservadoras o de ejecución. Para facilitar la transmisión y la ejecución de las comisiones rogatorias, el artículo 2o. establece la designación de una autoridad central quien se encargará de recibirlas y de transmitir las a los fines de ejecución; en este sentido al adherirse a esta Convención, el gobierno de México realizó declaraciones interpretativas y reservas determinando:

- A) Transmisión y ejecución de los exhortos 1. Autoridad central (artículo 2) Nombre: Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección General de Asuntos Jurídicos; 2. Requisitos en materia de idiomas (artículo 4). 2.1. los Estados Unidos Mexicanos hacen reserva expresa de las disposiciones del párrafo 2, del

artículo 4 y declaran, de conformidad con el párrafo 4 del mismo, que los exhortos o cartas rogatorias que se envíen a su Autoridad Central o a sus Autoridades judiciales deberán venir redactados en español, o presentarse acompañados con traducción a dicho idioma.

Con este mismo propósito el artículo 6o. establece que en caso de incompetencia de la autoridad requerida la comisión rogatoria se transmitirá de oficio y sin dilación a la autoridad judicial competente del mismo Estado. Igualmente, el artículo 9o., en este mismo afán de agilización, establece el imperativo de que la comisión rogatoria sea ejecutada con urgencia. Igualmente, el artículo 10, expresa que al ejecutar la comisión rogatoria la autoridad requerida aplicará las medidas de apremio apropiadas y previstas por su ley interna en los casos y en la misma medida en que estuviera obligada para la ejecución de una comisión de las autoridades del Estado requerido o de una demanda formulada a este efecto por parte interesada. De conformidad con el artículo 24, todo Estado contratante puede designar además de la autoridad central, otras autoridades determinando sus competencias; en este sentido se afirma que los Estados federales tienen la facultad de designar varias autoridades centrales.

La comisión rogatoria debe contener, a tenor del artículo 3o., las siguientes indicaciones: *a)* la autoridad requirente y la requerida de ser posible; *b)* identidad y dirección de las partes y en su caso de su representante; *c)* la naturaleza y objeto de la instancia, así como una exposición sumaria de los hechos; *d)* los actos de instrucción y otros actos judiciales a realizar, en este contexto y en caso de ser necesario contendrá además nombres y direcciones de las personas a oír, las cuestiones a presentar a las personas a oír o los hechos sobre los que ellas deban ser oídas, los documentos u otros objetos a examinar, la petición a recibir la deposición bajo juramento o con afirmación y en su caso la indicación de la fórmula a utilizar y, por último, las formas especiales cuya aplicación se demanda conforme al artículo 9o.

Dentro de esta numeración de requisitos podemos encontrar uno destinado a su forma y es que la comisión rogatoria debe ser redactada de la autoridad requerida o acompañarla de una traducción.

Para dar consistencia al cumplimiento de estos requisitos, el artículo 5o., establece que si la autoridad central estima que las disposiciones de la Convención han sido vulneradas, informará inmediatamente a la autoridad del Estado requirente y especificará las quejas formuladas contra la demanda.

De conformidad con el artículo 9o., la autoridad que proceda a la ejecución de una comisión rogatoria aplicará las leyes de su país en lo que con-

cierte a las formas a seguir, para la cual se prevé una forma especial siempre y cuando ésta no sea incompatible con la ley del Estado requerido.

La obligación de ejecución de la comisión rogatoria tiene una excepción en el artículo 11 al establecer que no será ejecutada si la persona a la que se refiere invoca una dispensa o una prohibición de deponer, establecidas en la ley del Estado requerido o en la ley del Estado requirente. Igualmente, el artículo 12 establece que la ejecución no puede ser rehusada más que en la medida que principalmente suponga un atentado a su soberanía o seguridad; así se explicita que la ejecución no puede ser rehusada por el solo motivo de que la ley del Estado requerido reivindique una competencia judicial exclusiva en el asunto en cuestión o no conozca vías de derecho que respondan al objeto de la demanda presentada ante la autoridad requirente. En caso de ser rechazada la ejecución de la comisión rogatoria en todo o en parte, la autoridad requirente será informada inmediatamente comunicándosele las razones.

Por su parte, el capítulo II se destina a la regulación de la obtención de pruebas por agentes diplomáticos o consulares y por comisarios. Así, el artículo 15 establece la obligación para los agentes diplomáticos o consular de proceder en la circunscripción en la que ejerzan sus funciones a todo acto de instrucción referido únicamente a los nacionales del Estado que él represente y siempre que se refiere a un procedimiento ya iniciado ante un tribunal de dicho Estado. El artículo 17 extiende la misma competencia para toda persona regularmente designada como comisario. México continúa haciendo declaraciones interpretativas y reservas y en este sentido señala:

B) Obtención de pruebas en el extranjero diplomáticos, consulares y comisiones (capítulo II) 3. Los Estados Unidos Mexicanos hacen reserva expresa y total de las disposiciones contenidas en los artículos 17 y 18 de este capítulo en relación con los “comisionados” y el uso de medidas de apremio por parte de agentes diplomáticos y consulares.

Por último, y de conformidad con el artículo 22 establece que el hecho de que un acto de instrucción no haya podido ser cumplido conforme a las disposiciones de este capítulo y por razón de la negativa de una persona que hubiese tenido que participar, no impide que una comisión rogatoria se dirija ulteriormente para el mismo acto conforme al capítulo I.

El artículo 23 expresa que todo Estado contratante puede, en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión declarar que no ejecutará las comisiones rogatorias que tengan por objeto un procedimiento

conocido en los Estados del *common law* bajo el nombre de *pre-trial discovery of documents*. En este sentido México determina en sus declaraciones y reservas:

C) Preparación de actos prejudiciales. 4. en relación con el artículo 23 de la Convención, los Estados Unidos Mexicanos declaran que conforme a su derecho sólo podrán cumplimentar exhortos por los que se solicita la exhibición y transcripción de documentos cuando se cumplan los siguientes requisitos: que se haya iniciado un proceso. Que los documentos estén identificados razonablemente en cuanto a su fecha, contenido y otra información pertinente; que se especifiquen aquellos hechos o circunstancias que permitan razonablemente creer a la parte solicitante que los documentos pedidos son del conocimiento de la persona de quien se requieran o que se encuentran o se encontraban en posesión o bajo el control o custodia de ella. Deberá identificarse la relación directa entre la prueba o información solicitada y el proceso pendiente.

Por otra parte, el artículo 27 establece que las disposiciones de la Convención no son obstáculos para que un Estado contratante: *a)* declare que las comisiones rogatorias pueden ser transmitidas a sus autoridades judiciales por otras vías que las previstas en el artículo 20.; *b)* permita, a los términos de su ley o de su costumbre interna, ejecutar los actos a los que se aplica en las condiciones menos restrictivas; *c)* permita, a los términos de su ley o de su costumbre interna, métodos de obtención de pruebas, además de los previstos en la Convención. En este sentido, México realiza declaración interpretativa señalando que:

D) Otros canales de transmisión a las autoridades judiciales distintas de las previstas en el artículo 2. 5. en relación con el artículo 27, inciso a) de la Convención, los Estados Unidos Mexicanos declaran que los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos a sus autoridades judiciales no sólo a través de la autoridad central, sino también por vía diplomática o consular, o por vía judicial (directamente de tribunal a tribunal), siempre y cuando en el último caso, se cumplan los requisitos de legalización de firma.

En el artículo 32 se expresa que sin perjuicio de la aplicación de los artículos 29 y 31, la presente Convención no deroga a las convenciones en la que los Estados contratantes sean o puedan ser parte y que contengan disposiciones sobre las materias regladas por la presente Convención. A tenor de lo anterior, México realiza una declaración en la que establece “Con relación al artículo 32 de la Convención, los Estados Unidos Mexicanos

informan que ese Estado parte de la Convención interamericana sobre la recepción de pruebas en el extranjero, suscritas en Panamá, el 30 de enero de 1975 y de su Protocolo adicional suscrito en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984”.

El capítulo III, disposiciones generales, establece en su artículo 36, que las dificultades que surgiesen entre los Estados contratantes con ocasión de la aplicación de la Convención serán solucionadas por vía diplomática.

#### 8. *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*

a) *Ámbito de aplicación material.* Arbitraje comercial internacional.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Los Estados parte son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en Panamá el 30 de enero de 1975, entró en vigor internacional del 16 de junio de 1976. México firmó esta Convención el 27 de octubre de 1977, se aprobó por el Senado el 28 de diciembre de 1977, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 9 de febrero de 1978, la vinculación se da por ratificación el 27 de marzo de 1978, entró en vigor para México el 26 de abril de 1978 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 27 de abril de 1978. De conformidad con el artículo 10, este Convenio entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Igualmente, de conformidad con el artículo 12 se dispone que la Convención registrá indefinidamente.

Esta Convención se encuentra catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

De conformidad con el artículo 1o., es válido el acuerdo de las partes por el que se obliga al arbitraje para dirimir las diferencias que pudiesen surgir o hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. Dicho acuerdo debe constar por escrito, firmado por las partes, o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex. Por su parte, el artículo 2o. estipula que el nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes, por tanto, su designación puede delegarse en un tercero y, en este sentido, los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros. El artículo 3o. determina que la ausencia de autonomía de voluntad

de las partes será cubierta por las reglas de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Por lo que hace al artículo 4o., las sentencias o laudos arbitrales no impugnables tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada, en consecuencia su reconocimiento y ejecución puede exigirse en la misma forma que las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros. Por su parte, el artículo 5o. establece los causales a instancia de parte y de oficio en el mismo orden y de la misma manera que los establecidos en el ya comentado artículo 5o. del Convenio de Nueva York del 10 de junio de 1958 y del artículo 1462, fracción 1 y 2, del Código de Comercio mexicano.

9. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas*

a) *Ámbito de aplicación material.* Materia de letras de cambio, pagarés y facturas. El título de la convención especifica solamente el derecho aplicable lo cual no corresponde con el contenido, al referirse éste, asimismo, a la competencia judicial internacional, es decir, es una convención bipartita.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en Panamá el 30 de enero de 1975, entró en vigor internacional el 16 de enero de 1976. Se firmó por México el 27 de octubre de 1977, se aprobó por el Senado el 28 de diciembre de 1977, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 9 de febrero de 1978, la vinculación de México se da por ratificación el 27 de marzo de 1978, entró en vigor para México el 26 de abril de 1978 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 25 de abril de 1978. De conformidad con el artículo 15, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Finalmente, el artículo 17 establece que esta Convención regirá indefinidamente. Estas dos últimas características son notas que acompañan siempre a cualquier Convención interamericana.

Esta Convención es catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

Como mencionamos, ésta es una Convención bipartita, en donde se regula tanto la competencia judicial internacional como el derecho aplicable, por lo cual su ubicación también hubiera podido realizarse en la parte gene-

ral de este trabajo, no obstante, el hecho de que su temática sea de mercantil internacional fue motivo para no diseccionarla en los dos rubros mencionadas y colocarla de manera global en la parte especial, concretamente en materia mercantil internacional.

Por lo que hace a la competencia judicial internacional, el artículo 8o. establece que los tribunales de los Estados parte donde la obligación deba cumplirse o donde el demandado se encuentre domiciliado serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio a opción del actor.

Por lo que se refiere a la ley aplicable, en función del artículo 1o. la capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída. A esta regla general se le une una especificidad que consiste en que cuando la obligación hubiera sido contraída por quien fuera incapaz, según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro territorio parte de esta Convención, cuya ley considerara válida la obligación. De igual forma, siguiendo con el derecho aplicable, el artículo 2o. establece que la forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto de una letra de cambio se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice. En clara continuidad, el artículo 3o. establece que las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar donde hubieren sido contraídas; si una o más de estas obligaciones contraídas fueran inválidas según la ley determinada anteriormente, dicha invalidez no afectará a aquellas contraídas válidamente de acuerdo con la ley del lugar donde hayan sido suscritas. A falta de determinación del lugar en que se ha contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la ley del lugar donde la letra deba ser pagada y en su defecto por la del lugar de su emisión. Igualmente, los procedimientos y plazos para la determinación de la aceptación, el pago y el protesto se somete a la ley del lugar donde dichos actos se realicen o deban realizarse. Por último, la ley del Estado donde la letra de cambio deba ser pagada determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento.

El artículo 11 expresa la inaplicabilidad de la ley señalada por esta Convención, si ésta resulta ser manifiestamente contraria al orden público en el territorio de un Estado parte.

Todo lo mencionado sobre letras de cambio, se debe extender a los pagarés de conformidad con el artículo 9o. Igualmente, el artículo 10 establece que todo lo anterior, asimismo, aplicará a las facturas entre Estados parte en cuyas legislaciones tengan el carácter de documentos negociables, dando

seguimiento a la cláusula *in fine* del artículo 1o., México establece que para los efectos de lo dispuesto en el artículo 10, párrafo II de esta Convención, las facturas no son documentos negociables de conformidad con la legislación mexicana.

#### 10. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles*

a) *Ámbito de aplicación material.* Conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles. En una convención bipartita desde que el artículo 6o. introduce una normativa competencial.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Es un convenio *inter partes* de conformidad con el artículo 1o., el cual solicita sociedades mercantiles constituidas en cualquier de los Estados parte.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en Montevideo el 8 de mayo de 1979, entró en vigor internacional el 14 de junio de 1980. México la firmó el 3 de agosto de 1982, la aprobación por el Senado el 17 de diciembre de 1982, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 13 de enero de 1983, la vinculación de México se da por ratificación el 9 de marzo de 1983, entró en vigor para México es el 8 de abril de 1983 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 28 de abril de 1983. De conformidad con el artículo 12, esta Convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación. Igualmente, de conformidad con el artículo 14 regirá indefinidamente.

Esta Convención es catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

De conformidad con el artículo 2o., siendo fiel al título de la Convención, se establece que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rige por la ley del lugar de su constitución y a este efecto aclara que por ley de constitución, se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades.

El artículo 3o. establece que las sociedades mercantiles, debidamente constituidas en un Estado será reconocida de pleno derecho en el resto, lo anterior no excluye la facultad estatal de exigir una comprobación de la existencia de la sociedad conforme a la ley del lugar de su constitución. De igual forma se afirma que la capacidad reconocida a la sociedades constitui-

das en un Estado no pueden ser mayores que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último.

Por su parte, el artículo 4o., para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, quedará sujeto a la ley del Estado donde se realicen, misma ley que se aplicará al control que una sociedad mercantil obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado. De igual manera, se afirma que las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir los requisitos establecidos en la legislación de éste último.

Por otra parte, el artículo 7o. establece que la ley declarada aplicable, puede ser rechazada de ser considera manifiestamente contraria a su orden público.

El artículo 6o. introduce una normativa competencial al afirmar que las sociedades mercantiles constituidas en un Estado, para el ejercicio directo o indirecto, de los actos comprendidos en su objeto social quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realicen.

#### 11. *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*

a) *Ámbito de aplicación material.* Normas generales de derecho internacional privado.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en Montevideo, el 8 de mayo de 1979, entró en vigor internacional es el 10 de junio de 1981, de conformidad con el artículo 14 entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación. Igualmente, conforme al artículo 16 registrá indefinidamente.

México la firmó el 3 de agosto de 1982, la aprobación por el Senado es el 10 de diciembre del mismo año, la publicación en el *DOF* para su aprobación es el 13 de enero de 1983, la vinculación de México se produce por ratificación el 19 de abril de 1984, entró en vigor el 18 de mayo de 1984 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 21 de septiembre de 1984. En este Convenio se produce una fe de erratas publicada en el *DOF* el 10 de octubre de 1984.

Esta Convención es catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

De conformidad con el artículo 2o., se establece la obligación a los jueces y autoridades de los Estados parte de aplicar el derecho extranjero, tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultara aplicable, de igual manera se regula en el artículo 14, fracción I, del Código Civil del Distrito Federal. Lo anterior sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada. México interpreta que el artículo 2o. crea una obligación únicamente cuando ante el juez o autoridad se ha comprobado la existencia del derecho extranjero o sus términos son conocidos para ellos de alguna otra manera.

El artículo 3o. regula la denomina institución desconocida, estableciendo como solución ante la misma, la existencia de instituciones o procedimientos análogos, igualmente esta disposición se recoge en el artículo 14, fracción III, del Código Civil del Distrito Federal.

El artículo 4o. establece que todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros Estados parte que haya resultado aplicable. Una de las instituciones más importantes en la aplicación del derecho extranjero, esto es, la excepción del orden público, se recoge en el artículo 5o., el cual tiene eco en el artículo 15, fracción II, del Código Civil del Distrito Federal.

Por su parte, el artículo 6o., regula el fraude a la ley, regulado igualmente en el artículo 15, fracción I, del Código Civil del Distrito Federal, al establecer que no se aplicará el derecho extranjero cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte, debiendo comprobarse la intención fraudulenta de las partes interesadas. El artículo 7o., determina que las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado parte, de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en el resto de Estados parte, salvo que éstas sean contrarias a su orden público, igualmente, tenemos su correspondiente en el artículo 13, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal, con alguna pequeña matización.

En otro orden de ideas, el artículo 8o., regula la ley aplicable a las cuestiones previas, preliminares o incidentales surgidas a la sombra de una cuestión principal, dándose la solución de que la ley aplicable puede ser la misma en ambas cuestiones o diferentes; el artículo 14, fracción IV, del Código Civil del Distrito Federal, con idéntica solución en ambos planos.

El artículo 9o. establece la aplicación armónica de diversas leyes que pueden resultar aplicables para distintos aspectos en una misma relación

jurídica, igualmente tenemos su correlativo en el artículo 14, fracción V, del Código Civil del Distrito Federal. Como vemos, claramente hay una continuidad y armonía entre el sector del derecho aplicable de manera general en la esfera internacional y en la autónoma.

## 12. *Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado*

a) *Ámbito de aplicación material.* Domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado. De conformidad con el artículo 1o. se regulan las normas uniformes que rigen dicho domicilio.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en Montevideo, el 8 de mayo de 1979 y entró en vigor internacional el 14 de junio de 1980, de conformidad con el artículo 11, la Convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Igualmente, de conformidad con el artículo 13 la Convención regirá indefinidamente. México firma el Convenio el 2 de diciembre de 1986, se aprobó por el Senado el 27 de diciembre de 1986, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 4 de febrero de 1987, México se vinculó por ratificación el 12 de junio de 1987, entró en vigor para México el 11 de julio de 1987 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 19 de agosto de 1987. Hay un fe de erratas publicada en el *DOF* de 30 de noviembre de 1987.

Esta Convención es catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

De conformidad con el artículo 2o., el domicilio de una persona física será determinado jerárquicamente: 1. por el lugar de la residencia habitual; 2. el lugar del centro principal de sus negocios; 3. en ausencia de las anteriores, se reputará como domicilio el de la simple residencia y en su defecto el lugar donde se encontrare.

El artículo 3o., por su parte, establece que el domicilio de las personas incapaces será el de su representantes legales, excepto en el caso de abandono de aquéllos por éstos en cuyo caso seguirá rigiendo el domicilio del incapaz. México hace una declaración al ratificar la Convención al artículo 3o., en el que declara que en caso de abandono de incapaces, por parte de

sus representantes legales, el domicilio de aquellos, se determinará con base en lo establecido por el artículo 2o. de la Convención.

En el artículo 4o. se señala que el domicilio de los cónyuges será aquel en el que vivan de consumo, sin perjuicio de que cada uno fije su domicilio.

El artículo 5o. dice que el domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante. El de las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno, será el del Estado que lo designó.

Finalmente, el artículo 6o. declara que cuando una persona tenga domicilio en dos Estados parte, se la considerará domiciliada en aquél donde tenga la simple residencia, si la tuviere en ambos, se preferirá en lugar donde se encuentre.

### 13. *Convención sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores*

a) *Ámbito de aplicación material.* Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. De conformidad con el artículo 4o., la Convención dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años. El artículo 5o., en un marco teórico conceptual, establece qué debemos entender por derecho de custodia y por derecho de visita. En relación con el primero, derecho de custodia, comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en concreto, el de decidir su lugar de residencia; por lo que hace al segundo, derecho de visita, comprenderá el derecho de llevar al menor por un periodo limitado a un lugar diferente del de su residencia habitual. En este sentido, podemos englobar los artículos 31 y 32. Por lo que se refiere al primero, determina que cuando un Estado tenga dos o más sistemas de derechos aplicables en unidades territoriales diferentes, toda referencia a la residencia habitual se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado, igualmente, toda referencia a la ley del Estado de residencia habitual se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor. El artículo 32 determina que cuando se trate de un Estado que en materia de custodia tenga dos o más sistema de derechos aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* La Convención, de acuerdo al artículo 4o., a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita. De conformidad con el artículo 39, todo Estado podrá declarar su extensión al conjunto de los territorios de cuyas relaciones exteriores esté encargado, o solo a uno o varios de esos territorios.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en La Haya, el 25 de octubre de 1980, entró en vigor internacional el 1o. de diciembre de 1983, de conformidad al artículo 35, la Convención sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslado o retenciones ilícitos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor. Asimismo, el artículo 43, expresa que la Convención entrará en vigor el primer día del tercer mes del calendario siguiente al depósito del tercer instrumento. Igualmente, se menciona en el artículo 44 que la Convención permanecerá en vigor durante cinco años. México la aprueba el Senado el 13 de diciembre de 1990, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 14 de enero de 1991, la vinculación se produjo por adhesión el 20 de junio de 1991, entró en vigor el 1o. de septiembre de 1991 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 6 de marzo de 1992.

Esta Convención es catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

La finalidad de la Convención es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier Estado contratante, así como velar por los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes para que se respeten en el resto de los Estados contratantes.

De conformidad con el artículo 3o., el traslado o la retención se considerará 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 este derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o la retención o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención.

El artículo 6o. establece la figura de la autoridad central, la cual está encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone la Convención, menciona que los Estados federales tendrán libertad para designar más de una autoridad central, en este caso México señala a la Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección General de Protección y Asuntos Consulares, Oficina de Derecho de Familia, como autoridad central. Siguiendo esta idea, el artículo 7o., menciona que las autoridades centrales deben colabo-

rar entre sí, adoptando ya sea directamente o por medio de intermediarios aquellas medidas que permitan: 1. Localizar al menor; 2. Prevenir que sufra mayores daños; 3. Garantizar la restitución voluntaria; 4. Intercambiar información relativa a la situación social del menor; 5. Facilitar información general sobre la legislación estatal relativa a la aplicación de este Convenio; 6. 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; 7. Conceder o facilitar la asistencia judicial y jurídica; 8. Garantizar la restitución del menor sin peligro y 9. Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación de este Convenio, eliminando sus obstáculos.

De conformidad con el artículo 8o., toda persona, institución u 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 otro Estado contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor. En este sentido, el artículo 8o. establece el catálogo de documentos, información y motivos que debe incluir la solicitud, así como los complementos que se pueden anexar. El artículo 9o., en aras de incrementar la agilidad, entre las autoridades centrales, dispone que la recepción de una solicitud por una autoridad central, la cual estime que el menor se encuentre en otro Estado, transmitirá dicha solicitud directamente y sin demora. En este mismo contexto o afán, el artículo 10, dispone que las autoridades centrales del Estado donde se encuentre el menor adoptará todas las medidas adecuadas, tendientes a conseguir la restitución voluntaria. Como apoyo a estas declaraciones de buenas intenciones, el artículo 11 establece que las autoridades judiciales o administrativas, actuarán con urgencia en estos procedimientos y así, si la autoridad judicial o administrativa no llega a una decisión en el plazo de seis semanas desde la fecha de inicio de los procedimientos, el solicitante o la autoridad central tiene derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. En este mismo contexto, el artículo 12 determina que si transcurre menos de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la fecha de iniciación del procedimiento, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. Como excepción a esta regla general, se establece, en el segundo párrafo del artículo 12, que aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año, ordenará, asimismo, la restitución del menor salvo que quede demostrado que éste ha quedado integrado en su nuevo medio.

El artículo 13 establece los causales por los que la autoridad del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor y en ese sentido enumera: *a)* que la persona, institución u organismo no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en el que fue retenido o trasladado o había consentido, o posteriormente aceptado, el traslado y retención; *b)* cuando existe un grave riesgo de que la restitución lo exponga a un peligro físico o psíquico o le pongan en una situación intolerable y *c)* en este sentido, podrá rechazar, si comprueba que el menor se opone a su restitución si éste ha alcanzado una edad y un grado de madurez suficiente para tener en cuenta sus opiniones. En clara continuidad con estas afirmaciones, el artículo 20 determina que la restitución del menor podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Por su parte, el artículo 27 determina que cuando no se han cumplido las condiciones requeridas en esta convención o la solicitud carece de fundamento, una autoridad central no está obligada a aceptar la solicitud, en este caso se informará inmediatamente al demandante o a la autoridad central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud.

Tanto el artículo 14 como el 15, establecen requisitos previos a la concesión de la localización y restitución; mientras que el artículo 14 habla de que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta la legislación y decisiones judiciales o administrativas; el artículo 15 determina que dichas autoridades podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor, una decisión o una certificación que acredite que el traslado o la retención eran ilícitos. Dándole continuidad al artículo 15; el artículo 16 determina que cuando se ha informado sobre un traslado o retención ilícito, las autoridades donde haya sido trasladado o donde haya sido 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 de la Convención para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de esta Convención.

Un artículo que debemos destacar es el artículo 17, el cual afirma 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 la Convención. Igualmente, el artículo 18 establece que lo dispuesto en el capítulo no limitará las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar

la restitución del menor en cualquier momento. Igualmente, otro artículo que queremos destacar por su importancia es el artículo 19: dispone que una decisión adoptada en virtud de este Convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Llama la atención la desproporcionalidad entre los artículos destinados a los derechos de custodia y el artículo destinado al derecho de visita. En este sentido, el artículo 21 establece que una solicitud para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor. Igualmente, las autoridades centrales tienen las mismas obligaciones de cooperación en este derecho de visita, así como para el cumplimiento para todas las condiciones a que pueda estar sujeto dicho derecho, eliminando todos los obstáculos y adoptando todas las medidas necesarias para su ejercicio. Igualmente, cierra señalando que las autoridades centrales podrán iniciar procedimientos o favorecer su iniciación con el fin de regular dicho derecho asegurando el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto su ejercicio.

La Convención después de analizar por separado los derechos de custodia y de visita, establece un capítulo V destinado a las disposiciones generales y en este sentido afirma que no podrá exigirse fianza o depósito para garantizar el pago de los gastos de los procedimientos previstos en la Convención. Igualmente, la Convención exime de legalizaciones o formalidades análogas, así lo anterior no quita que toda solicitud debe remitirse en el idioma de origen acompañándose de una traducción al idioma oficial del Estado requerido o en caso de ser difícil de una traducción al francés o al inglés. Esta última afirmación permite la realización de una reserva.

Por otra parte, el artículo 25 dispone que los nacionales o personas que residen habitualmente en Estados contratantes tienen derecho a la asistencia judicial y asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

El artículo 26 habla de quién sufragará los gastos en la aplicación de esta Convención. El artículo 28 determina que una autoridad central podrá exigir que la solicitud se acompañe de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante o para designar a un representante.

Por lo que se refiere el artículo 34 se establece una cláusula de compatibilidad respecto a la Convención del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores señalando la prioridad de la convención que en este rubro comentamos. De

igual forma señala que el presente Convenio no restringe la aplicación de otro instrumento internacional en vigor referente a la restitución del menor trasladado o retenido ilícitamente o para regular el derecho de visita.

14. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*

a) *Ámbito de aplicación material.* Conflictos de leyes en materia de adopción de menores. De conformidad con el artículo 1o. la Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida cuando el adoptante o adoptantes tengan su domicilio en un Estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado parte.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Los Estados parte son Belice, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Panamá. Es un convenio *inter partes* al requerir, tal y como acabamos de expresar a tenor del artículo 1o., que el adoptante o adoptantes tengan su domicilio en un Estado parte y el adoptado tenga su residencia habitual en otro Estado parte.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, entró en vigor internacional el 26 de mayo de 1988, de conformidad con el artículo 26, la Convención entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha del depósito del segundo instrumento de ratificación. Igualmente se afirma en el artículo 28 que la Convención regirá indefinidamente. México la firmó el 2 de diciembre de 1986, la aprobó el Senado el 27 de diciembre de 1986, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 6 de febrero de 1987, la vinculación de México se da por ratificación el 12 de junio de 1987, entró en vigor para México el 26 de mayo de 1988 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 21 de agosto de 1987. Hay una fe de errata publicada en el *DOF* del 13 de julio de 1992.

Es un Convenio catalogado por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana como un instrumento de derecho internacional privado.

El primer comentario que queremos verter en relación a esta Convención Interamericana es en relación a su título que aún expresando que su contenido es relativo al derecho aplicable, la misma tiene importantes aportaciones a la competencia judicial internacional, tal y como vamos a expresar en las líneas que siguen:

México realiza una declaración al ratificar la Convención en la cual afirma que hace extensiva la aplicación de la Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 de dicho instrumento interamericano. A lo anterior hace una rectificación señalando que la Misión Permanente de México ante la OEA mediante nota número 01369, de fecha 28 de mayo de 1992 informó a la Secretaría General en su calidad de depositaria de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción, la siguiente rectificación a la declaración hecha al ratificar la referida convención: El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos declaró hacer extensiva la aplicación de la mencionada Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 de dicho instrumento, referencia que es incorrecta ya que tal declaración se aplica a los artículos 2 y 20 de la citada Convención, suscrita en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984.

En ese sentido, el artículo 2o. afirma que cualquier Estado parte podrá declarar al momento de firmar o ratificar el Convenio o adherirse a él que extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores. En ese sentido, el artículo 20 afirma que cualquier Estado parte podrá en todo momento declarar que el convenio se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se propongan constituir domicilio en otro Estado parte después de constituida la adopción. Este artículo 20 posibilita que una adopción puramente nacional se convierta en internacional si cumple dos requisitos: primero, que sea a juicio de la autoridad interviniente y segundo, que haya un cambio de domicilio con posterioridad a la constitución de la adopción y a otro Estado contratante. De lo anterior nos cuestionamos si esto no puede ser una vía para constituir fraude en la constitución de las adopciones y la segunda cuestión es la sanción impuesta en caso de comprobarse que hay un fraude al foro y a la ley ante la inexistencia de un cambio de domicilio, amén de ir en claro retroceso en pro de la protección internacional de menores en un supuesto de adopción internacional en donde se califica a la misma con base en la residencia en distintos Estados por parte de adoptado y adoptante.

Entendemos que el artículo 25 es el cierre a estas cláusulas de determinación del derecho aplicable al señalar que las adopciones otorgadas conforme al derecho interno cuando el adoptante y el adoptado tengan domicilio o residencia habitual en el mismo Estado parte surtirán efectos de pleno

derecho en los demás Estados parte, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante o adoptante.

De conformidad con el artículo 7o., se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere, no obstante, si es posible se comunicará los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores sin mencionar sus nombres u otros datos que permitan su identificación.

Igualmente, con carácter general, el artículo 8o. señala que las adopciones regidas por esta Convención, las autoridades que la otorguen podrán exigir que el adoptante acredite su actitud física, moral, psicológica y económica a través de las instituciones que se relacionen con la protección del menor.

El artículo 9o. aun cuando en su primer apartado hable de derecho aplicable, determina que los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

Por lo que se refiere a la determinación competencial encontramos los artículos 15 a 17 y en este sentido se afirma que será competente en el otorgamiento de la adopción la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado. Para decidir sobre revocación o anulación, será competentes los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción. Para decidir la conversión de la adopción simple en plena, serán competentes, a elección del actor, las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante o en las del Estado donde tenga domicilio el adoptando cuando tenga domicilio propio al momento de pedirse la conversión. Finalmente, serán competentes, para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptantes y la familia de éste, los jueces del Estado del domicilio del adoptante mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante.

#### 15. *Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado*

a) *Ámbito de aplicación material.* Personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Los Estados parte son: Brasil, Guatemala, México y Nicaragua. De conformidad con el artículo 1o., la Convención se

aplicará a las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados partes, entendiéndose por persona jurídica toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución. Termina señalando este artículo que la Convención se aplicará sin perjuicio de convenciones específicas que tengan por objeto categorías especiales de personas jurídicas.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, entró en vigor internacional el 9 de agosto de 1992, de conformidad con el artículo 14, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Finalizando el artículo 16 al señalar que la Convención regirá indefinidamente. México la firma el 2 de diciembre de 1986, la aprueba el Senado el 27 de diciembre de 1986, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 6 de febrero de 1987, la vinculación de México se produjo por ratificación el 12 de junio de 1987, entró en vigor para México el 9 de agosto de 1992 y su publicación en el *DOF* para su promulgación el 19 de agosto de 1987.

Este Convenio es catalogado por la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana, como un instrumento de derecho internacional privado.

El artículo 2o. expresa que la existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución, entendiéndose por ésta ley, la del Estado parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas. México realiza una declaración interpretativa en la cual afirma que el artículo 2o. de la Convención es aplicable a casos análogos, tales como la transformación, liquidación y escisión.

De lo anterior se deriva, de conformidad con el artículo 3o., que todas las personas jurídicas privadas, debidamente constituidas, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados parte, lo anterior no excluye la facultad del Estado parte para exigir la comprobación de que esta persona jurídica existe conforme a la ley del lugar de su constitución. Este artículo finalmente reconoce que en ningún caso la capacidad reconocida a las personas jurídicas privadas constituidas en un Estado parte podrá exceder de la capacidad que la ley del Estado parte de reconocimiento otorgue a las personas jurídicas constituidas en este último.

En este orden de ideas, el artículo 4o. afirma que para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas,

regirá la ley del Estado parte donde se realicen tales actos. Igualmente, el artículo 5o. dispone que las personas jurídicas privadas constituidas en un Estado parte que pretendan establecer la sede definitiva de su administración en otro Estado parte podrán ser obligados en la legislación de este último.

Por su parte, el artículo 6o. establece que cuando la persona jurídica privada actúe por medio de representante en un Estado distinto al de su constitución, se entenderá que ese representante podrá responder de pleno derecho a los reclamos y demandas que contra dicha persona pudieran intentarse con motivo de los actos en cuestión.

El artículo 7o., establece que cada Estado parte y las demás personas jurídicas de derecho pública organizadas de acuerdo con su ley, gozarán de personalidad jurídica privada de pleno derecho y podrán adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de los demás Estados partes, con las restricciones establecidas por dicha ley y por las leyes de estos últimos, en especial en lo que respecta a los actos jurídicos referentes a derechos reales y sin perjuicio de invocar, en su caso, la inmunidad de jurisdicción.

El artículo 8o. determina que las personas jurídicas internacionales creadas por un acuerdo internacional entre Estados parte o por una resolución de una organización internacional se registrarán por las estipulaciones del acuerdo o resolución de su creación y serán reconocidas de pleno derecho como sujetos de derecho privado en todos los Estados parte del mismo modo que las personas jurídicas privadas y sin perjuicio de invocar en su caso la inmunidad de jurisdicción.

Por último, encontramos el único artículo que resuelve problemas aplicativos de derecho aplicable y en ese sentido, el artículo 9o. determina que la ley declarada aplicable por esta convención podrá no ser aplicada en territorio del Estado parte que la considere manifestamente contraria a su orden público.

## 16. *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*

a) *Ámbito de aplicación material.* Restitución internacional de menores. En ese sentido, el artículo 1o. afirma que este Convenio tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores. En este orden de ideas, se afirma que el objeto de esta Convención es hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 3o., el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de

decidir su lugar de residencia. Igualmente, el derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un tiempo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual. Culminando este marco teórico-conceptual, el artículo 4o. señala que se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores o cualquier institución inmediatamente antes de ocurrir el hecho de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.

b) *Ámbito de aplicación personal.* De conformidad con el artículo 2o., se considera menor toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

c) *Ámbito de aplicación espacial.* Los Estados parte son: Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Es un Convenio *inter partes* desde que el artículo 1o. señala que los menores deben tener su residencia habitual en un Estado parte, siendo trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente, hubieren sido retenidos ilegalmente.

d) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en Montevideo, el 15 de julio de 1989, entró en vigor internacional el 4 de noviembre de 1994, de conformidad con el artículo 36 de este instrumento entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Disponiéndose en este sentido, en el artículo 37, que este instrumento regirá indefinidamente. México la firmó el 6 de abril de 1992, se aprobó por el Senado el 22 de junio de 1994, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 6 de julio de 1994, la vinculación se produjo por ratificación el 5 de octubre de 1994, entró en vigor el 4 de noviembre de 1994 y se publicó en el *DOF* para su promulgación el 18 de noviembre de 1994.

Esta Convención es catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores como un instrumento de derecho internacional privado.

Por lo que se refiere a las disposiciones competenciales previstas en este Convenio, el artículo 6o. hace competente para conocer de la solicitud de restitución de menores a las autoridades judiciales o administrativas de la residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado o retención. A esta regla general se le suma una especificidad al señalar que a opción del actor y en caso de urgencia, son competentes las autoridades donde se encontrare o se supone que se encontrare el menor al momento de efectuarse dicha solicitud, así como las autoridades donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación (*forum loci delicti commissi*). La especificidad mencionada en este segundo

apartado, implica alternatividad respecto a la regla competencial de la residencia habitual del menor.

Además de la vía judicial, este Convenio prevé la creación de autoridades centrales y en ese sentido, el artículo 7o. determina que dichas autoridades se encargarán del cumplimiento de las obligaciones impuestas en este Convenio, dando cumplimiento a este requisito, México el 4 de mayo de 2004 designó a la Secretaría de Relaciones Exteriores —Oficina de Derecho de Familia— como autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en los términos a que se refiere su artículo 7o. Datos: Secretaría de Relaciones Exteriores. Dirección General de Protección y Asuntos Consulares. Oficina de Derecho de Familia.

A tenor de estas ideas, se establece que la autoridad central colaborará con los actores del procedimiento y las autoridades competentes para obtener la localización y restitución del menor facilitando su rápido regreso y recepción, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en este instrumento. Así, las autoridades centrales cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de este instrumento con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores.

Para dar sentido a lo anterior, del artículo 8o. al 17, se establece el procedimiento para la restitución del menor. Así, inicia el artículo 8o. señalando que este procedimiento podrá ejercerse a través de tres vías, la primera por exhorto, la segunda por autoridad central y la tercer por vía diplomática o consular. Cumplimentado esta primera idea, el artículo 9o., establece que dichas solicitud debe contener: 1. Antecedentes o hechos relativos al traslado o retención con información suficiente respecto a la identidad del solicitante del menor y de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado; 2. Información relativa a la presunta ubicación del menor, circunstancias y fechas en que se realizó el traslado, así como del vencimiento del plazo autorizado y 3. Fundamentos de derecho en que se apoya la restitución. A esta solicitud debe acompañarse, igualmente, los siguientes documentos: 1. Copia íntegra y auténtica de la resolución o acuerdo, la comprobación sumaria de la situación fáctica y alegación del derecho aplicable; 2. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante; 3. Certificación o información expedida por la Autoridad Central de la residencia habitual del menor o de otra Autoridad competente respecto al derecho vigente en la materia; 4. Traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos e 5. Indicación de las medidas indispen-

sables para hacer efectivo el retorno. De todos o partes de estos requisitos se puede prescindir si la autoridad competente considera que se justifica la restitución. Finalmente, se señala que los exhortos, solicitudes y documentos no requerirán de legalización si se transmiten por vía diplomática, consular o de autoridad central.

A tenor del artículo 10, las autoridades donde se encuentra el menor adoptarán todas las medidas adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Si dicha devolución voluntaria no se considera, dichas Autoridades tomarán conocimiento personal del menor y adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional disponiendo en su caso y sin demora su restitución. En este mismo sentido, se afirma que mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor.

El artículo 11 establece los causales, *numerus clausus*, por los que la autoridad no está obligada a ordenar la restitución del menor y, en este sentido, alega: 1. Que los titulares no ejercían efectivamente su derecho al momento del traslado o retención o habían consentido, con posterioridad, tal traslado o retención; 2. Existiere un riesgo grave de peligro físico o psíquico y 3. Cuando a juicio de la autoridad exhortada, el menor se opone a regresar habiendo comprobado la edad y madurez del menor para tener en cuenta su opinión. Esta oposición debe presentarse, devacuado con el artículo 12, dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene. Se termina afirmando que dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad dictará la resolución correspondiente. Dando seguimiento al establecimiento de fechas, el artículo 13 señala que si dentro del plazo de cuarenta y cinco días desde que fue recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas. Los gastos de traslado estarán a cargo del actor y en caso de carecer de recursos el Estado requirente podrá facilitar dichos gastos sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resulte responsable del traslado o retención. En este orden de ideas, el artículo 14 señala que los procedimientos previstos en esta convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente. Si el paradero del menor se desconoce, el plazo computa a partir del momento en que fuere precisa y efectivamente

localizado. De manera excepcional, el transcurso de este año no impide acceder a la restitución si así lo amerita las circunstancias del caso; lo anterior salvo que el menor se haya integrado en un nuevo entorno.

Por otra parte, el artículo 15, afirma que la restitución del menor no implica prejuzgar la guarda y custodia. Para apoyar la idea anterior, el artículo 16 establece que las autoridades donde el menor ha sido traslado o retenido no podrán decidir sobre el fondo del derecho de guarda hasta que se demuestre que no reúnen las condiciones del Convenio para un retorno del menor o hasta que un plazo razonable haya transcurrido sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación de la Convención.

Por su parte la localización de los menores se regula en los artículos 18 a 20. Por lo que se refiere al artículo 18 se dispone que la autoridad central así como las autoridades judiciales o administrativas podrán requerir la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado. Esta solicitud debe hacerse acompañar de toda la información relativa a la localización del menor, así como a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél. Por lo que se refiere al contenido del artículo 19, éste dispone que la autoridad que llegue a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente debe adoptar de inmediato las medidas necesarias para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado. Por su parte el artículo 20 dispone que si la restitución no es solicitada dentro del plazo de sesenta días calendario, contados a partir de la comunicación de la localización del menor a las autoridades del Estado requirente, las medidas adoptadas en virtud del artículo 19 podrán quedar sin efecto.

Por lo que se refiere a la previsión normativa del derecho de visita nos encontramos con el artículo 21, el cual dispone que la solicitud destinada a hacer respetar este derecho puede dirigirse a las autoridades competentes de cualquier estado parte conforme a lo dispuesto en el artículo 6o. de este instrumento convencional. El procedimiento a seguir será el previsto por este mismo instrumento respecto a la restitución del menor.

Por lo que hace a las disposiciones generales encontramos un ramillete de artículos que dan contenido a esta parte del convenio. El primero es el artículo 22, el cual establece que los exhortos relativos a la restitución y la localización pueden ser transmitidos por las partes interesadas, por la vía judicial, por agentes diplomáticos o consulares o por la autoridad central del Estado requirente o requerido según el caso. La segunda previsión normativa la constituye el artículo 23, el cual dispone, de forma general, la gratuidad en la transmisión de exhortos, quedando exentas de impuesto, de-

pósito o caución. La cuarta disposición es el artículo 24, que afirma que las diligencias y trámites para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, sin ser necesaria la intervención de la parte interesada. La quinta disposición general de este instrumento, el artículo 25 afirma que la restitución puede negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido. La penúltima disposición, el artículo 26, afirma que este convenio no es obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención constituya delito. La última de estas disposiciones, el artículo 27, señala al Instituto Interamericano del Niño como el Organismo Especializado de la Organización de Estados Americanos, para coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de este instrumento así como para recibir y evaluar la información de los Estados partes relativa a la aplicación de este instrumento y cooperar con otros organismos internacionales.

Otra anotación la hacemos respecto a la previsión del artículo 33 de este convenio, el cual dispone que respecto a un Estado que tenga en materia de guarda de menores dos o más sistemas de derecho aplicable en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia 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 de la residencia habitual contempla la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual.

La última anotación que queremos resaltar es la cláusula de compatibilidad inserta en el artículo 34 de este instrumento, la cual establece que entre los Estados que sean parte de este instrumento de forma paralela al Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores regirá la presente convención. Lo anterior sin eliminar que los Estados pueden convenir entre ellos de forma bilateral o multilateral la aplicación prioritaria del Convenio de 1980. Esta disposición se complementa con el artículo 35 que dispone que no se restringen las disposiciones de convenciones que sobre esta materia hubieren sido suscritas o se suscribieren en el futuro de forma bilateral o multilateral.

## *17. Convención sobre la Protección de Menores y Cooperación en Materia de adopción Internacional*

a) *Ámbito de aplicación material.* Protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional. De conformidad con el artículo 1o., la

Convención tiene por objeto establecer garantías para que las adopciones internacionales consideren el interés superior del menor y el respeto a los derechos fundamentales; por otra parte, tiene por objeto establecer un sistema de cooperación que asegure el respeto a dichas garantías y en consecuencia prevengan la sustracción, la venta o el tráfico de niño. Por último, tiene por objeto asegurar el reconocimiento de las adopciones realizadas en el marco de este instrumento. De conformidad con el artículo 2o., fracción 2, este Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación. Por su parte el artículo 3 afirma que la Convención deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado C, antes de que el niño alcance la edad de 18 años.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Los Estados parte son Albania, Alemania, Andorra, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Guinea, Hungría, India, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Malta, Mauricio, México, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, República Checa, República de Moldova, San Marino, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela. De conformidad con el artículo 2o., este Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (el Estado de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (el Estado de recepción) bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el de origen.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en La Haya el 29 de mayo de 1993, entró en vigor internacional el 1o. de mayo de 1995, de conformidad con el artículo 41, la Convención se aplicará siempre que una solicitud sea recibida con posterioridad a la entrada en vigor de este Convenio tanto en el Estado de origen como en el de recepción. De conformidad con el artículo 46, la Convención entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. México la firmó el 29 de mayo de 1993, la aprobación por el Senado fue el 22 de junio de 1994, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 6 de julio de 1994,

vinculación de México por ratificación el 14 de septiembre de 1994, entró en vigor para México el 1o. de mayo de 1995 y publicación en el *DOF* para promulgación del 24 de octubre de 1994.

Esta Convención es catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores como un instrumento de derecho internacional privado.

La primera observación que queremos verter es que esta Convención no regula en sentido estricto la competencia judicial directa ni indirecta. La justificación de su ubicación en este rubro se debe a una cuestión puramente temática para darle continuidad y complementariedad a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. Si es cierto, que abarca cooperación internacional de manera especializada y ello merece una atención especial.

De conformidad con el capítulo II denominado “Condiciones de las adopciones internacionales”, el artículo 4o. determina que las adopciones sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del estado de origen. *a)* Han establecido que el niño es adoptable, *b)* han constatado que responde al interés superior del niño, y *c)* se han asegurado de que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera han sido asesoradas e informadas de las consecuencias de su consentimiento especialmente por lo que hace al mantenimiento o ruptura de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen. Igualmente se han asegurado de que tales personas, instituciones y autoridades han manifestado su consentimiento libremente o por escrito, igualmente se han asegurado de que los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación y de que estos no han sido revocados, finalmente se han asegurado de que el consentimiento de la madre se ha dado después del nacimiento del niño, *d)* se han asegurado de conformidad con la edad y grado de madurez del niño de que ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción, se han asegurado de tomar en consideración los deseos y opiniones del niño; se han asegurado de que el consentimiento del niño ha sido dado libremente en la forma legalmente prevista y constando por escrito, por último se han asegurado de que el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación.

Si el artículo 4o. hacía referencia al estado de origen, el artículo 5o. por su parte se refiere a las autoridades del estado de recepción, y en este sentido se requiere que dichas autoridades hayan constatados que los futuros padres son adecuados y aptos, de que han sido convenientemente asesorados, habiendo constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho estado.

El capítulo III aborda el establecimiento de autoridades centrales y organismos acreditados. De conformidad con el artículo 6o., cada estado debe designar una autoridad central para cumplir con las obligaciones de este convenio, pudiendo designarse más de una autoridad central en los supuestos de estados federales, en este sentido, México al ratificar la Convención señala que el gobierno de México formuló las declaraciones siguientes:

El gobierno de México al ratificar la Convención sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, formula las siguientes declaraciones: I. En relación con los artículos 6o., numeral 2, y 22, numeral 2, únicamente fungirán como autoridades centrales para la aplicación de la presente Convención el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de cada una de las siguientes entidades federativas con jurisdicción exclusiva en el territorio al que pertenecen: el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia tendrá jurisdicción exclusiva en el Distrito Federal y jurisdicción subsidiaria en las 31 Entidades Federativas de la República anteriormente citadas. La Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores fungirá como Autoridad Central para la recepción de documentación proveniente del extranjero.

México realiza una nueva nota la cual determina que con posterioridad la DGPAC/Oficina de Derecho de Familia de la Secretaría de Relaciones Exteriores fue designada como autoridad central.

Por lo que hace al artículo 7o. inicia el establecimiento de las obligaciones que deben tener dichas autoridades centrales, la primera de ellas es el deber de cooperar entre ellas y promover una colaboración para asegurar la protección de los niños, la segunda de ellas consiste en adoptar directamente todas las medidas adecuadas conducentes a: proporcionar información sobre la legislación de sus estados tales como estadísticas y formularios, así como informarse mutuamente sobre el funcionamiento de este convenio, suprimiendo los obstáculos para su aplicación. Continuando con esta enumeración de obligaciones, el artículo 8o. obliga a las autoridades centrales a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir beneficios materiales indebidos, en este mismo sentido el artículo 9o. cierra este listado de obligaciones señalando que dichas autoridades centrales deben reunir, conservar e intercambiar información relativa al niño y los futuros padres, facilitar seguir y activar el procedimiento de adopción, promover el desarrollo de servicio de asesoramiento y seguimiento de las adopciones, intercambiar informes generales de evaluación sobre sus experiencias y finalmente res-

ponder a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras autoridades centrales.

En otro orden de ideas el artículo 10 determina que sólo pueden obtener y conservar la acreditación los organismos que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones encomendadas. En este sentido el artículo 11 determina que un organismo acreditado debe perseguir fines no lucrativos, ser dirigido por personas cualificadas por su integridad moral, formación y experiencia, así como estar sometido al control de las autoridades competentes de dicho estado. La limitación en la actuación de los organismos acreditados se menciona en el artículo 12, el cual afirma que sólo podrán actuar en otro estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados.

Por otra parte, el capítulo IV determina las condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales, la primera de estas condiciones se menciona en el artículo 14, que dispone que las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual este en otro estado contratante deberán dirigirse a la autoridad central del estado de su residencia habitual, así mismo el artículo 15 afirma que en caso de que la autoridad central del estado de recepción considere que los solicitantes son adecuados y aptos preparará un informe constando los datos más importantes respecto a los adoptantes y a los niños el cual será transmitido a la autoridad central del estado de origen, dando seguimiento a estos requisitos el artículo 16 determina que si la autoridad central del estado de origen considera que el niño es adoptable preparará igualmente un informe que contenga información relevante respecto del niño, igualmente se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de adecuación del niño, su origen étnico, religioso y cultural, se asegurará de igual manera de que se han obtenido todos los consentimientos así como su adecuación al interés superior del niño, éste informe debe ser transmitido a la autoridad central del estado de recepción. Por su parte el artículo 17 establece que el Estado de origen sólo podrá confiar el niño a los futuros padres si se asegura de que los padres adoptivos manifestaron su acuerdo si la autoridad central del estado de recepción ha aprobado tal recepción, si las autoridades centrales de ambos estados están de acuerdo en continuar con la adopción y a si se ha constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados para adoptar, y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el estado de recepción, en este sentido, México nuevamente realiza una declaración señalando: “II. En relación con los artículos 17, 21 y 28 el gobierno de México declara que

sólo podrán ser trasladados fuera del país los menores que hayan sido previamente adoptados a través de los tribunales familiares nacionales”.

Por su parte, el artículo 18 establece la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salir de un estado así como de entrar y residir en otro estado, en continuidad con este requisito el artículo 19 establece la obligación estatal de asegurarse que el desplazamiento del niño se realice con toda seguridad en condiciones adecuadas y de ser posible en compañía de sus padres adoptivos, por su parte el artículo 20 establece que las autoridades centrales deben mantenerse informadas sobre el procedimiento de adopción, de las medidas adoptadas para finalizarlo así como del desarrollo del periodo probatorio. El artículo 21 por su parte se refiere a la obligación de la autoridad central de tomar medidas en aquellos casos en que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, en este sentido puede llegar a retirar al niño ocupándose de su cuidado provisional, puede asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas de su adopción o una colocación alternativa o duradera, o por último puede asegurar el retorno del niño al estado de origen. En el marco de la adopción de dichas medidas se puede tener en cuenta la edad y grado de madurez del niño, de conformidad con el artículo 22 las funciones atribuidas a la autoridad central pueden ser ejercidas por autoridades públicas o por organismos acreditados, en la medida prevista por la ley de ese Estado.

El capítulo V hace referencia al reconocimiento y efectos de la adopción, así, el artículo 23 reconoce que una adopción certificada como conforme a la convención por la autoridad competente del estado donde ha tenido lugar será reconocida de pleno derecho en los demás estados contratantes. De esta manera todo estado contratante notificará al depositario de la convención la identidad y funciones de la autoridad competente para expedir la certificación. México realiza una tercera declaración interpretativa a esta Convención, disponiendo: “III. En relación con el artículo 23, numeral 2, el gobierno de México declara que la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores es la autoridad competente para expedir las certificaciones de las adopciones que se hayan gestionado de conformidad con la Convención”.

El artículo 24 hace referencia a la negación del reconocimiento de una adopción cuando está sea manifiestamente contraria a su orden público teniendo en cuenta el interés superior del menor; por su parte el artículo 26 determina que reconocer una adopción implica reconocer el vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos, la responsabilidad de los padres

respecto al hijo, así como la ruptura del vínculo de filiación preexistente; en este sentido se aclara que si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente el niño gozará de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos estados, continuando con esta idea el artículo 27 señala que en el caso opuesto al anterior, es decir, si la adopción no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente dicha adopción podrá ser convertida a una adopción que produzca tal efecto, lo anterior tras el cumplimiento de dos requisitos: *a)* si la ley del Estado de recepción lo permite y *b)* si todos los consentimientos han sido otorgados.

Por lo que hace al capítulo VI se abordan en el las disposiciones generales entre las que destacamos el artículo 28 el cual dispone que la convención no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese estado tenga lugar en ese estado o que prohíba la colocación del niño en el estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción, por su parte el artículo 29 afirma como regla general que no habrá contacto entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño u otras personas que tengan la guarda de este en tanto se cumplan las condiciones de los artículos 4o. y 5o.

En torno al artículo 30, las autoridades competentes asegurarán la conservación de la información relativa a los orígenes del niño en especial la información relativa a la identidad de los padres, a la historia médica del niño y de su familia y en este sentido, estas autoridades asegurarán el acceso del niño o su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado. La matización a dicha afirmación, la representa el artículo 31, el cual afirma que esta información no puede utilizarse para fines distintos para los que se obtuvieron o transmitieron.

En otro orden de ideas, el artículo 32 afirma que nadie puede obtener beneficios materiales indebidos como consecuencia de una intervención en una adopción. Lo anterior presenta dos matizaciones; la primera al afirmarse que sólo se podrán reclamar y pagar los costes y gastos incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción; y en segundo lugar, los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción, no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas por los servicios prestados. En otro orden de ideas, de conformidad con el artículo 33, toda autoridad competente que constate que no se ha respetado alguna disposición de este Convenio informará a la autoridad central de su Estado, la cual debe tomar todas las medidas adecuadas a fin de que se cumpla con lo dispuesto en este Conve-

nio. El artículo 34 establece el deber de proporcionar una traducción auténtica si así lo requiere el Estado de destino, corriendo los gastos a cargo de los futuros padres salvo que se disponga lo contrario. La última declaración interpretativa que México realiza a esta Convención establece en relación a este artículo: “IV. En relación con el artículo 34, el gobierno de México declara que toda la documentación que se remita a México en aplicación de la Convención deberá estar acompañada de una traducción oficial al idioma español”.

El artículo 35 establece la necesidad de celeridad en los procedimientos de adopción. El artículo 36 determina que ante la existencia de dos o más sistemas jurídicos aplicables en distintas unidades territoriales: a. Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial; b. Toda referencia a la ley de dicho Estado se entenderá referida a la ley vigente en la correspondiente unidad territorial; c. Toda referencia a las autoridades competentes o a las autoridades públicas de dicho Estado se entenderá referida a las autoridades autorizadas para actuar en esa unidad territorial, y d. Toda referencia a los organismos acreditados de dicho Estado se entenderá referida a los organismos acreditados en la correspondiente unidad territorial. Culminando con esta idea, el artículo 37 especifica que en relación a un Estado que tenga dos o más sistemas jurídico aplicables en materia de adopción, toda referencia a la ley de ese Estado se entenderá referida al sistema jurídico determinado por la ley de dicho Estado. En esta correlación de ideas, el artículo 38 menciona que un Estado contratante en el que distintas unidades territoriales tengan sus propias normas en materia de adopción, no estará obligado a aplicar las normas de la Convención cuando un Estado con un sistema jurídico unitario no estaría obligado a hacerlo.

En otro orden de ideas, el artículo 39 establece una cláusula de compatibilidad de manera general, afirmando que la Convención no deroga los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes salvo declaración en contrario y en este sentido afirma que todo Estado contratante podrá concluir acuerdos para favorecer la aplicación de la Convención en sus relaciones recíprocas.

El artículo 40 de manera tajante impide la realización de reservas, quizás el motivo de esta afirmación severa sea proteger el interés superior del menor de manera uniforme.

De conformidad con el artículo 42, el Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, convocará periódicamente una Comisión especial para examinar el funcionamiento práctico de este Convenio.

## 18. *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*

a) *Ámbito de aplicación material.* Derecho aplicable a los contratos internacionales. De conformidad con el artículo 1o., se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte diferentes, o si el contrato tiene contacto objetivos con más de un Estado parte. Igualmente, este Convenio se aplica a contratos celebrados o en que sean parte, Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato lo excluyan expresamente. De igual manera, los Estados pueden declarar que este instrumento no se aplica a aquellos contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean partes. En este sentido, también pueden declarar a qué clase de contratos no se aplicará. En este sentido, al momento de ratificar esta Convención, el gobierno de México formuló la declaración siguiente:

Los Estados Unidos Mexicanos declara con fundamento en el artículo 1 de la Convención que ésta no se aplicará a aquellos contratos a celebrarse por el Estado, sus Entidades y Organismos Estatales en los que actúa como ente soberano con potestad de derecho público cuando la legislación mexicana prevenga la aplicación exclusiva del derecho nacional.

De conformidad con el artículo 3o., las normas de este Convenio se aplicarán a las nuevas modalidades de contratación desarrolladas como consecuencia del avance comercial internacional. Por su parte, de conformidad con el artículo 5o., este Convenio no determina el derecho aplicable a las cuestiones derivadas del estado civil, de capacidad, nulidad, invalidez del contrato que dimane de incapacidad, a las obligaciones contractuales relativas a cuestiones sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o derivadas de relaciones de familia, obligaciones de títulos de créditos, obligaciones de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores, los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro, las cuestiones de derecho societario, incluyendo existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de sociedades comerciales y personas jurídicas. Por último, el artículo 6o. expresa que la Convención no se aplicará a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional, vigente entre los Estados parte de esta Convención.

b) *Ámbito de aplicación espacial.* Son Estados parte México y Venezuela. Este es un convenio multilateral de efecto, hasta la fecha, bilateral.

c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firmó en la Ciudad de México el 17 de marzo de 1994, entró en vigor internacional el 15 de diciembre de 1996, de conformidad con el artículo 19 este Convenio tiene carácter irretroactivo al disponerse que este Convenio se aplicará en un Estado parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado. De conformidad con el artículo 28 este Convenio entra en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Por su parte, el artículo 29 finaliza señalando que este Convenio regirá indefinidamente. México la firmó el 27 de noviembre de 1995, la aprobación por el Senado fue el 29 de abril de 1996, la publicación en el *DOF* para su aprobación fue el 14 de mayo de 1996, la vinculación se da por ratificación el 15 de noviembre de 1996, la entrada en vigor para México fue el 15 de diciembre de 1996 y la publicación en el *DOF* para su promulgación fue el 1o. de junio de 1998.

Esta Convención es catalogada por la Secretaría de Relaciones Exteriores como un instrumento de derecho internacional privado.

El clausulado de este Convenio relativo al derecho aplicable se inicia con el artículo 2o., declara que el derecho designado se aplicará aun cuando sea el de un Estado no parte.

Por su parte, el capítulo segundo relativo a la determinación del derecho aplicable, inicia con el artículo 7o., el cual autoriza la autonomía de la voluntad de las partes, la cual debe ser expresa o en su defecto, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto; dicha autonomía puede referirse al conjunto o a una parte del contrato. Una afirmación importante la encontramos en este mismo artículo al señalar que la determinación del foro por las partes no significa, necesariamente, la elección de derecho aplicable. Complementando a este artículo, tenemos que el artículo 8o. afirma que en cualquier momento las partes pueden acordar el sometimiento del contrato en todo o en parte a un derecho distinto, no afectando lo anterior la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros. En una segunda previsión, el artículo 9o. aborda el supuesto de inexistencia de autonomía de la voluntad o que ésta fuera ineficaz. Dando solución a este supuesto, se establece la teoría de los vínculos más estrechos, y como indicio para concretar esta teoría, el Convenio afirma que el tribunal debe tener en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, así como los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. A esta regla general se prevé el supuesto específico de que si una parte del contrato es separable y tiene una

conexión más estrecha con otro Estado, la ley de ese otro Estado se aplicará a esa parte del contrato. El artículo 10 viene a complementar todas estas ideas, señalando que se puede aplicar aquellas normas, costumbres, principios del derecho comercial internacional, usos y prácticas comerciales aceptadas generalmente con el fin de realizar las exigencias de justicia y equidad. Otra disposición importante que queremos destacar es el artículo 11 el cual a la letra dice “que se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho dentro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.

En relación con el capítulo tercero titulado existencia y validez del contrato, inicia con el artículo 12 el cual menciona que la existencia y validez del contrato o de sus disposiciones, así como la validez sustancial de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirá por la norma prevista en el capítulo segundo de este Convenio. Ahora bien, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte. Continúa y finaliza con el artículo 13, el cual afirma que un contrato celebrado entre partes que se encuentran en el mismo Estado será válido respecto a su forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución. En un sentido opuesto, si las personas se encuentran en distintos Estados al momento de celebrarse el contrato, será válido en su forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención, en cuanto al fondo, o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.

El capítulo cuarto hace referencia al ámbito del derecho aplicable y en este sentido el artículo 14 señala que el derecho aplicable al contrato, de conformidad con el capítulo segundo, regulará principalmente: 1. Su interpretación, 2. Los derechos y las obligaciones de las partes; 3. La ejecución de las obligaciones y consecuencias del incumplimiento, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria, 4. Los modos de extinción de las obligaciones, prescripción y caducidad de las acciones y 5. Consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. Por su parte, el artículo 16 afirma que el derecho del Estado donde deba inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos. En

otro orden de ideas, el artículo 17 afirma que se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado con exclusión de las normas conflictuales. Por último, el artículo 18 aborda la figura fundamental del orden público, señalando que el derecho designando por este convenio puede ser excluido si es manifiestamente contrario a dicha excepción.

Como cláusula de compatibilidad, el artículo 20 establece que este Convenio no afectará la aplicación de otros que contengan normas sobre el mismo objeto.

De conformidad con el artículo 22, en relación con un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a. Cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b. Cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.

### III. A MODO DE COMENTARIOS

Si hablamos, estrictamente, que hay una serie de convenios que no pueden incluirse como convenios de derecho internacional privado al no abordar uno o varios de los sectores constitutivos del contenido de esta disciplina, los cuales vienen siendo la competencia judicial internacional, el derecho aplicable, el reconocimiento y ejecución de pronunciamientos judiciales extranjeros así como la cooperación, estimamos que en el momento en que el contenido de estos instrumentos afectan a personas físicas o jurídicas involucradas en relaciones jurídicas que atañen a más de un Estado, elemento de internacionalidad, el derecho internacional privado es una disciplina autorizada para abordar su análisis y estudio.

Otro comentario necesario es especificar que el primer convenio multilateral, el cual no es catalogado de derecho internacional privado por las mismas fuentes, se firma en París, Francia, el 4 de mayo de 1910, nos referimos al acuerdo relativo a la represión de la circulación de las publicaciones obscenas. A lo anterior se une la afirmación de que el primer convenio catalogado como de derecho internacional privado, según las páginas oficiales, firmado en La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928; Convención sobre la Condición de los Extranjeros, resulta el más discutible de todos en función de su contenido de extranjería y se cataloga como de derecho internacional privado.

De estas ideas se extrae que de 1810 a 1901, 1910 y 1928, la presencia de México en la negociación o incorporación de convenios de derecho internacional privado es nula, lo cual contrasta, a partir de 1901 a la fecha, donde la negociación e incorporación de convenios, en definitiva, la presencia de México en el escenario internacional es realmente notable. La otra cara de esta importante red convencional es la falta de conocimiento y aplicación, correcta y efectiva, de estos instrumentos por parte de todos los operadores jurídicos que intervienen en los mismos. Por ello, entendemos que esta contribución concluye como una buena herramienta para acercarnos no sólo a la enumeración sino también al contenido que puede ser una guía útil a fin de alcanzar un cumplimiento cabal de las compromisos internacionales adquiridos por México.

## EL CONCEPTO DE JUSTICIA SOCIAL EN EL CONSTITUYENTE DE 1917

Luis Manuel C. MÉJAN

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *El concepto de justicia social*. III. *El Congreso Constituyente de 1917*. IV. *El discurso de Carranza al inaugurar las sesiones del Constituyente*. V. *Consideraciones de justicia social en los debates del Constituyente*. VI. *Innovaciones del Congreso Constituyente (educación, religión, propiedad, trabajo y Municipio)* VII. *Conclusión*. VIII. *Anexo*.

### I. PLANTEAMIENTO

Al cumplirse 100 años de aquella epopeya del Constituyente de 1917, he querido revisar el *Diario de los Debates* del mismo en busca de cuál era el pensamiento de los constituyentes respecto de la que debe ser la gran preocupación de una ley fundamental: lograr la justicia social en el conglomerado humano que la produce y al cual va destinada.

He querido dejar a un lado muchas consideraciones filosóficas y concentrarme en encontrar en la lectura vivencias en el sentido mencionado. Por eso este opúsculo es simple, no he querido abundar en citas bibliográfica ni notas a pie de página, quiero mostrar tan sólo cómo ve un lector interesado desenvolverse a los creadores de la ley base del país, de ahí que se use la primera persona a lo largo del mismo.

En los diputados constituyentes de 1917 no encontramos la sapiencia jurídica y dogmática de los que integraron el de 1857, pero encontramos a hombres que vivieron muy de cerca los sufrimientos de un pueblo e incluso tomaron las armas, en defensa de sus ideales y de sus convicciones.

Este análisis es tan sólo una fotografía de lo que yo me encontré y me llamó la atención de aquella gesta. Cien años de vida del documento que ellos crearon, con todo y sus cientos de reformas no hacen sino constatar que aun cuando en algunos conceptos estuvieran equivocados, han logrado dar un cimiento a cómo los mexicanos queremos lograr la justicia social.

## II. EL CONCEPTO DE JUSTICIA SOCIAL

La sola mención de “justicia social” nos hace pensar en referencias humanísticas, nos hace imaginar al hombre en su justo logro. Los que tratamos disciplinas humanísticas, como es el derecho, nos preocupamos esencialmente de problemas como la justicia social por cuanto somos apasionados admiradores de la grandeza humana.

Tradicionalmente se ha definido al hombre como un “animal racional”, en mi concepto esto es limitar gravemente la naturaleza humana, debemos añadir varias características que la lógica tradicionalmente, al hablar de las categoremáticas, ubicaba dentro de los “propios” o de los “accidentes”, me refiero a que el hombre es, además, un ser: social, libre y axiológico.

Decimos que el hombre es libre por cuanto que es el único ser que tiene en forma consciente a su perfección, que hace él mismo su perfección. Toda la naturaleza busca la perfección, pero tan sólo al hombre es dado orientarse en su propia perfección.

Decimos que el hombre es social pues no concebimos aislado al ser humano, porque es parte de su naturaleza el vivir en sociedad. Por tanto, la sociedad, si la consideramos como un tercero ajeno al hombre, no es la que señala límites a la actuación humana; es la propia naturaleza del hombre la que lo hace, señalando la extensión de la libertad humana. Más allá de esa extensión el hombre no es libre de actuar, puede hacerlo, tiene posibilidad, pero no libertad, sería lo que tradicionalmente llamamos libertinaje.

Añadimos también que el hombre es un ser axiológico por la razón de que es capaz de conocer lo valioso, y no sólo eso, sino que es capaz de crear lo valioso. En su camino hacia la perfectibilidad el hombre va dejando una estela de valores: la cultura.

Ahora bien, dentro de ese tercer aspecto del hombre, su axiologitud, va descubriendo lo que es bueno y buscándolo por encima de cualquier otra cosa. Y como la meta final del hombre es su completa perfección, ésta es el *bien*.

Vistas estas reflexiones desde la dimensión que nos señala al ser humano como social, descubriremos que la humanidad (en cuanto a que es un conglomerado social) lleva por meta el logro del *bien común*.

En su camino de creación de valores el hombre crea su propia organización. Su racionalidad le pide el orden, las reglas, una cabeza que estructure la actividad de todos. En esa forma aparece la autoridad política destinada a la organización del logro del bien común.

Sin embargo, ya lo veíamos, el hombre tiene la posibilidad de desviarse en la carrera a su máximo fin, además, por un cierto vicio de la naturaleza humana: tendemos a subvertir los valores. Se crea una situación en que unos invaden los terrenos de acción de los otros, creándose así las divisiones que son y han sido funestas para la historia del hombre, han aparecido las injusticias, se ha cambiado de la jerarquía que ocupaba el valor justicia.

Una autoridad política podrá hablar de justicia social en sus gobernados no únicamente si el problema de trabajo, en la ciudad o en el campo, está resuelto, sino cuando ha garantizado la máxima expresión del ser humano, cuando en lugar de hacerle estrechos los caminos que llevan a la perfectibilidad (que es lo que hace un estado totalitario) los ha ampliado.

De ahí que en nuestro examen a la justicia social en el Constituyente de 1917 examinaremos cómo éste logró señalarle al hombre mexicano la extensión de los caminos hacia su perfectibilidad por medio del examen de lo que Burgoa y el mismo Constituyente llaman garantías “individuales” y “sociales”, escisión que se hace por meras razones prácticas y para señalar la novedad de las segundas con respecto a las otras Constituciones del mundo, pero que en el fondo no vienen a ser sino una misma cosa: el logro de la paz.

### III. EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1917

Dejando por sabidas las circunstancias históricas que culminaron con la convocatoria del octavo Congreso Constituyente de la vida de nuestro país, vamos a examinar la tónica general de las actuaciones de dicho Congreso desprendiéndolas del *Diario de Debates* del mismo.

Los diputados que concurrieron al mismo debían llenar los requisitos que la Constitución de 1857 señalaba para ser diputado, además del requisito político de no haber tomado parte en la lucha contra el constitucionalismo. Con esto la diputación que participó no era representante de todo el pueblo, sino de una facción exclusivamente: la triunfadora. Quedaron excluidas facciones importantes como villistas, zapatistas y, en general, los participantes de la Convención de Aguascalientes. Quienes asistieron, fuerza es admitirlo, lo hicieron de completa buena fe y sentido patriótico. Sin embargo, el Constituyente actuó bajo una presión histórica tremenda, habían visto al país agitarse al calor de pasiones, de violencias; vivían un cambio de instituciones, de orden social, de orden político. De ahí que en todas las discusiones aparecieran frecuentemente alusiones históricas. Menudearon las reflexiones al estado de cosas bajo el

gobierno del general Díaz, a los idearios de los grupos revolucionarios, a los hechos de los años de revolución.

Además, en varias ocasiones, distintos diputados hacen profesión de fe de su adhesión al primer jefe, de su trayectoria política, de su postura personal, en una palabra.

Es relevante también el poco tiempo empleado en la discusión y desesperante la forma en que se pierde el tiempo: del 21 de noviembre de 1916 en que se instauraron hasta el 1.º de diciembre, se trató de juntas preparatorias en las que afloraban discusiones simples como la relativa al permiso de fumar durante las sesiones. El 1.º de diciembre Carranza abre el Congreso con un discurso que comentaremos más adelante, presentando su proyecto de reformas a la Constitución de 1857.

No es sino hasta el 11 de diciembre que la Comisión de Revisión rinde sus primeros dictámenes y hasta el día 13 se aprueba el artículo primero. Esto explica la ligereza con que se obró al discutir los últimos puntos que son algunos de los más importantes para el asunto que hoy nos ocupa: el artículo 27 y lo relativo al municipio libre.

Las discusiones del Constituyente a veces sorprenden a uno con la sonrisa en la boca, abundaron las anécdotas, los chascarrillos, las alusiones personales, etcétera. Y si bien hubo algunos diputados cuyas intervenciones se elevaron a alturas oratorias, técnicas, científicas (por ejemplo, las intervenciones de los diputados Cravioto, Lizardi, Rojas, Medina), en general creo advertir que hubo poca calidad jurídica en los participantes especialmente si se le compara con el Constituyente de 1857.

Al iniciar la lectura de los debates buscaba la clave ideológica para el asunto que me ocupaba: la justicia social, pero pronto advertí que en dicho Congreso se careció por completo de determinadas directrices que la caracterizaran ideológicamente. Burgoa señala que la justicia social fue el objeto de la Revolución mexicana y ésta culminó con el Congreso Constituyente. Yo creo que si bien no es eso del todo falso al menos sí es una verdad parcial.

A reserva de buscar directrices ideológicas en Carranza, a cuyas ideas todos trataban de adaptarse hasta que el diputado Espinoza intervino diciendo que tal cosa no era el propósito de esa asamblea, mencionaré aquí dos intervenciones que a mi juicio pueden completar la “ideología” histórica que ya mencioné.

Uno de los diputados más radicales, el C. Recio señaló: “En una Constitución no se legisla para abogados ni para gente culta sino para todo el pueblo”. Considero que este primer paso para pensar en todo un pueblo fue algo valioso.

Cuando por varias intervenciones de los diputados, y porque así lo ha señalado la historia, me encontré con que el Constituyente plasmaba el ideal revolucionario, pensé en buscar cuál era ese mismo ideal. Cuál no sería mi sorpresa al leer la siguiente intervención de Martínez de Escobar: “... los liberales radicales, los jacobinos fulminantes —como él— vienen a este sitio con la mira puesta en un ideal: el ideal revolucionario”.

Y, en efecto, la tónica ideológica más constante en este Constituyente fue la de la más absoluta intolerancia religiosa, en la que los más moderados eran rabiosos traga curas. Al tratar de los artículos 3o., 24 y 130 abundaremos en este tema.

Si queremos resumir la ideología del Constituyente, lo haremos señalando: *a)* situación histórica, *b)* presiones políticas, *c)* intolerancia religiosa y *d)* ayuda a los oprimidos.

He añadido esta cuarta tónica en homenaje a un sentimiento que, pese a todo no deja de ser real, aun cuando esa ayuda estuviera determinada por las tres pautas anteriores.

#### IV. EL DISCURSO DE CARRANZA AL INAUGURAR LAS SESIONES DEL CONSTITUYENTE

Este discurso del 1o. de diciembre de 1916 marca la tónica que deberían llevar los debates en la forma que lo apunté en el apartado anterior.

“Buscamos reformas políticas para cimentar las instituciones” se señala como finalidad última del Constituyente. Se introduce, enseguida, a señalar que: “la Constitución de 57 señala altos principios de valor especulativo y de ninguna utilidad positiva...”, “...el gobierno ha estado en manos prácticamente del Ejecutivo”, “El gobierno central ha controlado todo, la soberanía de los Estados ha sido falsa...”.

Después de esas consideraciones histórico-políticas, mencionaré otro aspecto del discurso del primer jefe: la justificación de ese Congreso que pretende reformar una Constitución en una forma que dicha Constitución no prevé, las consideraciones de Carranza son las del mencionado “derecho de la revolución” que todo estudioso del derecho constitucional conoce bien. O sea, el derecho que le asiste a un pueblo que se ha levantado en armas para modificar sus instituciones.

Por último, en lo que a nuestro interés (la justicia social) se refiere, el primer jefe hace importantes declaraciones: “Es objeto del Gobierno separar al individuo protegiendo su libertad”, “...(buscar) la coexistencia pacífica... la unidad de esfuerzos en orden a la prosecución del fin común: la felicidad

de todos los asociados”, “...constituir un gobierno respetando escrupulosamente la honda tendencia a la libertad, la igualdad y la seguridad de sus derechos”.

Carranza hace una enumeración de los puntos más relevantes del nuevo proyecto aduciendo razones que se mencionarán en su debida oportunidad.

Si leemos las últimas citas señaladas arriba y pensamos que los diputados buscaban celosamente mantener las ideas del primer jefe, encontramos la base de la creación de un sistema en el que existan los postulados de la justicia social.

## V. CONSIDERACIONES DE JUSTICIA SOCIAL EN LOS DEBATES DEL CONSTITUYENTE

Para nuestro estudio clasificaremos los logros del Constituyente de 1917 en tres partes: la primera, trataremos de la igualdad (artículos 1o., 2o., 12 y 13); la segunda, de las libertades (artículos 6o., 7o., 8o., 9, 10, 11, 25, 28); la tercera, de las seguridades jurídicas (artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 26); dejo para el próximo apartado el estudio de los problemas más importantes en cuanto a la justicia social: la educación, la libertad religiosa, el trabajo, la propiedad y el municipio libre.<sup>1</sup>

### 1. *La igualdad*

En este punto, como en todo lo que a garantías individuales se refiere, el Constituyente de 1917 parece seguir la ruta señalada por el de 1857.

Respecto de la igualdad, la asamblea de 1917 está de acuerdo y no se ocupó de fuertes discusiones para consagrar en la carta magna el principio de la igualdad esencial de los seres humanos. Es lógico, los diputados forman una asamblea de ideas liberales y la igualdad era uno de los postulados centro de dicha escuela. Se hacen constantes referencias al régimen de Porfirio Díaz.

En el artículo 2o., que consagra la prohibición de la esclavitud, se hacen discusiones de forma, no de fondo, tales como que debe decirse “Estados Unidos Mexicanos” en lugar de “República Mexicana”.

---

<sup>1</sup> Recuérdese que el numerado de los artículos refiere al existente al promulgarse la Constitución de 1917.

El artículo 12, que prohíbe los títulos nobiliarios, fue aprobado por unanimidad y sin discusión.

Cuando la Comisión de Constitución presentó a la asamblea el artículo 13, relativo a la igualdad frente a la ley, arguyó consideraciones de igualdad en base a la experiencia histórica.

El diputado Múgica (incansable trabajador de esta comisión) presentó un voto particular pidiendo que el fuero militar subsistiera sólo en caso de guerra. Este voto provocó casi todas las discusiones que versaron sobre el fuero militar exclusivamente. Se aducen razones técnicas de seguridad y cuestiones de igualdad y esto es lo que nos interesa a nosotros. El voto de Múgica y de quienes lo respaldaron significó una mayor preocupación por la igualdad; sin embargo, el proyecto de Múgica no se admitió en la redacción final.

## 2. Las libertades. Artículos 6o., 7o., 8o., 9o., 10 y 11

La *ratio legis* de estas disposiciones debe ser trasladada al Constituyente de 1857 ya que los artículos son, con ligeras variantes, en esencia iguales.

Al presentarse el artículo 6o., que fue aprobado por unanimidad, la Comisión aclaró que las razones de esas disposiciones eran las mismas que motivaron al Constituyente de 1857.

El artículo 7o. fue uno de los que produjo una animada discusión. El diputado Rafael Martínez (periodista) defendió el artículo al señalar que “el periodista hasta hoy no ha tenido garantías, para él no ha habido justicia...”. Hace mención de la precaria situación del periodista en tiempos de Díaz y Madero e incluso relata una larga experiencia que a él, como periodista, le llevó a la cárcel.

Discusión importante fue la de si los delitos de imprenta debían ser conocidos por jurado o por autoridades comunes, para suprimirlo se alega que el jurado iría contra el espíritu de los artículos 13 y 20.

Al hablar de la libertad de asociación en el artículo 9o. se vuelven a hacer incontables referencias a que en tiempo de Díaz no había libertad de reunirse y que era necesario afirmar esa libertad.

Aquí surge, por primera vez, la preocupación laboral de la asamblea constituyente cuando un diputado pide que las huelgas no sean declaradas reuniones ilícitas. Se cita un patético ejemplo de unos trabajadores de Guanajuato y se termina solicitando que la asamblea se dirija a Carranza para interceder por esos obreros.

Los artículos 10 y 11 relativos a la posesión de armas y al libre tráfico se aprueban unánimemente sin discusión.

Respecto del derecho de petición señalado por el artículo 8o. se alegó una razón aparente de justicia: el exigir el trámite por escrito es atentatorio contra las clases pobres que carecen de “...los 50 centavos que cuesta el papel...” o de aquellos que no saben leer ni escribir. Un diputado acertadamente contestó que entonces pueden dirigirse personalmente a la autoridad interrogada para que levante un acta. Se discutió sobre el término para contestar, pero tal cosa excede el propósito del presente.

### 3. *La seguridad jurídica*

Si bien es cierto que estas garantías tienen un carácter un tanto procesal, también lo es que implican derechos que el particular puede oponer a la autoridad política para que ésta limite su actuación frente a ellos, por eso entrañan un contenido de profunda justicia social. Sobre este particular hubo algunas discusiones muy interesantes.

El artículo 14, tantas veces violado y que constantemente vemos invocado en los tribunales de amparo, recibió una aprobación rotunda ya que fue aceptado sin discusión y por unanimidad.

Lo mismo aconteció con los artículos 15 y 17 relativos, el primero, a la extradición de reos políticos y el segundo a hacer justicia por propia mano.

El artículo 16 pasó por más vicisitudes para ser aprobado, la Comisión hubo de retirarlo y volverlo a presentar para que después de serias discusiones fuese aceptado.

Se discuten los términos “aprehensión” y “arresto”, un diputado toma la palabra para señalar que los requisitos pedidos para el dictar una orden de aprehensión son muy pocos y que tratándose de algo tan valioso como la libertad humana debe procederse con mucha más cautela.

El artículo 18, relativo a la purgación de las penas, provocó discusiones sobre la división de competencias estatal y federal en términos técnicos. Se hacen de nuevo, referencias históricas. Se insiste en la idea de que el preso es un ser humano y que no debe de hablarse de venganza de la sociedad, sino de regeneración del individuo, hay que “crear colonias penales no prisiones” (intervención del diputado Terrones). Se hacen bromas incluso al clima de las Islas Marías, de que si era bueno o si era terrible... Rechazado el artículo, debió confrontar nuevas discusiones sobre la federalización de los sistemas penales, para ser aprobado.

La Comisión que presentó el artículo 19, relativo a la detención de un individuo, insistió en que al reo deben dársele medios de defensa. Fue aprobado por unanimidad sin discusión.

El artículo 20 suscitó discusiones, al por mayor, de carácter tangencial al tema que ocupa el presente e incluso al mismo artículo. Menudearon las alusiones personales de los diputados y argumentos tan poco serios como aquél de: “que el que tenga puercos que los amarre y el que no, que no” esgrimido por el diputado Von Versen, que provocó no pocos comentarios (sesión del 4 de enero de 1917).

El artículo 21 propició una intensa discusión técnica sobre la policía judicial y el Ministerio Público. Se mantuvo que la distribución de competencias entre los poderes facilita la justicia. El último párrafo de dicho artículo sobre las multas administrativas a los obreros (obra del diputado Álvarez) señala una vez más la tendencia de hacer justicia al obrero. Finalmente, necesitó de una revisión para que se aprobase.

Muchas discusiones sufrió el artículo 22 en lo relativo a la imposición de la pena de muerte, por ser una cuestión tan vieja como irresoluta, baste señalar sólo que el legislador la concretó a determinados delitos dejando sobre ellos carta abierta a las legislaturas locales. Se entabló una discusión de vuelos jurídicos sobre la pena de muerte al violador, que después de ser ampliamente discutida y de sufrir la asamblea en su dignidad por algún chiste subido de color, fue rechazada.

Los artículos 23 (no ser juzgado dos veces por el mismo delito) y 26 (ayuda al ejército) fueron aprobados por unanimidad y sin discusión. Respecto al segundo de ellos la Comisión, al presentarlo, esgrimió argumentos de seguridad.

Renglón aparte merecen dos artículos: el 28 y el 29. El primero, relativo a los monopolios, encontró su justificación —según informes de la Comisión— en razones de justicia económica. La discusión resulta ser una de las más poco serias en todo el periodo de sesiones. Se hacen chistes de mal gusto sobre curas, un diputado cuenta una anécdota de un maestro que tuvo en la facultad y a otro diputado lo dejan con la palabra en la boca después de sisearle para abandonar la Cámara hasta que el escaso quórum obliga a suspender la sesión.

El artículo 29 fue aprobado sin discusión y las razones que usó la Comisión al presentarlo fueron sólo las relativas a ser moderados en la suspensión de garantías.

## VI. INNOVACIONES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE (EDUCACIÓN, RELIGIÓN, PROPIEDAD, TRABAJO Y MUNICIPIO)

Las he llamado innovaciones puesto que son los puntos en que nuestro legislador se apartó del proyecto de Carranza y, por ende, de la Constitución de 1857. Ciertamente que no son los únicos puntos en que difiere, hay muchos otros, algunos de singular importancia como el de la sucesión en caso de falta absoluta del presidente, pero en estos renglones que he apuntado, la asamblea de Querétaro toma carices verdaderamente constituyentes.

Su trabajo, en general, fue el de rectificador de una Constitución anterior y no sólo eso, sino que partió del proyecto que ya había elaborado Carranza, es decir, su labor era deliberativa, se empezaba con más de la ruta ya andada, pero en estos aspectos (principalmente) la labor del Constituyente fue creativa, lo cual no deja de ser encomiable.

Todas estas innovaciones han llegado a la posteridad con el sello de haber sido hechas en nombre de la justicia social y este es un slogan tan recurrido que por una especie de usucapión mental ha adquirido carta de naturalización en la conciencia de todo mexicano. Como las más elementales normas de la exégesis de la ley nos señalan que debe recurrirse a la *ratio legis*, iremos al momento histórico de los debates en que dichas disposiciones surgieron para de, entre ellos, sacar los argumentos de justicia social que ahí se vertieron.

### 1. La educación, artículo 3o.

Largas fueron las discusiones que durante tres días ocuparon al Constituyente (del 13 al 16 de diciembre de 1916), Carranza juzgó tan importante ese asunto que asistió personalmente a la discusión aun sin tomar parte en ella. Tanto fue el revuelo que causó dicha discusión, que días después un diputado lo señala y hace constar que se había recibido un cablegrama de los Estados Unidos preguntando si era cierto que el primer jefe había sido asesinado durante las sesiones...

Del texto de la Constitución de 1857 al proyecto de Carranza hay un cambio fundamental que fue el que detonó toda la discusión de decir: “La enseñanza es libre”, a decir: “Habrá libertad de enseñanza; pero será laica...”. Es decir, la clave fue insertar el concepto de laicismo en la educación.

Hay un diputado, González Torres, que propone que en lugar de usar la palabra “laica” se use “racional”, varios más apoyan el suprimir el con-

cepto de laicidad, algunos porque es una palabra neutral y eso permitirá a los maestros de un credo religioso encontrar forma de brincar el supuesto, otros, como es el caso del diputado Cravioto porque defiende esencialmente la libertad. Establece una diferencia entre los jacobinos y los liberales, afirmándose como uno de estos (aunque inicia su discurso diciendo “si cuerdas faltan para ahorcar tiranos, tripas de fraile tejerán mis manos”) al argumentar que la educación inicia en el hogar: “Los niños no tienen las ideas que tienen porque se las enseñen los curas. El verdadero profesor de ideas generales del niño es el padre”.

De nuevo vuelven a surgir anécdotas (Lizardi hablando de sus tíos Ismael e Ireneo), ataques personales (Rojas atacando a Aguirre Berlanga) y tautologías (Román diciendo que el laicismo es una restricción a la libertad de enseñanza; Rojas diciendo que la libertad religiosa es una de las fundamentales del hombre), etcétera. Hay discusiones históricas, derecho comparado, estadísticas. Todo regresa al mismo tema: permitir o no que haya educación religiosa.

El concepto se ha mantenido a lo largo de los 100 años de la Constitución, con sus variables como el del “concepto racional y exacto del universo” hasta la actualidad en la que se reafirma la libertad de creencias y la laicidad de la educación.

Sin muchas discusiones, el Constituyente arriba también a un concepto de justicia social relevante: la gratuidad de la educación.

## *2. La religión, artículos 24 y 129 (después 130)*

En las discusiones de estos artículos se acentuaron las características ideológicas que se mencionaron respecto al artículo 3o. sobre educación (sesión del 27 de enero de 1917).

El diputado Alonzo señala que para lograr la conquista social de la Revolución hay que solucionar los problemas laboral, agrario y religioso, indica además que se trata de un problema político.

Palavicini hace una moderada intervención al señalar que la nacionalidad mexicana no reside en características étnicas, sino en la religión y el idioma “...y si el pueblo tiene una religión hay que dejarlo que la conserve”. A juicio de Palavicini el problema religioso no está en la religión, sino en los curas. “No vamos a combatir la religión sino los curas. La religión católica es la única perdurable en este pueblo”.

En efecto, el odio se dirige a los curas, son vistos como agentes del Estado Vaticano para apoderarse del mundo y sus riquezas. No hubo pocos chistes acerca de los curas que se dedican a sacar dinero del pueblo.

¿Qué razones asistieron a los constituyentes para pensar así? Al igual que se vio en la discusión del artículo sobre la educación, la herencia anticlerical aportada por el liberalismo de la Reforma que a su vez tuvo su origen, entre otras cosas, en que efectivamente hubo muchos curas que abusaron de su ministerio. Tuvo su origen también en su falta de conocimientos religiosos, sólo así se explica que confundan las limosnas y los estipendios como precio de los sacramentos y los servicios religiosos. Un diputado, en otra ocasión (al discutir el artículo 28) narra un cuento en el que unos indígenas preguntar al cura cuánto les cobra por sacar de procesión al Cristo para ver si así llovía y se salvaban sus cosechas. Sin embargo, en más de una ocasión Jesucristo fue citado con toda seriedad en los debates.

Y así como nunca faltan personas más católicas que el Papa, tampoco faltaron en el Constituyente jacobinos más liberales que Rousseau. Así, apareció un voto particular del diputado Recio, tan contundente como su apellido, en el que pide una adición al artículo 24 prohibiendo la confesión auricular, pues “ata fuertemente las conciencias y pone la vida privada de las familias bajo la inmediata fiscalización del sacerdote” y ordenando a los sacerdotes (que deberán ser ciudadano mexicanos y menores de cincuenta años) el contraer matrimonio civil.

Los diputados Lizardi y Medina, sensatos en su radicalismo, propugnan por una libertad de conciencias en contra de las desmesuradas pretensiones de Recio. Se usan argumentos como el que señala que siendo 14 millones de mexicanos los católicos practicantes de la confesión auricular, se requeriría de 14 millones de policías que los vigilaran. Y contra la segunda propuesta usaron un razonamiento en el sentido que, si los curas contraían matrimonio civil, sin validez para ellos, “se divorciarían para casarse con otra más bonita, lo que nos llevaría a proporcionarles facilidades para su libidine”, argumentos poco serios, pero que sirvieron para poner medida en las disposiciones constitucionales, pues el artículo 24 que egresa del Constituyente sostiene un criterio de justicia social indudable: la libertad de culto, pues si bien el concepto religioso es un criterio íntimo de una persona, lo cierto es que las religiones se practican en colectividad y que una sociedad es moldeada por la creencia religiosa que en mayoría se profesa.

Todas aquellas cuestiones que irritaban a los constituyentes respecto de fenómenos que se daban en la realidad mexicana, y que ellos deseaban cambiar, fueron a dar a un artículo como el 129 (que se convirtió en 130

cuando se intercaló el 123) en el que se fija como materia federal los temas de culto religioso y se prevé que el Estado no fije una religión como la oficial y que tampoco prohíba ninguna y que nada que tenga un sello religioso esté involucrado en cuestiones políticas. Estos son principios de razonable trato a una cuestión de justicia social.

El Constituyente, va más allá y regula la promesa de decir verdad para eliminar el juramento religioso, dispone que el matrimonio válido sea el contratado civilmente, retira validez oficial a los estudios hechos en instituciones religiosas, decreta la mexicanización de la profesión de ministro de culto, el control sobre los templos, limita la capacidad jurídica de los ministros religiosos y, quizá olvidando sus argumentos en contra de los juicios por jurado (discutidos al hablar sobre delitos de imprenta en los artículos 13 y 20), lo establece para las violaciones al 130.

Mi consideración al respecto es que, si bien resulta comprensible que los asambleístas constituyentes hayan pensado así, intentaron acabar con costumbres de una población lo cual no se consiguió.

Kelsen opinaba que la ley debía ser la “norma de la normalidad”, es decir, regular lo que se vive en un conglomerado. Es válido, no obstante, que el Estado legisle para introducir cambios en la manera de actuar del pueblo, pero no puede ignorarse el fenómeno de que un pueblo que considera injusta o inadecuada una ley, dejará de cumplirla. El derecho de Castilla parecía entender esto cuando decían “acátese, pero no se cumpla”.<sup>2</sup> Históricamente habrá que recordar la guerra cristera y la reforma que sufrirá el 130 en 1992.

### 3. *La propiedad, artículo 27*

Burgoa, que clasifica a la propiedad como dentro de las “garantías sociales”, afirma que no es tal pues no protege de hecho, como hace el artículo 123, a una clase especial de la población.

El artículo 27 fue discutido en la última sesión del Congreso que se constituyó en sesión permanente hasta terminar los asuntos pendientes. Esto explica que se haya discutido a la ligera, incluso su misma preparación fue a las volandas.

---

<sup>2</sup> González Alonso, Benjamín, “La fórmula obedécese pero no se cumpla en el derecho castellano de la baja Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 50, 1980, pp. 469-488, consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134393>.

Varios diputados habían trabajado previamente en la elaboración de iniciativas, es importante el proyecto del grupo de diputados encabezados por el secretario de Fomento: Pastor Rouaix, que fue el que sirvió de base a la Comisión de Constitución, que al presentar el proyecto relativo, así lo reconoció.

El informe de la Comisión señala que: “...ya que el tiempo angustioso de que dispone el Congreso no es bastante para encontrar una solución completa de problema tan trascendental... (señalaremos) bases generales que puedan plantearse como la resolución del problema agrario...”.

El mismo Rouaix ha comentado después: “Si el artículo 5o. produjo intensa conmoción por encontrarlo insuficiente... el artículo 27 ...causó mayor desconsuelo entre los constituyentes pues sólo contenía innovaciones de interés secundario”.

Cabe preguntarse: ¿cuál era la prisa para terminar tan angustiosamente?, ¿a qué ufanarse por la coincidencia de las fechas de promulgación de las Constituciones de 1857 y de 1917? ¿No hubiera sido preferible, aun en aras de las razones políticas que indujeron a ello a Carranza, proceder con más tiento en un problema tan delicado, quizá el más delicado de toda la Revolución que se ha ostentado agraria? Como en las piezas teatrales de Ionesco: me pregunto a mi mismo y nada me respondo.

En el informe presentado por la Comisión, encuentro dignas de mencionarse las siguientes cuestiones: “Se reconoce la propiedad como derecho natural con las limitaciones necesarias”. La propiedad privada fue un anhelo de la Comisión de Constitución que señaló que no es posible convertir en propietarios a todos los mexicanos, “...lo único que puede hacerse es facilitar las condiciones para que puedan llegar a ser propietarios, los que tengan voluntad y aptitud de hacerlo”. Se propone, pues, dar facilidad para adquirir en propiedad los terrenos.

Resolver el problema agrario, dice la Comisión, consistirá en remediar la concentración de la tierra en unas pocas manos, en atender la situación precaria del jornalero levantando su nivel económico y moral.

Ciertamente el sentimiento de justicia social impregnaba a la Comisión al tratar con el tema de la propiedad, desgraciadamente poca discusión se le dio a ese artículo debida al cansancio natural de la asamblea (la aprobación se hizo a las tres y media de la mañana).

De las discusiones se deducen algunos puntos importantes. Uno es el gran temor de que la Iglesia acapare todas las riquezas de la nación “como lo ha hecho pese a las Leyes de Reforma” y ahí encontramos porqué a las

sociedades, ya sean anónimas o culturales, civiles o mercantiles, se les limita su propiedad.

Otra cosa que asombra es el poco conocimiento de los antecedentes de este artículo 27, como son las leyes del 6 de enero de 1915 y la del 25 de junio de 1856. Tal es el caso del diputado Colunga que después de hacer consideraciones sobre lo que eran, o él entendía que eran, el fundo legal y el ejido de un pueblo, señala que los ejidos son bienes disfrutables en mancomún y que esas propiedades debían ser repartidas porque así lo señalaba la ley de desamortización. Si el señor Colunga hubiera leído atentamente esa ley se encontraría que los ejidos (entendidos como eran) estaban exceptuados de dicha ley en forma clara.

Del resto de las discusiones entresacamos la intervención del diputado Cepeda respecto de las indemnizaciones: ¿quién las va a pagar?, ¿los que las adquieren al restituírselas?, sería injusto; ¿el Estado?, no tiene con qué. Nadie le prestó mayor atención.

En el afán general de aceptar a ciegas lo venido de Carranza, sólo el diputado Medina se le ocurrió criticar esa declaración de nulidad de todas las actuaciones hechas después de 1856. ¿Qué?, ¿todas las actuaciones están viciadas?, ¿no habrán algunas hechas correctamente?, pero aceptar estas proposiciones hubiera sido negar la ley del 6 de enero de 1915 que ahora se elevaba a rango constitucional y, por ende, sería atacar al primer jefe.

Una intervención sensata fue la de pedir que los trámites agrarios fuesen más expeditos en orden a una mayor justicia.

Se puede concluir que había una legítima inquietud por resolver el tema agrario, pero el servilismo al primer jefe, el cansancio acumulado de todo el Congreso y en especial de esa última sesión les impidió ver con claridad, se hicieron modificaciones de poca monta y fue aprobado por unanimidad con la única excepción de la fracción II, que refería a las propiedades de la Iglesia.

El diputado Hilario Medina al presentar la compilación del *Diario de los Debates*, en 1960, explica:

El artículo 27 deroga el concepto romano de la propiedad individual, para hacer de ésta un factor social de aglutinación y de progreso, interviniendo el Estado en la distribución de la riqueza para que el mayor número participe de los goces de la propiedad, base de una estructura social, sólida y sana. Después de esto, vienen las garantías sociales para hacer efectivos estos principios; tales garantías están incluidas y forman parte de la organización agraria y las soluciones al problema de la tierra, con medios eficaces para que todos los que la adquieran, la disfruten, la hagan respetar y la hagan producir.

Creo que la justicia social en este tema se quedó corta en la obra del Constituyente de 1917, muchas reformas (82) han venido después a este artículo que nos hacen concluir que todavía hay camino por andar en ese terreno.

#### *4. El trabajo, artículos 4o., 5o. y 123*

Ya en otras partes del presente nos hemos encontrado con la preocupación del Constituyente por el problema obrero y es que en todo el Congreso se percibía un sentir general en favor de resolver la problemática de la clase social de los trabajadores.

El artículo 4o., relativo al derecho al trabajo, requirió de una segunda presentación ante el pleno por considerar que algunas de sus partes eran más propias de una ley reglamentaria. No hay gran categoría jurídica en la discusión de este artículo, el diputado Ibarra llega a solicitar que se declaren ilícitas las corridas de toros, las peleas de gallos, la elaboración y venta de alcohol, etcétera, porque representan un mal ejemplo a los niños. Cita que en la ciudad de Toluca hay un garito para “jefes oficiales, curas, científicos y sacristanes” al que acuden en busca de solaz...

La discusión se generaliza sobre la prohibición o permiso de bebidas embriagantes arguyendo el daño que ellas hacen al pueblo mexicano. Se desechan por no estar en un lugar adecuado y se aprueba el artículo por 145 votos en favor y 7 en contra, fue en la reunión 16a., del 18 de diciembre de 1916.

Otro cantar fue el artículo 5o., que fue el más discutido de todos por lo hubo de sufrir varias reestructuras para poder ser aprobado. Las discusiones versaron sobre cuestiones políticas (la prohibición de las órdenes religiosas, por ejemplo), pero cuando se acercan a los temas cruciales aparece un verdadero espíritu de hacer justicia.

Por ejemplo, al discutir la obligatoriedad de un año del contrato para el trabajador se arguyó: “para proteger a la clase trabajadora contra su propia imprevisión o contra el abuso que suelen cometer algunas empresas”. Su afán era, pues, remediar incluso la misma ignorancia del trabajador.

El proyecto presentado por la Comisión, a diferencia del de Carranza, incluía la mención de las ocho horas de trabajo como jornada, la de prohibir el trabajo nocturno y el industrial para mujeres y niños.

Estas disposiciones y otra, por ejemplo, las relativas a vacaciones de los obreros era pedidas por los diputados para ser incluidas en este artículo, pero

como indicara el diputado Lizardi: “le quedan tan bien a este artículo como un par de pistolas a un Santo Cristo”.

El diputado Victoria reprocha que no se le dé la debida importancia al problema obrero y pide una sistematización que no debe ser dejada a leyes reglamentarias.

Por su parte, el diputado Zavala dice: “...es momento oportuno que se haga justicia a la clase trabajadora, de que se le dé lo que le corresponde... es necesario que impartamos justicia a esa pobre gleba, a esa pobre clase desheredada que tan bien ha sabido sostener el crédito nacional”, y continúa diciendo que si tal cosa no se logra se están traicionando los intereses que les llevaron ahí.

Se insistió profusamente en la condición del obrero y en la necesidad de ayudarlo: “Eso debe ser un triunfo de la Revolución”, se señala.

Aunque la discusión se hizo un tanto desorganizada logró altura y calidad en algunos momentos, ejemplo de ello es la exposición histórica, doctrinal, que el diputado Cravioto hiciera el 28 de diciembre de 1916.

Se llegó a la conclusión de que el simple artículo 5o. no podía satisfacer la justicia obrera y que era necesaria una reglamentación más cuidadosa. Así fue como se retiró el artículo y se inició entre los diputados la circulación de algunos folletos con proyectos extra oficiales de legislación constitucional obrera.

La Comisión hubo de evaluar esas opiniones de todos y llegó a la conclusión que debía crear un título especial al que llamaría “Del trabajo y de la previsión social”, que llegó a convertirse en el actual artículo 123.

Al ser presentado al Congreso, el artículo que reflejaba el sentir popular del mismo, fue aceptado con gusto y hasta con singular emoción. Efectivamente, si en otros artículos la discusión se abrevió por cansancio, en esta ocasión se debió a la emoción de estar logrando algo trascendental.

Así fue como, al irse leyendo cada fracción del artículo que marcaba una positiva novedad en una constitución, la pregunta de la presidencia: “¿Se quiere hacer uso de la palabra?” era contestada con nos rotundos y voces de “¡Adelante!”, que el *Diario de los Debates* consignó frecuentemente.

Hubo algunas discusiones sobre la huelga en tiempo de guerra, sobre el reparto de utilidades que en embrión mencionaba el artículo y, sobre todo, se discutió el artículo transitorio del proyecto que se convirtió en el transitorio 13, que anulaba las deudas de los trabajadores para con sus patrones, familiares o intermediarios. Un diputado criticó de ligera esta última disposición pero no encontró eco, la euforia ganó a la sensatez.

Este artículo es también de los que ha recibido abundantes reformas en los años posteriores (55), todas ellas en busca del mismo espíritu que animó a los constituyentes de Querétaro.

En suma, es menester reconocer los méritos del Constituyente de 1917 cuando formula un régimen de justicia social para la clase trabajadora. Quizá el pero pueda venir del hecho de que se han incluido en un cuerpo constitucional disposiciones que deberían aparecer más bien en las leyes reglamentarias todo lo cual ha propiciado en estos subsecuentes años una rigidez que hace muy difícil el propalar cambios y variaciones que el desarrollo económico del país requiere.

Reconocidos los méritos del Constituyente de 1917 en materia de justicia social obrera, sólo debemos desear que los legisladores reglamentarios observen una conducta de ecuanimidad y justicia.

### 5. *El Municipio Libre, artículo 115*

Carranza en su discurso inaugural señala que el Municipio es una conquista de la Revolución (no comentaremos esto, simplemente señalo el criterio oficial de las reformas para buscar en ellas el concepto de justicia social del Constituyente). Se le dará libertad política, libertad económica y se le considerará la base del gobierno.

Se trata no de darle soberanía, pero sí una justa independencia. Carranza mismo le llama “El Municipio Independiente”.

Por medio de algunos textos de los debates hallamos aisladas menciones de la convivencia de la estructuración del gobierno sobre bases municipales. En efecto, si consideramos que el Municipio es una sociedad natural, hallaremos la justeza de dichas pretensiones de Carranza y del Constituyente.

Pero con todo y la buena voluntad manifiesta por los diputados lo que se logró no pudo ser menos feliz. La votación del artículo 115 (fracción II) referente a la forma de administrar la hacienda del municipio se votó junto con el artículo 27, en la madrugada del 30 de enero de 1917. Esa fue, además, la última discusión de importancia que hiciera el Constituyente y, como con justeza lo señala Tena, el cansancio impidió buscar una solución adecuada y se aprobó la que dejaba al Municipio en manos de los poderes legislativos de los estados. Esta restricción a la libertad económica del Municipio ha significado el que no pueda llenar ampliamente sus funciones naturales.

Se olvidó discutir algún aspecto de importancia técnica: cuál es la forma de solucionar los conflictos del municipio con el Estado. La justicia social

sufrió aquí una limitación al no recibir el Municipio, la sociedad natural, una legislación que le permita llenar al máximo sus funciones.

#### 6. *Breve referencia al juicio de amparo (artículos 105 y 107)*

Las disposiciones sobre el juicio de amparo son importantes por cuanto implican una novedad respecto con la Constitución de 1857. Ésta contenía precarias disposiciones sobre dicho juicio y es Carranza quien señala en su discurso inaugural que al haber sido usado como arma política, el juicio de amparo necesita ser más reglamentado.

Las discusiones no son profundas ni abundantes y fácilmente es aprobado lo relativo a este juicio.

El Constituyente Permanente ha venido creando una serie de mejoras en el uso de esta formidable herramienta que, al menos, el Constituyente de 1917, entendió y dejó sobrevivir.

### VII. CONCLUSIÓN

Uno de los días en que me hallaba atareado elaborando el presente trabajo, al caminar por la calle me tocó contemplar a una señora que golpeaba a un niño de unos seis años, regañándole por ponerse a jugar en lugar de vender los billetes de lotería que aún llevaba en la mano; una cuadra más adelante dos chamacos de unos doce años aproximadamente, con su equipo de bolero al hombre se peleaban acremente por no se qué motivos. Tales dos ejemplos me hicieron pensar en los casos dramáticos que los diputados del Constituyente hacían aflorar en sus debates y me llevaron a pensar que ellos ciertamente estaban preocupados por la justicia social, pero también que aún nos falta mucho que recorrer en el camino del logro de una justicia social.

Quizá he sido muy crítico y hasta irónico con la obra del Constituyente de Querétaro; la verdad es muy sencillo, en unos cuantos días, leer los diarios de los debates, dos o tres comentaristas y lanzarse a criticar, pero, en cambio, es titánica la obra de hacer una Constitución para un país. Por eso, he querido dejar en uno de los primeros apartados mención de las tremendas presiones y las razones que explican (no hablemos de justificar) el obrar del Constituyente.

Por ello, con todo y los posibles defectos que en dicha carta magna se encuentren, es conforme a ella, con las reformas del Constituyente Perma-

nente, que se ha regido un siglo de la vida de México. De ahí que como mexicano no puedo renegar de ella, antes bien, aceptarla como propia.

La justicia social no es obligación solamente de la autoridad política, sino de todos y cada uno de los gobernados, y si en nuestra Constitución hay errores de justicia, estos no se solucionarán hasta que todos estemos trabajando por ella en acatamiento a ese código y siguiendo nuestras convicciones ideológicas.

Sólo entonces, repito, veremos nuestra Constitución como la realizadora y organizadora de la más prístina justicia social.

VIII. ANEXO

FECHAS DE APROBACIÓN DE LOS ARTÍCULOS  
MENCIONADOS EN EL ESTUDIO

| ARTÍCULO | FECHA DE APROBACIÓN<br>POR EL CONSTITUYENTE |
|----------|---------------------------------------------|
| 1o.      | 13 de diciembre de 1916                     |
| 2o.      | 13 de diciembre de 1916                     |
| 3o.      | 16 de diciembre de 1916                     |
| 4o.      | 18 de diciembre de 1916                     |
| 6o.      | 15 de diciembre de 1916                     |
| 7o.      | 21 de diciembre de 1916                     |
| 8o.      | 15 de diciembre de 1916                     |
| 9o.      | 22 de diciembre de 1916                     |
| 10       | 19 de diciembre de 1916                     |
| 11       | 19 de diciembre de 1916                     |
| 12       | 19 de diciembre de 1916                     |
| 13       | 10 de enero de 1917                         |
| 14       | 19 al 21 de diciembre de 1916               |
| 15       | 21 de diciembre de 1916                     |
| 16       | 13 de enero de 1917                         |
| 17       | 21 de diciembre de 1916                     |
| 18       | 3 de enero de 1917                          |
| 19       | 29 de diciembre de 1916                     |

| ARTÍCULO<br><i>(continuación)</i> | FECHA DE APROBACIÓN<br>POR EL CONSTITUYENTE |
|-----------------------------------|---------------------------------------------|
| 21                                | 13 de enero de 1917                         |
| 22                                | 12 de enero de 1917                         |
| 23                                | 5 de enero de 1917                          |
| 25                                | 5 de enero de 1917                          |
| 26                                | 5 de enero de 1917                          |
| 27                                | 29 de enero al 2 de febrero de 1917         |
| 28                                | 17 de enero de 1917                         |
| 29                                | 13 de enero de 1917                         |
| 115                               | 25 y 29 de enero de 1917                    |
| 5° y 123                          | 23 de enero de 1917                         |
| 103, 106, 107                     | 22 de enero de 1917                         |
| Firma y protesta                  | 31 de enero de 1917                         |
| Promulgación                      | 5 de febrero de 1917                        |
| Inicio de vigencia                | 1o. de mayo de 1917                         |

## LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y EL CONVENIO 138 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

María Elena MANSILLA Y MEJÍA

*Los niños y el cumplimiento del derecho son el  
futuro de todo país.*  
Anónimo

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *Consideraciones previas.* III. *Constitución y Estado.* IV. *Normas-principios y normas-reglas.* V. *La Constitución y los tratados internacionales.* VI. *¿Son las relaciones internacionales un deber jurídico o una necesidad?* VII. *Artículo 133 constitucional.* VIII. *Análisis del artículo 133 constitucional.* IX. *Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo.* X. *Análisis del Convenio.* XI. *Antecedentes.* XII. *Objetivo Fundamental: la protección del menor.* XIII. *¿Cuándo se es niño?* XIV. *Limites a la edad de empleo en las diversas ramas laborales.* XV. *Aplicación de la ley nacional.* XVI. *Excepciones favorables al menor.* XVII. *Presentación de memorias.* XVIII. *Sanciones.* XIX. *La Constitución de 1917 y sus reformas en el trabajo de los menores.* XX. *Reformas constitucionales.* XXI. *Ley Federal del Trabajo.* XXII. *Consideraciones finales.*

### I. PRESENTACIÓN

La Constitución de 1917, considerada superior, a la de Weimar de 1919, por su ideología social, tiene una gran riqueza de puntos para investigar, reflexionar y escribir sobre ellos, tal situación dificultó elegir el tema, ya que al provenir de la norma fundamental del país, todos son atractivos, interesantes y sin discusión, de gran trascendencia.

En tal sentido después de meditar en las distintas disposiciones de la Constitución sobre las que se podría escribir, se eligió la relación de la Constitución con el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo, por las razones siguientes: su reciente vigencia, 6 de junio de 2016, su pro-

tección a los menores, riqueza humana pensante presente y futura de todo Estado, y, en forma muy especial, porque la Convención a través de sus normas de remisión al derecho nacional, confirma la naturaleza del derecho internacional privado, como una técnica jurídica, que se encuentra en toda rama del derecho, como un derecho para el derecho, por ser un derecho de aplicación del derecho.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS

En toda comunidad hay normas, y reglas jurídicas cuyo origen se encuentra en un principio jurídico, que muestra la esencia de la justicia, en la dirección de las relaciones humanas, este orden jurídico se funda en una Constitución.

Constitución significa crear, ¿qué crea una Constitución?, ¿cómo? y ¿para qué?

Un principio de respuesta lo da el doctor Burgoa<sup>1</sup> al exponer:

Prescindiendo de la múltiple tipología y de la variadísima clasificación de las constituciones a que conduce intrínsecamente la doctrina, nos atrevemos a sostener que las numerosas y disímiles ideas que se han expuesto sobre dicho concepto pueden subsumirse en tres tipos genéricos que son la constitución real u ontológica social, la deontológica y la jurídico positiva.<sup>2</sup>

Ontológicamente, la Constitución manifiesta la realidad de las necesidades del ser y modo de ser de un pueblo en su vida política económica, social y jurídica.

Deontológicamente una Constitución expresa lo que un pueblo quiere ser, así es un conjunto de ideales y principios por lograr. En este punto la Constitución se integra de normas-principios: libertad, justicia, igualdad.

Frente a estos dos aspectos de una Constitución, está el teleológico que tiende a lograr fines, son las aspiraciones de un pueblo que el doctor Burgoa definió como “lo que el pueblo quiere y debe ser”.

Un último tipo genérico de la Constitución, dice el doctor Burgoa, se refiere a la Constitución jurídico-positiva, la cual se “...traduce en un conjunto de normas de derecho básicas y supremas cuyo contenido puede o no reflejar la Constitución real o teleológica”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, México, Porrúa, 2011.

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> *Idem.*

Esto es lo que debe ser una Constitución, la realidad es que puede ser o no producto de su pueblo, o el resultado del ejercicio de un poder ilimitado o de un poder tendiente a satisfacer los fines éticos y axiológicos que todo pueblo necesita sin importar su forma, naturaleza, tendencias o ideales. Todo pueblo tiene una Constitución flexible o rígida, escrita o no escrita, pero todo pueblo, en función de sus circunstancias anhelos, ideales o necesidades, tiene una Constitución.

Tales propósitos conducen al teórico de la Constitución: Carl Schmitt, quien expone que la Carta Fundamental tiene un sentido absoluto y uno relativo: "...Constitución en sentido absoluto puede significar una regulación legal, es decir un sistema de normas supremas y últimas".<sup>4</sup>

Aquí la palabra "Constitución" designa una unidad y totalidad. También es por eso factible identificar Estado y Constitución, en el sentido de que la Constitución es el Estado, porque el Estado es tratado como un deber ser normativo y se ve en él sólo un sistema de normas, una ordenación "jurídica" que vale como deber... que se coloca como una unidad cerrada, sistemática de normas y sirve para fundar un concepto absoluto de Constitución lo que significa "...una regulación legal y fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas".

Frente a la Constitución en sentido absoluto, Carl Schmitt se refiere a la Constitución relativa. ¿Qué quiere decir con esto?

Carl Schmitt sostiene que la:

Constitución, en sentido relativo, significa, la ley constitucional en particular de un Estado. Una Constitución tiene un origen y éste es el poder, un poder que la crea. La Constitución como norma de normas sólo es válida, sólo puede ser vigente y derivar de un poder, de una voluntad con vida, una norma no es válida por sí misma, es válida porque está animada por el principio general del derecho de la justicia y es con este fundamento valorativo que organiza al Estado.<sup>5</sup>

Ante esto, surge la pregunta ¿qué es el Estado? Cuando Luis XIV dice: "El Estado soy yo" muestra el gran poder que tiene el absolutismo que ejerce sobre un territorio en el que se asienta un pueblo, estos tres elementos son los que constituyen el Estado. Tal frase absolutista y su ejecución ¿son eternos?, no, eso no es posible, un pueblo quiere libertad y justicia y con base en tales principios, crea un Poder Constituyente que formule una Constitución que organice a un pueblo y otorgue un poder limitado a la autoridad.

<sup>4</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, S.N.E. Editora Nacional, 1981, p. 8.

<sup>5</sup> *Idem*.

No más, nunca más, el gobernante será el Estado, el Estado es el pueblo que habita un territorio y es protegido por una Constitución creada por un Poder Constituyente y aplicada por el poder derivado que ejerce un gobierno, poder que estará siempre limitado por una Constitución.

Acorde a lo expuesto, una Constitución es “Constitución del Estado”,<sup>6</sup> es decir de la unidad política de un pueblo organizado, en convivencia con un conjunto de órganos cuyas atribuciones tienen por objeto satisfacer las necesidades del pueblo que creó la Constitución a través de un Poder Constituyente, quien debe introducir en ella los elementos que menciona el doctor Burgoa, el ontológico, el deontológico y el teleológico para ser, como dice Carl Schmitt una norma de normas.

Con estas dos breves citas se parte de la premisa de que la Constitución es la norma suprema, es la norma de normas, sobre la cual no hay ni debe haber norma alguna. Esta norma de normas a la que Carl Schmitt une al Estado lo conduce a determinar la relación entre Constitución y Estado.

### III. CONSTITUCIÓN Y ESTADO

Carl Schmitt inicia su teoría con el origen del Estado en su concepción contractualista, a partir de ahí busca establecer la diferencia entre el pacto que crea al Estado y el pacto constitucional.

A fin de fundamentar su teoría respecto al pacto creador del Estado o pacto social y el pacto constitucional. Carl Schmitt sostiene que el pacto o contrato social y el pacto constitucional, implican situaciones diferentes.

El contrato o pacto social forma la unidad política del pueblo, es el presupuesto lógico y materialmente indispensable para la existencia de una Constitución. El contrato social es el presupuesto lógico necesario para la creación de un Poder Constituyente del que surja la Constitución.

Por el contrario, la Constitución surge como resultado de un acto político del pueblo políticamente capacitado.

Atento a lo anterior, si se parte de la teoría contractualista del Estado, el pacto da lugar a una sociedad que se organiza como pueblo, como nación con capacidad de obrar, es entonces cuando con madurez política, percibe la necesidad de darse una Constitución que organice al pueblo y al poder, de esta forma, es como se integra el Poder Constituyente del cual emanará la Constitución, la que establecerá legalmente el equilibrio entre pueblo

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 25.

y poder, para lograrlo creara los órganos que formulen leyes en las que se determinen los derechos y las obligaciones del pueblo y las atribuciones del poder así como sus fines y limitaciones.

Magistralmente, Carl Schmitt incorpora a la Constitución tanto su origen como su contenido. El origen ya se dijo es una sociedad políticamente unida y la Constitución es su efecto, pero ¿cuál es su contenido?, ¿este sólo debe dirigirse a proteger a la sociedad política, y dar atribuciones y límites al poder organizado en la Constitución?

La respuesta es que el contenido de la Constitución es doble: protege a la sociedad con fundamento en principios a los que Gustavo Zagrebelsky<sup>7</sup> denomina normas-principios en tanto que las disposiciones que otorgan atribuciones y determinan los límites al poder son normas-reglas.

Las normas-principios de la Constitución son el elemento deontológico, el fundamento valorativo cuya teleología protege a los tres elementos del Estado, las normas-reglas son el elemento ontológico, organizan, disponen y ejecutan.

La pregunta es ¿cómo distinguir estas dos clases de normas de la Constitución?

La respuesta es la siguiente: las normas-principios contienen valores axiológicos, contienen el deber ser, las normas-reglas se dirigen a la realidad. Gustavo Zagrebelsky diferencia con precisión y claridad meridianas las dos clases de normas de la Constitución. Las distinciones que establece son irrefutables.

#### IV. NORMAS-PRINCIPIOS Y NORMAS-REGLAS

Dada la gran importancia y trascendencia de las normas constitucionales es indispensable continuar con lo que expone Zagrebelsky respecto a las diferencias de estas dos clases de normas, en tal sentido sostiene:

- Los principios son evidentes, las reglas se interpretan.
- A los principios se les adhiere, a las reglas se les obedece.
- Los principios dan criterios para tomar una posición, las reglas dicen lo que se debe hacer.

---

<sup>7</sup> Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp. 109-122.

- Los principios carecen de supuesto, las reglas tienen supuesto y consecuencia.
- Los principios son imprecisos, las reglas son rígidas.

## V. LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Dentro de este doble contenido normativo de la Constitución, creada por un Poder Constituyente surge una pregunta, ¿éste es el único contenido de una Constitución? ¿La Constitución sólo se limita a preservar sus elementos constitutivos pueblo, territorio y poder?

Carl Schmitt<sup>8</sup> sostiene que dentro de las normas principio y las normas regla se contemplan las relaciones con otros Estados por lo que, añade la: “Constitución de un Estado independiente no puede descansar en un tratado internacional con terceros Estados, sin embargo la existencia de terceros Estados obliga a la interrelación”, por lo tanto Carl Schmitt introduce las relaciones internacionales en una Constitución al decir que el Estado al tener existencia política tiene autodeterminación y en su ejercicio entabla relaciones con otros Estados.

Esta autodeterminación le permite interrelacionarse con otros Estados y celebrar tratados con ellos, pero hay que distinguir, dice Schmitt, los tratados no son la Constitución; están en ella, son parte de ella y están regulados por ella, pero no son la Constitución.

Si se unen las teorías de Carl Schmitt y Zagrebelsky, se llega a la conclusión de que el origen de los tratados es la norma-principio manifestada en la autodeterminación, ya que libre y soberanamente un pueblo decide incluir en su Constitución, la posibilidad de adquirir un compromiso internacional con otro u otros Estados.

En tal sentido Carl Schmitt<sup>9</sup> sostiene:

...si una prescripción legal del derecho constitucional establece que las reglas generalmente reconocidas del derecho del Estado Internacional valdrán como elemento obligatorio “del derecho estatal”, esto significa que: se han celebrado para dar contenido a ciertas normas internacionales reconocidas también por el Estado mismo de que se trate, es decir son normas y no pactos,

---

<sup>8</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 81.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 82 y ss.

hay un acto formal de transformación que da lugar al fundamento jurídico que le da validez estatal al tratado.

De esta forma las reglas internacionales o tratados aceptados por un Estado, se transforman en derecho legal del Estado, pero es necesario aclarar que un tratado internacional no es una ley constitucional, sólo deriva de la Constitución y forma parte del derecho interno.

A lo anterior Carl Schmitt añade:

Cuando por virtud de una obligación internacional, se acepta en las leyes constitucionales de un país, el contenido de ciertas estipulaciones internacionales, esto no significa una supresión, ni siquiera disminución de la independencia política del Estado, que asegura así sus obligaciones internacionales mediante la forma jurídico-política de las leyes constitucionales. [...] La forma de ley constitucional sirve a esta finalidad. Pero tales determinaciones no son actos del Poder Constituyente de un pueblo, sólo se emplean en interés de un deber jurídico-internacional es el concepto relativizado de ley constitucional como el medio técnico formal para conseguir una validez reforzada dentro del Estado.<sup>10</sup>

## VI. ¿SON LAS RELACIONES INTERNACIONALES UN DEBER JURÍDICO O UNA NECESIDAD?

De acuerdo con lo expuesto por Carl Schmitt, surge la pregunta ¿existe realmente un deber jurídico internacional de establecer relaciones con otros Estados?

Este cuestionamiento conduce a la siguiente reflexión: si el Estado tiene como único elemento vivo al pueblo, éste se compone de seres humanos que requieren una convivencia social y toda persona es eminentemente social, con diversas graduaciones de comunicación, pero finalmente es un *zoon politikon* como lo definió Aristóteles.

Atento a lo anterior sólo queda concluir que hay una real y natural sociabilidad de la humanidad, por lo que la inicial pregunta respecto a ¿si existe el deber internacional de que los Estados establezcan relaciones entre sí?, la respuesta es necesariamente negativa, los Estados al establecer relaciones entre ellos no lo hacen por deber, las relaciones surgen por muchas razones, la principal es la necesidad, lo que nuevamente conduce al pensamiento del estagirita, quien sostuvo que todo tiene su origen en la necesidad.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 85.

Hablar de necesidades en términos abstractos no aclara nada, por lo que es indispensable señalarlas concretamente. Las necesidades que tiene un pueblo son económicas, comerciales, culturales, sociales y jurídicas, lo que significa que los Estados establecen relaciones para satisfacer estas necesidades, de todas ellas la que atañe a este trabajo son las jurídicas.

*¿Cómo se llevan a efecto las relaciones jurídicas entre los Estados?*

Diversos han sido los momentos de desarrollo de las relaciones internacionales. Se iniciaron fácticamente, después se basaron en el principio de reciprocidad y como última forma se llevaron a efecto mediante convenios, acuerdos o tratados, cuya negociación deberá responder a la satisfacción de las necesidades de ambas partes.

## VII. ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

Un problema dentro del derecho constitucional mexicano fue determinar la jerarquía de los tratados, y el derecho interno. Punto difícil de revolver ya que razonada o no la situación exigía atender a la naturaleza del tratado, por lo que era necesario aclarar si el artículo 133 era una norma-principio o una norma-regla, ya que como se dijo la Constitución contiene las dos clases de normas.

## VIII. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

El artículo 133 dispone:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

La redacción de esta norma dio grandes problemas en cuanto a que ¿quién tenía mayor jerarquía, las leyes emanadas del Congreso o los tratados?

Durante mucho tiempo se sostuvo que serían jerárquicamente superiores las leyes del Congreso por varias razones, entre ellas, el ser derecho totalmente nacional, razón por la cual el Constituyente las había colocado antes de los tratados.

Con el tiempo se sostuvo que las leyes federales y tratados internacionales tenían la misma jerarquía, sin embargo a medida que las relaciones internacionales se incrementaban, la discusión sobre la jerarquía normativa del artículo 133 se agudizó, al grado de que en 1999 se dio un cambio drástico abandonándose el criterio la igualdad jerárquica de las leyes federales y los tratados internacionales.

Dada la importancia de las interpretaciones del artículo 133, se incluyó en la ejecutoria de 1999, en que por contradicción de tesis se constituyó jurisprudencia, y las resoluciones emitidas en el mismo sentido en 2007 y 2011.

Hasta el 11 de mayo de 1999, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declaró que las “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”.

En 1999 cambio radicalmente su criterio y emitió la tesis contraria, los tratados internacionales tendrían una jerarquía superior a las leyes federales.

TRATADOS INTERNACIONALES, SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL<sup>11</sup>

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “...serán la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el he-

---

<sup>11</sup> Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”. Novena Época Instancia: Pleno, núm. de registro: 192867. Tesis aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, Noviembre de 1999, Materia(s): Constitucional, Tesis, P. LXXVII/99, p. 46.

cho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativa, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativa. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. “..No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P./92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”, Sin embargo este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

TRATADOS INTERNACIONALES, SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL<sup>12</sup>

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

CONVENIO SOBRE TRANSPORTES AÉREOS ENTRE EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. DEBE PREVALECER, CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y ESPECIALIDAD, SOBRE LAS LEYES TRIBUTARIAS.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello cetina, Malkab Nobigrol Kleinman y Maura S. Sanabria Martínez.

El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1384/2004, 16512/2004, 12277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 8125/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

Novena Época, Núm. de Registro: 172650, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, abril de 2007, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. IX/2007, p. 6.

<sup>13</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. IX/2007, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXV, abril de 2007, página 6, de rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES, SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, sostuvo que los tratados internacionales son parte integrante del orden jurídico superior nacional, ubicándose jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales, cobrando especial relevancia en este aspecto el criterio de especialidad —*lex specialis derogat legi generali*—, conforme al cual, cuando entre diversas normas pueda plantearse un conflicto en razón de una relación de especialidad, debe prevalecer la más concreta en relación con otra más genérica. En este contexto, cuando exista antinomia entre el Convenio sobre Transportes Aéreos entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América y las leyes tributarias, al exentar aquél y gravar éstas diversos productos a bordo de aeronaves de impuestos y gravámenes nacionales, conforme a los criterios de jerarquía y especialidad de la ley, la normativa que debe prevalecer es el convenio internacional, pues fue establecido para asegurar el desarrollo del transporte aéreo, alcanzar el bienestar común con bases de igualdad y reciprocidad, sin que por ello transgreda el principio de legalidad tributaria, aunado a que el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 1o., prevé una cláusula de sumisión de las leyes tributarias a los tratados internacionales de los que México sea parte, los que tienen el carácter de preferentes”.

De acuerdo con las tesis transcritas, después de largos años de discusión e incertidumbre respecto a la jerarquía que debían tener los tratados, la Corte interpretó el artículo 133 y dispuso que los tratados tendrían la jerarquía inmediata inferior a la Constitución e inmediata superior a las leyes federales, por lo que la decisión resolvió el problema mediante una norma regla y olvidó la importancia del artículo 133, cuya verdadera naturaleza es la de una norma principio.

Pese a la interpretación señalada, darle tal ubicación a los tratados no representaría ningún problema si el Senado, en ejercicio de la atribución que tiene para aprobarlos, realizara un verdadero análisis respecto a

---

Revisión fiscal 36/2011. Administrador de lo Contencioso de Grandes Contribuyentes “6” de la Administración Central de lo Contencioso de Grandes Contribuyentes del Servicio de Administración Tributaria 16 de junio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Anibal Jesús García Cotonieto.

Novena Época, Núm. De Registro: 161358, Instancia: Tribunales de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis 1.4º.A.789 A, p. 1303.

la constitucionalidad de los tratados. El Senado tiene la gran responsabilidad de velar porque los tratados que México celebre con otro Estado, estén siempre de acuerdo con la Constitución, y por lo tanto con los principios generales del derecho o normas-principios que la sustentan así como con los principios jurídicos propios de cada una de las materias respecto de los tratados que se realicen.

México, a la fecha ha celebrado, en todas las áreas, tratados bilaterales, multilaterales y aún los denominados universales, sólo a manera de ejemplo, es parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, del Acuerdo con la Unión Europea, de los acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de la Inversión Extranjera y últimamente firmó *ad-referendum* el Tratado de Asociación Transpacífico.

Junto a estos grandes acuerdos celebrados con otros Estados, México también ha asumido compromisos a través de Convenios con organismos internacionales, tal es el caso del Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, celebrado en Ginebra el 26 de junio de 1973, al que México se adhirió por lo que, después de seguir el procedimiento constitucional fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2016, fecha en que entró en vigor.

## IX. CONVENIO 138 SOBRE LA EDAD MÍNIMA DE ADMISIÓN AL EMPLEO

México, en cumplimiento del compromiso adquirido el 25 de mayo de 2015, al ratificar el Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, lo promulgó y publicó el 6 de junio de 2016.

El título del Convenio únicamente se refiere a la edad mínima de admisión al empleo, sin aludir en él, a quien regula en particular, sin embargo, en el proemio, el documento aclara que el objeto de protección son los menores, en esta tesitura el Convenio propone remplazar gradualmente los instrumentos actuales sobre la edad mínima para acceder al empleo, con el fin de abolir el trabajo de los menores de 18 años, edad en la que se deja de ser menor, como lo establece el Convenio del cual México es parte.

## X. ANÁLISIS DEL CONVENIO

La Convención, al referirse a la edad mínima para la admisión al empleo contempla inicialmente sólo el género, ya que hay diferentes edades en atención a los distintos campos laborales, cuyas características pueden permitir una mayor o menor edad.

En este orden de ideas, es necesario destacar los aspectos del Convenio que serán objeto de análisis:

## XI. ANTECEDENTES

En el preámbulo, el Convenio señala como antecedentes, en materia de límites a la edad para ingresar a trabajar, diez instrumentos de los cuales el primero data de 1919, en tal sentido es importante destacar las convenciones que protegieron a los menores dentro de las más disímolas actividades.

Los convenios sobre la edad mínima celebradas en las ramas laborales fueron las siguientes: Industria 1919, Marítima 1920, Agricultura 1921, Pañoleros y fogoneros 1921, Trabajos no industriales 1932, Revisión del trabajo marítimo 1936, Revisión del trabajo industrial 1937, Trabajos no industriales 1937, Pescadores 1959, Subterráneo 1965.

Esta protección inicial de los menores, respecto a su acceso al trabajo, aumentó en el Convenio 138, al establecer el artículo 5o. numeral 3, nueve actividades en las que la protección al menor sería obligatoria. Tales actividades son las que a continuación se enuncian:

Minas y canteras, industrias manufactureras, construcción, servicios, electricidad gas y agua, saneamiento, transporte, almacenamiento, comunicaciones y transportes, plantaciones, explotaciones agrícolas con destino al comercio.

Destacados las dos clases de protección anteriores, se abordarán los puntos fundamentales de la Convención.

## XII. OBJETIVO FUNDAMENTAL: LA PROTECCIÓN DEL MENOR

La protección del menor requirió del transcurso de muchos años, ya que solía tratarse como mercancía de trabajo al grado de estimular los nacimientos con el fin de que al morir los padres, por la explotación laboral, fueran substituidos por los hijos sin importar su poca edad, pero sí su bajo costo.

Los niños<sup>14</sup> fueron considerados fuente de trabajo barato en una industrialización que casi se consideraba sacrosanta.

---

<sup>14</sup> Cfr. López-Rey, Manuel, *Criminología*, Madrid, Editorial Aguilar, 1975, p. 235.

En Inglaterra, patria de la revolución industrial, la Ley de Fábricas de 1802 limitó, como primera medida, el trabajo infantil a doce horas diarias, prohibiendo el trabajo nocturno de los menores.

La situación mejoró en 1823, con una nueva ley que estableció una serie de gradaciones conforme a las cuales ningún menor debería trabajar más de nueve horas diarias.

La situación no fue mejor en Estados Unidos, su producción industrial se apoyaba en casi dos millones de menores de dieciséis años explotados como trabajadores. En el sur, la cuarta parte de los obreros en las fábricas de algodón eran menores, de los cuales 20,000 tenían menos de doce años, entre ellos niños de seis y siete años trabajan trece horas diarias.

Todavía en 1913, cuando Wilson consiguió afirmar legislativamente su política de *New Freedom* la ley aprobada por el Congreso, que prohibía el trabajo de todo menor de catorce años, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo.

En consonancia con lo expuesto, no resulta extraño que la primera Convención en el área industrial se haya celebrado hasta 1919 y después de un largo camino se celebra en Ginebra en 1973 la Convención 138, vigente para México a partir del 6 de junio de 2016.

### XIII. ¿CUÁNDO SE ES NIÑO?

En la observancia de la protección al menor, el artículo 1o. del Convenio 138 dispone:

Artículo. I. Todo miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

Este dispositivo conduce a determinar qué debe entenderse por niño. La Convención sobre los Derechos de los Niños, de la cual México es Estado Parte desde 1991, dispone en el artículo 1o.: “Artículo 1o. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño: todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

#### XIV. LÍMITES A LA EDAD DE EMPLEO EN LAS DIVERSAS RAMAS LABORALES

¿Cuál es el origen de elegir los 18 años y no otra edad? Se consideró que era necesario determinar en qué momento una persona adquiriría madurez, por lo que en el Seminario Europeo<sup>15</sup> de las Naciones Unidas sobre Bienestar Social, celebrado en París en 1949 fue donde los expertos determinaron que serían los 18 años.

En el Quinto Congreso sobre Defensa Social celebrado en Estocolmo en 1958 se discutió la estandarización, de la edad, lo cual era difícil por las diferentes características de los pueblos. Un médico fue quien aportó la conclusión, sin que esto sea real y absolutamente cierto, que los dieciocho años es la edad en que, generalmente en todos los pueblos termina el período de pubertad por lo que la determinación de la edad de 18 años no es arbitraria, tuvo su origen en la medicina, ciencia que sostiene la existencia de tres clases de edades:

- Evolutiva que comprende seis sub-clases
- Madurez que comprende tres
- Involutiva que también comprende tres clases

De estas tres clases, la que importa a este trabajo es la primera, denominada edades evolutivas,<sup>16</sup> de ella se enunciarán las seis categorías, en atención a la diferente edad que comprende cada una y a que la Convención en estudio, si bien parte de los 18 años señalados por la Convención de los Derechos del Niño, también acepta diferentes edades de acuerdo con el desarrollo, estado social, cultural y económico, que puede darse en los diferentes países. En tal sentido las edades evolutivas son seis.

- a) Primera infancia 0 a 3 años
- b) Segunda infancia 4 a 7 años
- c) Tercera infancia 8 a 14 años
- d) Pubertad o adolescencia 13 a 18 años
- e) Primera juventud 19 a 25 años
- f) Segunda juventud 26 a 30 años

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> Quiroz Cuarón, Alfonso, *Medicina forense*, México, Porrúa, 1977.

La Convención, en estudio, se ubica en la cuarta edad evolutiva que comprende de los 13 a los 18 años a los que denomina la pubertad o adolescencia, por lo que con el fin de confirmar los 18 años como edad mínima para el empleo, el artículo 3o. numeral I dispone: “La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, no deberá ser inferior a los dieciocho años”.

Lo anterior significa que la determinación no se basa exclusivamente en la edad clínica, sino que además se atiende a la naturaleza del trabajo, máxima duración y las condiciones específicas de cada Estado.

## XV. APLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL Y SUS LÍMITES

La regla general de la Convención, dispone que el menor debe iniciar su vida laboral a partir de que deja de ser niño, lo que ocurre a los dieciocho años, pese a ello, esta regla no es absoluta ya que permite que puedan laborar a los 13, 14 o 15 años, e incluso a los doce si la legislación interna de los Estados parte lo autoriza.

En este orden de ideas el artículo 2 dispone que:

Todo miembro que ratifique el presente Convenio deberá especificar en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio y en los medios de transporte matriculados en su territorio, a reserva de lo dispuesto en los artículos 4 a 8 del presente Convenio, ninguna persona menor de esa edad deberá ser admitida al empleo o trabajar en ocupación alguna.

Nótese que esta norma remite a la legislación nacional de cada Estado Parte, a fin de que sea ella la que determine la disminución o el aumento de la edad para emplear a un menor, tal como lo dispone el segundo numeral del mismo artículo 2 que a la letra dice: “Todo miembro que haya ratificado el Convenio podrá notificar posteriormente al director General de la Oficina Internacional del Trabajo mediante una declaración, que establece una edad mínima más elevada de la que fijo inicialmente”.

Esta libertad que el Convenio reconoce al Estado parte para aplicar su legislación, también está limitada en el numeral tres, del mismo artículo 2, al disponer que la disminución de la edad para trabajar, nunca deberá ser inferior a la edad en que cese la obligación de estudiar o inferior a quince años.

Es necesario destacar que la Convención ofrece a los Estados parte, una posibilidad más de disminuir la edad laboral, esto ocurrirá cuando la economía del Estado parte, y sus medios de educación estén insuficientemente desarrollados caso en el cual la edad para trabajar podría iniciarse a los catorce años.

Frente a las disminuciones en la edad regulada por el artículo 2, el artículo 3 reafirma la edad de dieciocho años y considera la posibilidad de una disminución en la edad laboral del menor, el cual dispone: “La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años”.

De acuerdo con el dispositivo transcrito, la persona puede trabajar en cualquier empleo a partir de los dieciocho años, por lo que a *contrario sensu*, el menor podrá trabajar en cualquier empleo a partir de los dieciséis años si se satisfacen los requisitos siguientes:

- Que no se afecte la salud, la seguridad o la moralidad del menor, y
- Que sea instruido o se le dé la preparación profesional para desempeñar esa actividad tal como lo dispone el numeral 3 del artículo 3o.

### Artículo 3

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo “1” de este artículo, la legislación nacional o la autoridad competente previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan podrán autorizar el empleo o trabajo a partir de la edad de dieciséis años, siempre que queden plenamente garantizados, la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que estos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de autoridad correspondiente.

Es pertinente aclarar, que difícilmente el menor tendrá una instrucción o formación profesional, a los dieciséis años, ya que en un oficio sería aprendiz.

Respecto a la formación profesional, la posibilidad de que el menor la haya adquirido a los dieciséis años es improbable por no decir imposible, ya que de estudiar estaría en el nivel de secundaria.

Respecto a los estudios, el artículo 7, numeral “2” dispone:

#### Artículo 7

2) La legislación nacional podrá también permitir el trabajo o empleo de personas de quince años por lo menos, sujeta aún a la obligación escolar, en trabajos que revistan los requisitos previstos en los apartados a) y b) del párrafo anterior.

Los requisitos de los apartados a) y b) del párrafo 1 disponen textualmente, que las condiciones de trabajo: “No sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo” y “No sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente, o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben”.

El párrafo 1 del artículo 7 exige también los requisitos de los puntos a) y b) y es a un más permisivo al disminuir la edad a trece o quince años, siempre que el trabajo sea ligero.

Se considera que es un contrasentido, que la Convención tenga como objetivo abolir el trabajo infantil y llegar al grado de disminuir la edad a los 12 años ya que el artículo 7, párrafo 4, que establece:

#### Artículo 7

No obstante las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el miembro que se haya acogido a las disposiciones del párrafo 4 del artículo 2 podrá durante el tiempo que continúe acogiéndose a tales disposiciones, substituir las edades de trece y quince años en el párrafo 1o. del presente artículo, por las edades de doce y catorce años y la edad de quince años, en el párrafo 2 del presente artículo, por la edad de catorce años.

De acuerdo con el párrafo 4 del artículo 7, se podrá disminuir la edad de quince y trece años a catorce y doce cuando de acuerdo con el artículo 2 la economía, del país y la educación estén “insuficientemente desarrolladas”.

Es importante destacar lo dañino que puede ser el hecho de que, por tratarse de un país insuficientemente desarrollado, se permita a los menores trabajar en una edad calificada como tercera infancia, esto lejos de ayudar al desarrollo de un país, lo condena al subdesarrollo, en atención a que el niño se convertirá en obrero y se le negará una preparación superior.

En realidad las normas de la Convención en estudio, no muestran dar una protección real a los menores ya que entre los dieciocho años en que se deja de ser niño y se tiene capacidad plena para acceder a cualquier empleo, y los doce que se acepta como mínimo, hay una diferencia de seis años, pe-

riodo en que el menor debe desarrollarse física e intelectualmente, por lo que sí se le permite trabajar, aún cuando su horario sea menor y las condiciones en que labore no dañen su salud, el sólo hecho de tener un horario de trabajo y un patrón o jefe que le exija un riguroso cumplimiento, a tan corta edad, le impide desarrollarse plenamente, al anticipar su ingreso al trabajo por seis años, y en el mejor de los casos por tres o cuatro.

## XVI. EXCEPCIONES FAVORABLES AL MENOR

Frente a las situaciones señaladas de disminución de la edad laboral que deben ser excepcionales, y no benefician al menor, el Convenio establece dos excepciones más en los artículos 5 y 6 que son muy razonables, e incluso favorables.

El artículo 5o. señala una obligación y una excepción en el numeral 3. Las obligaciones consisten en que:

### Artículo 5

3. Las disposiciones del presente Convenio deberán ser aplicables como mínimo a: minas y canteras; industrias manufactureras; construcción; servicios de electricidad, gas y aguas; saneamiento; transportes; almacenamiento y comunicaciones; y plantaciones y otras explotaciones agrícolas que produzcan principalmente con destino al comercio, con exclusión de empresas familiares o de pequeñas dimensiones que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente empleados asalariados.

La excepción se refiere al trabajo de los menores en negocios familiares, o pequeños empresas que no tengan empleados asalariados. Esto es benéfico ya que el menor al trabajar en el negocio familiar ayuda a su economía con la presunción iuris tantum de que no será explotado.

La otra excepción la regula el artículo 6o. que dispone:

### Artículo 6

El presente Convenio no se aplicará al trabajo efectuado por los niños o los menores en las escuelas de enseñanza general, profesional o técnica o en otras instituciones de formación ni al trabajo efectuado por personas de por lo menos catorce años de edad en las empresas, siempre que dicho trabajo se lleve a cabo según las condiciones prescritas por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y trabajadores, cuando tales organizaciones existan y sea parte integrante de:

a) Un curso de enseñanza o formación del que sea primordialmente responsable una escuela o institución de formación;

Un programa de formación que se desarrolle entera o fundamentalmente en una empresa y que haya sido aprobado por la autoridad competente; o

Un programa de orientación, destinado a facilitar la elección de una ocupación o de un tipo de formación

## XVII. PRESENTACIÓN DE MEMORIAS

La Convención exige a los Estados parte, en los artículos 2, numeral 5, y 4, numeral 2, la presentación anual de memorias.

Las memorias son el medio por el cual la Organización Internacional del Trabajo conoce, en cierta forma controla, y notifica a los Estados Parte los compromisos que cada uno de ellos asume de acuerdo con su legislación o autoridad competente.

En tal sentido el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo dispone:

### Artículo 22

Cada uno de los miembros se obliga a presentar a la oficina internacional del trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los Convenios a los que se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que solicite.

## XVIII. SANCIONES

El Convenio 138 es un documento obligatorio, su naturaleza es imperativa, en consecuencia su incumplimiento genera sanciones. En este punto nuevamente se dispone que el Estado parte deberá determinar en su legislación interna, quienes serán los responsables y las sanciones que se les deban aplicar.

Es en el cumplimiento de los artículos que remiten a la legislación nacional, que concretamente son el 1, 2, 3, 7 4, 9, 2 y 3 del Convenio y 22 de la Constitución de la Organización del Trabajo, donde claramente se ve la aplicación de la técnica jurídica propia del derecho internacional privado, en atención a que, el Convenio siempre remite a la ley nacional

o a la autoridad competente y la autoridad competente sólo será la que designe la ley nacional.

## XIX. LA CONSTITUCIONES DE 1917 Y SUS REFORMAS EN EL TRABAJO DE LOS MENORES

De acuerdo con la división de las normas, en normas-principio y normas-reglas, propuesta por Zagrebelsky, la protección de los menores en la Constitución mexicana se encuentra tanto en las normas-principios como en las normas-reglas.

La norma-principio se reduce a cinco palabras: “El interés superior del menor”.

En este orden de ideas el artículo 4o. constitucional párrafo séptimo, es una norma principio que dispone:

Artículo 4o.

Párrafo séptimo

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.

Esta es una norma -principio porque se funda en el valor de preservar al niño en toda su extensión y para lograrlo están las normas-regla que derivan de las normas-principio. Las normas-reglas de la Constitución tienen por objeto pormenorizar los aspectos fundamentales de protección a los menores a fin de que se cumpla la norma-principios: “Del interés superior del menor”.

La Constitución de 1917, resultado del Constituyente de Querétaro, protegió al menor en la materia laboral, en el artículo 123, fracción III en tal sentido dispuso: “Los jóvenes mayores de doce años y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas. El trabajo de los niños menores de doce años no podrá ser objeto de contrato”.<sup>17</sup>

Muy lejana estuvo esta norma, del criminal decreto de Porfirio Díaz quien determinó que los niños estaban aptos para trabajar a los siete años.

El decreto de Porfirio Díaz fue inhumano, sin embargo debe recordarse que con toda seguridad, el general Díaz, oriundo de un pueblo de Oaxaca,

---

<sup>17</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, p. 870.

debe haber trabajado desde muy pequeño, razón por la cual para él, que los menores trabajaran desde muy tierna edad, era una situación natural, sin embargo como presidente tenía la obligación de cuidar por el bienestar del pueblo, y particularmente de los niños.

## XX. REFORMAS CONSTITUCIONALES

La protección al menor la realizó México desde la redacción inicial de la Constitución de 1917. Sus reformas en términos generales han sido muchas, sin embargo, respecto a la protección a los menores en materia laboral, sólo han sido cuatro. Textualmente se transcribirán las disposiciones desde la protección original en 1917, hasta la última reforma.

Primera reforma a la Constitución en el trabajo de menores, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de noviembre de 1962, textualmente disponía la “Prohibición a la utilización, en el trabajo, de menores de 14 años sin distinción de sexo”.

La segunda reforma fue el 31 de diciembre de 1974 en las fracciones II y III del artículo 123 que establecieron:

II. La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas, quedan prohibidos las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de dieciséis.

III. Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esa edad y los menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas.

La tercera reforma fue el 20 de marzo de 1993, modificó las fracciones II y III.

II. La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de dieciséis años. Queda también prohibido a unas y otros el trabajo nocturno industrial; y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de las diez.

III. Los jóvenes mayores de doce años y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas. El trabajo de los niños menores de doce años no podrá ser objeto de contrato

Finalmente el texto actual de la Constitución en las fracciones II y III del artículo 123 dispone:

II. La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de dieciséis años.

III. Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de 14 años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis, tendrán como jornada máxima la de seis horas.

Nótese que en la última reforma la edad mínima de los menores para acceder a un trabajo es de quince años.

## XXI. LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Este documento actualmente dedica al trabajo de los menores el Título Quinto bis, que comprende de los artículos 173 al 178, y en ellos hay 8 reformas del 12 de junio de 2015.

Es una satisfacción encontrar que en estos dispositivos la edad mínima de un menor para acceder al empleo es de 16 años, por lo tanto su capacidad para trabajar está entre los 16 y 18 años sin considerar los quince que señala la Constitución.

## XXII. CONSIDERACIONES FINALES

Si se establece la comparación entre el Convenio 138, la Constitución Mexicana y la Ley Federal del Trabajo, se percibe de inmediato que la normatividad laboral mexicana tiende más a la abolición del empleo infantil que el Convenio analizado, ya que éste acepta el trabajo de niños de 12 años. Es sabido que el deber ser de la norma-regla fácticamente puede ser violado, y que a pesar de la prohibición constitucional puede haber menores de doce, trece y catorce años trabajando, frente a esta realidad sólo procede la sanción.

Las interrogantes que se plantean como punto final del trabajo son:

- Al tener la legislación nacional como edad mínima para el trabajo del menor 16 años con limitaciones por ser inferior a los dieciocho. ¿En que beneficia a los menores de México el Convenio Sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo? Si este documento permite el trabajo de niños de doce años.

- Se considera que el Convenio toma en cuenta la situación laboral de distintos países en los que tal vez los niños trabajen aun antes de cumplir los doce años por lo que al aceptar como mínimo doce años, da una protección, a la vez que le permite exigir a los Estados Parte el cumplimiento de sus normas y evitar así que trabajen desde tan pequeña edad.
- El cuestionamiento final es que ¿al aceptarse este Convenio, se viola la Constitución mexicana por regular edades inferiores a las señaladas en las normas nacionales?, consideramos que no, que tal violación no se puede dar porque el Convenio remite siempre a la legislación nacional. Con esta actitud se reconoce la autodeterminación y soberanía del Estado mexicano, y de todo Estado Parte del Convenio.

# LA INCORPORACIÓN DE LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO MEXICANO, VÍA ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

Leonel PEREZNIETO CASTRO

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

## I. INTRODUCCIÓN

Durante sesenta años (1928-1988) el sistema jurídico mexicano fue un sistema con naturaleza de territorialismo absoluto lo que provocó un aislamiento jurídico de México con el resto del mundo.<sup>1</sup> Entre las razones que provocaron esta situación pueden señalarse dos muy importantes: las catorce invasiones sufridas por el país en el siglo XIX y principios del XX<sup>2</sup> y segunda, con esos antecedentes, el nacionalismo mexicano<sup>3</sup> fue reforzado por las ideas ema-

---

<sup>1</sup> Sobre este tema véase: Pereznieto, L., “La tradition territorialiste en Droit International Privé dans les pays d’Amérique”, en *recueil des Cours de L’Academie de Droit International*, T.V., 1985.

<sup>2</sup> Desde su independencia, México vivió bajo la amenaza de las potencias extranjeras, primero de España, después de Francia y de los Estados Unidos. La invasión norteamericana (la de 1846, hubieron 7 invasiones más por parte de este último Estado) fue evidentemente la tragedia más grande que vivió el país. En: *Disputa sobre la soberanía (1848-1876)*, Ed. Senado de la República, México 2000, t. II, p. 16. Esta tragedia incluyó, además de la muerte de cientos de miles de patriotas, la pérdida de la mitad del territorio nacional.

<sup>3</sup> “El nacionalismo forzado del presidente Benito Juárez, (hizo que estableciera en su agenda a) La nueva política mexicana en las relaciones internacionales (de inicio declaró) la inexistencia de los tratados y convenciones firmadas con los países europeos: (España y Francia) que nos invadieron y que apoyaron al imperio. Era un acto de justicia y de soberanía, lo mínimo que podía hacer el gobierno para ser respetado en el extranjero. en *Ibidem*, p. 213. Juárez declaró ante el Congreso en 1861 “El intento de intervención monárquica europea (el imperio de Maximiliano acababa de ser derrotado después de 4 años de luchas) hizo que

nadas de la guerra de Revolución (1910-1917). Esa cruenta guerra civil que produjo una profunda corriente nacionalista. Amén de que geográficamente la frontera de México con los Estados Unidos siempre ha sido causa de reivindicaciones nacionalistas.<sup>4</sup>

Por otro lado, el *statu quo* del territorialismo de leyes cómodo para los jueces al aplicar una sola ley, la suya tanto al procedimiento como al fondo de casos con elementos internacionales, se acabó de la noche a la mañana a partir de que el gobierno mexicano decidió cambiar el modelo económico del país (1986)<sup>5</sup> y abrirse también, jurídicamente (1988)<sup>6</sup> México se abrió al mundo y debió empezar a recorrer un camino, del que aún falta un largo tramo, para que el sistema jurídico cambie, se modernice y se acompañe mucho mejor a ese nuevo modelo económico de apertura con el mundo. Se trata de un tema, como muchos que se discuten en Latinoamérica, en el que se mezcla lo político con lo jurídico; sin embargo, de lo que ahora se trata es de reducirlo a lo jurídico, modernizarlo y sobre todo, entender que el legislador hoy en día, debe estar sensible, más que antes, al desarrollo de los derechos humanos, de la movilidad de las familias, de la economía, y del comercio.

Enfocado el fenómeno del nacionalismo desde la perspectiva del párrafo anterior, ahora lo analizaremos del lado jurídico a fin de ver por qué encontró cabida ese concepto en el pensamiento jurídico latinoamericano.<sup>7</sup>

La teoría del “dualismo jurídico” propuesta en Alemania por Henrich Tripel<sup>8</sup> y en Italia por Dionisio Anzilotti<sup>9</sup> que postula un derecho internacional distinto del nacional, fue rápidamente acogida en el subcontinente, al deslindar al derecho internacional del interno. Este deslinde fue concretado por una serie de destacados juristas latinoamericanos, como Carlos Calvo, Gerardo Estrada, Luis María Drago y otros más, conforme a los si-

---

sólo conserve México buenas relaciones de amistad con las Repúblicas (que) demostraron sus simpatías por las causas de independencia y de libertad de México” (*Idem*). De ahí, parte el americanismo de Juárez, que en realidad era un etnocentrismo.

<sup>4</sup> En la Guerra de 1846, los Estados Unidos arrebataron a México más de la mitad de su territorio. Además de las múltiples invasiones que ese país tuvo en contra de México.

<sup>5</sup> Con la adhesión de México al Acuerdo General de Aranceles y Comercio.

<sup>6</sup> En 1988 se llevó a cabo la reforma en la materia en el Código Civil para el Distrito Federal y Códigos de Procedimientos Civiles, local y federal, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de enero de 1988.

<sup>7</sup> Cfr. Pereznieto, L., *op. cit.*

<sup>8</sup> *Völkerecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899.

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

guientes términos: los extranjeros dentro de territorio nacional estarán bajo la jurisdicción del país en el que se encuentre, rechazando toda injerencia extranjera en su favor. De esta manera, los sentimientos sociales en contra de las grandes potencias, constituyeron una opinión generalizada. Esta forma de pensar, alentó a las corrientes nacionalistas para usar esta teoría como medio de defensa. La tortuga metiéndose en su caparazón. Y no era para menos, recuérdese cuando las grandes potencias dictaban el derecho internacional, por ejemplo, el derecho del almirantazgo inglés fue todavía el derecho internacional de los mares, hasta la Segunda Guerra Mundial. Ningún país latinoamericano aceptó que ese derecho internacional les fuera obligatorio, por lo que era preciso que los parlamentos o congresos nacionales, sirvieran de filtro para rechazarlo o aceptarlo internamente, conforme a sus respectivos principios constitucionales. El artículo 133 constitucional en su primera parte es un ejemplo de un filtro de esa época. Este artículo establece que los tratados celebrados por el presidente de la República, compatibles con la Constitución y aprobados por el Senado, serán “Ley suprema en toda la Unión”; de esta manera se marcó una raya de separación entre lo interno y lo internacional.

Pero ese velo entre las dos realidades jurídicas, la interna y la internacional que sirvió muchos años de protección, desapareció en el momento que México alcanzó la internacionalización de la economía en 1986,<sup>10</sup> A partir de ese momento se abrió un nuevo capítulo en la historia de México. Se inició un largo proceso hacia un mundo globalizado. Lo que demostrará más en cambiar es la mentalidad nacionalista que fue vital en siglos pasados, cuando no existía la institucionalidad internacional que existe hoy en día con la ONU y otros organismos internacionales. El proceso cultural es lento y todavía muchos funcionarios gubernamentales se resisten a mirar esa nueva realidad internacional. Sin embargo, es necesario que hoy se deba complementar la formación de los juristas fundamentalmente interna, con la discusión de los principios internacionales a fin de enriquecer su universo jurídico. Veamos ahora, algunas ideas que nos conducirán hacia la materia de nuestro estudio.

El mundo globalizado tiene entre otros tributarios a los acuerdos entre países, tratados y convenios internacionales por un lado, y por el otro, de manera muy importante, a aquella multitud de transacciones bancarias, comerciales y de servicios —pagos y transferencias internacionales, acepta-

---

<sup>10</sup> Véase Mniruzzaman, A.F.M. State contracts in contemporary international law. *Morrist vs. Dualist controversies*, *European Journal International Law*, vol. 12, núm. 2, 2001, pp. 309-328.

ción y entrega de mercaderías y servicios, etcétera— de un país o continente a otro, que realizan los particulares a escala mundial y que se incrementó considerablemente con los medios electrónicos de comunicación y el transporte y que hoy, la normatividad que regula todas esas transacciones, forma parte del *corpus juris* del derecho comercial internacional.<sup>11</sup> Estas dos formas de generar normatividad internacional, entre otras, sirven para trazar la línea de separación con respecto al fenómeno de creación normativa interna. Las diferencias de creación y de naturaleza de estos tipos de normatividad, deben ir acompañadas de formas distintas de análisis y de aplicación, especialmente en los sistemas jurídicos internos latinoamericanos. Teniendo siempre en mente que no afecte el fluido de familias y de bienes y servicios en el ámbito internacional.

Este punto tan definido y discutido en el contexto jurídico mundial, con frecuencia se le pierde de vista internamente. Quizá porque en el fondo se teme a que, con esas ideas lo tachen de dualista por sostener la diferencia entre ambos sistemas jurídicos que como lo mencionamos, fue uno de los postulados precisamente de esta doctrina;<sup>12</sup> sin embargo la tesis que se sostiene en este trabajo está muy lejos de este postulado. Se trata, bajo un análisis moderno, que no atiende a sentimientos políticos o de defensa, sino simplemente a la constatación de la diferencia, y de ahí, rescatar los vínculos entre esos dos derechos, que les permitan funcionar coordinadamente en beneficio del tráfico jurídico internacional, tal y como lo puso en claro hace casi 50 años el profesor R.Y. Jennings: “the first step then... is to establish a legal bridge between the contract and international law and the relevant municipal law, so that these system interact”.<sup>13</sup>

Se trata de cambiar el contenido político de la discusión del dualismo y transformarlo en una discusión jurídica que, en su sentido moderno, se ubica en torno al contrato porque éste es el vehículo más importante de las transacciones internacionales y de las relaciones familiares. Además de las consecuencias jurídicas de estas últimas que deben mantener continuidad y que los sistemas jurídicos internos deben apoyar, como por ejemplo, reconocer un matrimonio celebrado en un país distinto o darle efectos a una adopción internacional o a un divorcio.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> En este sentido véase: Borton, J. H. *et al.*, *The evolution of the trade regime; politics, law and economics of the GATT and the WTO*, Ed. Princeton University, 2008, p. 27.

<sup>12</sup> Sobre este tema se puede consultar una obra con una visión moderna del tema: Maniruzzaman, A.F.M., “State contracts in contemporary international law. Morrist vs. Dualist controversies”, en *European Journal International Law*, vol. 12, núm. 2, 2001, pp. 309-328.

<sup>13</sup> *Rules Governing Contracts Between States and Foreign Nationals*, Ed. Cambridge, 1965, p. 127.

<sup>14</sup> Sobre este tema, consultar: Dreyzin de Klor, Adriana, “Los nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el Derecho Internacional Privado, Familia, Posmodernidad, Derecho

Por su parte, los contactos comerciales de Latinoamérica con el mundo seguirán incrementándose al igual que los casos internacionales de familia. Hoy la movilidad familiar en busca de oportunidades de trabajo y de una mejor vida, son más frecuentes.<sup>15</sup> Existe más información y los medios de transporte han contribuido a ese objetivo.

Varios de los principios que nos ocupan, están suficientemente discutidos por la doctrina; sin embargo, siempre hay muchas novedades que agregar al análisis. La realidad internacional tiene una velocidad que poco tiempo deja para la reflexión sobre las ideas que acaban de llegar cuando ya vienen otras nuevas que las remplazan. Precisamente, una de las características de la vida internacional, es su rapidez de desenvolvimiento, que el derecho internacional privado, trata de sistematizar con la creación de nuevos conceptos e instituciones jurídicos. Entre los diversos principios del derecho internacional contemporáneo, aplicado a las relaciones privadas, vamos a abordar en el presente trabajo, el tema de la norma jurídica internacional, desde la perspectiva del derecho internacional privado (DIPr) porque aún persisten en el medio académico, en el profesional y en el judicial, ciertas imprecisiones que no atienden a la realidad misma de la dinámica de este tipo normatividad, de ahí que aportemos ahora algunos elementos para la discusión, en especial de la norma jurídica internacional.

De la problemática anterior se abordarán en este trabajo los temas siguientes: cuáles son las características principales que hacen de la norma internacional, una norma propia para el DIPr entendido el concepto, se analiza la forma cómo se le considera, interpreta y se aplica dicha norma en para concluir con unas observaciones sobre la aplicación de la norma internacional de los derechos humanos, como recientemente se ha planteado en este último país.

---

Internacional Privado”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 26, mayo de 2010, pp. 73 y ss.

<sup>15</sup> En el caso de México, la tasa de inmigración subió: en los últimos 10 años 27.80% (Instituto Nacional de Migración – flujo de entradas) *Rules Governing Contracts Between States and Foreign Nationals*, Ed. Cambridge, 1965, p. 127.

## II. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA NORMA INTERNACIONAL

### 1. *Sus formas de creación*

De las formas más comunes de creación normativa internacional, se pueden distinguir cinco casos.<sup>16</sup>

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

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

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

Hasta aquí el dispositivo de incorporación es claro; sin embargo, a partir de este punto surgen muchas interrogantes ¿cómo incorporar internamente esa norma internacional?, ¿Qué efectos tiene la manera en que los jueces deben aplicar la norma internacional incorporada, en un país federal como México? sobre todo, cuando existen y están perfectamente delimita-

---

<sup>16</sup> Para una mayor información sobre el tema en el caso del análisis de la norma jurídica internacional, desde el punto de vista del derecho internacional público, ver: Becerra Ramírez, M., “Hacia un nuevo sistema de recepción del Derecho Internacional en la Constitución Mexicana” en Serna de la Garza, J.M. *et al.*, *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

dos sólo dos ámbitos de aplicación, el federal y el local. Con este objetivo, miremos ahora brevemente una de las propuestas dentro de la teoría del derecho, sobre el tema que nos ocupa, para enseguida pasar a lo que sucede en la práctica.

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

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

En un trabajo anterior<sup>17</sup> me referí a los argumentos que se habían expresado sobre la imposibilidad normativa de crear un tercer ámbito de competencia a nivel constitucional, que nos ofreció en un voto disidente, el señor ministro de la Suprema Corte de Justicia, doctor José Ramón Cossío<sup>18</sup> quien ha aportado recientemente nuevos elementos para el análisis del artículo 133 constitucional en relación al 124. Procedo a hacer un resumen de esos argumentos.

El ministro Cossío plantea básicamente su propuesta a partir del sistema de competencias establecido en el artículo 124 constitucional: las facultades no concedidas a los funcionarios de la federación se considerarán reservadas a la de los estados. Es decir, al existir dos sistemas jurídicos diferentes: el de la federación y el de los estados —nos dice el autor— no puede aceptarse que existan leyes generales y mucho menos leyes nacionales, salvo las excepciones que el propio autor indica.

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

<sup>17</sup> “La incorporación del derecho internacional en el Sistema Jurídico Mexicano”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional privado y Comparado*, núm. 26, junio de 2010, pp. 93 y ss.

<sup>18</sup> Publicado en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 867-882.

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

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

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

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

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

Según la tendencia constitucionalista actual el texto del artículo 124 es claro y preciso porque restringe las facultades de las autoridades federales a solo aquellos casos en que expresamente les sean concedidas quedando las restantes a favor de los estados. Es decir, sólo dos ámbitos perfectamente definidos. Una norma perfectamente discernible en la historia del sistema jurídico mexicano por la gran preponderancia que durante muchos años tuvo el Poder Ejecutivo Federal, en detrimento de las facultades concedidas a los Estados, pero que en todo caso, en nuestra opinión, se ha quedado corta y se encuentra apartada de la realidad internacional. Ya es hoy otra época y procede buscar el tercer ámbito de aplicación normativa, no solo en el texto expreso, sino en el que se deriva de la interpretación del artículo 133 Constitucional, como fuente distinta de creación normativa. Un tercer ámbito normativo, al lado de los otros ámbitos parciales: el federal y el de los estados.

No es este el lugar, para plantear una polémica en torno a si los ámbitos de competencia reconocen o no ciertas interacciones que, en la práctica deben ser resueltas y cómo. Nuestro tema se plantea en el ámbito limitado del derecho internacional privado.<sup>19</sup>

En el DIPr la aproximación al tema se puede plantear en dos niveles de discusión, una teórica y una práctica: en la primera, la discusión se centra en determinar si existe o no la posibilidad de creación normativa que permita un tercer ámbito de aplicación de leyes, distinto al federal y al estatal y en la segunda, la necesidad de que, derivada de la normatividad internacional, se plantee la posibilidad de leyes nacionales, de aplicación en todo el país.<sup>20</sup>

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

El segundo nivel, el de la práctica, concretamente el de las necesidades que deben solucionarse con motivo de la mayor imbricación de México en el mundo. Cabe decir que, en materia de familia, esas necesidades son colindantes con la protección de los derechos humanos.

En este nivel es indispensable que los jueces de todo el país cuenten con una guía precisa y fiable de cómo aplicar la normatividad prevista en el tratado. Esta guía la constituyen precisamente las leyes de aplicación de los tratados que serían de aplicación nacional como ellos. Dicho en otras palabras, es necesario contar entonces con leyes que se apliquen de manera uniforme a nivel nacional por todos los jueces mexicanos y que se cree una jurisprudencia que permita la mejor aplicación de los tratados y de sus leyes de aplicación y con ello dar un mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado mexicano.

<sup>19</sup> Si se quiere ahondar sobre este tema, consultar: Silva, Jorge, *Derecho interestatal mexicano, estudio autónomo de la regulación de los problemas de tráfico jurídico entre las entidades federativas*, tesis de doctorado, UNAM, enero 2008.

<sup>20</sup> Sobre este tema se puede consultar: Pereznieto Castro, L., “Los ámbitos de competencia establecidos por el artículo 124 de la Constitución, en el DIPr mexicano”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 28, mayo de 2011, pp. 81 y ss.

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

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

Ya en dos ocasiones la SCJN ha mantenido, con voto mayoritario —lo que demuestra que aún existe reticencia de una minoría de ministros al cambio— el criterio de la existencia de un tercer ámbito que es el ámbito nacional.<sup>21</sup>

Nos dicen los señores ministros de la mayoría que dentro de la jerarquía de leyes prevista por el artículo 133 constitucional, es necesario crear un nivel intermedio entre la Constitución y las leyes federales, donde se pretende que los tratados internacionales ratificados por México, se coloquen por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución.

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

---

<sup>21</sup> Amparo en revisión 120/2002, *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 151-156, sexta parte, p. 196. C.H. Boheringshon, 9 de julio de 1981. Tribunal Pleno. Mc Cain Mexico, S.A. de C.V., 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

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

La primera, la interpretación constitucional de la SCJN en el sentido de que, dada la realidad internacional, es necesario dotar al sistema de una mejor y más clara vinculación con el sistema jurídico internacional, dándole relevancia a los compromisos contraídos por el Estado mexicano, con otros estados que actualmente, al menos sólo en el campo del DIPr ya pasan de 30 tratados y convenios internacionales, además de los 43 tratados de libre comercio<sup>22</sup> y que, en la práctica, resulta necesario que los jueces de todo el país, apliquen dicha normatividad.

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

La tercera fuente, estrictamente constitucional, y en un tema diferente, pero ilustrativo. En 2008 se reformó la Constitución<sup>23</sup> para establecer un sistema de contabilidad nacional y con ese propósito, se dotó al Congreso de la Unión de facultades para “expedir leyes en materia de contabilidad gubernamental que regirán la contabilidad pública y presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial para la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales”. Esta reforma constitucional, por otro lado, dota al Congreso de la Unión para expedir leyes de carácter nacional, acordes con el ámbito competencial en el que se pretenden aplicar. Lo que no es otra cosa que la posibilidad de una ley nacional que deroga, en esta materia, la dualidad de los dos ámbitos de competencia: local y federal que prevé el artículo 124, ya citado. Se trata, de un claro ejemplo de las modificaciones que empieza a sufrir un modelo constitucional del siglo XIX, reproducido por la Constitución vigente de

---

<sup>22</sup> Véase [www.promexico.mx](http://www.promexico.mx).

<sup>23</sup> *Diario Oficial de la Federación*, mayo de 2008.

1917 y con las que ahora se pretende hacer regir a un país inmerso en la globalización. En estas condiciones es necesario plantear una labor de interpretación integradora que permita que dos artículos constitucionales se complementen.

El artículo 133 que establece por un lado el mecanismo para crear una normatividad internacional, diferente, que se incorpora al sistema jurídico nacional y por el otro, establece la jerarquía de las leyes en el sistema jurídico nacional. Por su parte, el artículo 124, define los ámbitos de competencia. Resulta claro que el constituyente de 1917 y menos aún, el de 1842 de donde proviene esta norma, se imaginaron la importancia que iba a tener para México, un mundo globalizado. El turno ahora es de la SCJN, en el sentido de plantear la necesidad de una tarea integradora entre los artículos 124 y 133 constitucionales y por tanto crear, a partir de ahí, un ámbito competencial intermedio que le daría una base clara y amplia a la aplicación de los tratados y en especial de sus leyes de aplicación a nivel nacional.

Quedan no obstante varias preguntas: ¿qué pasa cuando una norma internacional incorporada al sistema jurídico interno procedente de un tratado internacional que ha sido denunciado y por tanto cesa su aplicación? La obligación internacional claramente cesa pero el sistema suele no tener ningún mecanismo expreso para la desincorporación de esa norma, como en el caso de México ¿Se le debe considerar vigente o no? ¿En el primer caso, se debe aplicar esta norma y cómo? a) Una situación semejante sucede cuando México ha ratificado un tratado y se pretende aplicar internamente la normatividad incorporada a ese tratado que requiere de una ley interna de aplicación; b) o bien, el caso de una persona que es originaria de un país que no es parte del tratado ratificado por México; c) éstas son, entre otras, las interrogantes sobre las cuales intentaremos dar alguna respuesta:

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

En 2007 se llevó a cabo una reforma Constitucional<sup>24</sup> por la que se dotó al Senado de facultades para aprobar las decisiones del Ejecutivo de “terminar, denunciar, suspender, modificar...” tratados internacionales y “convenciones diplomáticas”. En la exposición de motivos de esta reforma, se

---

<sup>24</sup> El artículo 76, fracción I y 89, fracción X, *Diario Oficial de la Federación*. Artículo 76, fracción I, segundo párrafo: “Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos...”.

dice: “Esta reforma responde a la búsqueda y la consecuente construcción de un sistema legal que sea coherente, pues si la ratificación de los convenios internacionales es facultad expresa de la Cámara (de Senadores) asimismo debe ser la denuncia...”.

A partir de esta reforma constitucional se han publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, dos denuncias de tratados internacionales.<sup>25</sup> Conforme a este sistema, al aprobar la denuncia el mismo órgano que aprobó el tratado y consecuentemente, incorporó la norma al sistema jurídico interno y darse a conocer en el periódico oficial del gobierno mexicano, se puede interpretar que opera la desincorporación de la norma internacional del sistema jurídico mexicano.

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

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

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

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

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

---

<sup>25</sup> A la Organización Internacional de la Viña y el Vino, de 3 de abril de 2001 y la denuncia fue publicada en el *DOF* de 15 de junio de 2009. Asimismo, la denuncia al Convenio Constitutivo de la Unión Latina de 15 de mayo de 1954, publicado en el *DOF* de 16 de agosto de 2010.

Tratándose de las leyes de aplicación del tratado que es el tema que nos interesa, la reforma constitucional, ya mencionada, que dota al Senado de facultades para aprobar las decisiones del Poder Ejecutivo de terminar, denunciar, suspender y modificar tratados y convenios internacionales, implica, como lo dijimos, que sea el mismo órgano (el Senado) que incorpora a la norma jurídica internacional al sistema interno, el que la desincorpore. Dicho en otras palabras, el Senado es, por disposición constitucional, el órgano encargado para incorporar la norma internacional que por su naturaleza debe ser de aplicación nacional y si esta requiere ser reglamentada mediante las leyes de aplicación del tratado, su ámbito de aplicación debe ser el mismo de la ley que regula, es decir, nacional. Esta interpretación nos lleva a un caso en el cual, a partir de un precepto constitucional, tenemos un ámbito de competencia implícito de jurisdicciones legislativas diferente al previsto en el artículo 124 que sólo prevé el federal y el local. Dicho en otros términos, aquí se trataría de una interpretación de facultades del órgano creador y que aboga la ley. De esta manera, sería el mismo órgano facultado para proveer, dentro de su propio ámbito de actuación, a que la ley internacional incorporada, se aplique correctamente y eso sólo se podrá hacer con una ley nacional de aplicación.

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

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

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

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

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

## B. *Lex mercatoria*

Paralelamente a la fuente de creación normativa internacional a la que tradicionalmente se ha recurrido, la de los tratados y convenios internacionales, hay otras fuentes más dinámicas de creación normativa en el mismo ámbito, que se repiten por cientos de miles diariamente a lo largo y ancho del mundo y que estudia el DIPr bajo el tema de *lex mercatoria*.<sup>26</sup>

En primer lugar, el reconocimiento mundial del pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad que las partes contratantes, plasman en sus obligaciones internacionales. Como afirma Walter Biagi “la capacidad natural de la persona de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico mediante su voluntad”.<sup>27</sup>

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

Asimismo, las reglas derivadas de organismos internacionales de tipo gubernamental o semi gubernamental de apoyo al desarrollo del DIPr, como los son UNCITRAL, la Conferencia Permanente de La Haya en Derecho Internacional Privado y la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, entre otros y UNIDROIT, que además de gobiernos, convoca a especialistas en los campos privado y público internacional, en diversos temas que van de las *securites* a la repatriación de bienes arqueológicos, o culturales, en su sentido más amplio.

Para alcanzar los fines de la uniformización mundial del derecho, estos organismos preparan además de convenciones y convenios internacionales, leyes modelo o guías legislativas. Las primeras, las leyes modelo deben ser aprobadas por los congresos locales sin modificación y sólo con pequeños ajustes legislativos, para que integradas en un capítulo de la ley interna, regulen de manera uniforme las instituciones comerciales con los otros países

<sup>26</sup> Para una mayor información sobre el tema, ver: Silva, Jorge A. (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria*, México, UNAM, 2006.

<sup>27</sup> *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padua, vol. 43, núm. 5, 1997, p. 774.

que se comercie y así, darle fluidez a las transacciones, es el caso de la Ley Modelo sobre Arbitraje de la UNCITRAL que el Congreso de la Unión incorporó en el Código de Comercio. Las guías legislativas, tienen la misma función que la ley modelo pero en aquellas, se presentan diferentes alternativas a fin de que el legislador nacional escoja en los diversos supuestos jurídicos que le ofrece la Guía Legislativa, la que en su opinión mejor se adecua a su realidad interna.<sup>28</sup> La regulación sobre comercio electrónico en México es producto de una guía legislativa que igualmente se incorporó al Código de Comercio.

### C. “Disposiciones espejo”

Hay otras fuentes, las “Disposiciones espejo” que no son recogidas de manera mayoritaria por los países latinoamericanos, pero de las cuales México debió echar mano para la modernización de su sistema jurídico nacional. En efecto, en 1986 México se adhirió al GATT —ahora uno de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC)— y posteriormente, suscribió en 1994 el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC).<sup>29</sup> Mediante estos instrumentos México se obligó a incorporar “Disposiciones Espejo” dentro de su propia legislación que pudieran corresponder a las obligaciones que había contraído con estos organismos internacionales con el fin de abrir su economía y vincular a sus diversos sectores operativos internos al comercio internacional, como lo son, los mecanismos aduanales uniformes, la desgravación y uniformidad arancelaria, la uniformidad de reglas de comercio, la regulación del *dumping* y medidas compensatorias, etcétera. De acuerdo a Borton, se trata “de reglas que acordadas internacionalmente, muchas de ellas son reproducidas internamente para asegurarse que la conducta del país en cuestión, al menos en materia de comercio, se desarrollara de acuerdo con dichas reglas”. Asimismo, se incorporaron al sistema jurídico mexicano una amplia regulación estadounidense en las áreas de: energía, competencia económica, telecomunicaciones, finanzas públicas, bolsa de valores, etcétera. De tal manera de conectar al sistema mexicano con el estadounidense y con el resto del mundo.

<sup>28</sup> Sobre este tema, se puede consultar a Ortiz Mayagoitia, Guillermo, I., “México y el Derecho Uniforme, retos y realidades”, *The Impact of the Uniform Law on National Law and Possibilities*, México, UNAM, 2010, pp. 3 y ss.

<sup>29</sup> Sobre su efecto en la globalización, consultar: Montalvo Romero, M. y Viveros Contreras, O., *El efecto jurídico, económico y financiero en el contexto de la globalización*, México, Ed. Arano, 2007, pp. 35 y ss. Sobre el tema de los sistemas jurídicos internacionales como el GATT, ver: Kuyper, P.K., “The Law of GATT as a special field of international law”, *Netherland Yearbook of international law*, vol. XXV, 1994, Martinus Nijhoff, Holanda. Borton, J. H. *op. cit.*

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

México con su economía ya abierta, le urgió desarrollar nuevas regulaciones acordes a sus necesidades internacionales para enlazar a su economía con el mundo y con ese impulso, multiplicar las reglas de conflicto<sup>30</sup> y las remisiones directas a disposiciones internacionales para incorporar a los usos y costumbres internacionales, como sucede con el artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito, en materia de cartas de crédito que muestra un sistema de incorporación avanzado:

Artículo 71, (párrafo 1). Las instituciones de crédito, al emitir las cartas de crédito a que se refieren las fracciones VIII y XIV del artículo 46<sup>31</sup> de esta Ley, se sujetarán a lo señalado en este artículo y, de manera supletoria, a los usos y prácticas que expresamente indiquen las partes en cada una de ellas, sin que resulte aplicable para esta operación lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en materia de cartas de crédito.

Dicho en otros términos, el estado nacional, en este caso México, reconoce la prioridad de la autonomía de la voluntad de las partes y la incorporación en sus contratos de los usos y costumbres, por encima de su ley interna en la materia.<sup>32</sup>

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

Una fuente más es la llamada técnica del “transplante” o *cross fertilization*<sup>33</sup> de ordenamientos jurídicos de un sistema a otro por razones distintas, por ejemplo, la admiración que se puede tener por un determinado sistema

---

<sup>30</sup> Que se llevó a cabo a partir de las reformas de los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Código Civil Federal y sus respectivos Códigos de Procedimientos Civiles a partir de 1988 y más tarde las reformas al Código de Comercio de 1994 y 1999.

<sup>31</sup> El artículo 46 de esta Ley establece las operaciones que podrán realizar las instituciones de crédito, entre ellas las relativas a Cartas de Crédito: fracción XIV.- “Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes”.

<sup>32</sup> Que hizo a partir de las reformas de los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Código Civil Federal y sus respectivos Códigos de Procedimientos Civiles a partir de 1988 y más tarde las reformas al Código de Comercio de 1994 y 1999.

<sup>33</sup> Sobre este tema se puede consultar, Mosquera I. J., Legal transplants and comparative law, en: International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional N° 2, 2003, Universidad Javeriana.

jurídico, cuyo funcionamiento se piensa que va a ser semejante en sus resultados si se “trasplanta” a un sistema jurídico diferente. También, como en el caso que nos ocupa, se trata de enlazar al sistema jurídico nacional antes cerrado con el mundo a través de regulaciones más avanzadas que ya han probado su eficiencia en la práctica.<sup>34</sup>

El gobierno mexicano debió haberse planteado en 1994, e incluso antes de esta fecha, si “trasplantaba” regulaciones europeas más acordes con su sistema de derecho codificado; sin embargo, una realidad debió haberse impuesto y es la magnitud del comercio de México con los Estados Unidos (80%) y por tanto, resultaba congruente “trasplantar” las regulaciones de ese país para que, de manera uniforme, se pudieran desarrollar las transacciones internacionales entre ambos países y al mismo tiempo, quedara un sistema jurídico mexicano funcional para su operación con otros países. Así se procedió con la regulación de sectores completos de la economía, como las telecomunicaciones, medio ambiente, sociedades comerciales, competencia económica, energía y en general en los campos de la economía, agricultura, banca y servicios financieros y muchos más. La economía y el sistema jurídico requirieron concentrar esfuerzos para obtener normas de enlace con el mundo externo y viceversa. Eso explica en gran parte que Chile y México tengan hoy en día los sistemas más modernos en materia de comercio exterior lo que ha dado lugar a su apertura total en el comercio y con ese impulso, México ha logrado alcanzar el lugar 11 entre los países exportadores más importantes del mundo, más que varios países europeos, que tradicionalmente han sido países exportadores.

## F. Soft law

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

Desde un punto de vista amplio o impropio, las normas reguladoras del comercio internacional incluirían asimismo otros elementos normativos y pseudo normativos que sirven para fundamentar las decisiones y proporciones jurídicas. Desde esta última perspectiva, la flexibilización como tendencia ge-

---

<sup>34</sup> Es un fenómeno que se ha extendido en muchos países latinoamericanos. “El cambio más importante para el derecho privado latinoamericano ha sido el alejarse de la doctrina europea para acercarse a materiales y literatura jurídica del derecho anglosajón”. Posada Tamayo, J. A., “Una visión desde el derecho comparado y el análisis económico del derecho en la estructura societaria latinoamericana”, *Estudios de derecho*, núm. 146, 2008, pp. 115 y ss.

neral del derecho encuentra una primera manifestación en el ámbito de los procedimientos de producción normativa. Estos procedimientos se “ablandan” para permitir un desarrollo más abierto del derecho del comercio internacional y gracias a la armonización conseguida a través de ellos cabe aspirar a la reducción de las contradicciones existentes entre los distintos sistemas jurídicos y a que los Estados se animen a realizar esfuerzos en la perspectiva de la internacionalización.

De la definición anterior podemos distinguir, entre otros, tres elementos: *i)* se trata de las “normas reguladoras del comercio internacional”, *ii)* a esas normas las acompañan “elementos normativos y pseudonormativos que sirven para fundamentar decisiones y proposiciones jurídicas”, y *iii)* por su flexibilidad se acomodan a diversas situaciones y reducen la contradicción entre sistemas, en la medida que propenden a una uniformidad. En conclusión, tenemos que este tipo de reglas ayudan para que las partes en sus contratos puedan adecuarlas e incorporarlas y hacerlas obligatorias entre ellas.

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

*a.* Reglas que las partes acuerdan  
como obligatorias en su contrato

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

el cumplimiento de esa obligación, podrá ser demandada ante los tribunales nacionales.

### *b. Reglas de referencia*

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

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

## *2. Naturaleza, incorporación e interpretación*

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

### *A. Naturaleza*

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

(a) Las que se incorporan en el sistema provenientes de convenciones internacionales y cuyo efecto varía de país a país, pero que, sin embargo, existe la obligación asumida en el tratado internacional, de que su interpretación por tribunales locales, contribuya a su aplicación uniforme a nivel internacional, como es el caso del artículo 7 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 1980, con el cual se inició una nueva corriente en este sentido que, con frecuencia, fue adoptada en tratados posteriores.

(b) La normatividad que se incorpora vía leyes modelo o guías legislativas, que son aprobadas por los congresos o parlamentos, como leyes nacionales, reciben la misma jerarquía de éstas, sin embargo, el juez debe estar atento, cómo esa misma norma la interpretan tribunales de otros países. Se trata de hacer congruente su ejercicio con el ejercicio judicial extranjero con objeto de que la norma jurídica internacional se aplique de manera uniforme para beneficio de la justicia y la certeza jurídica, internacionales.

(c) Lo mismo sucede con las regulaciones que son trasplantadas. El objetivo de incorporar estas legislaciones, como ya se indicó, es la de modernizar al sistema, por lo que no se le debe desvincular de la forma como se aplica esa misma normatividad en el extranjero y en especial, en el país fuente de la norma, a riesgo de rezagar su forma de aplicación y perder la necesaria uniformidad. Se estaría volviendo al sistema codificado, donde las leyes se modifican poco. Este punto es importante. Se trata de hacer conciencia entre los jueces, de la necesidad de la consulta a la jurisprudencia y doctrinas extranjeras. Ejercicio que es muy difícil pero no imposible. Los cursos de capacitación modernos que reciben algunos tribunales mexicanos, abonan en un sentido positivo. En este tema cabe hacer mención de la labor que hacen los jueces al incorporarse a la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez que promueven tanto la Conferencia Permanente de la Haya para la correcta aplicación de sus Convenciones Internacionales en Materia de Menores, como en el mismo tema, promueve la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (Iberred) en América Latina.

(d) El cuarto tipo de normas, son los actos y contratos celebrados por voluntad de las partes y quienes incorporan en sus contratos *lex mercatoria* y cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales internos. Pensemos por caso en una carta de crédito contratada conforme a las reglas de la CCI sobre el tema y que son las que emplean todos los bancos en el mundo, al margen de su legislación interna o también el caso del acuerdo que consta en una cláusula arbitral internacional, conforme a la cual, por voluntad de

las partes, opera la prórroga de jurisdicción pero que eventualmente, los tribunales nacionales deben conocer en caso de que se discuta la validez de la cláusula arbitral o el cumplimiento de la carta de crédito. Entre muchos otros ejemplos.

### B. *Incorporación*

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

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

Para este autor es necesario que la norma interna valide a la norma internacional. Con ese fin, la convertirá en su ley local y así, la norma internacional será norma interna válida “que pueda ser efectiva” internamente. Al hacerlo, la norma internacional “nacionalizada” será una norma de igual valor de las normas internas. Cada Estado le dará la jerarquía que determine su Constitución. México, como lo hemos visto la sitúa como norma suprema, debajo de la Constitución y arriba de las leyes emanadas del Congreso. Además, existe en este país un control constitucional mediante el cual los tribunales federales pueden decidir que el tratado va en contra de la Constitución por violación a las garantías individuales y declarar sin aplicación la disposición del tratado. Independientemente de que México pueda ser acusado internacionalmente por el incumplimiento de una obligación internacional.

Otro tipo de relación, la plantea Anzilotti, a partir de la regla de conflicto, donde el Estado, mediante sus leyes internas, determina cuál es el derecho extranjero que resulta aplicable para una relación con elementos extranjeros. En este caso la regla de conflicto es el filtro de validación de la ley jurídica extranjera que se aplicará.

Veamos brevemente estas posibilidades de incorporación de la norma internacional mediante la regla de conflicto, para que queden estas reflexio-

nes como un punto de referencia que nos permita analizar los conceptos que expondremos más adelante.

Cuando el sistema jurídico local se autoconstituye en un sistema dualista, la norma derivada de los tratados y convenios internacionales, ya mencionamos, que se incorpora a través del filtro que cada Estado tiene. Este es el caso principalmente, de los sistemas jurídicos latinoamericanos. En el otro lado, están países europeos, como Italia que constitucionalmente establecen que el derecho interno dependerá directamente del derecho internacional. En estos países se parte de un sistema monista que postula que hay un solo derecho que incluye al derecho internacional y al interno, como un todo, prevaleciendo el primero sobre el segundo y así se aplicará a cada caso concreto directamente por los tribunales. El análisis es más complicado, en el primer supuesto, cuando hay un filtro interno que valida a la norma internacional. En este caso, el propio filtro establece la naturaleza de cómo debe considerarse a la norma internacional, internamente. En México, ya lo vimos, conforme al artículo 133 constitucional, se le considera “ley suprema de toda la Unión” y que interpretada por la SCJN se le debe considerar debajo de la Constitución y arriba de las leyes federales emanadas del Congreso de la Unión.

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

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

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

La realidad, nos dice este autor, es que la internacionalización del contrato se ha disparado fuera de la discusión a las teorías monistas y dualistas

y se ha centrado por igual en la libre voluntad de las partes. Hoy en día debemos llevar al contrato a nivel internacional. En palabras del profesor R.Y. Jennings, con ello se estará elevando a la persona humana, al individuo, al nivel de sujeto del derecho internacional.

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

### C. Interpretación

En el tema de la interpretación de la norma internacional cabe deslindar dos elementos en su contenido. Cuando se refiere a materia de familia, el tratamiento que cada juez debe llevar a cabo de la norma internacional es con el objeto de resolver el caso concreto pero siempre procurando que exista una cierta armonía en su interpretación. Un ejemplo lo tenemos en la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores que entró en vigor para México el 6 de marzo de 1992 y que dispone en sus artículos 9, 10 y 11, que el juez debe tomar en cuenta por el tiempo que transcurre, si el menor desplazado ilícitamente, sufre un daño, con lo cual debe agilizar los procedimientos para su devolución a su medio ambiente, donde habitaba previamente. Disposiciones de este tipo implican, entre otras cosas, las siguientes: que los tiempos de desplazamiento sean homogéneos, en la medida que se habrá juzgado internacionalmente. Esos tiempos de protección al menor, además, deberán ser interpretados en todo momento en su favor (*favore minoris*). Así, se pretende alcanzar la otra cara del tratado internacional; es decir, no solo la delimitación de las obligaciones estructurales y sustantivas del tratado que estudia el derecho internacional público, sino además, las que a la postre, resultan más importantes, las de su cumplimiento; es decir, que los jueces actúen en los términos que se acordó en el tratado y ésta, es labor del derecho internacional privado.

Esto último se trata de lograr, como ya se señaló, a través de los centros de capacitación judicial, que faciliten ejercicios de derecho comparado den-

tro de los programas de educación continua que tienen los jueces y a través de las redes internacionales de cooperación. También por la misma exposición que los jueces suelen tener al juzgar casos con contenido internacional ya que su decisión debe estar en armonía con la aplicación uniforme que se haga de la disposición específica del tratado y así cumplir con los términos acordados de éste.

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

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

#### *a. Jurisprudencia marginal*

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

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

Afortunadamente esa posición cambió en 1935 cuando la misma SCJN reconoció, aunque de manera ambigua la personalidad jurídica a las sociedades extranjeras; sin embargo, se insiste en la misma resolución que el registro es una condición “para que pueda considerarse en pleno ejercicio (la sociedad) de sus derechos en la República”. Hay otra tesis, del año siguiente —1936— en que se hace una distinción muy importante. Se dice que el registro para efectos del reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad extranjera es únicamente para cuando dicha sociedad pueda “Ejercer legalmente el comercio en el país” pero en caso de que la sociedad deba comparecer en juicio a ejercer sus derechos, no requiere de dicho registro previo.

En materia de derechos personales también hay una serie de decisiones variopintas que muestran la indefinición del papel del juzgador mexicano frente a casos con elementos extranjeros y en este tema el péndulo va a los extremos: desde una tesis de la SCJN de 1936 donde el juzgador interpreta al derecho francés y saca sus propias conclusiones, hasta otra sentencia de un tribunal colegiado, 11 años después, en un caso sobre la validez y los efectos en México de certificaciones realizadas en el extranjero para probar el parentesco para efectos de la participación en una herencia, se reafirmó el carácter territorial de las leyes mexicanas dando como excepcional el reconocimiento del acto en cuanto a su forma, sí estuvo celebrado de acuerdo a las leyes de su celebración. Más tarde en 1952 se le dio pleno valor ya no sólo a la forma del acto sino al contenido de un documento que sirviese de prueba para establecer la filiación. Cinco años más adelante, tenemos una decisión de la SCJN verdaderamente sorprendente, sobre todo por la ignorancia manifiesta de ese alto tribunal cuando declara: “Es un principio general de derecho que la capacidad para testar forma parte del estatuto personal, o sea que se rige por las leyes nacionales del testador”.

Como se puede apreciar, el estatuto personal con base en la ley nacional desapareció con el Código Civil de 1932 que estableció sobre este estatuto un principio territorialista en el sentido de que las leyes mexicanas se aplican invariablemente sobre toda persona que se encuentre dentro de territorio nacional, sin importar su nacionalidad. Entonces la pregunta es ¿De dónde sacó la SCJN lo de la aplicación de la ley nacional de la persona? Sobre todo cuando en 1957 fecha de la decisión, ese principio ya no existía en el sistema jurídico mexicano hacía un cuarto de siglo. Se trató de ignorancia manifiesta, de una ocurrencia judicial o quizá simplemente hubo confusión de conceptos. En cualquiera de los dos casos es clara la falta de interés de nuestro máximo tribunal de aquella época acerca de casos con elementos internacionales. En otra decisión, sin fecha pero probablemente entre 1955 y 1956, hay una decisión de pleno de la SCJN donde de manera escolar y poco clara, se da repaso a los estatutos y se dice:

Estatutos.

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

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

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

Dicho en otros términos, hubo un desplazamiento del criterio territorialista hacia un criterio unilateralista en la aplicación de la norma extranjera aplicable y lo más seguro, sin darse cuenta los propios jueces que elaboraron estas decisiones.

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

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

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

Emplazamiento. No es reclamable en amparo cuando se realiza por una autoridad extranjera. Aplicando la ley de su país, en acato a una Convención Internacional.

Si el emplazamiento reclamado en amparo fue realizado por una autoridad extranjera, conforme con la ley de su país, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10, de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, de acuerdo con la cual los exhortos y cartas rogatorias se tramitarán conforme a las leyes y normas procesales del Estado requerido, es indudable que el juicio de amparo resulta improcedente, porque no sería posible examinar la legalidad de su actuación, ya que no podría sostenerse que un acto emanado de una autoridad extranjera y realizado conforme a la ley de su país, resulte violatorio de una norma constitucional mexicana, pues el juicio de amparo es un medio de control constitucional creado para proteger a las personas contra actos de autoridades emanadas de la misma constitución federal, sean de la Federación, los estados de la república, el Distrito Federal o los municipios y demás autoridades que tengan su fuente en la Constitución o en la ley, que violen las garantías individuales, pero no contra autoridades extranjeras.

En conclusión, de este período puede decirse, que salvo las pocas decisiones afortunadas, se trata de la peor época que han tenido los tribunales mexicanos en materia internacional. Sin embargo, hay que reconocer que en este período existieron declaraciones claras como el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles extranjeras, pero en general los criterios aplicados fueron sumamente erráticos. Pasemos ahora a la segunda época de nuestro análisis.

### *b. Jurisprudencia moderna*

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

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

En México, el Poder Legislativo ha establecido expresamente una posición soberana que a la vez permite que se aplique el derecho extranjero en nuestro territorio, siempre que la propia ley prevea la aplicación o que así derive de los tratados y convenciones en que México sea parte... Esto es, la legislación mexicana admite la aplicación del derecho extranjero, y primero debe determinarse si se está o no en un caso en que se permita esa aplicación, y demostrado que es aplicable, debe tenerse en cuenta que quien funde su derecho en leyes extranjeras, tiene la carga procesal de probar la existencia de las mismas y que son aplicables al caso.

Como puede apreciarse, no sólo se permite la aplicación clara del derecho extranjero en el caso que se juzga, sino también, la forma de aplicarlo.

En el mismo año, el mismo Tribunal, definió con más precisión la forma de aplicar derecho extranjero y así juzgó:

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

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

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

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

En este supuesto cobra plena aplicación el principio de que el acto se rige por la ley del lugar en que se celebró, y se trata de un caso de excepción a la regla general de que una sola relación jurídica no puede regirse al mismo tiempo por dos sistemas jurídicos diversos, porque por una parte debe atenderse a la ley del lugar en que va a surtir sus efectos y, desde luego, por una cuestión de orden lógico esencial, primero debe determinarse si es válido, para posteriormente analizar sus efectos... Consecuentemente, conforme al anterior principio de derecho previsto en la legislación vigente, la forma de los actos jurídicos se rige por el derecho del lugar en que se celebren, lo que significa en

el caso, que la forma del otorgamiento del poder no está sujeta a las normas del Código Civil ni a la de la ley mercantil citadas en primer término, sino que está sujeta al derecho del país extranjero.

En materia de arbitraje Comercial Internacional los tribunales de amparo dejaron establecido que:

Los efectos del convenio arbitral sólo se extienden a quienes suscribieron ese pacto; sin embargo, existen supuesto en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral...no a la eficacia positiva contractual de éste que es, en sentido estricto, inter partes... Causahabiente... Particular no puede adquirir más de lo que tenía su causante....comprobar, en cada ocasión, si el convenio arbitral ha circulado por la cadena contractual... Ya que aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida.

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

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

Para finalizar, una jurisprudencia en la que se admiten lisas y llanas, las reglas internacionales del comercio: los usos y términos comerciales internacionales sirven para interpretar la intención de las partes en un contrato de compraventa internacional.

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

Pasemos ahora al último tema de este trabajo, el relativo a los derechos humanos con motivo de la reforma constitucional reciente y con referencia al DIPr, mismo que al menos dejaremos planteado dadas las limitaciones de este trabajo.

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

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

Ya hemos visto cómo se incorpora la norma jurídica internacional al sistema jurídico nacional. También dijimos que los tratados o convenios internacionales están elaborados para facilitar el tráfico jurídico internacional y elevan el nivel de los derechos de las personas que pertenecen a los países que firman el tratado. La incorporación de un derecho más favorable en el sistema jurídico interno, especialmente en materia de derechos humanos, debe subsistir dentro del sistema, ya que la norma jurídica internacional se “nacionalizó” y se integró al sistema jurídico interno para beneficio de las personas. Este punto ha sido sancionado con la reforma constitucional con los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas, la protección más amplia” —artículo 1o.—.

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

En el caso que nos ocupa, nos referimos a normas internacionales que se han incorporado al sistema jurídico interno. Además, el contenido de estas normas establece derechos más específicos, nuevos derechos o simplemente, regulaciones que facilitan el alcance de esos derechos. Un ejemplo nos ayudará a precisar este concepto. La adopción internacional, tal y

como está prevista en los tratados más importantes ratificados por México, establece procedimientos más expeditos que los establecidos localmente. Mediante esta facilitación, los extranjeros pueden adoptar niños mexicanos mediante un procedimiento simplificado y con ello cumplir con el bien común, es decir, que un menor huérfano mexicano, tenga una familia y crezca al lado de ésta. Pero sucede que un extranjero procedente de un Estado que no es signatario de esos tratados, no podrá adoptar a un niño mexicano por ese medio de este régimen de facilitación y de esa manera dejar de cumplir con el bien común del menor, simplemente porque el dicho Estado, no ha firmado el tratado o convención internacional. El precepto constitucional reformado al que hemos hecho mención, nos dice que cuando se trata de este tipo de derechos se le debe otorgar a la persona, la protección más amplia y en el caso al que nos referimos, la facilitación para el ejercicio del derecho de adopción, debe ser igualmente amplia. No hay que desconocer, sin embargo, que el ejercicio de este derecho está vinculado con un tema distinto, instrumental. Pero no menos importante. Un convenio internacional implica necesariamente obligaciones para los Estados firmantes del tratado que son indispensables para su funcionalidad.

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. CONCLUSIÓN

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

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

# LA LEY MODELO DE COMERCIO ELECTRÓNICO DE LA COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS DE DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL Y SU TRANSFORMACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Víctor Manuel ROJAS AMANDI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La ley modelo*. III. *Historia de la reforma mexicana sobre comercio electrónico*. IV. *Contenido de la reforma sobre comercio electrónico*.

## I. INTRODUCCIÓN

La integración de los avances tecnológicos en el campo de la comunicación en todos los ámbitos de la economía y, en concreto, en las actividades comerciales es un fenómeno corriente en el mundo moderno. El comercio electrónico comprende a las transacciones comerciales en donde las partes interactúan haciendo uso de tecnologías electrónicas, sobre todo de redes de cómputo. Más concretamente se puede afirmar que las ventas de bienes y la contratación de servicios que incluye el comercio electrónico son los que se negocian y concluyen en Internet,<sup>1</sup> en una extranet,<sup>2</sup> en una intranet,<sup>3</sup> en alguna red Electronic Data Interchange (EDI), mediante correo electrónico, o en general, en otro sistema online. El comercio electrónico es el resultado de la combinación de recursos de sistemas de información tradicional con la variedad de recursos de Internet y la interacción directa de los actores fundamentales: clientes, trabajadores, proveedores, inversionistas, etcétera.

---

<sup>1</sup> El Internet permite el acceso en forma abierta sin necesidad de autorización previa, aunque en algunas ocasiones exigiendo la personalización del usuario mediante identificación.

<sup>2</sup> La extranet se caracteriza por permitir el acceso a personas externas a la organización pero con una autorización especial que puede ser un *password* o un certificado digital.

<sup>3</sup> La intranet sólo permite al acceso a personas propias de la organización. Además del uso de *passwords* se utilizan ciertos sistemas de seguridad a efecto de evitar el acceso a personas no autorizadas.

En México, la regulación especial para las transacciones electrónicas fue introducida mediante las reformas legales publicadas en el *Diario Oficial* del 29 de mayo de 2000 y del 29 de agosto de 2003. Éstas fueron el resultado del estudio y análisis por parte del Congreso de la Unión de la Iniciativa de Ley que Reforma y Adiciona el Libro Tercero del Código de Comercio en materia de Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas que el 28 de abril de 1999 el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional sometió a la consideración de la H. Cámara de Diputados.<sup>4</sup> De una lectura de la Exposición de Motivos de dicha Iniciativa queda claro que el objetivo de las reformas fue, tomando como base las disposiciones de la ley modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional — ley modelo —, regular las transacciones comerciales que se efectúan haciendo uso de medios electrónicos que de acuerdo con la legislación mexicana quepa conceptualizar como operaciones de naturaleza mercantil.

La reforma publicada en el *Diario Oficial* del 29 de mayo de 2000 sobre comercio electrónico incluyó enmiendas y adiciones a cuatro leyes federales: al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor. En el Código Civil Federal se reformaron los artículos 1803, 1805 y 1811 y se adicionó el artículo 1834 bis. Al Código Federal de Procedimientos le fue adicionado el artículo 210-A. En el Código de Comercio se reformaron los artículos 80 y 1205, se modificó la denominación del Título Segundo del Libro Segundo para denominarse “Del Comercio Electrónico”,<sup>5</sup> se adicionaron los artículos que van del 89 al 94 y el 1298-A. La Ley Federal de Protección al Consumidor se reformó en su artículo 128 y fue adicionada con el Capítulo VIII bis —De los Derechos de los Consumidores en las Transacciones efectuadas a través del uso de Medios Electrónicos, Ópticos o de cualquier otra Tecnología—, con la Fracc. VII del artículo 1o., la fracción IX bis del artículo 24 y con el artículo 76 bis.

---

<sup>4</sup> Cabe destacar que el Congreso de la Unión terminó por aprobar exclusivamente reformas legales en materia de comercio electrónico; las reformas en materia de firmas electrónicas propuestas en la iniciativa no fueron aceptadas en la primera reforma. Fue hasta la reforma publicada en el *Diario Oficial* de 29 de abril de 2003 cuando se introdujeron las normas para regular las firmas electrónicas.

<sup>5</sup> Las disposiciones —artículos 89-272— del Título Segundo del Libro Segundo “De las sociedades de comercio” de la versión original Código de Comercio fueron derogadas por el artículo 4o. transitorio de la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el *DOF* el 4 de agosto de 1934.

Por su parte, la reforma publicada en el *Diario Oficial* de 29 de agosto de 2003, a la que se le conoció como la reforma sobre la firma electrónica, incluyó modificaciones a los artículos 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 114, así como adiciones comprendidas en los artículos 89 bis, 90 bis, 91 bis, 93 bis del Código de Comercio y en sus capítulos Primero, Segundo, Tercero y Cuarto al Título Segundo, que lleva por título: del Comercio Electrónico, correspondiente al Libro Segundo.

Un último decreto de reformas se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de abril de 2016. Mediante éste se introdujo en el Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio el Capítulo I bis, el que lleva por título “De la Digitalización” y el que se integra con seis artículos, los que van del 95 bis 1 al 95 bis 6.

En el presente artículo nos limitaremos a comentar las disposiciones nacionales que han transformado las disposiciones de la ley modelo renunciando al análisis de aquellas normas previstas en el Código de Comercio sobre firmas electrónicas y sobre digitalización.

Después de esta introducción, en el capítulo II se estudiará la ley modelo tanto por lo que hace a su naturaleza, como por cuanto a su contenido. En el capítulo III se analizará la historia de los tres paquetes de reformas que regulan el uso de las modernas tecnologías en las relaciones comerciales —comercio electrónico, firmas electrónicas y digitalización—, haciendo especial énfasis en la relativa al comercio electrónico. Finalmente, en el capítulo IV se analizará el contenido de las normas mexicanas sobre comercio electrónico comparándolo con su modelo.

## II. LA LEY MODELO

Las leyes modelo son uno de los instrumentos mediante los cuales la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI)<sup>6</sup> —mejor conocida como UNCITRAL por su siglas en inglés— de la Asamblea General de Naciones Unidas contribuye al logro de la armonización y unificación de las normas del derecho mercantil internacional. El propósito que se persigue con tal tarea consiste en eliminar los obstáculos innecesarios que se producen por las diferencias que existen entre las diversas regulaciones nacionales de la materia. Una ley modelo es

---

<sup>6</sup> La CNUDMI fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966 y tiene por objeto promover la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional.

un cuerpo normativo de *soft law* que ofrece a los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas disposiciones jurídicas óptimas para la evaluación y modernización de sus normas nacionales de derecho mercantil que se aplican a las transacciones comerciales internacionales. Debido a su carácter no obligatorio, los Estados son libres para adoptar de manera íntegra las normas de las Leyes Modelo, para transformarlas en su legislación interna con las modificaciones que consideren necesarias, o bien, para simplemente ni adoptarlas, ni considerarlas.

La ley modelo representa el esfuerzo normativo de mayor importancia que se ha emprendido para ofrecer seguridad jurídica a las transacciones comerciales electrónicas. Su historia se remonta hasta el año de 1985, en que la CNUDMI en su 18o. periodo de sesiones llegó a la conclusión que la exigencia prevista en las legislaciones nacionales consistente en que la validez de los documentos en que se consignan obligaciones en materia de comercio internacional se hace depender de un requisito de forma escrita, inhibía el uso de las modernas tecnologías electrónicas en las relaciones comerciales. Mediante la Recomendación aprobada por la Asamblea General en su Resolución 40/71 de 11 de diciembre de 1985, se pidió a los gobiernos de los Estados miembro, entre otras cosas, que examinaran los requisitos legales consignados en su legislación interna que establecían que para la validez y eficacia de los actos jurídicos, la manifestación de la voluntad que le da nacimiento a éstos, se debiera expresar por escrito y que el documento correspondiente debiera estar firmado de puño y letra. Debido a que en la Recomendación no se dio indicación alguna sobre cómo adoptar medidas para garantizar la seguridad jurídica en el procesamiento automático de datos en el comercio internacional, no existió tampoco una respuesta favorable por parte de los Estados. Por esta razón, la CNUDMI en su 21o. periodo de sesiones de 1988 consideró una propuesta de examinar la posibilidad de elaborar principios jurídicos aplicables a la conclusión de contratos mercantiles por medios electrónicos.

En su 24o. periodo de sesiones de 1991 el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales recomendó a la Comisión, en consonancia con el Informe titulado Intercambio Electrónico de Datos,<sup>7</sup> el que fue analizado en dicha sesión, elaborar un régimen jurídico uniforme para el comercio electrónico que regulara, entre otras cosas, el perfeccionamiento de los contratos, además del riesgo y la responsabilidad de los socios comerciales y de los terceros proveedores de servicios en las relaciones de comercio electrónico. Asimismo, un objetivo fundamental de dicha regulación debería ser

---

<sup>7</sup> A/CN.9/350.

la adaptación de los conceptos de escrito y original a las necesidades del comercio electrónico.

En su 25o. periodo de sesiones de 1992, la CNUDMI encomendó al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, que desde ese momento se llamó Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos, que elaborará una regulación jurídica en materia de comercio electrónico. En la sesión 28a. del periodo de sesiones de 1995 del Grupo de Trabajo, se aprobó el texto de la ley modelo<sup>8</sup> el que fue enviado a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para que presentaran sus observaciones. Finalmente, el 12 de junio de 1996 en el 29o. periodo de sesiones de la CNUDMI fue aprobada la ley modelo. A partir de entonces, ésta ha sido un auténtico modelo de un gran número de leyes nacionales que regulan el comercio electrónico.<sup>9</sup>

La ley modelo, cuyo texto original se encuentra traducido al árabe, chino, español, francés, inglés y ruso, consta de 17 artículos, divididos en dos partes. Por cuanto hace a su estructura, la ley modelo, se divide en dos partes. La primera de ellas —“Comercio electrónico en general”— regula las transacciones electrónicas en general y, la segunda —“Comercio electrónico en materias específicas”— las comunicaciones electrónicas para determinadas ramas de actividad comercial. La primera parte se integra de tres ca-

---

<sup>8</sup> Cabe aclarar que, en esta sesión sólo se aprobaron los artículos 1 y 3 a 11 del proyecto de la ley modelo.

<sup>9</sup> La ley modelo ha sido transformada en los derechos nacionales de diversos Estados de diferente forma. En primer lugar, se encuentran aquellas legislaciones en que las disposiciones de la ley modelo han sido adoptadas conforme a su texto original; entre éstas se encuentran la Electronic Transaction Act de Singapur de 1998, <http://www.ec.gov.sg/>; la Electronic Commerce Security Act del Estado de Illinois de 1998; la Basic Law on Electronic Commerce de la República de Corea de 1999; la Ley 527 de Colombia de 1999; la Electronic Transaction Act de Australia de 1999 y; la Electronic Transaction Ordinance de Hong Kong de 2000. Por otra parte, algunas legislaciones han adoptado una legislación uniforme que ha sido influenciada por la ley modelo; entre éstas se pueden mencionar: la Uniform Electronic Transactions Act adoptada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Law en 1999 y; la Uniform Electronic Commerce Act adoptada por la Uniform Law Conference de Canadá en 1999. Finalmente, se pueden mencionar algunos proyectos de legislación que han sido influenciados por la ley modelo: el proyecto chileno de Ley de Documentos Electrónicos; el proyecto francés de *loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique*; el proyecto de la India de una *Electronic Commerce Act*; el *Electronic Commerce Bill* de Irlanda; los proyectos peruanos de Ley que Regula la Contratación Electrónica y el Proyecto de Firmas Digitales, el proyecto de Filipinas del Act Providing for Electronic Commerce Law and for other Purposes; el proyecto de Eslovenia de una Electronic Commerce and Electronic Signature Act y el Draft Electronic Transactions Bill de Tailandia, véase Rojas, Víctor, “Regulación del comercio electrónico en México”, *Jurídica*, núm. 30, 2000, pp. 387 y 388.

pítulos —“Disposiciones Generales”, “Aplicación de los Requisitos Legales a los Mensajes de Datos” y “Comunicación de los Mensajes de Datos”— y la segunda sólo tiene un capítulo que regula la utilización del comercio electrónico en la materia de transporte de mercancías. En el capítulo primero se señala que en tanto las disposiciones del capítulo II —“Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos”— son de carácter imperativo, las del capítulo tres —“Comunicación de los Mensajes de Datos”— son normas de derecho dispositivo cuya validez depende de la voluntad de las partes. Esta diferencia entiende a que, mientras las disposiciones del capítulo II constituyen normas de orden público por tratarse de reglas que establecen el mínimo de requisitos necesarios a efecto de que los mensajes de datos puedan ser reconocidos con los mismos efectos legales que los documentos escritos y sin que se prescinda de la función básica en materia de seguridad jurídica que éstos brindan, por su parte, las disposiciones del capítulo III son normas que permiten adaptar la utilización de los “mensajes de datos” a las características y necesidades específicas de las relaciones comerciales de las partes, sin que esto signifique un riesgo a la seguridad jurídica que requieren sus transacciones electrónicas.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley modelo, el artículo 1 de la misma precisa que “...será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales”.

Así, de acuerdo con esta disposición, el ámbito de aplicación de la ley modelo se limita a la información que se encuentre consignada en un “mensaje de datos”. La definición de este concepto se encuentra en el artículo 2 a) de la ley modelo, misma que dispone: “Por ‘mensaje de datos’ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Como bien se puede apreciar, en la ley modelo se optó por una acepción amplia del concepto de “mensaje de datos” que expande el ámbito de validez de la Ley al máximo de sus posibilidades. Esto debido a que, por una parte, el artículo 2a) se refiere a todo tipo de informaciones generadas, archivadas o comunicadas y; por la otra, a que dicha generación, archivo o, comunicación de información se debe haber llevado a cabo mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o, incluso similares. De esta forma, por la variedad de medios permitidos y, por las conductas que se pueden llevar a cabo haciendo uso de los mismos, las relaciones de comercio electrónico que regula la Ley son muy variadas.

Cabe destacar que, durante la preparación de la ley modelo se consideró que, si se excluía algún medio de comunicación o algún soporte de información diferente al papel, el alcance de la ley modelo se vería limitado, lo que llevaría a inseguridades en su aplicación y se incumpliría el objetivo de formular reglas verdaderamente aptas para el uso de cualquier nueva tecnología en las relaciones de negocios. En términos generales, bien se puede sostener que el ámbito material de la ley modelo comprende las comunicaciones que se entablan haciendo uso de los medios de comunicación cuyo soporte “no sea el papel” y, salvo que en su texto se disponga expresamente otra cosa, la misma no tiene por objeto modificar ninguna norma prevista en las regulaciones nacionales aplicable a las comunicaciones que se consignen en papel.

Por otra parte, no obstante que, el objetivo de la CNUDMI es elaborar leyes en materia de derecho mercantil internacional, la Comisión estableció que resultaba deseable que las disposiciones de la ley modelo se aplicaran tanto a transacciones nacionales como a las internacionales. Sin embargo, en la misma se previó la posibilidad de que los Estados que la transformen en su legislación nacional limiten su ámbito material de validez exclusivamente a las transacciones comerciales internacionales. Para el efecto, se sugiere en el pie de página que los Estados que opten por dicha limitación, deberán incluir en su ley interna de la materia una disposición que contenga el siguiente texto: “La presente Ley será aplicable a todo mensaje de datos que sea conforme a la definición del párrafo 1) del artículo 2 y que se refiera al comercio internacional”.

En favor de la aplicación de la ley modelo, tanto a negocios nacionales como internacionales, habla el hecho de que puede resultar complicado establecer una diferencia clara entre las relaciones de comercio internacional y las puramente nacionales. Además, la seguridad jurídica que debe brindar la ley modelo resulta necesaria, tanto para el comercio nacional, como para el internacional. Una dualidad de regímenes para la utilización de los medios electrónicos en transacciones comerciales bien podría crear un grave obstáculo para el empleo de los mismos. Finalmente, se debe mencionar que las disposiciones de la ley modelo establecen la posibilidad de que se limite el reconocimiento legal a ciertos “mensajes de datos”, lo que podría hacer innecesario restringir la aplicabilidad de la Ley exclusivamente por cuanto hace a los negocios internacionales.

Al igual que con anterioridad se había establecido en la ley modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, en el pie de página de la ley modelo se estableció una regla para la solución de las concurrencias normativas que se pudieran presentar entre las normas de la

éstas y las disposiciones en materia de protección al consumidor relativas al uso de los sistemas de información.<sup>10</sup> De acuerdo con dicha regla, en caso de conflicto entre los derechos y obligaciones previstos en la legislación en materia de derecho electrónico y las disposiciones de las leyes de protección al consumidor,<sup>11</sup> éstas últimas prevalecen sobre aquellas.

Por cuanto hace a la materia de los derechos y obligaciones que se crean, transfieren, modifican o, extinguen haciendo uso de los medios electrónicos, según lo dispuesto en el artículo 1 de la ley modelo, los mismos deben ser de carácter comercial. En el pie de página de dicha disposición, se estableció que al término “comercial” previsto en la ley modelo se le debía dar un significado amplio que incluyera tanto relaciones tanto contractuales como extracontractuales. De manera meramente enunciativa se mencionan en dicho pie de página dentro de las actividades comerciales que quedan comprendidas en el ámbito de la ley modelo, las siguientes:

Toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de factoraje (factoring); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Esta enumeración de las actividades comerciales corresponde a la que se hace en la nota de pie de página correspondiente al artículo 1 de la ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y tiene por objeto ayudar a definir la materia mercantil en aquellos países en donde todavía no se encuentra bien determinada.

Cabe destacar que el ámbito de aplicación de la Ley bien puede hacerse extensivo a aplicaciones no comerciales de los medios electrónicos, como podrían ser las relaciones entre los gobernados y las autoridades públicas.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> La Comisión estimó que no resultaba necesario incluir en el texto de la ley modelo una disposición por medio de la cual se excluyera del ámbito de la misma las materias que se encontraran reguladas por las legislaciones en materia de protección al consumidor, toda vez que las disposiciones de aquella resultaban compatibles con las normas generales de protección al consumidor tal y como se regulaban en muchos Estados.

<sup>11</sup> La determinación del concepto de las personas que han de valer como “consumidores” es una cuestión que se deja al legislador nacional.

<sup>12</sup> En el pie de página se estableció como actividades gubernamentales las concesiones de licencias y los acuerdos de concesión de un servicio público.

Por lo mismo, en el pie de página del artículo 1 se estableció la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la Ley a cualquier información en forma de “mensaje de datos” con las excepciones que el legislador nacional en cada caso considere necesarias.

### III. HISTORIA DE LA REFORMA MEXICANA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

El 29 de abril de 1999 el diputado Humberto Treviño en representación de los integrantes del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional de la LVII Legislatura sometió a consideración de la Cámara de Diputados una Iniciativa de Reformas y Adiciones a Diversas Disposiciones del Código de Comercio. En la exposición de motivos de dicha Iniciativa, se expuso que resultaba necesario modernizar el derecho mercantil mexicano para eliminar los obstáculos que las normas tradicionales imponían al comercio electrónico. Asimismo, se precisó que para la elaboración de la Iniciativa se había tomado como base jurídica las disposiciones de la ley modelo. Sin embargo, también se puso de relieve que, la Iniciativa iba más allá del contenido normativo de la ley modelo para incluir preceptos que tenían por objeto regular la firma electrónica y que se inspiraban en el Proyecto de Régimen Uniforme para las Firmas Electrónicas de la CNUDMI.

Por cuanto a su contenido, la Iniciativa de 29 de abril de 1999 se recurrió al recurso de incorporar la materia del comercio electrónico como materia de regulación especial en un libro del Código de Comercio. En efecto, la Iniciativa contemplaba cambiar el nombre del Libro Tercero del Código de Comercio, que actualmente se intitula “Comercio Marítimo”,<sup>13</sup> para quedar con el título: “Del Comercio Electrónico”. En éste libro, que, según la Iniciativa, se integraría por dos títulos —Disposiciones Preliminares” y “De las Firmas Electrónicas”— se debían adicionar 38 artículos —del 641 al 678—. Destaca de esta Iniciativa su apego casi textual a las disposiciones de la ley modelo y del Proyecto de Régimen Uniforme para las Firmas Electrónicas de la CNUDMI.

La iniciativa de abril de 1999 no fue acogida con beneplácito en el seno de la Cámara de Diputados por lo que se regresó a Comisiones. El 15 de diciembre de 1999 se tuvo lista una nueva Iniciativa<sup>14</sup> que presentó también

<sup>13</sup> Las disposiciones de este libro fueron derogadas mediante las Leyes de Navegación y Comercio Marítimo y, la Ley de Navegación, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* los días 21 de noviembre de 1993 y 4 de enero de 1994, respectivamente.

<sup>14</sup> Publicada en la *Gaceta Parlamentaria*, año I, núm. 27, del 29 de abril de 1999.

el diputado Humberto Treviño. En esta Iniciativa se proponían adiciones y reformas a diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal; del Código Federal de Procedimientos Civiles y; del Código de Comercio.

La iniciativa de diciembre de 1999 propuso reformar los artículos 1803, 1805, 1811 y 1834 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, con el objeto de regular los presupuestos de la formación del consentimiento y los requisitos de forma de los contratos electrónicos en el mismo capítulo de dicho Código en donde se prevén las normas generales en materia de la formación del consentimiento y de la forma de los contratos. Asimismo, según el proyecto, el Código Federal de Procedimientos Civiles se adicionaría con los artículos 210-A y 210-B y, se reformaría el artículo 217 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Esto con el propósito, de regular el valor jurídico de los “mensajes de datos” como medios de prueba en el capítulo de dicho Código en el que se regula el valor de las pruebas. Por su parte, el Código de Comercio, que contendría las disposiciones de comercio electrónico, se reformaría en los artículos 47, 48, 49, 80 y 1205 y se adicionaría con un Título Único al Libro Tercero que se denominaría: “Del Comercio Electrónico”, el que contaría con 11 artículos —del 641 al 651—. Las reformas y adiciones que se propusieron en el proyecto, buscaron de esta forma, insertar las normas de comercio electrónico en las leyes referidas, respetando así la sistemática del derecho privado mexicano.

Sin embargo, la integración de las normas de comercio electrónico respetando la estructura de la regulación tradicional del derecho privado mexicano, propuesta en la Iniciativa de diciembre de 1999, no fue suficiente para dejar satisfechos a los legisladores de la Cámara de Diputados. Por lo mismo, dicha iniciativa se regresó a Comisiones con ciertas observaciones para su corrección. La objeción fundamental consistió en que en la Iniciativa no se contenían normas de protección al consumidor. Una vez que se hicieron los cambios solicitados, el 22 de marzo del 2000 se presentó una nueva Iniciativa por conducto del diputado Rafael Ocegüera Ramos del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional. En esta Iniciativa se proponían reformas y adiciones a diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal; del Código Federal de Procedimientos Civiles; del Código de Comercio, y de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

La diferencia fundamental que mostró la iniciativa de 2000, si se le compara con su predecesora, fue la inclusión de normas de protección al consumidor para los contratos electrónicos que se celebren entre proveedo-

res y consumidores. Éstas se inspiraron en los lineamientos que había preparado el grupo de trabajo organizado en el Foro Internacional celebrado en París en marzo de 1997, denominado Gateways to the Global Market Consumers and Electronic Commerce, que fue organizado por el Comité de Política al Consumidor de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), y en los que se ofreció un marco regulatorio para la protección al consumidor en el comercio electrónico. De esta forma, según la propuesta de la Iniciativa, la Ley Federal de Protección al Consumidor debía prever los derechos básicos para proteger a los consumidores que se relacionaran con proveedores a través de medios electrónicos.

Cubiertos los requisitos de ley, finalmente se publicaron en el *Diario Oficial* del 29 de mayo de 2000 las reformas legales que transformaron en el ámbito interno las disposiciones más importantes de la ley modelo.

El tema de la firma electrónica no fue incluido en el primer paquete de reformas, toda vez que ley modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas fue aprobada por el grupo de trabajo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en su 37o. período de sesiones, el que tuvo lugar del 18 al 29 de septiembre de 2000 en Viena, esto es, hasta después que entró en vigor el primer paquete de reformas. Esta había sido una de las causas por las que la primera iniciativa de 29 de abril de 1999 había sido rechazada. Cuando estuvo lista la ley modelo para Firmas Electrónicas mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de agosto de 2003 se introdujeron los capítulos: “II De las Firmas”, “III De los Prestadores de Servicios de Certificación” y “IV Reconocimiento de Certificados y Firmas Electrónicas Extranjeros” del Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio, mismos que introdujeron las reglas para el uso y validación de las firmas digitales en los transacciones comerciales.

Finalmente, en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de abril de 2016 se publicó la adición del Capítulo I bis del Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio que lleva por título: “De la Digitalización”.

#### IV. CONTENIDO DE LA REFORMA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

En primer lugar, destaca el hecho de que el legislador renunció a incorporar la ley modelo en el sistema jurídico mexicano en forma de ley especial, optando, en cambio, por integrar algunas de sus disposiciones en diversas partes

del Código de Comercio, del Código Civil Federal, del Código de Procedimientos Civiles y de la Ley Federal de Protección al Consumidor.<sup>15</sup>

Son cuatro los principios que inspiran a la legislación mexicana sobre comercio electrónico: el principio de “neutralidad tecnológica”; el principio de “equivalente funcional”; el principio de “complementariedad” y; el principio de “no discriminación”. En tanto que los dos primeros se encuentran expresamente mencionados en el segundo párrafo del artículo 89 del Código de Comercio, el de “no discriminación” en el artículo 89 bis y el de “complementariedad” se encuentra implícito en la misma sistemática de dicho código.

El principio de “neutralidad tecnológica” tiene una doble significación. Por una parte, este principio implica que, las características técnicas de los medios que se utilizan para transmitir una manifestación de la voluntad y, del soporte en donde se incorporan las mismas, no deben ser consideradas como elementos para dotar o privar de validez a un acto jurídico. De esta forma, no se debe privar de validez jurídica a una manifestación de la voluntad por el solo hecho de que se comunicó haciendo uso de medios electrónicos o, de que se encuentra incorporada en un soporte informático y no en una hoja de papel. Por otra parte, las normas del comercio electrónico deben regular el uso de cualquier medio que utilice tecnologías electrónicas y que sirva para manifestar, comunicar, dejar constancia o, autenticar una manifestación de la voluntad. De esta forma, la regulación del comercio electrónico no debe prescribir el uso de una tecnología electrónica particular y prohibir el uso de cualquiera otra.

El principio de “equivalente funcional” sostiene que el diseño de las normas de comercio electrónico se debe llevar a cabo bajo la base de que, sólo se otorgue validez a los actos jurídicos en cuya conclusión se utilizan medios electrónicos, cuando se garantice que los mismos objetivos y funciones que se cumplen en los actos jurídicos celebrados habiendo utilizado medios de comunicación tradicionales, se satisfacen de manera equivalente cuando se hace uso de dichos medios electrónicos. El “equivalente funcional” se traduce así en un equivalente de seguridad jurídica que, exige que se legalice el uso de los medios electrónicos sólo cuando pueda ofrecer un grado de seguridad jurídica equivalente al que ofrecen los medios tradicionales del papel, del documento original y, de la firma manuscrita. Según este principio, las normas de comercio electrónico deben de cumplir un

---

<sup>15</sup> Esto no resulta incompatible con los objetivos de la ley modelo. Véase al respecto: numeral 143 de la Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, <http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ml-ec.htm>.

estándar de seguridad jurídica que, ni permitan una certeza jurídica menor a la que garantizan las normas tradicionales, ni prescriban requisitos de seguridad más estrictos que aquellos que resulten aplicables a la documentación en papel. De esta manera, un documento electrónico deberá ser considerado como igualmente válido, desde un punto de vista jurídico, cuando resulte similarmente fiable, inalterable y rastreable si se le compara con un documento en papel. Esto significa, que si un documento en papel puede, según sus características, ofrecer cierto grado de seguridad y, por lo mismo, se le dota de validez legal para ciertos efectos, un tipo de validez legal similar se le debe conceder a un documento electrónico que, no obstante que tiene otras características, puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al que ofrece aquél.

El principio de “complementariedad” se refiere a las relaciones que guarda el derecho del comercio electrónico con las otras ramas del sistema jurídico y, en especial, con las del derecho comercial. Según este principio, la legislación de comercio electrónico se debe concebir como complementaria de la legislación general de comercio. Esto significa que, las normas del comercio electrónico deben ser entendidas como excepciones a los principios generales que se encuentran previstos en las leyes que rigen las relaciones comerciales. Sólo en el caso que en las leyes de comercio electrónico exista una norma que resulte aplicable a una relación comercial concreta no se deben aplicar las normas generales del comercio. Pero para las comunicaciones electrónicas en todos los casos no previstos en las reglas especiales de comercio electrónico, resultan aplicables también las normas generales de derecho comercial.

El principio de “no discriminación” establece que el soporte en donde se encuentre cierta información o, en la que se presente la misma, deben ser irrelevantes para dar o privar de validez o efectos jurídicos a dicha información. De esta forma, el hecho de que una información se encuentre en un soporte informático y no en uno en papel, debe ser completamente irrelevante en cuanto a su validez y efectos legales. Éstos se deberán otorgar o denegar, más bien, atendiendo al contenido de la información y a la seguridad que ofrezca en cada caso la forma en que se ha comunicado la misma.

Por cuanto hace al ámbito material de validez de las normas mexicanas relativas al comercio electrónico, destaca el hecho que, a diferencia de la ley modelo, la que toma como criterio para el efecto el de actividades comerciales, sean o no de naturaleza contractual (artículo 1), el artículo 89 del Código de Comercio establece que el ámbito de aplicación de las normas de comercio electrónico incluye a todos los actos de

comercio. No obstante que tanto en el pie de página del artículo 1 de la ley modelo, como en el artículo 75 del Código de Comercio se renuncia a establecer una enumeración limitativa tanto de las actividades comerciales, como de los actos de comercio, respectivamente, éste último concepto parece más amplio que el primero, principalmente debido a que incluye títulos de crédito tales como, cheques, pagarés, letras de cambio, valores u otros títulos a la orden o al portador, obligaciones mercantiles, etcétera (fracciones XIX y XX y artículo 1o. de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito). Esto significa que el ámbito de aplicación de la regulación nacional en la materia, al parecer, resulta más amplio que el que se prevé en su modelo.

Una consecuencia importante que resulta de haber incorporado las disposiciones de la ley modelo en las leyes mercantiles y civiles mexicanas ya existentes, radica en el hecho de que para su interpretación e integración no se han establecido normas especiales que consideren su carácter esencialmente internacional y los principios generales en que dicha ley modelo se inspira, tal y como lo exige ésta. De esta forma, en la interpretación e integración de las disposiciones en materia de comercio electrónico prevista en la legislación mexicana se deben aplicar exclusivamente los criterios establecidos en el artículo 1o. y en el cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución,<sup>16</sup> así como en el artículo 19 del Código Civil Federal.<sup>17</sup>

Los contratos electrónicos que regula la legislación mexicana pueden ser de dos tipos: entre presentes o entre ausentes. Según lo dispuesto en el artículo 1805 del Código Civil Federal, son considerados como contratos entre presentes aquellos en que la oferta se haga haciendo uso de tecnologías electrónicas que permitan la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata. Esto significa que, los contratos que se celebren haciendo uso de tecnologías electrónicas que no permitan que la oferta y su aceptación se expresen de manera inmediata —por ejemplo, el correo electrónico— deberán ser considerados como contratos entre ausentes.

En el Código Civil Federal no se reguló de manera especial, como si se hizo en la ley modelo, los requisitos de escrito, firma y original. Al respecto, los artículos 1834 bis del Código Civil Federal y 93 del Código de Comer-

---

<sup>16</sup> Según lo dispuesto por esta disposición constitucional: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

<sup>17</sup> En esta disposición legal se establece que: “Las controversias judiciales del orden civil se deberán resolver conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de la ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho”.

cio, establecen que los requisitos de forma y de firma se deben tener por cumplidos en materia de “mensajes de datos” cuando puedan ser atribuibles a las personas obligadas y accesibles para su ulterior consulta. A pesar que estas disposiciones resultan consistentes con el artículo 6 de la ley modelo, no establecen, tal y como lo exige el artículo 7 de la ley modelo, que además de que el mensaje deba poder ser atribuido a la persona en cuestión, deba corroborarse que dicha persona aprobó la información que figura en el mismo. De igual forma, en las disposiciones internas comentadas no se establecen las características del método que se debe emplear para atribuir el mensaje al iniciador, con lo que los requisitos —de fiabilidad e idoneidad del método empleado— previstos en el artículo 8 no resultan obligatorios en la legislación mexicana.

La legislación contractual mexicana no distingue entre documento escrito y original y que hablar de contrato escrito es lo mismo que escrito original del contrato y, si bien es cierto también, que en materia de títulos de crédito el documento incorpora el derecho literal que en ellos se consigna y, por lo tanto, que su titular no podrá ejercer los derechos y obligaciones que se encuentran consignados en el si no presenta el original, también lo es que es de interés público que exista una garantía de que el contenido de dichos documentos no haya sido alterado desde que se concluyeron en forma definitiva. Por lo mismo, el artículo 8 de la ley modelo estableció que tratándose de “mensajes de datos” esa garantía se cumple cuando se utilizan ciertos procedimientos técnicos para certificar que el contenido de los mismos no ha sido alterado desde el momento en que se generó por vez primera en su forma definitiva. Ciertamente el artículo 1834 bis del Código Civil Federal habla de la integridad de la información generada o comunicada a través de medios electrónicos como supuesto para poder reconocer la misma validez jurídica a los mensajes de datos que a los documentos escritos y el artículo 210 A del Código de Procedimientos Civiles en su tercer párrafo establece que la obligación de presentación en forma original de un documento se debe tener por cumplida cuando la información contenida en el “mensaje de datos” se haya mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por vez primera en su forma definitiva. La integridad de la información se garantiza mediante el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas de digitalización y de firma electrónica previstos en los artículos 95 bis 1, 95 bis 3, 95 bis 4, 95 bis 5, 95 bis 6, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114 del Código de Comercio.

Por cuanto hace a la obligación legal de conservación de documentos, tanto el artículo 49 del Código de Comercio, como el artículo 210 A del Código Federal de Procedimientos Civiles, incurren en el error de regular de manera igual la conservación que la originalidad del documento. Esto debido a que en materia de conservación no es apropiado exigir, como si lo es tratándose de originalidad, la integridad de la información, pues para ser archivados, los mensajes de datos son, por regla general, decodificados, comprimidos o, convertidos, lo que de hecho es una modificación. En consecuencia, en materia de conservación, lo apropiado es exigir, tal y como lo hace el artículo 10 de la ley modelo, la reproducción con exactitud de la información generada, enviada o recibida en el “mensaje de datos” y no la integridad del mensaje. Tampoco resulta correcto, como lo establecen las disposiciones que se comentan, exigir que el mensaje conservado se mantenga en su integridad, pues existen elementos de información sobre la transmisión que no resultan importantes para la transmisión del mismo, tales como los protocolos de comunicaciones, los que por lo mismo, son separados automáticamente de un “mensaje de datos” por la terminal receptora antes de que el mensaje entre efectivamente en el sistema de información del destinatario. No obstante lo anterior, en el derecho mexicano para la conservación de documentos electrónicos se requiere el cumplimiento de los requisitos que establece la Norma Oficial Mexicana 151-SCFI-2002, la que lleva por título “Prácticas Comerciales-Requisitos que Deben Observarse para la Conservación de Mensajes de Datos”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de junio de 2002.

Por cuanto hace a la forma en que se puede expresar la oferta y la aceptación, en la reforma al artículo 1811 del Código Civil Federal se estableció que las mismas se pueden hacer utilizando medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, sin que se requiera un acuerdo previo entre los contratantes para que resulten válidas y jurídicamente obligatorias. Esta disposición parece excesiva si le compra con el numeral 1) del artículo 11 de la ley modelo, pues esta quiso reconocer la autonomía de la voluntad de los contratantes para negarse a aceptar el recurso a los medios electrónicos de comunicación para expresar la oferta y la aceptación y para que aquellas personas que por cualquier razón quieran celebrar sus contratos en documentos escritos en papel puedan hacerlo de manera obligatoria exclusiva-mente por estos medios si así lo desean.

En las reformas al Código Civil Federal no se reguló de manera expresa, como si se hace en el artículo 12 de la ley modelo, el reconocimiento de la validez legal de aquellos mensajes de datos que, o bien, se utilizan en el

cumplimiento de una obligación, como puede ser: la notificación del defecto de la mercancía, la notificación de conclusión de obra, etcétera; o bien, se usan para emitir manifestaciones unilaterales de la voluntad.

Para el caso de que exista duda sobre si una persona envió un mensaje, el artículo 90 del Código de Comercio establece una presunción en el sentido de que el mismo proviene del iniciador, si el destinatario aplica un procedimiento de autenticación y comprueba debidamente que el “mensaje de datos” proviene del iniciador o, cuando proviene de un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere de manera automática. La regulación del Código de Comercio en este caso resulta idéntica que la prevista en el artículo 13, numeral 2) de la ley modelo.

El artículo 92 del Código de Comercio reproduce el numeral 3) del artículo 14 de la ley modelo al establecer que cuando los efectos jurídicos del “mensaje de datos” se hagan depender por ley o por la voluntad de las partes de un acuse de recibo, el mismo se tendrá por enviado hasta en tanto el acuse haya sido recibido. Sin embargo, en esta disposición no se estableció que medio de comunicación se puede utilizar para acusar recibo, por lo que debe entenderse que, a menos que las partes o la ley establezcan otra cosa, se puede validar el acuse de recibido mediante cualquier comunicación u acto. Asimismo, en dicha disposición del Código de Comercio se fundamenta la presunción de que se ha recibido el “mensaje de datos” cuando el emisor reciba el acuse correspondiente.

El artículo 92 del Código de Comercio establece la regulación sobre el uso de acuse de recibo en las comunicaciones electrónicas de negocios siguiendo las reglas del artículo 14 de la ley modelo. De esta forma cuando se acuerda el uso del mismo se puede utilizar una forma o método en especial o, en su defecto, cualquier tipo de comunicación u acto suficiente para indicar que se ha recibido el mensaje. En cuanto a los efectos del acuse de recibo se precisa que si los mismos se condicionan a la recepción del acuse, el mensaje se considera enviado hasta en tanto se reciba el acuse en el plazo acordado o, en su defecto, en un plazo razonable. En el Código de Comercio, cuando no se recibe el acuse se debe fijar un nuevo plazo razonable para su recepción. Esta es en la ley modelo una posibilidad sólo para el caso en que no se haya condicionado los efectos del mensaje a la recepción del acuse de recibo. El momento a partir del cual el iniciador de un “mensaje de datos” que haya solicitado acuse de recibido y que haya condicionado los efectos del mismo a la recepción del acuse quedará exento de las consecuencias jurídicas que se deriven del envío del mismo se determina, tratándose de la

oferta, conforme a los artículos 1804, 1805 y 1806 del Código Civil Federal y del 1805 y 1807, tratándose de la aceptación. Si el oferente iniciador no recibe el acuse de recibo del destinatario de la oferta, al no depender la validez de esta de la recepción del acuse, el momento a partir del cual dicho iniciador quedará desligado de su oferta, puede ser: *a)* en el plazo que en la misma se haya establecido; *b)* si la oferta se realizó haciendo uso de una tecnología electrónica que permite la expresión de la aceptación de forma inmediata sin que se haya fijado plazo para su aceptación, el iniciador queda exonerado de la obligación si no se otorga la obligación inmediatamente, y *c)* si la oferta se lleva a cabo haciendo uso de medios electrónicos sin que sea posible que la aceptación se exprese de manera inmediata y sin que se haya fijado plazo para su aceptación, el autor de la oferta queda ligado por tres días. Si el iniciador del mensaje es la persona a quien se ha dirigido un mensaje cuyo contenido es una oferta y el contenido de ésta es la aceptación de la misma, dicho mensaje surte efectos a partir del momento de la recepción de la aceptación por parte del solicitante, aún y cuando no emitiera su acuse de recibido.

En la fracción III del artículo 92 del Código de Comercio se establece una presunción en el sentido de que en caso de que el iniciador reciba el acuse correspondiente se debe establecer la presunción que el destinatario ha recibido el “mensaje de datos” que le ha sido enviado por aquél. Esta es una presunción que admite prueba en contrario —*resunción juris tantum*— en dos sentidos: o bien, de que el mensaje no se recibió; o bien, de que habiéndose recibido el mensaje, éste no es el mismo que el mensaje enviado por el iniciador. Cabe señalar que la presunción prevista en el artículo 92 es más frágil que la correspondiente prevista en el numeral 5) del artículo 14 de la ley modelo, debido a que aun cuando en el artículo 90 del Código de Comercio se han establecido las condiciones que permiten al destinatario atribuir un “mensaje de datos” al iniciador, sin embargo, no se han precisado las condiciones que permitan al destinatario atribuir al iniciador, no el mensaje, sino el texto en el contenido, cosa que si se hace en el numeral 5 del artículo 13 de la ley modelo. En esta última disposición se establece que al destinatario le está permitido considerar que el contenido del “mensaje de datos” corresponde al que ha enviado el iniciador, sólo cuando haya actuado con la debida diligencia para corroborarlo o haya aplicado algún método que para el efecto haya convenido con la contraparte y siempre y cuando no tuviera conocimiento de que en la transmisión se hubiese producido algún error en el mensaje. De esta forma, al no encontrarse el destinatario obligado a cerciorarse de la autenticidad del texto contenido en el

“mensaje de datos” en términos de lo dispuesto en la legislación mexicana, los casos en que se pueda objetar por cualquiera de las partes que se recibió el mismo “mensaje de datos” que fue enviado por el iniciador y del que se haya acusado recibo, serán más frecuentes que si se aplicara el régimen de la ley modelo.

Por cuanto hace al momento de recepción del mensaje el artículo 91 del Código de Comercio incurre en una grave contradicción, toda vez que incluye tanto en la fracción II, como en la fracción III, el mismo supuesto con diferentes consecuencias jurídicas. En efecto, la fracción II se determina que “de no haber un sistema de información designado”<sup>18</sup> es el momento el que el destinatario recupera al mensaje el que debe ser considerado como el momento de recepción del mismo. Asimismo, la fracción III, precisa que “si el destinatario no ha designado un sistema de información” se considera recibido el mensaje al momento que ingrese a un sistema de información del destinatario.<sup>19</sup> En cambio, el artículo 15 de la ley modelo, establece que como momento de recepción vale, cuando se ha designado un sistema de información para la recepción, el momento en que el mensaje ingresa en dicho sistema —“sistema de la recepción”— y; cuando habiéndose designado sistema y el mensaje se envía a uno diferente o, cuando no se designó sistema de información, el momento en que el destinatario recupera la información<sup>20</sup> —“sistema de la información”—.

Por cuanto hace al lugar de expedición y de recepción del “mensaje de datos”, el artículo 94 del Código de Comercio, establece que, salvo pacto en contrario, como lugar de expedición de los mensajes de datos se deberá tener el lugar en donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido el lugar donde el destinatario tengan su establecimiento. Para las empresas que tienen varios establecimientos, estos es, plantas en distintos lugares de un país y filiales en diversos lugares del mundo, siguiendo el sistema que establece la ley modelo —artículo 15, numeral 4), inciso a)— optó por el

---

<sup>18</sup> Por sistema de información designado se debe entender el sistema de información que una parte designó de manera expresa para recibir el mensaje. La sola indicación de una dirección de correo electrónico o de un número de fax en el membrete de un documento no debe ser considerada como designación expresa de un sistema de información.

<sup>19</sup> El ingreso al sistema ocurre desde el momento en que el mensaje puede ser procesado en ese sistema. Si el mensaje ha llegado al sistema pero sin conseguir entrar en él no se puede considerar que el mismo ha sido recibido.

<sup>20</sup> La ley modelo establece en su numeral 2 para este caso algo diferente, pues según la misma, si el destinatario no designa sistema de información, la recepción tiene lugar al momento en que el “mensaje de datos” entre un sistema de información del destinatario. Consideramos que la fracción II del artículo 91 ofrece mayor seguridad jurídica que el de la correspondiente disposición de la ley modelo.

concepto de “establecimiento que guarde la relación más estrecha con la operación” y, de no existir éste, el del establecimiento principal. De no existir establecimientos, dicho lugar de expedición o recepción lo será el de la residencia habitual.

En el Código de Comercio no se establecieron disposiciones especiales para el transporte de mercancías, con lo que la legislación mexicana carece de una regulación especial aplicable a los documentos de transporte no negociables y a la transferencia de derechos de las mercancías por medio de un conocimiento de embarque negociable o transferible. Debido a que según el sistema del Código de Comercio, las disposiciones relativas al comercio electrónico son aplicables a los actos de comercio en general (artículo 89), éstas son válidas tanto para tales documentos, como para la ejecución de actos que se basan en el empleo de los mismos.

En el numeral 2) del artículo 11 de la ley modelo —“Formación y Validez de los Contratos”— se dispuso que el Estado que integrara o transformara el numeral 1) de dicha disposición en su derecho interno, podía excluir, a su juicio, la aplicación del mismo bajo determinadas circunstancias. Dicha excepción tuvo por objeto no permitir que el principio consagrado en la segunda parte dicho numeral 1) consistente en no negar validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse concluido haciendo uso de medios electrónicos, prevaleciera sobre ciertas disposiciones de derecho interno de orden público que prescriben el cumplimiento de ciertas formalidades tales como la fe pública notarial y de escrituración. Sin embargo, el legislador mexicano, en lugar de establecer una reserva para los actos y contratos que de acuerdo con la ley mexicana debieran otorgarse en escritura pública, dispuso tanto en el segundo párrafo del artículo 1834 de Código Civil Federal, como en el segundo párrafo del artículo 93 del Código de Comercio, que en dichos casos las partes pueden recurrir a medios electrónicos. En dichas disposiciones se establece que cuando la ley exija que cierto acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, los términos precisos en que las partes han decidido obligarse pueden expresarse en mensajes de datos, debiendo el fedatario hacer constar en el instrumento correspondiente, los elementos de los que se haya valido para atribuir los mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mensajes para su ulterior consulta. Se aclara que dicho instrumento deberá ser otorgado de conformidad con la legislación correspondiente, esto es, para el caso mexicano lo mismo significa que el instrumento se expide en papel y no en formato electrónico. Estas normas han dado lugar a una fuerte crítica, la que se ha hecho consistir, por una parte, en que los fedatarios

no cuentan con los conocimientos técnicos,<sup>21</sup> la infraestructura tecnológica y el personal profesional suficientes para trabajar con “mensajes de datos” y,<sup>22</sup> por la otra, que la legislación local que rige su actuación, establece que cuando un acto jurídico deba de otorgarse en instrumento ante fedatario, el o los otorgantes, deben de estar físicamente presentes ante el mismo.<sup>23</sup>

La ley modelo no quiso interferir en el cumplimiento de los objetivos y en aplicación de las disposiciones de la legislación sobre protección al consumidor o de condiciones generales de los negocios, pues éstas tienen por objeto proteger a las partes más débiles en los negocios o en los contratos de adhesión, por lo que previó la posibilidad de que se establecieran excepciones a sus normas en materia de reconocimiento de la validez de los “mensajes de datos” y de conclusión de los contratos.<sup>24</sup> En consonancia, con esta idea fundamental de la ley modelo, la Ley Federal de Protección al Consumidor fue reformada en su artículo 128 y adicionada con el Capítulo VIII bis —“De los Derechos de los Consumidores en las Transacciones Efectuadas a Través del Uso de Medios Electrónicos, Ópticos o de Cualquier otra Tecnología”— y en sus artículos 1o. con la fracción VIII y 24 con la fracción IX bis.

En la fracción VIII del artículo 1o. se estableció como objetivo de la Ley de Protección al Consumidor, la protección al consumidor en las transacciones de comercio electrónico y en la fracción IX bis del 24 se prevé la promoción de códigos de ética entre los proveedores con el objeto de que en las transacciones de comercio electrónico que realicen se observen los principios de protección al consumidor previstos en la Ley.

<sup>21</sup> En el proyecto de los Estados Unidos para crear un notario cibernético —Cyber Notary— se exige no nada más que el notario sea especialista en leyes, sino además que tenga un alto grado de conocimientos en las tecnologías de seguridad informática. Véase al respecto: <http://www.abanet.com>.

<sup>22</sup> Esta objeción resulta fundada. Por lo mismo, los modelos de notarios electrónicos que se prevén en la Ley de Comunicaciones por Vías Electrónicas de Argentina —<http://www.vas.com/notario.htm>—, en el proyecto norteamericano del Cyber Notary y en el proyecto japonés del *Electronic Notary* —<http://www.ecom.or.jp>— incluyen sistemas tecnológicos diseñados específicamente para el efecto que deberán ser operados por personas que tengan amplios conocimientos en seguridad informática.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, la fracción XX del artículo 102 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal establece algunos requisitos —que la escritura debe ser leída a los otorgantes, que se les debe explicar a éstos el valor y consecuencias legales del contenido de la escritura y los hechos que presencie el notario que sean integrantes del acto que autorice, como la entrega del dinero o títulos, etcétera—, los que un notario no podría cumplir si no tuviera físicamente a los otorgantes ante él.

<sup>24</sup> Cabe destacar que, en un pie de página al artículo 1 de la ley modelo se estableció expresamente que: “La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección al consumidor”.

El artículo 76 bis de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece las reglas fundamentales que deben observar los proveedores en sus relaciones de comercio electrónico con sus consumidores. En principio, se establece una obligación de confidencialidad a cargo del proveedor por cuanto hace a la información que le haya sido proporcionada por el consumidor, quedando, por una parte, impedido para difundirla o transmitirla a proveedores ajenos a la transacción, con excepción de aquellos casos en que medie autorización expresa por parte del consumidor o que alguna autoridad así lo exija y; por la otra, quedando obligado a utilizar las tecnologías necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de dicha información (fracciones I y II). Asimismo, para evitar el riesgo que el proveedor se pierda en el anonimato del ciberespacio y que el consumidor no pueda contactarlo físicamente para hacer valer sus reclamaciones, en la fracción III de dicha disposición se establece que con anterioridad a la celebración de una operación electrónica, el proveedor debe proporcionarle al consumidor domicilio físico y números telefónicos. Las relaciones de comercio electrónico que se establezcan entre proveedor y consumidor, no deben ser utilizadas como pretexto para que el primero no cumpla con las disposiciones legales relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que ofrezca (fracción IV). Debido a que las transacciones de comercio electrónico implican términos, condiciones, costos, cargos adicionales y formas de pago diferentes a los de las ventas tradicionales, la Ley de Protección al Consumidor establece que el consumidor tiene derecho a conocer toda la información al respecto (fracción V). En razón de que los medios electrónicos facilitan el contacto entre proveedor y consumidor y de que, en consecuencia, resulta más sencillo para el proveedor cuando hace uso de tales medios remitir al consumidor propaganda de sus productos y con diferentes alternativas de venta, en la fracción VI del artículo 76 se establece que el proveedor debe respetar la decisión del consumidor de no recibir avisos comerciales y de no tratar de hacer cambiar su decisión en cuanto a la calidad y cantidad del producto solicitado.<sup>25</sup> También el proveedor debe abstenerse a utilizar estrategias de venta o publicitarias que no ofrezcan información clara y suficiente de los servicios ofrecidos y a hacer un uso prudente de las estrategias de mercadotecnia dirigidas a ciertos grupos sensible tales como niños, ancianos y enfermos; cuando la información no sea apta para dichos grupos se debe establecer de manera expresa en el mensaje (fracción VII).

---

<sup>25</sup> En el anteproyecto de la Ley de Comercio Electrónico de España se establece que los mensajes de correo electrónico mediante los que un proveedor envíe propaganda deberán estar identificados con la palabra “publicidad”, de modo que puedan fijarse filtros.

El mayor problema de las reformas sobre comercio electrónico se origina debido a su estructura y objetivo. El objetivo de La ley modelo fue regular el empleo de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología en las transacciones comerciales. La especial organización y características del sistema jurídico mexicano, hicieron necesario, si en el cumplimiento de dicho objetivo se quería renunciar a la emisión de una ley especial en materia de comercio electrónico, tal y como fue el caso, que las disposiciones de la ley modelo fueran integradas mediante las modificaciones y adiciones de diversas disposiciones y de varias leyes. Concretamente, las enmiendas se efectuaron en el Código Civil Federal, en el Código de Comercio, en el Código Federal de Procedimientos Civiles y en la Ley Federal de Protección al Consumidor. Esta forma de llevar a cabo la reforma trajo consigo algunas consecuencias que desvirtúan el objetivo de la ley modelo.

En primer lugar, se puede mencionar que la ley modelo estableció como criterio para determinar el ámbito de aplicación material de sus disposiciones el concepto de “actividades comerciales”. Pues bien, para poder integrar las disposiciones de la ley modelo en el sistema del Código de Comercio fue necesario fijar el ámbito de aplicación de las normas sobre comercio electrónico con base en el criterio de “actos de comercio”, ya que el criterio original de “actividades comerciales” es un criterio desconocido para dicho Código e introducirlo en este hubiera significado romper con el sistema de toda la legislación mercantil y establecer un régimen de excepción, lo que sin duda hubiera complicado la aplicación de las normas en materia de comercio electrónico. Sin embargo, al resultar aplicables las disposiciones de comercio electrónico a los actos de comercio, a nuestro parecer, se excede el objetivo de la ley modelo en el sentido de que sus correspondientes disposiciones deberían regular relaciones de índole comercial, fueran de naturaleza contractual o no, quedando excluidas de tal concepto y, por lo mismo, del ámbito material de aplicación de las normas de la ley modelo, los títulos de crédito y la constitución de sociedades mercantiles. En cambio, en la legislación mexicana, debido al hecho de que tanto los títulos de crédito,<sup>26</sup> como los actos constitutivos de las sociedades mercantiles,<sup>27</sup> son actos de

<sup>26</sup> Artículo 75, fracción XIX y XX del Código de Comercio y artículo 1o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

<sup>27</sup> Esto debido a que la constitución de las sociedades mercantiles debe considerarse como un acto creador de una empresa y, en ese sentido, según la opinión de Felipe de J. Tena es un acto de comercio. Véase al respecto: Tena, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, México, Porrúa, 1938, t. I, p. 116.

comercio, a los mismos les resultan aplicables las normas en materia de comercio electrónico.<sup>28</sup> De esta forma, el uso de medios electrónicos que fue concebido en la ley modelo para poder llevar a cabo legítimamente comunicaciones en el contexto de actividades estrictamente comerciales, se hacen extensivo en el Código de Comercio también al uso de títulos de crédito y a la constitución de sociedades mercantiles.

Por otra parte, debido a que en el sistema jurídico mexicano el Código Civil Federal funciona como ley supletoria del Código de Comercio, fue necesario —no obstante que el objetivo de la reforma era establecer una regulación en materia de comercio electrónico para los actos de comercio— reformar los artículos 1803, 1805 y 1811 del Código Civil Federal y adicionarlo con el artículo 1834 bis. Esto ha traído como consecuencia que dichas disposiciones también resulten aplicables a todos los contratos de carácter puramente civil que se rijan por dicho Código Civil Federal, tales como comodatos, arrendamientos, permutas, compraventas civiles, etcétera, lo que resulta un exceso si se considera que el objetivo de la ley modelo fue establecer un marco jurídico para las operaciones comerciales electrónicas. Además, para estos contratos no existe norma alguna que establezca cuando se puede presumir que un “mensaje de datos” proviene de un emisor, que momento vale como el de la recepción de la información, que lugar debe valer como lugar de expedición y de recepción del mensaje y los efectos del acuse de recibo. De esta forma, bien podemos concluir que para los contratos civiles que se regulen por el Código Civil Federal la regulación en materia de contratación electrónica resulta incompleta.

---

<sup>28</sup> Para limitar el ámbito de aplicación de las normas de comercio electrónico, también se pudo emplear en el artículo 89 del Código de Comercio el recurso de las excepciones, que reconoce expresamente la ley modelo. De esta forma, en las legislaciones nacionales que han transformado las disposiciones de la ley modelo, se han excluido del uso de las tecnologías de comunicación electrónicas a las disposiciones testamentarias; títulos de crédito negociables; fideicomisos; poderes; contratos de compraventa sobre bienes inmuebles; peritajes y comunicaciones con los tribunales. Véase al respecto: Gerold, Herrmann, “the removal of legal obstacles to e-commerce”, conferencia sostenida en el Foro de Energía del Medio Este, que tuvo lugar en Bahrein entre el 27 y 29 de mayo de 2000, p. 9.

## LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y TRASNACIONAL EN EL MARCO JURÍDICO MEXICANO: AVANCES Y DESAFÍOS\*

Mariana SALAZAR ALBORNOZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco jurídico internacional: derecho penal internacional y derecho penal trasnacional*. III. *La evolución del marco jurídico mexicano a la luz del sistema penal internacional*. IV. *Conclusiones: avances y desafíos*.

### I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del último siglo, la humanidad ha sido testigo de transformaciones radicales en la geopolítica global que han venido acompañadas de severa criminalidad. Dos guerras mundiales y un sinfín de conflictos armados internacionales y no internacionales han sido el motor y el escenario para la comisión de terribles atrocidades: genocidios, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y agresiones que, lamentablemente, continúan en nuestros días. A su vez, el desarrollo descomunal de las tecnologías informáticas y armamentísticas mundiales ha sido aprovechado por las organizaciones delictivas para incrementar su capacidad transfronteriza, aumentando exponencialmente los ataques terroristas y el tráfico ilícito de drogas, personas, órganos, armas y dinero. En la era de la globalización, la amenaza de la criminalidad no conoce fronteras.

Ante tales retos, durante estos cien años la noción misma de la comunidad internacional fue cobrando, progresivamente, un nuevo y fortalecido sentido. Tras la Segunda Guerra Mundial que evidenció el fracaso de la

---

\* Las opiniones expresadas en este artículo corresponden exclusivamente a la autora, por lo que no reflejan posición institucional alguna. La autora agradece a Genaro Madrigal Ríos, Carlo Carvajal Aguilar y Paola Pérez Ríos su participación en la investigación para el presente estudio.

Sociedad de las Naciones,<sup>1</sup> los países robustecieron su acción concertada en 1945 con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU),<sup>2</sup> resueltos, como plasmaron en el preámbulo de su Carta, “a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”.

El nuevo orden mundial surgido a partir de la creación de la ONU vino acompañado de un inmenso desarrollo del derecho internacional: proliferaron un sinnúmero de tratados, resoluciones, mecanismos, tribunales y nuevas formas de cooperación internacional que continúan evolucionando en nuestros días.

El ámbito penal sufrió cambios drásticos. Antes, la investigación y enjuiciamiento de delitos, independientemente de su gravedad o alcance, correspondía exclusivamente a los tribunales nacionales de los Estados. Tras las devastadoras consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, en 1945 los países se unieron en una convicción común: el enjuiciamiento de crímenes atroces ya no podía dejarse al arbitrio exclusivo de los Estados. El Tribunal Militar Internacional de Núremberg,<sup>3</sup> que enjuició a los principales criminales de guerra del Eje Europeo, sentó así las bases de lo que hoy constituye el derecho penal internacional: una rama que atribuye responsabilidad penal internacional directamente a los *individuos* responsables de cometer los crímenes que, por su gravedad, son de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

El Tribunal de Núremberg fue seguido, un año después, por el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (también conocido como “Tribunal de Tokio”), para juzgar crímenes internacionales cometidos por japoneses durante la Guerra.<sup>4</sup> La tendencia se retomó en los noventa con la creación, por el Consejo de Seguridad de la ONU, de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para juzgar crímenes internacionales cometi-

---

<sup>1</sup> Creada por el Tratado de Paz de Versalles, 28 de junio de 1919 (225 C.T.S 188).

<sup>2</sup> Creada por la Carta de las Naciones Unidas (adoptada el 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de octubre de 1945), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1, p. 16. Cuenta con 193 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

<sup>3</sup> Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, anexo al Acuerdo para el Enjuiciamiento y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra del Eje Europeo, 8 de agosto de 1945, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, p. 279.

<sup>4</sup> Creado por Proclamación especial hecha por el Comandante Supremo de las Potencias Aliadas en Tokio, General MacArthur, que contiene anexo el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para Lejano Oriente, 19 de enero de 1946, *United States Treaties and Other International Acts*, núm. 1589.

dos durante el conflicto de los Balcanes en la ex Yugoslavia<sup>5</sup> y durante el genocidio en Ruanda.<sup>6</sup> La rama ha influenciado, a su vez, la creación de algunos tribunales penales mixtos o híbridos en la década de los 2000, que incorporaron jueces y elementos del derecho penal internacional, junto con el nacional, para enjuiciar crímenes cometidos en Timor Oriental, Sierra Leona, Camboya y Líbano.<sup>7</sup>

La cúspide del desarrollo del derecho penal internacional vino, sin duda, en 1998 con la adopción, por la comunidad internacional, del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (CPI),<sup>8</sup> en vigor desde 2002. La CPI es primer y único tribunal penal internacional de naturaleza permanente. Tiene competencia para enjuiciar los crímenes más graves de trascendencia internacional, a saber: genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión.<sup>9</sup>

En paralelo a este vasto desarrollo en materia de crímenes internacionales, otras formas de criminalidad con efectos transfronterizos emergieron profusamente. Por su naturaleza trasnacional, los elementos de prueba y otros necesarios para su adecuada investigación y enjuiciamiento se desperdiga a lo largo del territorio de varios Estados. Para atender ese reto global, el último siglo vio también el desarrollo de una serie de tratados multilaterales sobre cooperación internacional y asistencia jurídica mutua en materia de delitos trasnacionales como el narcotráfico, la delincuencia organizada, el lavado de dinero, la trata de personas, el tráfico de armas, el terrorismo y la corrupción, entre otros. Estos instrumentos conforman lo que algunos académicos denominan el “derecho penal trasnacional”. A diferencia de la rama antes descrita, la competencia para investigar y enjuiciar delitos trasnacionales sigue correspondiendo exclusivamente a las autoridades y tribunales nacionales de cada Estado, que simplemente estrechan su cooperación con otros Estados para su adecuada realización.

<sup>5</sup> Creado por el Consejo de Seguridad de la ONU mediante Resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993, UN Doc S/RES/827 (1993) (Estatuto anexo).

<sup>6</sup> Creado por el Consejo de Seguridad de la ONU mediante Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre de 1994, UN Doc S/RES/955 (1994) (Estatuto anexo).

<sup>7</sup> Cfi. UN Doc. UNTAET/REG/2000/15, UN Doc. S/RES/1315/(2000), UN Doc. A/RES/57/228, y UN Doc. S/RES/1757 (2007).

<sup>8</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (adoptado el 17 de julio de 1998, en vigor desde el 1 de julio de 2002) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, p. 3. Cuenta con 124 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

<sup>9</sup> La competencia de la CPI sobre el crimen de agresión aún no estaba en vigor al momento de redacción del presente artículo. Cfi. *Infra* Sección II.1.d.

A pesar de las diferencias entre ambos ordenamientos, es evidente que los crímenes internacionales están en muchas ocasiones relacionados, originados o financiados por delitos transnacionales. En los noventas, por ejemplo, los crímenes de guerra cometidos durante la guerra civil de Sierra Leona fueron financiados por el tráfico ilícito de diamantes. En la actualidad, basta ver como ejemplo la amenaza global que representa ISIS (Daesh), que lo mismo comete ataques terroristas como crímenes de guerra, todo ello a través de la delincuencia organizada transnacional. Ésta y otras realidades hacen necesario hoy, más que nunca, analizar ambas ramas conjuntamente.

México se ha vinculado a la gran mayoría de los tratados internacionales que constituyen el sistema penal internacional. Ello ha propiciado la paulatina transformación de su marco jurídico nacional en consistencia con sus obligaciones internacionales en la materia. El propósito de este artículo es explorar estos aportes, con particular énfasis en la incorporación de los tipos penales de esos crímenes y delitos en la legislación mexicana. Para ello, examinaremos primero el marco jurídico internacional vigente, y posteriormente analizaremos su incorporación en el derecho penal mexicano. Concluiremos identificando los principales avances y desafíos en este proceso de implementación.

## II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL: DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL TRANSNACIONAL

### 1. *Derecho penal internacional*

Si bien existen algunas opiniones académicas divergentes en torno a las conductas que deben ser comprendidas en la categoría de “crímenes internacionales”,<sup>10</sup> ésta actualmente incluye solamente los siguientes cuatro, contemplados en el Estatuto de Roma de la CPI: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y el crimen de agresión. Como lo destaca Boister, estos crímenes internacionales se distinguen de otros delitos en virtud

---

<sup>10</sup> Cassese, por ejemplo, incluye en esta categoría, además de los cuatro crímenes internacionales comprendidos en este estudio, los delitos de terrorismo y de tortura. Véase: Cassese, Antonio, *Cassese's International Criminal Law*, 3a. ed., Reino Unido, Oxford University Press, 2013.

de que están firmemente establecidos en la costumbre internacional, generan responsabilidad penal internacional para su autor y pueden ser juzgados directamente por tribunales penales internacionales.<sup>11</sup>

El contenido de los tipos penales de los cuatro crímenes internacionales fue evolucionando gradualmente a lo largo del siglo, según se refleja en los estatutos de los tribunales penales internacionales que precedieron a la CPI y en los tratados internacionales respectivos.

### A. Crímenes de guerra

De los incluidos en el estatuto del Tribunal de Núremberg, los crímenes de guerra fueron los únicos que ya estaban tipificados en tratados internacionales<sup>12</sup> antes de la creación de dicho tribunal. Unos años después de los juicios de Núremberg, el contenido completo del derecho internacional humanitario (DIH) —aplicable en conflictos armados— fue reexpresado y actualizado. Los tratados anteriores fueron sustituidos por los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 y de 2005.<sup>13</sup> Tales instrumentos, que recogen el DIH contemporáneo, amplían considerablemente la lista de violaciones e infracciones graves que

<sup>11</sup> Boister, Neil, “‘Transnational Criminal Law’?”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, 2003, pp. 961-962.

<sup>12</sup> Cfr. Portilla Gómez, Juan Manuel, “Dos siglos de Derecho Internacional Humanitario”, en García Ramírez, Sergio, coord., *El derecho en México: dos siglos (1810-2010)* 2010, Méndez-Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional. Tomo II*, México, Porrúa-UNAM, pp. 781-845.

<sup>13</sup> I Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, II Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, III Convenio de Ginebra sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra, IV Convenio de Ginebra sobre la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra (adoptados el 12 de agosto de 1949, en vigor desde el 21 de octubre de 1950), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, p. 31, p. 85; p. 135 y p. 287, respectivamente. Los cuatro Convenios de Ginebra cuentan con 196 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016); Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (adoptados el 8 de junio de 1977, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, p. 3 y p. 609, respectivamente. Cuentan con 174 y 168 Estados Partes, respectivamente (cifra actualizada a agosto de 2016); Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (adoptado el 8 de junio de 1977, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2404, p. 261, cuenta con 72 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

constituyen crímenes de guerra. Los cuatro Convenios son universales, es decir que han sido ratificados por todos los Estados. Éstos, junto con normas consuetudinarias, son la base de los tipos penales de los “crímenes de guerra” previstos en los estatutos de los tribunales penales internacionales y mixtos subsecuentes.

Así, el artículo 8 del Estatuto de Roma tipifica como crímenes de guerra más de cincuenta actos delictivos, agrupados en las siguientes categorías: (i) infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 contra personas o bienes protegidos por el DIH; (ii) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional; (iii) en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 cometidas contra personas que no participen directamente en las hostilidades, y (iv) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional.

Cabe tener en cuenta que existen otros tratados, como los Protocolos Adicionales de los Convenios de Ginebra o aquéllos en materia de desarme, que tipifican también algunos crímenes de guerra. Dado que éstos aún no gozan de aceptación universal, no existió consenso para que su contenido fuera recogido entre los crímenes competencia de la CPI. En este sentido, desde hace varios años se consideran dos propuestas de enmienda al Estatuto de Roma para tipificar como crímenes de guerra competencia de la CPI el uso de: (i) armas nucleares (iniciativa presentada por México), y (ii) armas bacteriológicas, minas antipersonales, armas con fragmentos no localizables por rayos X, armas láser cegadoras y municiones en racimo (iniciativa presentada por Bélgica).<sup>14</sup>

## B. Genocidio

El concepto de “genocidio” no surgió legalmente sino hasta 1948 con la adopción, por la ONU, de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio,<sup>15</sup> en vigor desde 1951, lograda gracias a la incansable

<sup>14</sup> El contenido de las propuestas de enmienda presentadas por Bélgica y por México puede ser consultado en: Asamblea de los Estados Partes, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Enmiendas* (7 de diciembre de 2014) Documento ICC-ASP/13/31, anexo I, pp. 7-13.

<sup>15</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (adoptada el 9 de diciembre de 1948, en vigor desde el 12 de enero de 1951), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, p. 277. Cuenta con 147 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

labor de Raphael Lemkin.<sup>16</sup> De ahí que no se hubiera incluido en la competencia de los tribunales de Núremberg y Tokio que precedieron a dicho instrumento. Posterior a éste, el tipo penal sí fue recogido en los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* de los noventas y algunos de los tribunales penales mixtos, así como de la CPI, en términos idénticos a la definición contenida en la Convención de 1948.

Así, el artículo 6 del Estatuto de Roma de la CPI define el genocidio como:

...cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: (a) Matanza de miembros del grupo; (b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; (d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; o (e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

### C. *Crímenes de lesa humanidad*

La definición de los crímenes de lesa humanidad ha cambiado significativamente a lo largo de los años. Partiendo de los “crímenes contra la humanidad” contenidos en los estatutos de los tribunales de Núremberg y de Tokio, sus elementos objetivos y contextuales variaron en cada uno de los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* de los noventas. La evolución resultó en la definición hoy existente de los crímenes de lesa humanidad, que se contiene en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI, como sigue:

...cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil<sup>17</sup> y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación

<sup>16</sup> Véase: Lemkin, Raphael, *Totally Unofficial: The Autobiography of Raphael Lemkin*, Yale University Press, 2013, p. 20.

<sup>17</sup> En su artículo 7.2.a), el Estatuto de Roma de la CPI aclara que “[p]or ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

A diferencia de los crímenes de guerra o del genocidio, los crímenes de lesa humanidad no cuentan con un tratado global específicamente dedicado a éstos que contenga obligaciones directas a los Estados para prevenir, investigar y enjuiciarlos, sino que se contienen únicamente en los estatutos de tribunales penales internacionales y mixtos. Para subsanar esa deficiencia, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas actualmente está elaborando un proyecto de artículos con miras a la futura adopción de un tratado internacional en la materia.<sup>18</sup>

Resulta relevante mencionar también que existe otro instrumento, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968,<sup>19</sup> que obliga a los Estados a adoptar medidas para hacer posible la extradición y asegurar la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. A pesar de estar en vigor desde 1970, cuenta con muy pocas ratificaciones.

#### D. *Crimen de agresión*

El tipo penal del crimen de agresión tiene como antecedente el concepto de “crimen contra la paz” que se incorporó en los estatutos de los tribunales de Núremberg y de Tokio. Este crimen no se incluyó en la competen-

<sup>18</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad. Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial*, UN Doc. A/CN.4/680 de 17 de febrero de 2015, pp. 6 y 7.

<sup>19</sup> Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (adoptada el 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 754, p.73. Cuenta con 55 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

cia material de los tribunales penales internacionales *ad hoc* de los noventas, ni de los tribunales penales mixtos que los siguieron.

Durante la conferencia diplomática que negoció el Estatuto de Roma, se acordó que la CPI tuviera competencia sobre el crimen de agresión pero no se alcanzó un acuerdo en torno a su definición. Consecuentemente, el E estatuto adoptado en 1998 incluyó al crimen de agresión en el listado de crímenes competencia de la CPI (artículo 5), pero sujetó el ejercicio de la competencia de la CPI sobre ese crimen a que se adopte una disposición que lo defina y enuncie las condiciones para dicho ejercicio. Tras intensas negociaciones, ambos aspectos fueron decididos en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala, Uganda, en 2010.<sup>20</sup> La definición se incluyó en el artículo 8 bis del Estatuto, en el sentido de que:

Una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión<sup>21</sup> que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Las condiciones para el ejercicio de la competencia de la CPI se incluyeron en el artículo 15 bis del Estatuto, que dispuso que la CPI ejercerá su competencia respecto de ese crimen: (i) tratándose de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes, y (ii) a condición de que se adopte una decisión después del 1o. de enero de 2017 por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes. El número mínimo de 30 ratificaciones de la enmienda, requerido bajo la primera condicionante, fue alcanzado el pasado 26 de junio de 2016.<sup>22</sup> A la fecha de redacción del presente artículo quedaba pendiente aún el cumplimiento de la segunda condicionante, es

<sup>20</sup> Conferencia de Revisión, Resolución RC/Res.6 (11 de junio de 2010) Documento RC/Res.6.

<sup>21</sup> En el párrafo 2 del artículo 8 *bis*, el Estatuto de Roma define al “acto de agresión” como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, y retoma la lista de actos de agresión contenida en la Resolución de la Asamblea General de la ONU 3314(XXIX) del 14 de diciembre de 1974, UN Doc A/RES/3314(XXIX) (1974).

<sup>22</sup> De conformidad con el artículo 121(5) del Estatuto de Roma, las enmiendas sobre el crimen de agresión entrarán en vigor respecto de cada Estado un año después del depósito de su respectivo instrumento de ratificación o aceptación.

decir, que dos tercios de los Estados partes adopten una decisión después del 1o. de enero de 2017, por lo que la competencia de la CPI sobre este crimen aún no ha sido activada.<sup>23</sup>

## 2. *Derecho penal trasnacional*

Los delitos trasnacionales son aquéllos que tienen efectos —actuales o potenciales— transfronterizos. Siguiendo a Boister, el término “derecho penal trasnacional” aplica a las normas de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua de los Estados existentes en torno a estos delitos.<sup>24</sup> Esta rama se basa en la premisa de que, si bien predomina la exclusividad en la soberanía de los Estados para la investigación y enjuiciamiento de los delitos trasnacionales, la cooperación internacional y asistencia jurídica mutua son esenciales para lograrlo. Existen diversas agencias internacionales, como la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) o la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), entre otras, que asisten a los Estados en la realización de estos objetivos. Para efectos de este estudio, agruparemos los delitos trasnacionales en cinco categorías principales, que describimos someramente a continuación:

### A. *Delincuencia organizada*

El primer instrumento global e integral para la lucha contra el fenómeno de la delincuencia organizada trasnacional fue Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en Palermo en el año 2000.<sup>25</sup> En palabras del ex Secretario General de la ONU, Kofi Annan:

---

<sup>23</sup> Cfr. *Manual de Ratificación de las Enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, publicado por la Misión Permanente del Principado de Liechtenstein ante las Naciones Unidas, el Instituto Global para la Prevención de la Agresión, el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación y la Universidad de Princeton, noviembre 2012, <http://crimeofaggression.info/documents/1/handbook-SPA.pdf>.

<sup>24</sup> Boister, Neil, *op. cit.*, p. 955.

<sup>25</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, (adoptada el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde 29 de septiembre de 2003) Naciones Unidas, *Treaty Series*, Vol. 2225, p. 209; AGONU Resolución A/RES/55/25 (2000). Cuenta con 187 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no solo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.<sup>26</sup>

La Convención de Palermo se complementa con tres protocolos.<sup>27</sup> Juntos, esos cuatro instrumentos integran un marco jurídico comprehensivo que obliga a los Estados a penalizar las siguientes conductas, entre otras, proteger y asistir a sus víctimas y testigos, adoptar técnicas especiales para investigarlas, brindarse cooperación internacional y asistencia judicial y juzgar o extraditar a sus autores, cuando sean cometidas de manera transnacional:<sup>28</sup>

- a) *La participación en un grupo delictivo organizado*, definido como un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a dicha Convención

---

<sup>26</sup> Annan, Kofi A., 2004, “Prefacio”, en Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, Naciones Unidas, p. iii.

<sup>27</sup> Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (adoptado el 15 de noviembre del 2000, en vigor desde 25 de diciembre de 2003) Naciones Unidas, *Treaty Series*, Vol. 2237, p. 319, cuenta con 169 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016); Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (adoptado el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 28 de enero de 2004), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2241, p. 507, cuenta con 142 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016); Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (adoptado el 31 de mayo de 2001, en vigor desde el 3 de julio de 2005), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2326, p. 211, cuenta con 114 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

<sup>28</sup> De conformidad con el artículo 3.2 de la Convención de Palermo, el delito será de carácter transnacional si: (a) se comete en más de un Estado; (b) se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; (c) se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o (d) se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

- con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio material.
- b) *La trata de personas, especialmente mujeres y niños*, que incluye, entre otros, la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción o engaño, con fines de explotación (sea sexual, trabajos forzados, esclavitud o prácticas análogas, servidumbre o extracción de órganos).
  - c) *El tráfico ilícito de migrantes*, entendido como facilitar la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, o bien crear o facilitar un documento de viaje o de identidad falso o habilitar la permanencia de una persona indocumentada en un Estado por ese o cualquier otro medio.
  - d) *La fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*, consistente en la importación, exportación, adquisición, venta, entrega, traslado o transferencia de tales armas, piezas, componentes y municiones, desde o a través del territorio de un Estado al de otro, si cualquiera de los Estados interesados no lo autoriza o si las armas de fuego no han sido marcadas, conforme al Protocolo respectivo.

## B. *Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*

La segunda gran categoría de delitos transnacionales se integra por aquellos relacionados con el tráfico de drogas. Han sido muy diversos los instrumentos que, desde inicios del siglo XX, se fueron adoptando en torno a esta problemática, misma que en sus orígenes se centraba principalmente en el opio y se fue ampliando poco a poco a otros estupefacientes en general. Los instrumentos tempranos fueron sustituidos en 1961 por la Convención Única sobre estupefacientes de 1961,<sup>29</sup> modificada por un Protocolo en 1977.<sup>30</sup> En 1971, el régimen de esa Convención Única fue complementado a través

<sup>29</sup> Convención Única sobre Estupefacientes (adoptada el 30 de marzo de 1961, en vigor desde el 13 de diciembre de 1964), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 520, p. 151. Cuenta con 154 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

<sup>30</sup> Protocolo de modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes (adoptado el 25 de marzo de 1972, en vigor desde el 8 de agosto de 1975), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 976, p. 3. Cuenta con 126 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

del Convenio sobre sustancias Sicotrópicas,<sup>31</sup> y finalmente en 1988 el contenido de ambos instrumentos fue reforzado y complementado por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.<sup>32</sup>

Estos tres instrumentos recogen el marco jurídico internacional vigente en la materia. Tienen por objetivo asegurar la disponibilidad de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con fines médicos y científicos, y prevenir su desvío a fines ilícitos. Clasifican los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas en distintas listas y obligan a los Estados a: (i) fiscalizarlos, según el régimen aplicable a cada lista; (ii) tipificar como delitos, en su legislación nacional, las conductas relacionadas con su producción, tráfico y posesión (esta obligación fue fortalecida considerablemente en la Convención de 1988); (iii) reconocer como agravantes de tales delitos la participación de grupos delictivos organizados o de personas que ocupen cargos públicos, o la victimización o utilización de menores de edad o su comisión en establecimientos penitenciarios; (iv) brindarse cooperación internacional para prevenir y luchar contra el tráfico ilícito; (v) dar asistencia judicial para su investigación y enjuiciamiento; y (vi) juzgar o extraditar a sus autores.

### C. *Terrorismo*

Aún no existe un tratado multilateral que aborde el terrorismo de manera comprehensiva y exclusiva, debido, principalmente, a la falta de acuerdo internacional en torno a su definición. Como denominador común, siguiendo a Serrano, “las más variadas definiciones que se han podido identificar —jurídicas o no— tienen como puntos recurrentes la violencia con un propósito político o social, así como el intento de intimidar y dirigir el acto a civiles o no combatientes.”<sup>33</sup> A pesar de la ausencia de tal definición, diversas conductas relacionadas con este fenómeno están reguladas a lo largo de 19 tratados internacionales,<sup>34</sup> que obligan a los Estados a tipificar, así como a

<sup>31</sup> Convenio sobre sustancias sicotrópicas (adoptado el 21 de febrero de 1971, en vigor desde el 16 de agosto de 1976), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1019, p. 175. Cuenta con 183 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

<sup>32</sup> Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (adoptada el 20 de diciembre de 1988, en vigor desde el 11 de noviembre de 1990), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, p. 95. Cuenta con 189 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

<sup>33</sup> Serrano Figueroa, Rafael, “El terrorismo y el derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 353-373.

<sup>34</sup> Para el listado de instrumentos internacionales en materia de terrorismo, véase el anexo I del Informe del Secretario General de la ONU “Actividades del sistema de las Naciones

juzgar o extraditar a los autores de delitos relacionados con: (i) la seguridad de la aviación civil y la seguridad de la navegación marítima; (ii) las personas internacionalmente protegidas; (iii) la toma de rehenes; (iv) el uso de materiales nucleares; (v) el financiamiento del terrorismo; (vi) los atentados terroristas cometidos con bombas, y (vii) los actos de terrorismo nuclear.

La interconexión entre el terrorismo y otros delitos transnacionales es reconocida comúnmente por la comunidad internacional:<sup>35</sup> el delito de *piratería*<sup>36</sup> frecuentemente se cataloga dentro de este rubro. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982<sup>37</sup> obliga a los Estados a reprimir la piratería en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo su jurisdicción, y la define, en términos generales, como todo acto ilegal de violencia o de detención, o todo acto de depredación, cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque o aeronave privado, contra otro buque o aeronave en dichos lugares o contra personas o bienes a bordo de ellos.

#### D. *Corrupción*

Son diversos los tratados internacionales que, a lo largo del siglo, han regulado este fenómeno de la corrupción, incluyendo la Convención de Palermo, la cual también contiene obligaciones en torno a la corrupción y al blanqueo del producto del delito (también conocido como “lavado de dinero”). El principal tratado internacional vigente en la materia es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>38</sup>, adoptada en Mérida, Yucatán en 2003 y en vigor desde 2005, que retoma y refuerza las disposi-

---

Unidas para la aplicación de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo” de 12 de abril de 2016, UN Doc. A/70/826.

<sup>35</sup> Así lo ha reconocido el Consejo de Seguridad de la ONU, en CSONU Resolución 1373 (2001) del 28 de septiembre de 2001, UN Doc S/RES/1373.

<sup>36</sup> Secretario General de la ONU, “Compilación de la información recibida de los Estados Miembros acerca de las medidas que han adoptado para tipificar como delito la piratería en su legislación interna y enjuiciar y apoyar el enjuiciamiento de los sospechosos de cometer actos de piratería frente a las costas de Somalia y el encarcelamiento de los piratas convictos”, UN Doc. S/2012/177.

<sup>37</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (adoptada el 10 de diciembre de 1982, en vigor desde el 16 de noviembre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, p. 3, artículo 101, cuenta con 168 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

<sup>38</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (adoptada el 31 de octubre de 2003, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, p. 41 (firmada el 9 de diciembre de 2003, ratificada el 20 de julio de 2004 y publicada en el

ciones previstas en Palermo. La Convención obliga a los Estados a adoptar medidas preventivas de las siguientes conductas, a tipificarlas como delito, a embargar, incautar, decomisar y restituir el producto del delito, a juzgar o extraditar a sus autores y a brindarse cooperación internacional y asistencia judicial recíproca para su investigación y enjuiciamiento:

- a) *Actividades relacionadas con la corrupción*: La Convención de Mérida retoma la definición de “corrupción” prevista en Palermo, bajo la denominación de *soborno de funcionarios públicos nacionales o extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas*. Lo define como la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un dicho funcionario, o bien la solicitud o aceptación por éste, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. Amplía el marco de Palermo al obligar también a los Estados a tipificar penalmente el *tráfico de influencias*, la *malversación o peculado*, *apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público*, el *abuso de funciones*, el *enriquecimiento ilícito*, el *encubrimiento* y la *obstrucción de la justicia*. De manera optativa, faculta a los Estados a considerar la posibilidad de tipificar el *soborno y malversación o peculado de bienes en el sector privado*.
- b) *Blanqueo del producto del delito*: La Convención de Mérida retoma la definición de Palermo al definirlo, en términos generales, como alguna de las siguientes actividades relacionadas con bienes a sabiendas de que son producto del delito: (i) su conversión o transferencia con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito o ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias de sus actos; (ii) la ocultación o disimulación de su verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad; y (iii) su adquisición, posesión o utilización.

#### E. Delitos transnacionales emergentes

Existen otros delitos transnacionales cuya regulación penal transnacional aún no está plenamente consolidada, a saber:

---

DOF el 14 de diciembre de 2005). Cuenta con 178 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

- a) Los *delitos cibernéticos*: El Consejo de Europa adoptó en 2001 en Budapest el *Convenio sobre la Ciberdelincuencia*,<sup>39</sup> que obliga a sus Estados Partes a tipificar como delitos las siguientes conductas, a brindarse cooperación internacional y asistencia jurídica mutua en su investigación y enjuiciamiento, y a juzgar o extraditar a sus autores: (i) los delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de datos y sistemas informáticos (acceso ilícito, interceptación ilícita, ataques a la integridad de los datos o el sistema y abuso de dispositivos); (ii) los delitos informáticos (falsificación informática y fraude informático); (iii) los delitos relacionados con el contenido (pornografía infantil), y (iv) los delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y los derechos afines. Si bien el Convenio está abierto a la adhesión de Estados no miembros del Consejo de Europa, a la fecha tiene pocas ratificaciones,<sup>40</sup> por lo que aún no existe una regulación penal transnacional universalmente aceptada en la materia.
- b) Tráfico ilícito de flora y fauna: En 1973 se adoptó la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres,<sup>41</sup> que obliga a prohibir y sancionar el comercio ilícito para protegerlas de su explotación excesiva. No obstante, no existe un tratado de derecho penal transnacional que regule específicamente la cooperación internacional y asistencia jurídica mutua en torno a la investigación y enjuiciamiento de este delito, por lo que se usa para tal efecto el marco internacional existente para la delincuencia organizada y la corrupción. En 2015 la Asamblea General de la ONU exhortó a los Estados “a que tipifiquen como delito gra-

<sup>39</sup> Convenio sobre la Ciberdelincuencia (adoptado el 23 de noviembre de 2001, en vigor desde el 1 de julio de 2004), *European Treaty Series* núm. 185. También participaron en la adopción del Convenio los siguientes Estados no Miembros del Consejo de Europa: Australia, Canadá, Estados Unidos, Israel, Japón, Mauricio, Panamá, República Dominicana, Sri Lanka y Sudáfrica. Cuenta con 49 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

<sup>40</sup> En 2013 la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) adoptó el “Manual de Tallin”, un documento orientativo que compila las normas de derecho internacional humanitario y de uso de la fuerza aplicables a ciberataques; próximamente concluirá una segunda versión del manual, enfocada en normas de derecho internacional aplicables a operaciones cibernéticas que no alcancen ese umbral. Cfr. Schmitt, Michael N., ed., *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare. Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*, Cambridge University Press, 2013, <http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/356296245.pdf>.

<sup>41</sup> Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora (adoptada el 3 de marzo de 1973, en vigor desde el 1 de julio de 1975) Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, p. 243. Cuenta con 183 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

ve el tráfico ilícito de especies protegidas de fauna y flora silvestres cuando estén involucrados grupos delictivos organizados” y los alen-  
tó a armonizar su normativa para apoyar su enjuiciamiento penal.<sup>42</sup>

- c) *Tráfico ilícito de bienes culturales*: Desde 1970, existe en el marco de la UNESCO la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales,<sup>43</sup> que obliga en términos generales a los Estados a imponer sanciones penales o administrativas a la exportación e importación de bienes culturales. Al igual que en el caso anterior, no existe un tratado de derecho penal trasnacional específico para este fenómeno, por lo que su represión penal internacional se realiza bajo el marco internacional existente para la delincuencia organizada y la corrupción.<sup>44</sup>

### 3. *Intersecciones y diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho penal trasnacional*

Como se mencionó, los crímenes internacionales contemplados en el derecho penal internacional, por ser los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, pueden ser enjuiciados no sólo por los tribunales nacionales sino también, y de manera complementaria, por los tribunales penales internacionales, los cuales adjudican directamente responsabilidad penal internacional al individuo que los cometió. Eso no ocurre con los delitos trasnacionales previstos en el derecho penal trasnacional los cuales, por considerarse que afectan sólo los intereses de algunos Estados, únicamente pueden ser juzgados por los tribunales nacionales de los Estados concernidos. Así, esta última rama sólo genera directamente responsabilidad para los Estados; siendo el derecho interno el que establece la responsabilidad penal del autor del delito.

El derecho es dinámico, no estático, y debe responder a las necesidades de la realidad global cambiante. No existe impedimento jurídico a la posibilidad de que, en el futuro, la comunidad internacional decida elevar

<sup>42</sup> AGONU Resolución A/RES/69/314 (2015).

<sup>43</sup> Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (adoptada el 14 de noviembre de 1970, en vigor desde el 24 de abril de 1972), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 823, p. 231. Cuenta con 131 Estados Partes (cifra actualizada a agosto de 2016).

<sup>44</sup> INTERPOL, Oficina de Asuntos Jurídicos, *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales: guía para responsables políticos*, Francia, Serie de Manuales Jurídicos, 2014.

la categoría de alguno de los delitos que hoy se consideran transnacionales a fin de convertirlo en un crimen internacional, e incluirlo así entre los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La decisión de reclasificación sería principalmente de índole política:<sup>45</sup> se requeriría que los Estados Partes al Estatuto de Roma de la CPI logren un acuerdo para enmendar ese instrumento a fin de incluir el nuevo crimen en la competencia de la CPI. A pesar de que han existido ya algunos intentos en el pasado (en relación, principalmente, con el terrorismo y el tráfico de drogas),<sup>46</sup> el balance de los intereses políticos globales ha rechazado, hasta ahora, la ampliación de la categoría de los crímenes internacionales más allá de los cuatro actualmente previstos en el Estatuto.

A la par de las diferencias, es innegable que existen también interconexiones entre los crímenes internacionales y los delitos transnacionales, particularmente en relación con el proceso conforme al cual son cometidos. La Fiscalía de la CPI ha destacado en su reciente Plan Estratégico<sup>47</sup> que los crímenes internacionales usualmente no ocurren de forma aislada a otros tipos de criminalidad: sus autores frecuentemente recurren al tráfico ilícito de armas, personas o drogas para financiar las armas, municiones y tecnología requeridas para cometer sus crímenes, blanquean el producto de sus delitos y realizan actos de corrupción para lograr sus propósitos. A su vez, señala que el impacto de los delitos transnacionales y ordinarios en la sociedad puede detonar las condiciones para que se cometan crímenes internacionales, al tiempo de dificultar los esfuerzos para reestablecer el estado de derecho, investigar y enjuiciar a los responsables y brindar justicia a las víctimas.

De esa innegable interrelación se desprende que los esfuerzos preventivos y de combate a estos fenómenos no pueden verse de manera aislada: las acciones que realiza un Estado, en el ámbito legislativo, institucional y de

---

<sup>45</sup> *Cfr.* Boister, Neil, *op. cit.*, p. 972.

<sup>46</sup> Desde 1998, Trinidad y Tobago mantiene una propuesta de enmienda al Estatuto de Roma para incluir el tráfico de drogas entre los crímenes internacionales competencia de la CPI, que continúa en proceso de consideración. *Cfr.* Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la CPI, *Informe del grupo de trabajo sobre las enmiendas* (9 de diciembre de 2011) Documento ICC-ASP/10/32, p. 5. Por su parte, Países Bajos presentó una propuesta para incluir el terrorismo entre los crímenes internacionales competencia de la CPI, pero la retiró en 2013. *Cfr.* Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la CPI, *Informe del grupo de trabajo sobre las enmiendas* (24 de octubre de 2013) Documento ICC-ASP/12/44, p. 1.

<sup>47</sup> Corte Penal Internacional, *Office of the Prosecutor: Strategic Plan 2016-2018* (16 de noviembre 2015), párrafo 30, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/EN-OTP\\_Strategic\\_Plan\\_2016-2018.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/EN-OTP_Strategic_Plan_2016-2018.pdf).

políticas públicas, para combatir y prevenir delitos ordinarios y transnacionales indudablemente contribuyen también a combatir y prevenir crímenes internacionales. La prevención de ambos debe realizarse conjuntamente.

Subrayamos que esa interconexión no implica, ni debe implicar, base alguna para ampliar la jurisdicción de los tribunales penales internacionales más allá de los crímenes internacionales previstos en sus respectivos estatutos. Por el contrario, consideramos que contribuye a realzar, aún más, la importancia de los procesos penales nacionales genuinos, conforme a la responsabilidad primaria que tienen los Estados de investigar y enjuiciar. En efecto, un asunto que involucre tanto delitos ordinarios y transnacionales como crímenes internacionales podrá ser investigado y enjuiciado en sus tres niveles por los tribunales nacionales, mientras que, si llega a la jurisdicción complementaria de la CPI, sólo podría ser juzgado en lo concerniente a los crímenes internacionales, dejando de lado las otras formas de criminalidad implicadas. Así, la justicia nacional tiene ventajas sobre la internacional en lo relativo al alcance de la represión penal.

### III. LA EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO MEXICANO A LA LUZ DEL SISTEMA PENAL INTERNACIONAL

México es Estado parte de la gran mayoría de los tratados internacionales del ámbito penal que hemos citado en la sección anterior, los cuales, conforme al artículo 133 constitucional, constituyen Ley Suprema de toda la Unión. Jerárquicamente, siguiendo el criterio más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre el tema,<sup>48</sup> esos tratados se encuentran por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes generales, federales y locales. Incluso, y a pesar de tratarse de tratados del ámbito penal, algunos contemplan derechos humanos que, tras la reforma de 2011, tienen nivel constitucional como parte del “bloque de constitucionalidad” previsto en el artículo 1o. de nuestra Carta Magna,<sup>49</sup> según lo ha reconocido la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional (Amparo en revisión 120/2002. McCain México, 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos).

<sup>49</sup> Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, La recepción del derecho internacional en el derecho interno, 2a. ed., México, UNAM, 2012, pp. 174-176.

<sup>50</sup> SCJN, “Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos publicadas en junio de 2011: Relación de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano

Ante esa jerarquía de los tratados en el orden jurídico mexicano, cabe preguntarse si es necesario que el Estado mexicano incorpore las disposiciones de tales tratados en su legislación nacional, o si basta con su mera ratificación para poderlos implementar. Estrictamente, como indica Rodríguez, “basta que el tratado se incorpore cumpliendo el procedimiento y requisitos del artículo 133 para que sea considerado derecho interno”.<sup>51</sup> Sin embargo, dependerá de la forma en que está redactado el tratado para saber si es autoaplicativo y, por tanto, no requiere un acto legislativo posterior, o bien si es heteroaplicativo y requiere la creación de legislación secundaria.

Lo anterior cobra particular relevancia tratándose del ámbito penal, cuya “regla de oro”, como dice García Ramírez,<sup>52</sup> es el principio de legalidad. Según este principio, que está recogido en nuestro artículo 14 constitucional, no existe crimen ni pena sin ley escrita, estricta y previa. En virtud de ello, para que los tribunales nacionales puedan aplicar a un caso concreto los tipos penales de los crímenes y delitos contenidos en los multicitados tratados internacionales, es necesario que esos tipos penales, con sus respectivas sanciones, sean incorporados en la legislación nacional mexicana de manera clara y específica. En palabras de Dondé, “existe una obligación constitucional de tipificar conductas en torno a bienes jurídico-penales, de lo contrario sería imposible acreditar el cuerpo del delito”.<sup>53</sup> Otras disposiciones de esos tratados, que no contengan tipos penales, no requerirán necesariamente de esa incorporación.

A continuación analizamos sucintamente el estado que guarda la incorporación de los tipos penales internacionales en la legislación penal mexicana.

---

es parte en los que se reconocen derechos humanos”, 2012, <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>. El listado incluye, entre otros, el Estatuto de Roma de la CPI, *cit.*, el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la CPI (adoptado el 9 de septiembre de 2002, en vigor desde el 22 de julio de 2004), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2271, p.3, y el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, *cit.*

<sup>51</sup> Rodríguez Huerta, Gabriela, *La incorporación y aplicación del derecho internacional en el orden jurídico mexicano*, México, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 91.

<sup>52</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, “Cuestiones constitucionales a propósito de la Corte Penal Internacional”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 6, enero-julio, 2002, p. 178.

<sup>53</sup> Dondé Matute, Francisco Javier, “Consideraciones en torno a la implementación de los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 126-128.

### 1. *La incorporación del derecho penal internacional en el marco jurídico mexicano*

A pesar de la activa participación de México en la Conferencia Diplomática respectiva, nuestro país votó en abstención durante la adopción del Estatuto de Roma de la CPI en 1998.<sup>54</sup> En su explicación de voto,<sup>55</sup> México aclaró que ello se debió a su desacuerdo con las facultades otorgadas por el Estatuto de Roma al Consejo de Seguridad de la ONU, la falta de inclusión de las armas nucleares en la definición de los crímenes de guerra y la anteposición infundada de crímenes de guerra cometidos como parte de un plan o política o a gran escala.

No obstante, y convencido, como manifestó a lo largo de la Conferencia, de la necesidad de contar con un tribunal penal internacional permanente para erradicar la impunidad de los autores de crímenes internacionales, el Ejecutivo Federal firmó el Estatuto de Roma de la CPI el 7 de septiembre de 2000.

La ratificación de ese instrumento requería, sin embargo, de una reforma a la Constitución, ya que ésta otorgaba exclusividad al Ministerio Público en la facultad de investigar y perseguir delitos, y a la autoridad judicial nacional en la facultad de imponer penas. En 2001, el Ejecutivo Federal presentó al Congreso una iniciativa de reforma al artículo 21 constitucional que proponía reconocer la jurisdicción de todos los tribunales internacionales contemplados en tratados de los que México fuera Parte y reconocer la obligatoriedad de sus sentencias.<sup>56</sup> Tras intensas discusiones en el Congreso,<sup>57</sup> el Senado modificó los términos de la propuesta y el 4 de

<sup>54</sup> El Estatuto de Roma de la CPI fue adoptado por 120 votos a favor, 7 votos en contra y 21 abstenciones.

<sup>55</sup> Naciones Unidas, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, (15 de junio-17 de julio de 1998), Official Records, vol. II, UN Doc. A/CONF.183/13 (Vol.II), pp.125-126.

<sup>56</sup> “Iniciativa de decreto que modifica el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Presidencia de la República, 4 de diciembre de 2001.

<sup>57</sup> Como lo describe Trejo, la discusión del dictamen en la Cámara de Senadores reveló tres posiciones: (i) los que se oponían a la CPI bajo cualquier fórmula, alegando su falta de independencia y sugiriendo observar sus primeros años de funcionamiento antes de decidir sumarnos; (ii) los que pugnaban por una aceptación plena, lisa y llana de la jurisdicción de la CPI; y (iii) los que querían sujetar el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI a la aprobación del Senado en cada caso, a fin de asegurar el respeto a la primacía de la jurisdicción nacional. Cfr. Trejo García, Elma del Carmen, *Análisis de la minuta de la Cámara de Senadores, con proyecto de decreto que reforma el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a la Corte Penal Internacional*, México, Biblioteca del H. Congreso de la Unión, 2003, p. 6.

mayo de 2005 el Congreso decretó adicionar el actual párrafo octavo al artículo 21 constitucional, en los términos siguientes: “[e]l Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. La reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 2005. La necesidad de la aprobación por el Senado, introducida por éste, ha sido criticada por diversas voces que argumentan, como hace García Ramírez, que “ésta parece encerrar una reserva al tratado, que el instrumento internacional no autoriza”.<sup>58</sup> Se han presentado al Congreso diversas iniciativas de reforma para eliminarlo, sin que alguna haya sido aprobada a la fecha.

Dicha reforma permitió la ratificación de México al Estatuto de Roma el 28 de octubre de 2005, convirtiéndose en el centésimo Estado Parte al instrumento. El Estatuto entró en vigor para nuestro país el 1.º de enero de 2006.

La segunda etapa de la armonización tuvo por objetivo dar cumplimiento a los artículos 86 y 88 del Estatuto de Roma de la CPI, que obligan a los Estados Partes a cooperar plenamente con la CPI en la investigación y enjuiciamiento de crímenes de su competencia, y a asegurarse de que en su derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación ahí especificadas. Para ello, el Ejecutivo Federal envió en 2006 a la Cámara de Senadores una iniciativa de ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 21 constitucional, conocida como “Ley de cooperación con la CPI”,<sup>59</sup> que proponía regular los procedimientos para desahogar las solicitudes de cooperación de la CPI y para tramitar la autorización del Senado requerida conforme a dicha disposición constitucional. La iniciativa fue aprobada por el Senado con algunas modificaciones el 15 de diciembre de 2009 y, a la fecha de redacción del presente artículo, continúa en consideración de la Cámara de Diputados. La ausencia de una ley en la materia no ha obstado, sin embargo, para que México cumpla con sus obligaciones de cooperación bajo el Estatuto de Roma. Como lo destaca Hernández, “[d]esde que se convirtió en Estado Parte del Estatuto de Roma, México ha cumplido puntualmente con todas y cada una de las solicitudes de cooperación confidenciales que ha formulado a nuestro país la CPI”.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> García Ramírez, Sergio, “Artículo 21”, *Los derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, vol. II, 5a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2000, p. 26.

<sup>59</sup> “Iniciativa de Decreto que expide la Ley Reglamentaria del Párrafo Octavo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Adiciona la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”, 29 de noviembre de 2006.

<sup>60</sup> Hernández García, Joel, “Retos y avances en la armonización de la legislación mexicana con el Estatuto de Roma”, *Defensor Revista de Derechos Humanos*, núm. 7, año IX, Julio de 2011, p. 7.

Por lo que respecta a la tipificación nacional de los crímenes internacionales competencia de la Corte Penal Internacional:

- a) *Crímenes de guerra*: México es Parte de los principales instrumentos del DIH contemporáneo.<sup>61</sup> Sin embargo, los crímenes de guerra ahí contenidos no se reflejan cabalmente en la legislación nacional. Desde su redacción en 1931, el Código Penal Federal (CPF) incluyó el delito de “violación de los deberes de la humanidad” en su artículo 149,<sup>62</sup> pero es un tipo penal ambiguo y anacrónico, que no recoge el DIH según fue reexpresado con posterioridad a su redacción.<sup>63</sup> De manera similar, el Código de Justicia Militar, que data de 1933, incorpora también desde su redacción, en sus artículos 209, 324, 325, 329, 330, 334, 335 y 336, algunas conductas inspiradas en tratados preexistentes que podrían tratarse de crímenes de guerra pero que tampoco reflejan cabalmente el DIH vigente.<sup>64</sup> En palabras de Portilla, “[la] recepción actual del DIH en la legislación nacional es bastante precaria y responde insatisfactoriamente a los estándares del mismo”.<sup>65</sup>
- b) *Genocidio*: México ratificó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en 1952.<sup>66</sup> A raíz de ello, el 20 de enero de 1967 se reformó el CPF para tipificar este delito en el artículo 149 bis,<sup>67</sup> bajo el título tercero sobre “Delitos contra la Humanidad”.

<sup>61</sup> México: (i) firmó los cuatro Convenios de Ginebra el 12 de agosto de 1949 y los ratificó el 29 de octubre de 1952, siendo publicados en el *DOF* el 23 de junio de 1953; (ii) se adhirió al Protocolo Adicional I de dichos Convenios el 10 de marzo de 1983, siendo publicado en el *DOF* el 21 de abril de 1983; y (iii) firmó el Protocolo Adicional III relativo al Emblema Distintivo Adicional el 8 de diciembre de 2005 y lo ratificó el 7 de julio de 2008, siendo publicado en el *DOF* el 5 de enero de 2009. Nuestro país aún no es Parte al Protocolo Adicional II de dichos Convenios. Además, México es Estado Parte de los principales tratados recientes en materia de desarme.

<sup>62</sup> Artículo 149 del Código Penal Federal.- Al que violare los deberes de humanidad en los prisioneros y rehenes de guerra, en los heridos, o en los hospitales de sangre, se le aplicará por ese sólo hecho: prisión de tres a seis años, salvo lo dispuesto, para los casos especiales, en las leyes militares.

<sup>63</sup> Para un análisis detallado, *cfr.*: Dondé Matute, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 141-142.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 140.

<sup>65</sup> *Cfr.* Portilla Gómez, Juan Manuel, 2010, *op. cit.*, p. 844.

<sup>66</sup> México firmó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio el 14 de diciembre de 1948 y la ratificó, sin reservas, el 22 de julio de 1952, publicándola en el Diario Oficial de la Federación el 11 de octubre de 1952.

<sup>67</sup> Artículo 149-Bis del CPF. Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o

Incorpora acertadamente, en gran medida, los elementos de la Convención de 1948, con dos excepciones restrictivas: (i) prevé la esterilización masiva como el único medio para impedir nacimientos, siendo que pueden existir otros; y (ii) sólo tipifica el traslado de menores de 16 años, siendo que la conducta prevista en la Convención abarca a todos los menores de edad.<sup>68</sup> Tampoco contempla la imprescriptibilidad de este delito, a pesar de que México es parte de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad desde 2002.<sup>69</sup>

- c) *Crímenes de lesa humanidad*: La legislación penal mexicana no contiene un tipo penal específico para los crímenes de lesa humanidad como tal, es decir, con el elemento contextual —que los distingue de los delitos aislados— que requiere que sean cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. La mayoría de las conductas que constituyen esos crímenes se encuentran tipificadas como delitos aislados en la legislación penal mexicana. En este sentido (i) el *asesinato*

---

religioso, perpetrarse por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo. Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos. Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de diez y seis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos. Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior, a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. En caso de que los responsables de dichos delitos fueran gobernantes, funcionarios o empleados públicos y las cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación.

<sup>68</sup> Cfr. Dondé Matute, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 140.

<sup>69</sup> México firmó la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad el 3 de julio de 1969 y la ratificó el 15 de marzo de 2002, siendo publicada en el DPF el 22 de abril de 2002. A iniciativa del Senado, México depositó una declaración interpretativa a la Convención en el sentido de que “únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México.” Naciones Unidas, *Treaty Collection*, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-6&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_en). La declaración ha sido criticada por algunos que argumentan que equivale a una reserva nula por ser contraria al objeto y fin de la Convención; su interpretación y aplicación por tribunales judiciales mexicanos también ha sido cuestionada. Cfr. Córdova Arellano, Luis L., “El tratamiento jurídico del genocidio en México”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009, pp. 533, 556 y ss.

está en el artículo 302 del CPF (homicidio); (ii) el *exterminio* no está tipificado como tal, pero guarda relación con el delito de “lesiones” contenido título decimonoveno del CPF (que incluye toda alteración en la salud producida por una causa externa); (iii) la *esclavitud* está en el artículo 11 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; (iv) la *deportación o traslado forzoso de población* no está tipificado como tal en la legislación nacional; (v) la *privación de la libertad* está en el artículo 364 del CPF; (vi) la *tortura* está en el artículo 3 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, tratándose de la cometida por servidores públicos, y en el artículo 288 del CPF (lesiones) tratándose de otras (el Estatuto de Roma, a diferencia de los tratados internacionales de derechos humanos, no restringe la tortura al primer supuesto);<sup>70</sup> (vii) la *violación y otros delitos sexuales* están en el Título Decimoquinto del CPF; (viii) la *persecución*, en el artículo 149 ter del CPF (discriminación); (ix) la *desaparición forzada*, en el artículo 215-A del CPF tratándose de la cometida por servidores públicos, y en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro (secuestro), tratándose de la cometida por otras personas (a diferencia de los tratados internacionales de derechos humanos, el Estatuto de Roma no lo restringe al primer supuesto);<sup>71</sup> (x) el *apartheid* no está como tal en la legislación mexicana, pero guarda relación con los delitos anteriores

<sup>70</sup> La tortura se tipifica en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, emitida en 1991. Si bien se basa en el estándar de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de la cual México es Parte desde 1987, contiene algunas carencias, como por ejemplo el hecho de que no tipifica la tortura cometida con la autorización, apoyo o aquiescencia de un servidor público, a pesar de que la Convención sí lo recoge. Para subsanar esto, y a fin de elevar el ordenamiento a nivel general, entre otros, el 14 de diciembre de 2015 el Ejecutivo Federal presentó una Iniciativa de Ley General en la materia. Fue dictaminada por el Senado y turnada a la Cámara de Diputados el 28 de abril de 2016. Para el tipo penal de crimen de lesa humanidad de tortura contenido en el Estatuto de Roma de la CPI, a diferencia de los tratados de derechos humanos, no se restringe el sujeto activo de esta conducta a los servidores públicos, ni se requiere una finalidad específica para su comisión.

<sup>71</sup> La desaparición forzada se tipifica en el artículo 215-A del CPF desde el año 2001. México ratificó la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas en 2010 (y su correlativo instrumento interamericano desde 2002). A fin de armonizar la definición con los estándares internacionales de derechos humanos, el 14 de diciembre de 2015 el Ejecutivo Federal presentó una Iniciativa de Ley General en la materia, misma que aún se encuentra pendiente de consideración por el Senado. Para el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada contenido en el Estatuto de Roma de

en conexión con el delito de discriminación previsto en el artículo 149 ter del CPF; y (xi) los *otros actos inhumanos* dependerán de cada caso particular. Como menciona Dondé, “no es necesario tipificar los crímenes competencia de la CPI de forma exacta, sino que la materia de la prohibición puede estar contenida en otros tipos penales, los cuales también podrían ya encontrarse contemplados en la legislación nacional”.<sup>72</sup> Si bien ello no sustituye la necesidad incorporar el tipo penal de los crímenes de lesa humanidad en la legislación nacional, sí asegura la posibilidad de que los tribunales nacionales puedan investigar y juzgar esas conductas hasta en tanto no se armonice la legislación.

- d) *Crimen de agresión*: México no ha ratificado las enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma de la CPI que definieron el crimen de agresión y fijaron las condiciones para el ejercicio de la competencia de la CPI sobre éste. Por ende, este crimen aún no se encuentra contemplado en la legislación penal mexicana.

Diversas iniciativas han sido presentadas al Congreso proponiendo armonizar la legislación penal federal con los tipos penales de los crímenes internacionales contemplados en el Estatuto de Roma de la CPI. Ninguna de ellas ha sido aprobada a la fecha.

## 2. *La incorporación del derecho penal transnacional en el marco jurídico mexicano*

A diferencia de los crímenes internacionales, México ha incorporado en su legislación penal nacional prácticamente la totalidad de los tipos penales correspondientes a los delitos transnacionales, en su mayoría en forma consistente con los tratados respectivos. Más aún, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, México ha suscrito diversos tratados bilaterales de cooperación y asistencia jurídica mutua: cuenta con 137 tratados bilaterales vigentes sobre cooperación y asistencia jurídica mutua (incluyendo extradición), y 36 tratados bilaterales vigentes sobre cooperación en el combate a diversas formas de delincuencia organizada transnacional, incluyendo el tráfico ilícito de drogas.<sup>73</sup>

la CPI, a diferencia de los tratados de derechos humanos, no se restringe el sujeto activo de esta conducta a los servidores públicos y requiere ser realizada por un periodo prolongado.

<sup>72</sup> Dondé Matute, Francisco Javier, *op.cit.*, pp. 118 y 119.

<sup>73</sup> [http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/consulta\\_nva.php](http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php).

### A. *Delincuencia organizada*

En 1996 se publicó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que regula la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de penas por delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada. México ratificó la Convención de Palermo en 2003.<sup>74</sup> En 2008, a fin de armonizar la legislación nacional con con las obligaciones contenidas en ese y otros tratados internacionales de derechos humanos, se llevó a cabo una profunda transformación del sistema de justicia penal en México, a través de una reforma constitucional<sup>75</sup> que cambió diez artículos de la Carta Magna, siete de ellos en materia penal. En palabras de Fondevila y Mejía, “[s]e trata probablemente de la reforma constitucional más ambiciosa desde que está vigente la Constitución de 1917”.<sup>76</sup>

La reforma tuvo dos objetivos principales. En primer lugar, rediseñó el proceso penal ordinario, sustituyendo el sistema inquisitivo por uno acusatorio, con el fin de “adoptar más ágilmente todas las medidas recomendadas por la [...] Convención de Palermo, entre otras [...]: las entregas vigiladas, la ampliación de los plazos de prescripción, la inmunidad de informantes [...] y medidas para la efectiva protección de las víctimas”.<sup>77</sup> En segundo lugar, la reforma aumentó la restricción de las garantías del régimen utilizado en el combate a la delincuencia organizada, incorporando en la Constitución diversas medidas recomendadas por la Convención de Palermo para la investigación, persecución y sanción de la delincuencia organizada. Entre éstas, el arraigo fue elevado a nivel constitucional, lo cual ha sido criticado por diversos autores que argumentan que vulnera la presunción de inocencia penal.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> México firmó la Convención de Palermo el 13 de diciembre de 2000 y la ratificó el 4 de marzo de 2003, siendo publicada en el *DOF* el 11 de abril de 2003.

<sup>75</sup> “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

<sup>76</sup> Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto, “Reforma procesal penal: Sistema acusatorio y delincuencia organizada”, *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, México, núms. 25-26, enero-diciembre de 2015, p. 19.

<sup>77</sup> “Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 25 de abril de 2007, Dip. Javier González Garza, México, p. 4.

<sup>78</sup> Cfr. Ovalle Favela, José, “Artículo 16”, *Los derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones, Volumen II*, 5a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2012, p. 30; García Ramírez, Sergio, “La reforma procesal penal en la constitución mexicana: “transacción y transición”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo*.

- a) *Participación en un grupo delictivo organizado*: Con la reforma de 2008, se elevó a rango constitucional la definición de “delincuencia organizada”, incluyéndola en el artículo 16 como “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. La definición es más restringida que la prevista en la Convención de Palermo al requerir un mínimo de tres personas, pero más amplia al no vincular el delito propuesto con la obtención de un beneficio económico o material.

La Ley Federal de Delincuencia Organizada retoma la definición citada y, tras diversas reformas posteriores, determina en su artículo 2o. que se tratará de esta figura jurídica cuando la organización tenga como fin o resultado cometer alguno de los siguientes delitos: (i) terrorismo, financiamiento al terrorismo, terrorismo internacional, delitos contra la salud, falsificación, uso de moneda falsificada a sabiendas y alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita y en materia de derechos de autor; (ii) acopio y tráfico de armas; (iii) tráfico de personas; (iv) tráfico de órganos y delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo; (iii) corrupción de menores, pornografía infantil, turismo sexual, lenocinio, asalto, tráfico de menores o incapaces y robo de vehículos; (iv) trata de personas; (v) secuestro; (vi) contrabando y su equiparable; y (ix) delitos en materia de hidrocarburos. Nótese que, salvo por los delitos emergentes, la lista incorpora todos los demás delitos transnacionales, evidenciando la estrecha interrelación de estos delitos y su conexión con el potente régimen previsto en Palermo y trasladado a la normativa nacional.<sup>79</sup>

De manera complementaria, en 2011 se reformó el Código de Justicia Militar, por iniciativa del Ejecutivo Federal,<sup>80</sup> para sancionar a los militares

---

*Dos siglos de su nacimiento en américa latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 528; González Placencia, Luis y Ortega Soriano, Ricardo A., “Excepciones constitucionales a un Sistema de Derecho Penal de Orientación democrática: delincuencia organizada y arraigo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et. al.* (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, UNAM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 1469.

<sup>79</sup> La definición ha sido criticada por algunas voces en aspectos como su complejidad, la necesidad de acreditar la existencia de la organización para que se configure el tipo penal, la permanencia y reiteración de conductas, la confusión con la asociación delictuosa y el límite de delitos. *Cfr.* Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto, *op. cit.*, p. 22.

<sup>80</sup> “Iniciativa con proyecto de decreto que adiciona el capítulo IV bis, al título octavo del libro primero del Código de Justicia Militar”, Presidencia de la República, 23 de abril de 2009.

que se incorporen, favorezcan o provoquen la delincuencia organizada, y en 2016 se reformó nuevamente para adecuar el sistema de justicia militar al nuevo sistema de justicia penal acusatorio.

- b) *Trata de personas, especialmente mujeres y niños*: México ratificó el Protocolo de Palermo en esta materia en 2003.<sup>81</sup> Para armonizar la legislación nacional con ese instrumento, en 2007 se promulgó la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas. A fin de fortalecer su eficacia, dicha ley fue sustituida en 2012 por la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, la cual homologó el tipo penal en todo el país, determinó la distribución de competencias y canales de coordinación, y otorgó clara relevancia a la protección y asistencia no sólo a víctimas sino también a familiares y testigos, como ha reconocido positivamente la ONUDD.<sup>82</sup> La Ley retoma y amplía el tipo penal de la ‘trata de personas’ contenida en el Protocolo en dos aspectos principales: (i) no establece como requisito el uso de medios determinados para su comisión, como sí hace el Protocolo (si bien ello ha sido criticado por la ONUDD);<sup>83</sup> y (ii) va más allá del mínimo de delitos vinculados con este tipo penal que se enlistan en Palermo al agregar, entre otros, la utilización y adopción ilegal de menores y la experimentación biomédica ilícita.
- c) *Tráfico ilícito de migrantes*: México ratificó el Protocolo de Palermo respectivo en 2003.<sup>84</sup> Antes de ese año, el delito de “tráfico de indocumentados” estaba previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población. En 2011, ese tipo penal fue derogado y sustituido con el artículo 159 de la nueva Ley de Migración, que tipifica el delito de “tráfico de personas”. Éste incorpora los estándares de Palermo al penalizar las siguientes acciones realizadas con el objeto de obtener directa o indirectamente un lucro: (i) llevar a una o más personas a internarse en otro país sin la documentación correspondiente; (ii)

<sup>81</sup> México firmó el Protocolo el 13 de diciembre de 2000 y lo ratificó el 4 de marzo de 2003, siendo publicado en el *DOF* el 10 de abril de 2003.

<sup>82</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Diagnóstico Nacional sobre la Situación de Trata de Personas en México”, 2013, p. 15.

<sup>83</sup> *Idem.*

<sup>84</sup> México firmó el Protocolo el 13 de diciembre de 2000, y lo ratificó el 4 de marzo de 2003, siendo publicado en el *DOF* el 1 de julio de 2005.

introducir sin la documentación correspondiente a uno o varios extranjeros a territorio mexicano, y (iii) albergar o transportar por el territorio nacional a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria. Comparte el objetivo de Palermo de proteger los derechos de los migrantes, ya que aclara que no se impondrá pena a las personas que brinden ayuda humanitaria a los migrantes irregulares sin buscar beneficio alguno. Además, retoma las agravantes previstas en el Protocolo en relación con la puesta en peligro de la vida o seguridad de los migrantes o su trato inhumano o degradante, y las amplía agregando su comisión respecto de niños, el peligro a la salud o integridad del migrante o cuando el autor material o intelectual es servidor público.

- d) *Tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*: Tras su reforma en 1998, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos de 1972 tipifica el delito de tráfico ilícito de armas de fuego en el Título Cuarto, a través de conductas como la introducción en forma clandestina de armas, municiones, cartuchos, explosivos y materiales al territorio nacional (artículos 84 y 84 bis) y la fabricación o exportación de éstos sin el permiso correspondiente o transmisión de la propiedad (85 bis), entre otras. México es Parte del Protocolo de Palermo sobre este tema desde 2003.<sup>85</sup> Al ser anterior a dicho instrumento, la Ley no retoma los términos del Protocolo, si bien cubre, bajo otros nombres, la mayoría de las conductas establecidas en el mismo.

#### B. *Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*

México se vinculó al marco jurídico internacional en materia de drogas de inicios del siglo XX y, como tal, la legislación penal mexicana comenzó a reflejar las disposiciones ahí contenidas desde años muy tempranos.<sup>86</sup> México es también Parte del marco jurídico internacional vigente en la materia: nuestro país ratificó la Convención Única sobre Estupefacientes en

<sup>85</sup> México firmó el Protocolo el 31 de diciembre 2001, y lo ratificó el 10 de abril de 2003, siendo publicado en el *DOF* el 1 de julio de 2005.

<sup>86</sup> Búnster, Álvaro, *El régimen de la droga en México: una visión panorámica*, México, nueva serie, año XXVI, núm. 76, enero-abril de 1993, p. 16.

1967<sup>87</sup> y se adhirió a su respectivo Protocolo modificadorio en 1977.<sup>88</sup> Asimismo, se adhirió al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas en 1975<sup>89</sup> y ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas en 1990.

La legislación penal mexicana vigente sobre el tema se recoge principalmente en el CPF, que desde su adopción en 1931 ya tipificaba delitos sobre drogas que se ha ido reformando conforme han evolucionado las disposiciones internacionales, y en la Ley General de Salud, adoptada en 1994 en sustitución de disposiciones sanitarias anteriores que también ya contenían referencias al respecto.

En el CPF, los delitos relacionados con drogas están previstos actualmente en el Título Séptimo de “Delitos contra la Salud”, bajo el Capítulo I “De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos” (artículos 193 a 199). El artículo 193 del CPF considera “narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia”. A su vez, la Ley General de Salud define a los estupefacientes y a las sustancias sicotrópicas (artículos 234 y 245) con base en las listas internacionales. Así, por ambas vías los conceptos internacionales de estupefacientes y sustancias sicotrópicas están plenamente incorporados en la legislación mexicana.

Por lo que respecta a las conductas delictivas, la legislación penal y la sanitaria recogen los distintos actos previstos en los tratados, con penas variadas tanto de prisión y multa como tratamiento y rehabilitación. Reflejan también las agravantes previstas en los tratados internacionales, incluyendo la participación de servidores públicos y la victimización o utilización de menores de edad, entre otros, y van más allá de éstas al agregar, como agravantes, cuando el delito (i) se realice por profesionistas, técnicos, auxiliares o personal relacionado con las disciplinas de la salud; (ii) se determine a otra persona a cometerlo aprovechando el ascendiente familiar o moral o la autoridad o jerarquía sobre ella; o (iii) se trate del propietario, poseedor, arrendador o usufructuario de un establecimiento y lo empleare para cometer

<sup>87</sup> Convención Única sobre Estupefacientes, *cit.* (firmada el 24 de julio de 1961, ratificada el 18 de abril de 1967 y publicada en el *DOF* el 31 de mayo de 1967).

<sup>88</sup> Protocolo de modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes, *cit.* (adherida el 27 de abril de 1977 y publicada en el *DOF* el 26 de mayo de 1977).

<sup>89</sup> Convenio sobre sustancias sicotrópicas, *cit.* (adherida el 20 de febrero de 1975 y publicada en el *DOF* el 24 de junio de 1975).

tales delitos. La agravante internacional relativa a la participación del autor en un grupo delictivo organizado está también prevista, a través del régimen especial para la delincuencia organizada mencionado en la sección anterior.

### C. *Terrorismo*

México es parte de 15 de los 19 instrumentos jurídicos internacionales principales relativos a actos de terrorismo.<sup>90</sup> Tras reformas al CPF promovidas por el Ejecutivo Federal en 2007 y 2014<sup>91</sup> con base en las obligaciones contenidas en dichos tratados internacionales, los delitos de “terrorismo”, “financiamiento al terrorismo” y “terrorismo internacional” están actualmente tipificados en los artículos 139 a 139 quinquies, y 148 bis a 148 quáter, del CPF.

El “terrorismo” es definido como quien, utilizando las sustancias, materiales o medios ahí enlistados, intencionalmente realice actos contra bienes o servicios, ya sea públicos o privados, o en contra de la integridad física, emocional, o la vida de personas, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad o a un particular, u obligar a éste para que tome una determinación. El “terrorismo internacional” se define como la realización de las mismas conductas con el objetivo de presionar a la autoridad de un Estado extranjero u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación. A su vez, el “financiamiento al terrorismo” es tipificado en el CPF en términos similares a los del convenio internacional en la materia.

Por lo que respecta a la *piratería*, México ratificó la Convención sobre el Derecho del Mar en 1983.<sup>92</sup> Este delito se encuentra tipificado en el artículo 146 del CPF desde 1931, como “[l]os que perteneciendo a la tripulación de

---

<sup>90</sup> [http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/consulta\\_nva.php](http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php).

<sup>91</sup> “Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal Federal (entre otros)”, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de junio de 2007; “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de marzo de 2014.

<sup>92</sup> México firmó la Convención sobre el Derecho del Mar el 10 de diciembre de 1982, y la ratificó el 18 de marzo de 1983, siendo publicada en el *DOF* el 1 de junio de 1983.

una nave mercante mexicana, o de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo” y “los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y entreguen voluntariamente a un pirata”, además de los corsarios en los casos ahí descritos. Dicho tipo penal, por su antigüedad, no incorpora plenamente la definición de la Convención, entre otros porque no tipifica la detención violenta de un buque y además contempla disposiciones de corsarios que ya han quedado abolidas en el ámbito internacional.

#### D. *Corrupción*

- a) *Actividades relacionadas con la corrupción*: México es Parte de la Convención de Mérida desde 2004.<sup>93</sup> Los delitos relacionados con ese régimen se encuentran tipificados a nivel nacional en el Título Décimo del CPF, relativo a los “delitos por hechos de corrupción”, el cual ha sido reformado en 2005, 2009, 2014 y 2015 en consistencia con la Convención: (i) el soborno de funcionarios públicos nacionales y de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas se recoge en los artículos 222 y 222 bis del CPF bajo el tipo penal del “cohecho”; (ii) la malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público se contempla en el artículo 224 del CPF; (iii) el tráfico de influencias está en el artículo 221 del CPF; (iv) el abuso de funciones en el artículo 220 del CPF, y el (v) enriquecimiento ilícito en el artículo 224 del CPF. Todo ello, en términos que no sólo recogen el estándar de la Convención de Mérida sino que lo detallan y aclaran considerablemente. Sin embargo, el soborno en el sector privado y la malversación o peculado de bienes en el sector privado no se contemplan como tal en la legislación penal mexicana. Las disposiciones del CPF fueron complementadas con la entrada en vigor, en julio de 2016, de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, que transformó sustancialmente el marco institucional para el combate a la corrupción en México incorporando nuevos mecanismos anticorrupción y fortaleciendo los controles internos y externos en la materia.

---

<sup>93</sup> México firmó la Convención de Mérida el 9 de diciembre de 2003 y la ratificó el 20 de julio de 2004, siendo publicada en el *DOF* el 14 de diciembre de 2005.

- b) *Blanqueo del producto del delito (lavado de dinero)*: En 1996 éste pasó de ser un ilícito eminentemente fiscal sancionado en el artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación, a estar tipificado en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal bajo el tipo penal de “operaciones con recursos de procedencia ilícita”. Es definido como quien realice las conductas ahí enlistadas dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, en torno a recursos, derechos o bienes, cuando tengan conocimiento de que procedan de una actividad ilícita. A pesar de ser anterior a ésta, el tipo penal refleja y amplía los elementos de la definición de la Convención de Palermo, ya que contiene más conductas y no requiere ser cometido con un propósito de ocultamiento o encubrimiento. El delito determinante es amplio, al comprender cualquier actividad ilícita. En 2012, esta disposición se vio complementada por la adopción, a iniciativa del Ejecutivo Federal, de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, que establece medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita. Como lo reconoce el dictamen respectivo,<sup>94</sup> con ella se refuerza la implementación nacional de los estándares internacionales contenidos no sólo en la Convención de Palermo sino también en otros tratados internacionales, en lo que concierne a la delincuencia organizada, narcotráfico, terrorismo y corrupción, entre otros, dada la relación de estos fenómenos con el lavado de dinero.

#### E. *Delitos emergentes*

- a) *Delitos cibernéticos*: México no se ha adherido al Convenio de Budapest. En 1997 se agregó al CPF un capítulo sobre el “acceso ilícito a sistemas y equipos de informática”, el cual sanciona al que, sin autorización, modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad (artículos 211 bis-1 a 211-bis-7). Con ello, se tipifican dos de los delitos previstos en el Convenio de Budapest, a saber, el acceso ilícito y los ataques a la integridad de los datos. El

---

<sup>94</sup> Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, y de Hacienda y Crédito Público, con proyecto de decreto que expide la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Cámara de Diputados, 30 de abril de 2012, p. 11.

Congreso considera actualmente dos iniciativas que proponen tipificar otros ciberdelitos en la legislación mexicana.<sup>95</sup>

- b) *Tráfico ilícito de flora y fauna*: México es parte de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies amenazadas de Fauna y Flora desde 1991.<sup>96</sup> En 1996, los delitos ambientales previstos en la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente fueron incorporados en los artículos 417 a 420 del CPF bajo el capítulo sobre “delitos contra la biodiversidad”.

El artículo 420, fracción IV del CPF penaliza al que:

Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte.

En opinión de la ONUDD,

México cuenta con una legislación compleja y diversa, pero lo suficientemente completa como para lograr los acuerdos interinstitucionales básicos para desarrollar estrategias conjuntas dirigidas a la investigación, persecución y sanción de los delitos contra la flora y fauna silvestre protegida.

Si bien ha recomendado a México tipificar este delito como una actividad de la delincuencia organizada.<sup>97</sup>

- c) *Tráfico ilícito de bienes culturales*: México es parte de la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la

---

<sup>95</sup> Dictamen de la Comisión de Justicia, con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones al Código Penal Federal, en materia de delitos en contra de medios o sistemas informáticos, Cámara de Diputados, 28 de marzo de 2012.

<sup>96</sup> Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora (adoptada el 3 de marzo de 1973, en vigor desde el 1 de julio de 1975), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, 1-14531.

<sup>97</sup> Herramientas para el análisis de los delitos contra la vida silvestre y los bosques, Reporte de la Misión de UNODC a México, Cites, Interpol, Grupo Banco Mundial, Organización Mundial de Aduanas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2001, pp. 76-79.

Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales desde 1972.<sup>98</sup> Los delitos correspondientes se encuentran tipificados en los artículos 53 y 53 bis de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, reformada en 2014, que contemplan las conductas de exportación e importación ilícita de bienes culturales, en consistencia con los tratados internacionales.

#### IV. CONCLUSIONES: AVANCES Y DESAFÍOS

El presente estudio ha pretendido brindar un panorama general del estado que guarda la tipificación penal de los crímenes internacionales y de los delitos transnacionales en México. No ha sido nuestro propósito analizar a profundidad dichos tipos penales, cada uno de los cuales es materia suficiente para vastos estudios separados.

De nuestro análisis somero, observamos que México es Estado Parte a la gran mayoría de los tratados de derecho penal internacional y derecho penal transnacional, y que éstos han tenido una vastísima influencia en la evolución de la legislación penal mexicana a lo largo del último siglo.

México ha incorporado exitosamente en su legislación nacional la gran mayoría de los tipos penales de los delitos transnacionales, generalmente en términos consistentes con los tratados internacionales respectivos. Así, la participación en un grupo delictivo organizado, la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, el terrorismo, la piratería, la corrupción, el lavado de dinero e incluso los delitos emergentes como los delitos cibernéticos, el tráfico ilícito de flora y fauna y el tráfico ilícito de bienes culturales, son todos delitos transnacionales que se encuentran recogidos en la legislación penal mexicana, si bien algunos de ellos ameritan ciertas actualizaciones.

En materia de derecho penal internacional, México reconoce la competencia de la CPI e incorpora el genocidio en su legislación penal nacional, pero tiene aún como pendiente tipificar en la legislación nacional los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Las conductas que conforman estos crímenes están, en su mayoría, tipificadas como delitos aislados

---

<sup>98</sup> México se adhirió a la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales el 4 de octubre de 1972, siendo publicada en el *DOF* el 4 de abril de 1973.

en la legislación nacional. Existe también el pendiente de adoptar una ley de cooperación con la CPI, si bien México cumple puntualmente con las solicitudes de cooperación que recibe.

La innegable interrelación de los crímenes internacionales con otras formas de criminalidad como los delitos transnacionales obliga a evaluar ambas ramas conjuntamente. Los avances en la prevención de delitos transnacionales contribuyen directamente a la prevención de crímenes internacionales.

A pesar de los desafíos que siguen existiendo para lograr la plena armonización de la legislación penal mexicana con los tratados internacionales, los avances legislativos que se han alcanzado durante el último siglo son formidables. Nuestra legislación penal no es la misma hoy que hace cien años, y esta evolución dinámica y adaptativa se debe, en gran medida, al enorme poder transformador que tiene el derecho internacional como promotor de cambios internos.

## LA CONVENCIÓN CULTURAL DE UNIDROIT. REFLEXIONES MEXICANAS

Jorge A. SÁNCHEZ CORDERO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El origen*. III. *La estructura de la Convención de UNIDROIT*.

### I. INTRODUCCIÓN

A semejanza del dios Jano, la Convención de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente de 1995 (Convención de UNIDROIT)<sup>1</sup> representa el otro visaje de la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de 1970 (Convención de 1970),<sup>2</sup> toda vez que ésta no resuelve satisfactoriamente las controversias que surgen en materia de tráfico ilícito de bienes entre el propietario desposeído, generalmente el país de origen, y el tercer adquirente *a non domino*.

La UNESCO, por lo tanto, le solicitó al UNIDROIT, organismo intergubernamental con sede en Roma, que elaborara una convención que le diera un principio de solución a estas controversias, las cuales serán sometidas a análisis más adelante. El UNIDROIT, como culminación de largos e intensos debates, y con base en su metodología interna, aprobó esa convención en una conferencia diplomática realizada en 1995.

Las nociones de derecho internacional privado (DIP) y de derecho uniforme son determinantes para la comprensión del desarrollo de la convención referida.

---

<sup>1</sup> <http://www.unidroit.org/spanish/conventions/1995culturalproperty-convention-sp.pdf>.

<sup>2</sup> [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13039&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

El UNIDROIT ha creado toda una tradición en lo que respecta a la evolución de las reglas en materia de DIP, el cual no se puede disociar conceptualmente del derecho nacional; cada Estado posee su propio DIP. Se trata ante todo de un derecho conflictual que crea mecanismos que permiten decidir cuál es el derecho material aplicable; es internacional en la medida en la que en este último ámbito se determina las leyes de derecho privado aplicables y la resolución de los conflictos de leyes en el espacio.

Otra de las vertientes en el UNIDROIT es la metodología del derecho uniforme, el cual se constituye en el vehículo que permite resolver los conflictos de jurisdicción mediante normas de carácter material, sean convenciones internacionales, leyes modelo o aun guías que no son vinculantes. Estas reglas narrativas carecen de toda fuerza obligatoria, lo que explica que en la terminología actual se les conozca como *soft law*.

Conforme al derecho internacional los Estados gozan de igualdad soberana, y en tiempos de paz el cuidado y la preservación del patrimonio cultural se encuentra bajo la responsabilidad de cada uno de ellos, en función de sus posibilidades técnicas y económicas, así como de sus prioridades políticas. Los Estados deben garantizar en sus territorios la preservación de los bienes culturales, tanto los que pertenezcan al dominio público como al privado.

La Convención de 1970, conjuntamente con la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Material de 1972<sup>3</sup> (Convención de 1972) ilustran en perspectivas diferentes y en forma indubitable la existencia de una nueva conciencia internacional en la materia. La Convención de UNIDROIT se inscribe también en ese largo proceso de formación de un nuevo orden internacional en la protección de los bienes culturales.

De acuerdo con el planteamiento inicial, el artículo 7-b.ii de la Convención de 1970 no logró solucionar de manera satisfactoria el conflicto que opone al Estado desposeído de un bien cultural con el adquirente de buena fe *a non domino*. La insuficiencia de la formulación técnica de este precepto provocó que un organismo intergubernamental, como es UNIDROIT, se convirtiera en el foro adecuado para el desarrollo de este debate, no solamente por su gran experiencia en derecho uniforme, sino también por los estudios científicos de gran calidad que realizó con miras a dar soluciones en otros ámbitos a los conflictos de interés referentes al adquirente de buena fe *a non domino*.

El análisis del origen de la Convención de UNIDROIT facilitará una mejor comprensión de su estructura.

---

<sup>3</sup> <https://goo.gl/f9R00o>.

## II. EL ORIGEN

Cualquier análisis de la Convención de UNIDROIT transita necesariamente por una reflexión sobre el régimen de excepción al cual están sujetos los bienes muebles culturales (punto 1 de este apartado), lo que permite explicar mejor la emergencia de nuevas nociones jurídicas ampliamente debatidas desde los inicios de los trabajos preparatorios de esa Convención.

### 1. *El régimen de excepción de los bienes culturales mobiliarios*

En el derecho civil la protección de los bienes culturales se encuentra en el ámbito del régimen de legalidad del tercer adquirente de buena fe *a non domino*; en materia de bienes muebles, todo sistema de legalidad debe resolver un problema de principio que opone dos intereses contradictorios: el del propietario desposeído y el del adquirente de buena fe.

El desarrollo del análisis da cuenta que la protección del tercer adquirente de buena fe por lo que respecta los bienes muebles, responde fundamentalmente a un criterio de certeza en el comercio. Resulta inútil precisar que sólo debe considerarse al adquirente de buena fe, incluso en el contexto comercial, ya que el adquirente de mala fe merece una reprobación unánime.<sup>4</sup> La especificidad de los bienes culturales muebles llevó a plantear soluciones jurídicas de excepción.

El principio normativo que rige el interés del propietario se expresa en el adagio latino *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, que plantea que ninguna persona puede transferir a otra más derecho que el que tiene. Para expresarlo de manera prosaica: nadie puede transferir lo que no tiene. Ese principio se encuentra en el centro del conflicto de interés que opone al propietario desposeído y al adquirente que recibió el bien mueble de quien no hubiera sido su titular.

En la protección jurídica general del comercio de bienes prevalece el derecho del tercer adquirente de buena fe cuya adquisición se efectuó a título oneroso. El carácter oneroso de la transacción impone al adquirente un esfuerzo patrimonial que obliga a que todo sistema de legalidad deba imaginar reglas que introduzcan elementos de certeza en su beneficio. El adquirente pueda confiar en el título y en el poder de disposición de la persona que le transmite un objeto cultural, o bien puede desconocer la ausen-

---

<sup>4</sup> Reichelt, Gerte, “La protection internationale des biens culturels”, *Revue de droit uniforme*, Roma, 1985, p. 102.

cia de poder de quien se lo transmite si en el momento de la adquisición la situación de apariencia objetiva de la titularidad le permite fundar su buena fe o su confianza. Lo anterior es una regla básica que asegura el tráfico comercial de bienes muebles.

Las excepciones a la máxima *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* o, de manera más restringida, lo expresado por la fórmula *nemo dat quod non habet*, adquirieron con el tiempo más fuerza y llegaron a constituirse en lo que la doctrina denomina actualmente adquisiciones *a non domino*. Esas excepciones terminaron cristalizándose en una serie de enunciados concretos dentro de todo ordenamiento jurídico. La adquisición *a non domino* no constituye por sí sola una categoría jurídica unitaria; sólo es un elemento común dentro de una serie de presupuestos que difieren entre sí y que están sujetos a un régimen jurídico propio y particular.

En la actualidad, la evolución del sistema continental o de derecho escrito permite sostener que la máxima *nemo dat quod non habet* ha sido remplazada por un principio de naturaleza similar, pero que tiene una orientación totalmente inversa y tiende a la protección del adquirente de buena fe a título oneroso como una consecuencia necesaria del interés colectivo para la seguridad del tráfico de los bienes muebles. Sin soslayar que en sus aplicaciones ese principio propende a disolverse en una casuística, es perceptible la construcción de esta categoría jurídica.

La adopción de esta decisión jurídica fundamental se limita a la adquisición *a non domino* a título oneroso y a que el adquirente sea de *buena fe*. Sólo las transmisiones a título oneroso justifican la protección del adquirente *a non domino* por ser las únicas en presentar un interés colectivo para la seguridad jurídica de las transmisiones y del tráfico de los bienes muebles. El beneficiario de una transmisión a título gratuito no merece una protección superior a la que se dispensa a la persona que le hizo entrega de la cosa.

El recurso a la noción de la buena fe se explica por sí sólo; cuando el tercer adquirente conoce o debía conocer el carácter ilegítimo del acto de transmisión efectuado por el *non dominus*, es esperable que pierda completamente su derecho a cualquier protección. Respecto a la noción de la buena fe, resalta por un lado su elemento subjetivo, que atañe al conocimiento del poder de disposición de la persona que transmite el bien, o la ignorancia de la ausencia de tal poder por parte del adquirente, y, por otra parte, su elemento objetivo, que se funda en una situación de apariencia que permite razonablemente fundar esa convicción.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, vol. I. 1978, p. 686.

El régimen de excepción de los bienes culturales mobiliarios se explica en función de las relaciones que la protección internacional de aquellos mantiene respectivamente con los diferentes sistemas de derecho privado, y en las reglas desarrolladas en el derecho internacional privado y en el público.

*A. La protección internacional de los objetos culturales y el derecho privado*

Es evidente que en la solución de controversias no se podía simplemente adaptar el sistema legal tradicional de bienes muebles a los bienes culturales de la misma naturaleza; surgió entonces la necesidad de elaborar reglas totalmente innovadoras al respecto.

Ahora bien, en el ámbito internacional no se podía proponer una solución jurídica sin considerar las normas fundamentales del derecho privado; antes al contrario, se trataba de promover una fórmula que fuese aceptable para los diferentes sistemas jurídicos de alta complejidad, si se atiende a la gran variedad de soluciones propuestas de las que da cuenta este análisis.

Es perfectamente identificable que existen tres naturalezas específicas en los vínculos existentes entre la protección internacional de los bienes culturales y el derecho privado, las cuales atañen a la protección del adquirente de buena fe (*a. La protección del adquirente de buena fe*), a la noción de bienes culturales (*b. La noción de bienes culturales*) y finalmente el Estado y la propiedad de los bienes culturales (*c. El Estado y la propiedad de los bienes culturales*).

*a. La protección del adquirente de buena fe*

Todo sistema de legalidad debe resolver el dilema de la distribución de pérdidas ante la hipótesis del robo de bienes muebles y que éstos hayan sido vendidos a adquirentes de buena fe. En lo referente a la adquisición de buena fe *a non domino*, deben tenerse presente las diferentes soluciones adoptadas por los países del derecho continental y los del *common law*, las cuales evidencian que la mayor parte de los sistemas jurídicos determina distinciones con amplias repercusiones en las posibles soluciones.

Estas distinciones se refieren a la naturaleza jurídica del bien, que puede ser mueble o inmueble; a la causa de la desposesión, que proviene de una pérdida, de un robo o de cualquier otra causa, y a las circunstancias de la adquisición, realizada en el comercio o en la clandestinidad. Para poder

arribar al enunciado internacional de la adquisición de buena fe *a non domi-no*, se hicieron esfuerzos loables para armonizar esas distinciones y llegar a fórmulas de compromiso.

Este análisis destaca que desde el proyecto de UNIDROIT sobre la ley modelo en materia de adquisición de buena fe (conocida en la literatura especializada como LUAB) se procuró introducir un equilibrio entre las pruebas que el adquirente podía ofrecer para acreditar su buena fe y las que el propietario desposeído debía proporcionar para hacer valer su derecho.

En la concepción de la buena fe se identifican dos criterios, uno de orden subjetivo y el otro objetivo, pero siempre con el firme propósito de instaurar un equilibrio entre el enajenante y el adquirente. Los redactores de la LUAB le confirieron al juez que pudiera conocer de la controversia un amplio poder de apreciación; en este aspecto, conforme a estas reglas uniformes liberó al juzgador de la obligación de someterse a normas de aplicación estricta y sólo formularon algunas directrices para permitirle construir un criterio.

Así y para ejemplificar, en lo que respecta a la apreciación del momento en que la buena fe debe existir, le corresponde a la corte elegir entre los dos criterios generales previstos: el momento de la entrega de la cosa o el de la conclusión del contrato.

En el mismo sentido que la literatura jurídica, y a efecto de darle viabilidad a la noción de adquisición de buena fe de bienes culturales en el ámbito jurisdiccional internacional, se abandonó la distinción entre derecho civil y derecho mercantil, que sólo reconoce el sistema continental y que paulatinamente aún éste la está abandonando.

Resultó también necesario admitir la adquisición de buena fe, cualquiera que fuera el título de la persona que transmitiera el bien al adquirente, ya sea que éste fuese legítimo propietario o simplemente detentador del bien; se estimaba que sólo esos criterios permitirían un principio de aceptación de la formulación de la adquisición de buena fe en el ámbito internacional.

La protección de la adquisición de buena fe es indispensable en el comercio internacional, y ese principio tenía que preservarse aun tratándose de bienes culturales. En el desarrollo de los trabajos, sin embargo, se determinó que era preciso restringir la protección a los bienes culturales muebles que hubieren sido objeto de un registro, o a otros de gran valor cultural.

La solución en cuanto a bienes culturales robados resultaba relativamente sencilla, pues se invocaba el principio de que el adquirente de un bien robado nunca puede invocar su buena fe. La adopción de este principio permitiría preservar los intereses del propietario desposeído.

La prescripción adquisitiva tiene asimismo una importancia capital en el régimen de adquisición de bienes culturales muebles porque protege al adquirente contra el propietario desposeído que, transcurrido determinado plazo, no hubiere ejercido en tiempo su acción de reivindicación. La prescripción es un mecanismo legal fundamental para la seguridad del comercio internacional; pero su formulación internacional en el ámbito de los bienes culturales es compleja por las diferencias de plazos existentes en los derechos nacionales.

El problema se agrava aún más cuando se considera que no solamente varían los plazos exigidos por la prescripción adquisitiva sino también los que corresponden a la acción de reivindicación; su reglamentación se vuelve aún más sofisticada si el plazo fijado para la prescripción transcurrió en diversos países debido al azar de las transferencias del bien cultural.

Era también menester resolver el conflicto que opone el propietario desposeído al tercer adquirente de buena fe. La solución propuesta por el artículo 934 del código civil suizo,<sup>6</sup> que permite la restitución de un bien mueble a un poseedor desposeído y atribuye en reciprocidad al adquirente de buena fe un derecho de compensación que corresponde a la cantidad que pagó para el objeto considerado, era una fórmula de compromiso que merecía ponderarse.

En el contexto internacional, la fórmula de transacción podría consistir en reconocer un derecho de restitución del bien cultural durante un periodo determinado de tiempo contra el reembolso del precio de compra de ese bien. Este derecho de restitución tendría así los mismos efectos que la acción de reivindicación.

---

<sup>6</sup> El artículo 934 del código civil suizo dispone: *Le possesseur auquel une chose mobilière a été volée, qui l'a perdue ou qui s'en trouve dépossédé de quelque autre manière, sans sa volonté, peut la revendiquer pendant cinq ans. Lorsque la chose a été acquise dans des enchères publiques, dans un marché ou chez un marchand d'objets de même espèce, elle ne peut plus être revendiquée ni contre le premier acquéreur, ni contre un autre acquéreur de bonne foi, si ce n'est à la condition de lui rembourser le prix qu'il a payé* (El poseedor a quien un bien mueble ha sido robado o que lo perdió o se encuentra desposeído de él de cualquier otra manera y sin su voluntad, puede reivindicarlo durante los siguientes cinco años. Cuando el bien ha sido adquirido en subasta pública, en mercado público o con un enajenante de objetos de la misma especie, sólo puede ser reivindicado contra el primer adquirente u otro adquirente de buena fe si se le reembolsa el precio que pagó por él. Traducción libre).

## *b.* La noción de bien cultural y el derecho privado

Si la adquisición de buena fe *a non domino* encuentra una gran variedad de soluciones, lo mismo sucede con el valor y la definición de los bienes culturales que difieren de un Estado a otro.

Existe unanimidad en que la elaboración de una definición uniforme de los bienes culturales conlleva una enorme dificultad. Cada Estado tiene su propia definición y la noción de bien cultural depende por una parte de factores nacionales, artísticos, socioculturales y de políticas culturales y por la otra, de factores materiales y de tendencias artísticas de órdenes diversos.<sup>7</sup>

Uno de los aspectos distintivos de la definición de los bienes culturales es el concerniente a su generalización. No se circunscribe a las obras de arte *lato sensu* sino que se extiende con frecuencia a objetos puramente utilitarios.

Se pueden igualmente constatar divergencias entre las nociones nacional e internacional de los bienes culturales; esto se explica porque existe una gran variedad en la consecución de los mismos fines: la noción nacional de los bienes culturales se interesa en la protección doméstica del bien cultural, mientras que la noción internacional se articula de acuerdo al ámbito material de validez de la convención internacional que la contiene.

A pesar de ello, el empleo en estos dos supuestos del término *bien cultural* demuestra la interdependencia de los contextos materiales nacionales e internacionales, que, pese a sus diferentes vocaciones, tienen en común la preocupación por la protección de los bienes culturales.

La Convención de 1970 se refiere a las medidas que hay que adoptar para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, pero no propone una definición del bien cultural susceptible de desembocar en la elaboración de una definición unitaria e internacional; se limita sólo a enunciar categorías de bienes culturales.

Es la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y el Reglamento para la aplicación de la Convención de 1954 (Convención de 1954) la que introduce por primera ocasión en el ámbito internacional el término *bien cultural*, que se arraigó rápidamente en legislaciones nacionales e internacionales. Las definiciones al respecto corresponden a dos tendencias, que en forma esquemática se pueden calificar la primera como restrictiva y la segunda de comprensiva.

---

<sup>7</sup> Reichelt, Gerte, *op. cit.*, p. 88.

El criterio restrictivo tiende a favorecer definiciones que se basan en principios generales; por el contrario, el comprensivo tiene una vocación totalizadora y conlleva por lo común una definición de carácter enunciativo.

Para atribuir la calificación de cultural a un objeto, el método de la enumeración, a menudo adoptado por las legislaciones de los países de origen, tiene como eje el interés doméstico del bien cultural en función de su antigüedad, del vínculo territorial o personal que mantiene con el Estado de origen y, finalmente, en un segundo plano, su valor económico; es indiscutible que en el plano internacional la hipertrofia de este criterio perjudica su eficacia.

Igualmente en el análisis deben considerarse dos metodologías de definición ya mencionadas del bien cultural: por una parte la categorización y por la otra la declaración expresa como bien cultural en función del interés artístico o de cualquier otro. La primera metodología consiste en una descripción general del bien cultural, y la segunda se interesa en valores preestablecidos.

En consecuencia, la única posibilidad de elaborar una definición en el ámbito internacional de bien cultural al margen de la gran diversidad de los criterios nacionales consistiría en fijar un criterio que se apoyase en el concepto de bien cultural *res extra commercium* y *res commercium*. Los bienes *res extra commercium* no podrían ser adquiridos de buena fe, ni ser objeto de un contrato.

Le pertenece por supuesto a cada Estado determinar la noción y extensión del mecanismo *res extra commercium*, pero el solo hecho de que la calificación sea una característica uniforme garantiza de alguna manera la protección eficaz de los bienes culturales.

La metodología para desarrollar el principio de *res extra commercium* varía de un país a otro, como es fácilmente imaginable. En Italia, *exempli gratia*, los bienes culturales son enumerados en leyes especiales, como la ley sobre la protección de los bienes de interés artístico e histórico,<sup>8</sup> que están sujetos al régimen general del principio de *res extra commercium*, definido por el artículo 1145 del Código Civil italiano como sigue:

Articolo 1145. Possesso di cose fuori commercio. Il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto. Tuttavia nei rapporti tra privati è concessa l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico

<sup>8</sup> El artículo 23 de la Ley del primero de junio de 1939, núm. 1089, sobre la protección de los bienes de interés artístico e histórico, y su versión del 8 de agosto de 1972, núm. 487, prevé una clasificación de los bienes culturales italianos de interés artístico o histórico.

demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico (822,824). Se trattasi di esercizio di facoltà, le quali possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione, e data altresì l'azione di manutenzione (1170).

En el sistema jurídico francés, los bienes que pertenecen al dominio público son excluidos del comercio y su adquisición es en consecuencia técnicamente imposible. Aquí tampoco existe una definición unitaria de cuáles bienes culturales pertenecen al dominio público; se llegó incluso a cuestionar la pertenencia al dominio público de los objetos de arte de los museos y de los manuscritos de las bibliotecas.

En cualquier circunstancia, los bienes que fueron expresamente declarados inalienables no pueden de ninguna manera ser adquiridos de buena fe, como lo dispone la ley del 13 de diciembre de 1913 sobre los monumentos históricos.<sup>9</sup>

En la República Federal de Alemania, la adquisición de los bienes culturales debidamente registrados excluye la buena fe.<sup>10</sup>

#### c. El Estado y la propiedad de los bienes culturales

Para que el Estado de origen pueda reivindicar un bien cultural ilícitamente exportado debe en primer lugar comprobar su derecho de propiedad o un derecho equivalente sobre ese bien.<sup>11</sup>

Aun cuando el Estado de origen pueda acreditar su derecho conforme a su legislación interna, técnicamente es posible que se adquiera un título de propiedad sobre un bien sujeto a reivindicación después de su exportación ilícita. Es precisamente la legislación de la nueva ubicación del bien la que crea esa posibilidad, y basta, para que surtan los efectos constitutivos de actos de propiedad, la satisfacción que para tales eventos prevé la ley doméstica durante la estancia del bien cultural en el Estado de destino.

---

<sup>9</sup> La resolución en 1978 de un caso concerniente al robo de una estatua de la Virgen en una iglesia de Batz-sur-Mer es en particular elocuente.

<sup>10</sup> Véase la ley del 6 de agosto de 1955 para la protección contra la exportación de bienes culturales, modificada en 1974.

<sup>11</sup> Byrne-Sutton, Quenti, "Le trafic international des biens culturels sous l'angle de la revendication de L'État d'origine. Aspects de droit international privé", *Etudes suisses de droit international*, Zürich, Schulthess Polygrapscher, 1984, p. 134.

Por otra parte, los precedentes judiciales en los tribunales del foro indican una tendencia muy clara para proteger al adquirente de buena fe contra la reivindicación del propietario desposeído.

El precedente *Winkworth vs. Christie, Mansons and Woods Ltd. et al.* es ilustrativo en ello. Los hechos refieren como unos bienes culturales robados en Reino Unido fueron exportados a Italia, en donde fueron adquiridos de buena fe. Posteriormente fueron devueltos nuevamente a Londres para su venta en pública subasta. El propietario desposeído recurrió a la justicia inglesa; el juez que conoció de la controversia rechazó la aplicación de la ley inglesa, aplicable por lo que respecta al lugar del robo y decidió empero recurrir a la legislación italiana conforme a la regla de conflicto tradicional.

Fundó en efecto su decisión en la *regla lex rei sitae* como *point de rattachement* y sentenció:

...un propietario puede verse privado de su título si el bien está sujeto a la ley de un país extranjero y que *el punto de contacto* le confiere un título válido conforme a las condiciones requeridas por la ley extranjera. El título reconocido por ésta prevalece sobre títulos anteriores creados por cualquier otra legislación...<sup>12</sup>

Otros dos precedentes pueden igualmente aportar elementos de análisis sustantivos. El primero, *Duc de Frias vs. Baron Pichon*,<sup>13</sup> se instruyó a fines del siglo XIX; si bien la controversia no es muy reciente, no por ello es menos ilustrativa. La controversia gravitaba sobre un copón español que representaba la leyenda de Santa Inés con diagramas con hojarasca labrada. La historia del copón es muy antigua: el rey Jacobo I de Inglaterra la donó a Juan de Velasco, duque de Frías y condestable de Castilla en 1604. Un heredero del señor Velasco lo legó a las monjas de Santa Clara de Medina de Pomar, en cuyo sitio permaneció hasta 1836. El convento, ante sus apremios económicos, vendió el copón, que fue finalmente adquirido por el coleccionista francés Jérôme Pichon, quien cándidamente, consultó al duque de Frías acerca de la autenticidad y valor de nacionalidad española.

Ante tal evento, el duque de Frías y el cabildo catedralicio de Burgos no dudaron en demandar en París a Pichon la restitución del copón de plata, alegando en su favor la infracción de la ley española que determinaba en la

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>13</sup> Véase el precedente *Duc de Frias vs. Baron Pichon*, instruido por el Tribunal de la Seine, *Ibidem*, p. 135.

época que este tipo de bienes era inalienable. Con base en ella, Frías hizo valer su mejor derecho fundado en título legítimo. El Tribunal de la Seine, en París, que conoció de la controversia, fundó su decisión en la regla *lex rei sitae* como *point de rattachement*, pero también en la naturaleza de orden público previstos en el artículo 2279 del Código Civil francés.

El duque de Frías, sostuvo el tribunal, no podía reclamar su propiedad invocando la ley española del lugar de la situación anterior del bien, ya que todos los efectos constitutivos del derecho de propiedad habían sido realizados por el barón Pichon después de que el copón ingresó a Francia, su nuevo lugar de situación. El veredicto sentenció que el copón, además de cumplir una función de culto, tenía un valor venal y se encontraba en el comercio. La compra, consideró el tribunal, se había realizado de buena fe, por lo que era legalmente válida y surtía todos sus efectos legales.<sup>14</sup>

El segundo precedente, *Koerfer vs. Goldschmidt*,<sup>15</sup> atañe a la confiscación por las autoridades nacionalsocialistas de una parte de la colección de obras artísticas pertenecientes al señor Jacob Goldschmidt que habían estado situadas en territorio alemán.

En 1941, los cuadros confiscados se subastaron y el señor Jacob Koerfer, nacional alemán, adquirió dos de ellos atribuidos al pintor francés Henri de Toulouse-Lautrec. En 1944, los exportó a Suiza y los donó a su esposa. La mujer murió en el transcurso del mismo año y sus hijos heredaron las pinturas; gozaron de su plena posesión de 1944 a 1956, fecha en que el heredero del señor Goldschmidt reivindicó su propiedad.

El tribunal federal suizo en su resolución del trece de diciembre de 1968, sentenció que aun cuando la subasta hubiese sido nula y el señor Koerfer no se hubiese convertido en propietario en Alemania, sus herederos habrían adquirido los cuadros por usucapión, ya que el plazo de cinco años de posesión de buena fe exigido por la ley suiza había transcurrido con exceso.

El tribunal federal suizo precisó, que conforme a su DIP, los derechos reales mobiliarios están vinculados a la regla *lex rei sitae*, y en consecuencia era de rechazarse la demanda del causahabiente del propietario anterior; más aún de haber sido presentada la acción de reivindicación en el país de origen, el sentido de la resolución habría sido la misma. Finalmente la prescripción por el transcurso del tiempo resultó también determinante.

<sup>14</sup> <http://relatosenlasmerindades.blogspot.mx/2013/02/el-copon-de-la-discordia.html>.

<sup>15</sup> Tribunal Fédéral Suisse. 13 décembre 1968 (*Koerfer c. Goldschmidt*) ATF.94. II p. 297.303 (revendication de deux tableaux de Toulouse-Lautrec).

En este caso, es evidente que la aplicación de la regla de conflicto favoreció al tercer adquirente de buena fe en detrimento del propietario originario desposeído.

B. *La protección de los objetos culturales  
y el derecho internacional privado*

El término *conflicto de leyes* hace referencia a los litigios originados en las relaciones privadas internacionales; las reglas que intentan resolver esas controversias se denominan precisamente *reglas de conflicto*. Su función no es dar una solución inmediata y directa a los eventuales problemas conflictuales, sino atribuir la competencia de una ley material específica. Es precisamente su carácter indirecto el que permite distinguir esas reglas de conflicto con las del derecho material.

Sin embargo, estas reglas indirectas no constituyen exclusivamente un método conflictual; existen reglas de conflicto de naturaleza diferente. De la misma manera se puede mencionar la existencia simétrica de algunas normas materiales que no proporcionan ninguna solución directa a la controversia pero que desarrollan reglas de conflicto.

Uno de los objetivos del DIP es precisamente favorecer la armonía de soluciones cuando la regla de conflicto se considera en una situación determinada. La vocación universal del derecho internacional privado se puede constatar fácilmente cuando se observa el enorme abanico de reglamentaciones de los derechos nacionales a los que recurre.

En efecto, en su derecho interno, cada Estado desarrolla diferentes mecanismos de reglas de conflicto, y en lo referente a los bienes culturales la mayor parte de los Estados vinculan en principio la adquisición y la pérdida real de los derechos mobiliarios a la ley del lugar en que se encuentra el objeto en el momento de la controversia, que es la estricta observancia de la regla *lex rei sitae*. Pese a que esta última goza de una aceptación universal, en materia de bienes culturales que participan de la naturaleza de los derechos reales mobiliarios se intentó formular una excepción a ese *point de rattachement*.<sup>16</sup>

Paulatinamente los Estados de origen han promulgado leyes materiales relativas a la reivindicación de sus bienes culturales, y en un litigio la regla de conflicto aplicable que origina el *point de rattachement*, depende de la naturaleza de la situación internacional.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 111.

En el caso que nos ocupa se trata inicialmente de calificar la reivindicación del derecho de propiedad de un bien cultural por parte del Estado de origen en contra de un tercer adquirente; lo que está a consideración es la pérdida y la adquisición de derechos mobiliarios reales. El *point de rattachement* es por consiguiente una situación jurídica cuyo basamento es la naturaleza de derechos reales. Los elementos determinantes en la calificación conflictual son por una parte la reivindicación de un derecho de propiedad del Estado de origen sobre el bien cultural, y por la otra, la adquisición de buena fe de un derecho real por un tercero.

En el DIP la teoría clásica de *conflictos de leyes* se opone a la aplicación de leyes extranjeras de orden público. Esa teoría, sin embargo, ha evolucionado hacia una nueva tendencia que considera la posibilidad de aplicar reglas de orden público extranjero.

Adicionalmente se puede sostener que la diferencia entre derecho público y derecho privado no es tan contundente como se pensaba, lo que le permite al tribunal aplicar reglas imperativas de un derecho extranjero cuando éste último tiene vínculos razonables con la relación jurídica y aun si tal derecho extranjero no se aplica como determinante en esta relación jurídica.<sup>17</sup>

La conclusión era clara: la teoría clásica del DIP postula el principio de la regla *lex rei sitae*. En la medida en que ésta es observada por todos los Estados, se estimó que debería ser preservada. El consenso en cuanto a la aplicación de esta regla de conflicto tradicional *lex rei sitae* resulta de su larga evolución histórica.<sup>18</sup> La armonía internacional de soluciones conflictuales es importante *per se* y la protección del tercer adquirente se funda precisamente en este *point de rattachement* de los bienes muebles que obliga a la aplicación de la regla *lex rei sitae*.

El alcance de la aseveración anterior puede visualizarse mejor en una relación jurídica internacional que tuviera como objeto derechos nacionales mobiliarios. Los únicos elementos aparentes, visibles y reconocibles por todos, partes y tercer adquirente, son por un lado el bien mueble, y por otro su ubicación física. Para el tercer adquirente recurrir a la legislación del Estado donde se encuentra el bien mueble constituye la única manera de garanti-

<sup>17</sup> Así, el artículo 7o. de la Convención comunitaria de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone: il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.

<sup>18</sup> Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 110.

zar sus derechos sobre el bien y asegurar que surta todas las consecuencias legales correspondientes.

Ese razonamiento tiende a la protección del tercer adquirente de buena fe en detrimento del propietario desposeído; privilegia la certeza de las transacciones y posibilita y estimula el comercio. Existe de hecho una necesidad comercial de favorecer los intereses del tercer adquirente. La ley y las consecuencias de su aplicación deben ser previsibles, y es precisamente la ley de la situación del objeto la que proporciona esa seguridad.

La aplicación del *point de rattachement* tradicional, la regla *lex rei sitae*, se estima que es neutral, ya que no favorece al adquirente de buena fe ni tampoco al propietario desposeído. El efecto primario de la regla *lex rei sitae* es la determinación de la ley aplicable de la cual dependerá la protección de uno o de otro. La regla *lex rei sitae* depende por lo tanto del azar del derecho interno designado.

Cada sistema jurídico dispone del mecanismo del orden público en tandem con numerosos instrumentos internacionales que mencionan la noción de orden público. En esa forma *exempli gratia*, toda una serie de convenciones elaboradas en el marco de la Conferencia Internacional de La Haya y relativas al DIP prevé que una norma no puede ser aplicable si es manifiestamente contraria al orden público.

En el ámbito interno se recurre a la noción de orden público cuando la aplicación de una ley extranjera contradice los principios generales del derecho nacional y le es incompatible. Se observa una gran reticencia, tanto por parte de la jurisprudencia internacional como de la doctrina extranjera, en la admisión del orden público extranjero en razón de la confrontación que puede resultar entre el derecho público y el derecho privado.

La protección internacional de los bienes culturales se encuentra también en la encrucijada de los derechos público y privado. Se argumentó empero que la objeción a la aplicación del orden público extranjero se refería a la aceptación de su aplicación general; la especificidad de los bienes culturales, empero, podría generar una mayor aceptación. De ahí la idea de formular un sistema de protección de aquellos sobre la base del orden jurídico internacional.

La concepción del orden público permitiría resolver el problema de las contradicciones fundamentales existentes entre los diferentes sistemas nacionales en cuanto a la protección de dichos bienes. Una protección eficaz debe inevitablemente referirse al orden público, y en el ámbito interno su aplicación constituiría un instrumento suplementario en la lucha contra el tráfico de bienes culturales.

El carácter multidisciplinario de esta materia facilita la aplicación del orden público extranjero con miras a la protección mencionada, lo que explica la promoción de la protección internacional de los bienes culturales mediante la noción del orden público internacional.

*C. La protección de los objetos culturales  
y el derecho público*

Más que al aspecto material del bien cultural susceptible de apropiación, el nuevo enfoque de los bienes culturales se concentra en un elemento de orden subjetivo relativo al valor espiritual de una categoría específica de bienes que constituye el testimonio de civilizaciones. La protección de la propiedad privada de un bien cultural originó el concepto de salvaguardia del mismo bien y del contexto en el cual fue creado.

La protección de los bienes culturales reviste una gran importancia debido a la necesidad urgente de frenar la degradación del patrimonio cultural de la humanidad y al reconocimiento creciente de la naturaleza *sui generis* de los bienes culturales. Este enfoque propició la emergencia de una nueva categoría de propiedad que se caracteriza por su valor espiritual.

Numerosos Estados comparten esa necesidad de protección, y aun cuando las soluciones propuestas difieran, se puede constatar la existencia de una constante para introducir a un nivel interno normas que tienden a impedir la importación y el tráfico ilícito de bienes culturales.

Es precisamente esa nueva concepción de los bienes culturales la que justifica que el Estado pueda excepcionalmente imponer restricciones a los derechos de propiedad y de obligaciones, o bien fijar limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad de bienes culturales. Es también esta concepción la que le da consistencia al interés del Estado o de las asociaciones privadas que los motiva a recurrir a los tribunales con la intención de salvaguardar el patrimonio cultural. Ese interés del Estado se concretiza como signo de su propia identidad cultural, y es el interés general el que lo impulsa a actuar.

Sin embargo, en lo concerniente a la protección de los bienes culturales, la coexistencia de una infinidad de concepciones no necesita demostración, y las diferencias son aún más marcadas entre los países de origen y los de destino. Es necesario destacar que en los Estados de origen los bienes culturales, el inventario del patrimonio cultural, así como la elaboración de una reglamentación eficiente en materia de protección, y sobre todo de disposiciones para hacerla efectiva, es bastante azarosa.

Todas estas consideraciones no hacen más que evidenciar que la protección universal de los bienes culturales implica múltiples aspectos, no solamente jurídicos sino también meta-jurídicos.<sup>19</sup>

La exportación ilícita y la restitución de los bienes culturales son dos de los aspectos más relevantes en los temas de derecho público. En el ámbito de la protección de los bienes culturales y del derecho público, importa distinguir los bienes culturales del dominio público de los del dominio privado, y determinar su trascendencia en el derecho civil (los bienes culturales del dominio público y del dominio privado); la asignación de bienes culturales al dominio público es un mecanismo instantáneo de protección que no se puede ignorar y cuyo análisis es imprescindible (el dominio público de los bienes culturales como mecanismo de protección del patrimonio cultural).

*a. Los bienes culturales del dominio público  
y del dominio privado. Su trascendencia civil*

Pese a que exista una diferencia fundamental entre los bienes culturales ilícitamente exportados provenientes del dominio público del Estado de origen y los relativos a particulares, los análisis anteriores permiten concluir que impera una tendencia a proteger los bienes culturales de manera general, independientemente de la calidad de sus propietarios, aun cuando algunos bienes se consideran relevantes por el Estado de origen, ya que son constitutivos de su patrimonio nacional.

Debe admitirse que en los precedentes judiciales internacionales algunos tribunales sólo obsequiaban la reivindicación de los bienes culturales si éstos pertenecían al dominio público. Los elementos de análisis que se contienen en el precedente *King of Italy vs. Marquis de Médicis Tornaquinci*<sup>20</sup> son al respecto particularmente ilustrativos. Si bien es un precedente relativamente antiguo, pero no por ello es menos trascendente.

El marqués de Medicis Tornaquinci tenía en posesión un lote de documentos considerados antiguos; algunos de éstos cartas manuscritas por Lorenzo el Magnífico. La posesión de estos documentos la había autorizado el Estado italiano, con la expresa prohibición de exportarlos. Pese a la prohibición, Médici Tornaquinci los exportó e intentó vender parte de ellos en Londres a través de la casa de subasta Christie's.

<sup>19</sup> Reichelt, Gerte, *op. cit.*, p. 132.

<sup>20</sup> <https://goo.gl/hefjEg>

Italia demandó a Médici Tornaquinci la reivindicación de esos documentos, por su importancia histórica. El juez inglés Petterson, que conoció del caso, validó el derecho de reivindicación en lo referente a la parte de los archivos Medici que eran propiedad del Estado italiano, pero lo rechazó para el resto de los archivos que le pertenecían al propio Medici Tornaquinci. La trascendencia de este precedente resulta del fallo pronunciado en el que un juez inglés, en aplicación de la ley italiana, discierne entre bienes del dominio público y del dominio privado pertenecientes a un patrimonio extranjero.

El precedente *Attorney-General of New Zealand vs. Ortiz et al.*<sup>21</sup> provee asimismo elementos importantes de análisis. Los hechos dan cuenta de unos grabados en madera pertenecientes a la cultura maorí, de Nueva Zelanda, que fueron exportados ilegalmente a Reino Unido para ser vendidos a un coleccionista europeo. Conforme a la ley de 1962 estas piezas calificaban como bienes culturales históricos, lo que era del conocimiento del infractor, y pertenecían por consiguiente al patrimonio de esa nación. El gobierno de Nueva Zelanda demandó ante una corte inglesa su inmediata restitución. Esta última consideró que el Estado de origen no había satisfecho los requerimientos de un acto de adquisición que tuviese efectos constitutivos mientras el bien cultural se encontraba en su territorio; prueba de ello era que no había realizado ninguna incautación del bien antes de que abandonara su territorio.

El precedente es claro: de haber Nueva Zelanda realizado los efectos constitutivos de su derecho de propiedad *exempli gratia* mediante una incautación, su derecho de propiedad hubiese sido reconocido y los grabados de madera ilícitamente exportados le hubiesen sido restituidos. La sentencia fue recurrida ante la *House of Lords*, que confirmó la sentencia.

En el mismo sentido puede invocarse el caso *Repubblica dell' Ecuador* contra Danusso,<sup>22</sup> que atañía a una acción de reivindicación del Estado ecuatoriano contra el señor Danusso. Los hechos relevantes consisten en lo siguiente: ese coleccionista italiano adquirió en Ecuador valiosas piezas arqueológicas y las exportó ilícitamente a Italia, en donde las introdujo también en forma ilegal.

De conformidad con la ley ecuatoriana, esos bienes culturales son propiedad de Ecuador, Estado que invocó su ley interna para fundar su acción de

<sup>21</sup> <http://uniset.ca/other/cs6/1984AC1.html>.

<sup>22</sup> Tribunale di Torino 25.3.1982, *Repubblica dell'Ecuador-Casa della Cultura equatoriana* contro Danusso, Matta e altri. 18, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Procesuale*. 1982.625.631. Confirmé par App Torino 28 janvier 1983.

reivindicación. Esta controversia, relativa a la adquisición por el Estado de origen del derecho de propiedad sobre bienes culturales, se resolvió con la aplicación de la ley conflictual tradicional. Este fallo confirmó la existencia del *point de rattachement* de los derechos reales mobiliarios a través de la regla *lex rei sitae* y el primado del derecho de propiedad del Estado de los bienes culturales sobre el del adquirente *a non domino*.

Los elementos de análisis que aportan esos precedentes demuestran que el éxito de la acción de reivindicación depende en gran medida del contenido de la ley protectora de los bienes culturales del Estado de origen y de su puntual observancia. En los tres precedentes citados el común denominador fue precisamente que la ley protectora de los bienes culturales del Estado de origen determinaba el derecho de propiedad *ex lege* del Estado, lo que posibilitó la restitución, con excepción del precedente Attorney-General of New Zealand *vs.* Ortiz *et al.*<sup>23</sup> por los motivos antes expuestos.

La posibilidad de recuperar bienes de gran valor cultural se fundamenta en la existencia en el Estado de origen de una legislación clara y precisa que atribuya al Estado un derecho de propiedad *ex lege* de los bienes culturales. En cuanto a la protección en su territorio del tercer adquirente de buena fe, el Estado de destino tiene por supuesto el beneficio de la reserva de orden público del foro.

*b.* El dominio público de los bienes culturales  
como mecanismo de protección  
del patrimonio cultural

Es actualmente una constante que el Estado de origen intente asegurar un control sobre sus bienes culturales atribuyéndose su propiedad a través de la ley. La propiedad *ex lege* le permite al Estado de origen reivindicar la posesión de aquellos que estime pertinente, y una jurisdicción extranjera podría ver con mayor simpatía y acceder a reconocer la propiedad del Estado de origen si la demanda fuese considerada como el ejercicio extraterritorial del *jus imperii*,<sup>24</sup> máxime si el Estado de destino posee una regla equivalente en lo que atañe a sus propios bienes culturales.

Por otra parte, el Estado de origen recurre con frecuencia a su legislación sobre exportación para impedir la sustracción de sus bienes culturales. Son observables al respecto diferentes grados de limitaciones según la naturaleza de los bienes culturales, así como la integración de elementos

<sup>23</sup> <http://www.5rb.com/case/attorney-general-of-new-zealand-v-ortiz/>.

<sup>24</sup> Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 73.

cuantitativos y cualitativos. Algunas legislaciones prohíben la exportación de bienes culturales por particulares, pero la permiten al propio Estado; otras someten la exportación al obsequio de una simple autorización. Los supuestos son de una gran variedad.

La exportación ilícita de un bien cultural podría fácilmente asimilarse a un robo, de tal suerte que en el extranjero un adquirente *a non domino* que fundase su derecho en la ley interna del foro o de cualquier otro lugar designado por la regla de conflicto tendría dificultades para comprobar su adquisición mediante un justo título.<sup>25</sup>

De igual forma el simple conocimiento del carácter ilícito de una exportación podría coadyuvar a determinar la buena o mala fe del adquirente con relación al derecho de propiedad del Estado de origen. En este caso la adquisición presentaría serios vicios de origen y el tercer adquirente *a non domino* difícilmente podría legitimar su título y oponerlo al Estado de origen.

En numerosos países, conforme a la legislación protectora interna, los bienes culturales considerados propiedad del Estado pueden estar en posesión de particulares. Se trata fundamentalmente de bienes culturales que revisten un interés arqueológico y que han sido descubiertos durante excavaciones arqueológicas ilícitas o clandestinas. Ese tipo de bienes se caracteriza por el hecho de que el Estado de origen es su propietario *ex lege* sin tener su posesión.

Este razonamiento ha sido objeto de múltiples críticas de la doctrina estadounidense, que consideraba que mediante la mera promulgación de una ley, y sin esfuerzos serios dominicales en su ámbito doméstico, el Estado de origen se convertía en propietario. Sin embargo, en el precedente *Mc Clain*,<sup>26</sup> que involucró bienes culturales precolombinos mexicanos, la corte reconoció que la declaración concerniente a la atribución de la propiedad era parte de la soberanía del Estado de origen,<sup>27</sup> en la misma forma en que la protección del tercer adquirente *a non domino* depende de reglas precisas dispuestas por los Estados de destino.

Conviene empero no concederle una exagerada importancia a la ausencia de posesión del Estado de origen de un bien cultural y juzgar que de esa ausencia se concluya que no es el propietario del bien, máxime que numerosas legislaciones consideran que la posesión no constituye el elemento más importante de la propiedad. En el precedente *Mc Clain*,<sup>28</sup> el juez estadouni-

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>26</sup> [http://www.ifar.org/case\\_summary.php?docid=1199995313](http://www.ifar.org/case_summary.php?docid=1199995313) N.

<sup>27</sup> Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 89.

<sup>28</sup> [http://www.ifar.org/case\\_summary.php?docid=1199995313](http://www.ifar.org/case_summary.php?docid=1199995313).

dense Wisdom determinó que la posesión no era una condición *sine qua non* de la propiedad ni en el sistema continental ni en el del *common law*.

La crítica de la literatura americana es excesiva, ya que existen argumentos fácticos y jurídicos que se le oponen. En efecto, en la práctica, del conjunto de bienes culturales ilícitamente exportados, el Estado de origen sólo puede reivindicar un número singularmente limitado; su derecho de propiedad *ex lege* le posibilita al menos reivindicar algunos bienes culturales relevantes. Como ha sucedido con frecuencia, el Estado de destino suele invocar la reserva de orden público.<sup>29</sup>

Pretender promover un argumento de un gran rigor formal en el contexto internacional, así como obligar al Estado de origen a conferir expresamente y en forma indubitable en su legislación interna el derecho de propiedad *ex lege*, no es muy acertado, para decir lo menos. Así, para continuar con la argumentación del precedente Mc Clain,<sup>30</sup> se sostuvo que el poder del Estado de origen de controlar sus bienes culturales en su territorio no constituía *per se* un título de propiedad; para ello basta una declaración expresa del Estado de origen desprovista de toda ambigüedad.

La doctrina ha considerado por consiguiente que en materia de tráfico de bienes culturales la noción de la pertenencia de un bien al patrimonio cultural nacional es admisible y podría constituir el elemento sustantivo para fundamentar la procedencia de la acción de reivindicación del Estado de origen.

La pertenencia de un bien al patrimonio cultural del Estado de origen, que no es más que el sometimiento del bien cultural a un régimen de protección específico previsto por su legislación interna, demuestra que el Estado de origen se atribuye un tipo de derecho *eminente*<sup>31</sup> sobre el bien cultural considerado. Una ley que atribuyese expresamente la propiedad de los bienes culturales al Estado de origen permitiría evitar el rechazo sistemático de la restitución de los objetos culturales, que se funda en argumentos estrictamente formales.

El interés general debe justificar la restitución de bienes culturales que tienen un valor nacional indiscutible con independencia del origen de la propiedad; su finalidad es clara: que el Estado de origen obtenga la restitución. Esa acción de restitución podría ser acompañada de un *derecho de preferencia por el tanto* del Estado sobre los bienes culturales ilícitamente exportados; en este

<sup>29</sup> Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 90.

<sup>30</sup> [http://www.ifar.org/case\\_summary.php?docid=1199995313](http://www.ifar.org/case_summary.php?docid=1199995313).

<sup>31</sup> Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 90.

caso, la restitución estaría estrechamente vinculada al registro del bien cultural en un inventario cuyo efecto principal sería el de una garantía.

Es desde ese enfoque que se deben analizar las disposiciones del artículo 5o. de la Convención de 1970, que previene lo siguiente:

Para asegurar la protección de sus bienes culturales contra la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas, los Estados Partes en la presente Convención se obligan a establecer en su territorio, en las condiciones apropiadas a cada país, uno o varios servicios de protección del patrimonio cultural, si esos servicios no existen aún, dotados de personal competente y en número suficiente para garantizar de manera eficaz las funciones que se indican a continuación:

a) contribuir a la preparación de los proyectos de textos legislativos y reglamentarios que permitan la protección del patrimonio cultural y de un modo especial la represión de las importaciones, exportaciones y transferencias de propiedad ilícitas de los bienes culturales importantes;

b) establecer y mantener al día, a partir de un inventario nacional de protección, la lista de los bienes culturales importantes, públicos y privados, cuya exportación constituiría un empobrecimiento considerable del patrimonio cultural nacional;

c) fomentar el desarrollo o la creación de las instituciones científicas y técnicas (museos, bibliotecas, archivos, laboratorios, talleres, etc.), necesarias para garantizar la conservación y la valorización de los bienes culturales;

d) organizar el control de las excavaciones arqueológicas, garantizar la conservación *in situ* de determinados bienes culturales y proteger ciertas zonas reservadas para futuras investigaciones arqueológicas;

e) dictar, con destino a las personas interesadas (directores de museos, coleccionistas, anticuarios, etc.), normas que se ajusten a los principios éticos formulados en la presente Convención y velar por el respeto de esas normas;

f) ejercer una acción educativa para estimular y desarrollar el respeto al patrimonio cultural de todos los Estados y difundir ampliamente las disposiciones de la presente Convención, [y]

g) velar por que se dé la publicidad apropiada a todo caso de desaparición de un bien cultural...

En el derecho nacional, como es el caso de México, en el ámbito del derecho público el Estado constantemente recurre a la expropiación de manera directa o mediante el empleo de mecanismos jurídicos que provocan los mismos efectos.

La restitución de bienes culturales es un procedimiento controvertido. Si en lo nacional reviste un alto grado de complejidad, se agravaría aún más tratándose del ámbito internacional, en donde la reivindicación de bienes culturales robados o ilícitamente exportados en poder de un poseedor de buena fe es aleatoria en virtud del elemento de la internacionalidad del delito, cuya tipicidad difiere notablemente de un Estado a otro.

Por ello, en la época en la que se inició la elaboración de la Convención de UNIDROIT se planteó la posibilidad, como en efecto ocurrió, de separar desde el principio el régimen de legalidad de los bienes culturales robados del régimen de los bienes culturales ilícitamente exportados.

Los Estados de origen sostenían la tesis de la restitución efectiva de los bienes culturales, para cuyo efecto recurrieron al *vínculo territorial*, que constituye un elemento novedoso en el derecho.

En la definición de sus bienes culturales, los Estados de origen invocan por lo regular dos criterios: el primero se refiere a la naturaleza del bien, y el segundo atañe precisamente al *vínculo territorial* existente entre el bien y el Estado de origen y que considera, entre otros elementos, el lugar del hallazgo y el de la creación.

En conjunción, con la protección del patrimonio cultural el vínculo territorial procura mantener el *status quo ante* del patrimonio cultural nacional. Esta nueva tendencia del DIP, aunada a la incertidumbre vinculada a la restitución efectiva de los bienes culturales, favoreció entre otras cosas la aprobación de la Convención de 1970. Es precisamente este instrumento el que va a intentar dar una solución al planteamiento delicado de la restitución efectiva de los bienes culturales.

Si bien el artículo 7-b.ii de esa Convención enuncia una obligación internacional esencial respecto a la protección de los bienes culturales, no proveía de ninguna base tan sólida como el principio de *vínculo territorial* del bien cultural. Acotaba su ámbito material de aplicación al adquirente de buena fe que se viera privado de un bien cultural, y al que, como consecuencia de la restitución y a título de compensación, se le asignaba una indemnización.

El artículo 7-b.ii fue considerado insuficiente por un gran número de Estados parte de la Convención de 1970, ya que alteraba sustancialmente los intereses del adquirente de buena fe; entre otros motivos porque no determinaba un plazo para la presentación de la reivindicación y su consecuente restitución. En este contexto, y valiéndose del párrafo d) del

artículo 13,<sup>32</sup> los Estados de origen podían hacer valer en su beneficio la ausencia de plazos para introducir la noción de imprescriptibilidad a su favor.

En la esfera internacional la noción de imprescriptibilidad es inaceptable. Esta afirmación carece de la contundencia que se le pretende dar por los Estados de destino; en esa forma debe entenderse que la imprescriptibilidad se pretende hacer prevalecer ahora respecto de los intereses del patrimonio cultural de la humanidad e incluso de aquellos bienes culturales de alto valor cultural.

Al margen de estas hipótesis aisladas, la imprescriptibilidad socava los fundamentos de los principios generales jurídicos del comercio internacional; postularla en una perspectiva internacional provocaría el rechazo inmediato de los Estados de destino de bienes culturales hacia cualquier texto que la incluyera, con lo cual se frustrarían todos los esfuerzos para redactar una convención internacional de reglas de derecho uniforme en la materia y ciertamente concluirían en un fracaso.<sup>33</sup>

Este análisis destaca que para el artículo 7-b.ii de la Convención de 1970, la práctica de un inventario nacional es un elemento importante en la metodología de protección del patrimonio cultural de la humanidad.

Las interrogantes anteriores derivaron en la necesidad de elaborar un instrumento internacional autónomo, cuyo objeto fuera la protección internacional de los bienes culturales, vehiculada por la uniformidad de normas de diferentes disciplinas jurídicas. Se estimó que la solución jurídica era la única opción para conciliar, dentro de la noción de protección internacional de los bienes culturales, las buenas intenciones, las medidas efectivas de los Estados de origen y las necesidades del comercio internacional; estas últimas resultaban ineludibles.

Parecía evidente que una convención internacional sólo podía aplicarse a transacciones que contuvieran un principio de internacionalidad y que

---

<sup>32</sup> El artículo 13 de la Convención de la UNESCO de 1970 dice: “Artículo 13: Los Estados Partes en la presente Convención se obligan además, con arreglo a lo dispuesto en la legislación de cada Estado: *a*) a impedir por todos los medios adecuados, las transferencias de propiedad de bienes culturales que tiendan a favorecer la importación o la exportación ilícitas de esos bienes; *b*) a hacer que sus servicios competentes colaboren para efectuar lo antes posible la restitución, a quien corresponda en derecho, de los bienes culturales exportados ilícitamente; *c*) a admitir una acción reivindicatoria de los bienes culturales perdidos o robados, ejercitada por sus propietarios legítimos o en nombre de los mismos; *d*) a reconocer, además, el derecho imprescriptible de cada Estado Parte en la presente Convención de clasificar y declarar inalienables determinados bienes culturales, de manera que no puedan ser exportados, y a facilitar su recuperación por el Estado interesado si lo hubieren sido”.

<sup>33</sup> Reichelt, Gerte, *op. cit.*, p. 140.

debía conservar en su integridad todas las reglas de derecho interno de protección de los bienes culturales.

En el análisis ha resultado cardinal singularizar algunas de las ideas debatidas durante los trabajos previos a la redacción de la Convención de UNIDROIT. Las soluciones propuestas debían ser coherentes y realistas si se pretendía llegar a una aceptación internacional de la Convención en formación. La solución dada a los problemas derivados de la adquisición de buena fe de bienes culturales *a non domino* no podía soslayar la necesidad de seguridad y certeza que requiere el comercio internacional del arte.

## 2. Los trabajos preparatorios. Las nuevas ideas

Los principios de la adquisición de buena fe de bienes culturales *a non domino* no deben ni pueden ignorar la necesidad de la seguridad jurídica de las transacciones jurídicas del arte.

En el derecho continental, aun cuando su reglamentación contiene un sinnúmero de variaciones, la buena fe sigue siendo un principio esencial del derecho civil, por lo que la redacción de un nuevo instrumento internacional debía conciliar, para ser aceptable, la protección del adquirente de buena fe *a non domino* con la restitución del bien cultural adquirido de buena fe.

Esa conciliación presupone la existencia de la protección de la adquisición de buena fe *a non domino* concebida como una forma de transmisión de propiedad. Pero para ser aceptable, debería circunscribirse al ámbito de los bienes culturales,<sup>34</sup> lo que conllevaba una vez más el dilema de determinar una definición o calificación de los bienes culturales.

La protección del adquirente de buena fe *a non domino* dio lugar a proposiciones diversas. Una de ellas postulaba la total negación de cualquier protección al adquirente de buena fe de bienes culturales, supuesto que ha sido aceptado en ciertos sistemas de legalidad, máxime cuando esos bienes culturales pertenecen al dominio público.

Se propuso también atemperar la protección del adquirente de buena fe *a non domino* mediante el levantamiento de un inventario de los bienes culturales. Sin embargo, el hecho de que en un extremo sólo unos sistemas legales prohíben o limitan la protección del adquirente de buena fe *a non domino*, y en el otro extremo otros le confieren una protección parcial o total, impedía alcanzar una protección realmente eficiente.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 92.

A lo anterior hay que agregar las diferentes concepciones acerca del principio de buena fe, del cual existen numerosas excepciones y limitaciones, incluso en los Estados que le confieren un efecto general.

Finalmente importaba también identificar si en los sistemas legales que admiten la protección del adquirente de buena fe *a non domino* era aceptable la restitución del bien o, en defecto de tal mecanismo, si existían posibilidades de incorporarlo sin alterar el principio de protección del adquirente de buena fe *a non domino*.

Las nuevas ideas debatidas durante los trabajos preparatorios de la Convención de UNIDROIT gravitaron en torno al derecho al pago y a un pretendido orden internacional público de bienes culturales. Esas discusiones permitieron llegar a ciertas conclusiones.

### A. *El derecho al pago*

El derecho al pago debe ser analizado desde diversos enfoques. En primer lugar cabe detallar el análisis de la noción de pago (la noción de pago) para concluir que la indemnización del adquirente de buena fe podría considerarse como una nueva forma de pago (la indemnización al adquirente de buena fe. Una nueva forma del derecho al pago).

#### a. La noción de pago

El pago es el modo normal de extinción del vínculo jurídico.<sup>35</sup> Las expectativas de las partes en el momento de la formación de ese vínculo consisten precisamente en el cumplimiento de lo convenido. Este es el elemento central de la noción de pago y el efecto deseado de las partes. El pago es la ejecución esperada de la obligación.

El vínculo de la obligación no es más que un mecanismo social de cooperación destinado a permitir el intercambio de bienes y de servicios entre las personas.<sup>36</sup> Toda obligación implica comportamientos cuya finalidad es la satisfacción y la obtención de intereses determinados y constituye, en un menor grado, un compromiso o una deuda para quien los asume. Las relaciones obligatorias son consecuentemente vínculos dinámicos mediante los cuales comportamientos programados o esperados deben adecuadamente convertirse en realidad.

<sup>35</sup> Carbonnier, Jean, *Droit civil. Les obligations*, 18a. ed., París, PUF, 1994, t. 4, p. 514.

<sup>36</sup> Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Introducción, *Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, vol. I, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 620.

En el fondo, la obligación no es más que un vínculo jurídico que sirve para convertir en realidad el proyecto de origen cuyo contenido es un comportamiento convenido en el acto constitutivo de la relación obligatoria. Por consiguiente, el pago es el acto de cumplimiento o de ejecución de una prestación debida en virtud de un vínculo obligatorio.

En última instancia el pago representa un acto de cumplimiento del deber jurídico que recae sobre el deudor y su consecuencia es la manera en que aquel tiene para liberarse de su obligación. El pago es la realización o la ejecución de la prestación debida, cualquiera que sea su naturaleza. Es un comportamiento del deudor adaptado al proyecto o programa establecido en el acto constitutivo de la relación obligatoria.

Todo pago constituye una prestación a favor de otra persona y determina la realización de una atribución patrimonial a favor y en beneficio de ella.<sup>37</sup> Es evidente que para que una prestación o una atribución puedan responder al calificativo de pago, su fundamento y su razón de ser deben encontrarse en un vínculo obligatorio previo y cumplirse por su conducto. La calificación de un acto como pago no sólo exige la intención de respetar un compromiso (*animus solvendi*), sino también un fundamento objetivo que consiste en la preexistencia de la obligación que ejecuta (*causa solvendi*). El pago en tanto tal es un acto que cumple con una función de solución y encuentra su causa en la existencia de una obligación previa.

En el momento del pago se pueden identificar dos elementos personales: el *solvens* y el *accipiens*, así como dos elementos materiales: el objeto del pago y las circunstancias en las que se efectúa.

En principio el deudor debe realizar el pago personalmente, pero, llegado el caso, puede ser remplazado por un tercero implicado o no en la relación jurídica de origen, que lleva implícito el aserto de que el tercero que realiza el pago puede o no tener un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

La legitimación del derecho de pagar es indiscutible. El pago por un tercero es un medio satisfactorio del crédito, pero no constituye un medio liberatorio del deudor. En este caso, se termina la obligación existente entre el acreedor y el deudor, pero se establece una relación entre el deudor y el *solvens* que se organiza de acuerdo al interés al pago del *solvens* y a la actitud del deudor hacia él.

El destinatario del pago es obviamente el acreedor (*accipiens*), que es el titular del crédito, tiene derecho a exigir el pago y es el que debe percibir la prestación que le satisfaga. El acreedor es en este caso la persona que, en el

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 640.

momento del pago, se encuentra en posesión del título de crédito. Se trata por lo tanto del acreedor actual, que puede ser el acreedor originario o la persona que adquirió posteriormente el derecho.

Para que el pago sea regular y plenamente liberatorio, es necesario el cumplimiento exacto del deber de prestación, así como la satisfacción del interés del acreedor. En suma, el pago efectuado por el deudor debe corresponder exactamente a lo que debe.

La identidad del objeto del pago presupone una adecuación entre la prestación prevista y la prestación realizada, de acuerdo con la naturaleza del objeto. El deudor debe ajustar la conducta prevista en la obligación o prestar la misma cosa. Debe realizar todo lo que se programó en la obligación y lo que derivase de ella.

Para que el pago sea regular, debe ajustarse a las condiciones de plazo y lugar previstas por el vínculo jurídico originario; debe por consiguiente ser puntual en el tiempo y en el espacio.

El pago integral de la deuda consiste en dar entera satisfacción al acreedor. Si es el deudor el que lo realiza, su consecuencia es la extinción de la deuda y de todos sus elementos y accesorios y la liberación del *solvens* y de las garantías personales.<sup>38</sup>

La originalidad del pago respecto al contrato es que se trata de un acto extintivo que no crea obligaciones. La realización del pago termina con la obligación de efectuarlo. Se trata por ende de un modo de extinción de la obligación mediante su realización.

El acto de pago incluye sin embargo una dualidad: es un acto de ejecución de una obligación, pero también el modo de extinción por excelencia de todas las obligaciones. Afirmar que el pago es un modo de ejecución equivale a decir que se trata de un acto cuya naturaleza está estrechamente vinculada a la de la obligación; afirmar que el pago es un modo de extinción de las obligaciones equivale a conferirle el efecto producido por la ejecución, la cual, sin importar su naturaleza, siempre libera al deudor de sus obligaciones.

La percepción del pago como ejecución de una obligación explica la gran diversidad de actos que se relacionan con él. Todo pago debe realizarse conforme al objeto de la deuda, y es la naturaleza de la deuda la que determina la naturaleza del acto que lo ejecuta.<sup>39</sup>

La ley dispone que la ejecución consista en darle satisfacción plena al *acipiens*. Es precisamente esta satisfacción con la ejecución de la prestación lo

<sup>38</sup> Terre, François *et al.*, *Droit civil. Les obligations*, 7a. ed., París, Dalloz, 1999, p. 1133.

<sup>39</sup> Catala, Nicole, *La nature juridique du paiement*, París, LGDJ, 1961, p. 330.

que provoca la extinción de la obligación. La extinción de la obligación no depende de la voluntad de las partes. El pago es un mecanismo objetivo en que un acto de ejecución cuya naturaleza varía según la deuda tiene como objeto la extinción de la obligación y darle plena satisfacción del *accipiens*, con total independencia de la voluntad de las partes.

*b. La indemnización al adquirente de buena fe.*

Una nueva forma del derecho al pago

Numerosos sistemas jurídicos le reconocen al adquirente de buena fe *a non domino* de bienes muebles un derecho al pago en caso de verse desprovisto del bien mueble.<sup>40</sup> Esas reglas pueden variar, pero generalmente el derecho al pago implica que el adquirente de buena fe pueda, en determinadas circunstancias y a cambio de la restitución, exigir una indemnización por el precio pagado.

El derecho al pago es una solución intermedia entre los dos extremos que constituyen por una parte el sistema legal que confiere una protección ilimitada al adquirente de buena fe *a non domino*, y por otra parte el que postula el rechazo a cualquier protección hacia él.

En esa forma el propietario originario no puede exigir la restitución al adquirente de buena fe *a non domino* sino mediante el reembolso del precio pagado. El derecho al pago permite asegurar un equilibrio entre los sistemas jurídicos que no reconocen la protección de la adquisición de buena fe y aquellos que sí la reconocen, pero de manera limitada; el derecho al pago no está necesariamente vinculado a la protección de la adquisición de buena fe.

Así *exempli gratia* el Código Civil italiano si bien dispone una protección absoluta del adquirente de buena fe *a non domino* no reconoce el derecho al pago. Otros ordenamientos civiles condicionan la restitución del bien a su propietario originario mediante el reembolso del precio de compra, en tanto que otros, que son los que únicamente protegen parcialmente la adquisición de buena fe *a non domino*, reconocen el derecho al pago y le confieren al propietario una acción de reivindicación contra el adquirente de buena fe.

El derecho al pago depende de la extensión de la protección que los diversos sistemas jurídicos le conceden a la adquisición de buena fe y cada sistema jurídico lo resuelve de diferente manera; algunos lo aplican a todos los bienes muebles adquiridos de buena fe y otros lo limitan a los bienes que tienen un valor afectivo.

<sup>40</sup> Reichelt, Gerte, *op. cit.*, p. 96.

La determinación del ámbito de aplicación del derecho al pago depende por lo tanto de los sistemas jurídicos, y dos aspectos son los que caracterizan sus efectos: en lo referente a los adquirentes ulteriores, ese derecho puede ser reconocido, como es el caso de Suiza, o excluido, como es el caso de Francia.<sup>41</sup>

El derecho al pago de los adquirentes ulteriores requiere que el adquirente precedente haya sido de buena fe y que su derecho al pago esté vigente. Pero ¿cómo determinar si el adquirente precedente puede transmitir su derecho al pago al siguiente adquirente? Y por otra parte ¿debe el monto de ese derecho calcularse sobre la base del precio pagado en la primera adquisición o conforme a la adquisición ulterior?

Estas interrogantes de respuestas complejas y variadas explican cómo numerosos sistemas legales acotan el derecho al pago al primer adquirente de buena fe *a non domino*.

El derecho mexicano limita exclusivamente este efecto al primer adquirente de buena fe *a non domino*; las disposiciones del artículo 799 del Código Civil Federal son categóricas:

El poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fe que lo haya adquirido en almoneda o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin reembolsar al poseedor el precio que hubiere pagado por la cosa. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor...

El cambio de la ley aplicable merece también un análisis: Cuando un bien adquirido de buena fe es transferido de un país a otro, pasa de una jurisdicción a otra y, por ende, de una ley aplicable a otra.

Esas diferentes leyes aplicables son susceptibles de contener reglas que pueden incluso llegar a oponerse al derecho al pago. Se sugirió en un principio declarar la validez del pago si la ley aplicable del lugar de la primera adquisición admitía el derecho al pago, aun cuando los sistemas legales sucesivos no lo hicieran, a menos que normas relevantes de los sistemas jurídicos se opusieran al reconocimiento de ese derecho.<sup>42</sup>

El derecho al pago es un elemento capital en la protección de los bienes culturales, y la instauración de la restitución como mecanismo propio de la protección internacional de los bienes culturales podría eliminar, o al menos atemperar, los efectos negativos inherentes a los sistemas legales que admiten el principio de adquisición de buena fe *a non domino*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>42</sup> *Idem*.

Es cierto que, al momento de la transmisión de propiedad, el mecanismo del derecho al pago facilita la restitución al propietario originario del bien robado, perdido o desaparecido y, por extensión, la restitución del bien cultural en contrapartida del pago del precio de compra, pero incrementa también el riesgo para el primer adquirente, así como para los subsecuentes, de ser desposeído del bien.

El derecho al pago permite extender las acciones judiciales del propietario originario porque él puede obtener la restitución de un bien cultural por otros medios que el de la acción de reivindicación; posibilita igualmente la restitución de un bien cultural adquirido de buena fe aun en los casos en que su desplazamiento implique un cambio de la legislación aplicable.

Sin embargo, es demasiado pretencioso intentar obtener su aceptación internacional, incluso por parte de los sistemas jurídicos que lo consideran como un riesgo a la seguridad y a los intereses del comercio internacional de arte. Para tener una mayor posibilidad de aceptación en el ámbito internacional, este derecho al pago debería acotarse a los bienes culturales.

La importancia creciente que se le ha dado a esos bienes justifica un estatuto de excepción. Hasta entonces su protección sólo tenía como referencia legal la Convención de 1970 y, en el ámbito nacional, normas de derecho público como son las leyes de exportación.

En el ámbito del derecho privado, y al margen de la distinción tradicional entre bienes materiales e inmateriales, se impulsó una nueva noción de bienes culturales como categoría jurídica propia, *sui generis*, con efectos jurídicos exclusivos. Se requería de una definición del bien cultural que permitiese dar consistencia al derecho al pago en casos de adquisición de buena fe de bienes culturales; de la misma manera, las nociones de reivindicación, dación en pago, prescripción adquisitiva y adquisición de buena fe debían ser adaptadas a esa nueva categoría de bienes.

El derecho al pago está sin embargo circunscrito al derecho de compra, el cual se limita al propietario originario. Éste deberá hacer valer su derecho a la restitución en un plazo determinado, y es únicamente en el transcurso de este plazo que el derecho al pago del adquirente podrá ser invocado.

Durante ese plazo, un derecho de retención del bien debe existir hasta la realización del pago del precio de compra. La duración de dicho término varía según los sistemas, pero se estimó que por razones evidentes de seguridad jurídica debía ser breve, aun cuando es obvio que el ánimo de la protección de los bienes culturales favorecería plazos tan extensos como fuera posible.

En conclusión, el derecho al pago constituye un mecanismo propio de los sistemas de derecho que le confieren este derecho al tercer adquirente de buena fe *a non domino* en los ámbitos nacionales e internacional privado. Revistió por lo tanto una gran importancia su incorporación a un instrumento internacional de derecho uniforme a efecto de obtener la restitución de los bienes culturales, en especial en sistemas que rechazan esta restitución en consideración de la protección del adquirente de buena fe y con ello se hizo plausible la restitución de bienes culturales.

### B. *El orden público internacional de los bienes culturales y sus posibilidades*

Para la eventual restitución de los bienes culturales, se contempló también la posibilidad de admitir la aplicación de leyes de orden público en el DIP a fin de transformar el orden público internacional en un instrumento eficaz de protección de los bienes culturales. Actualmente, en esta materia el DIP tiende a desarrollar un orden público internacional, y su aceptación podría ejercer cierta influencia en el combate contra el tráfico ilícito dentro del comercio internacional del arte, con independencia de las políticas culturales nacionales implementadas.<sup>43</sup>

Conviene precisar que las normas de orden público no se aplicarían al DIP en lo general; para ello debería considerarse la influencia creciente de las normas imperativas de derecho público sobre el privado, en particular en lo que respecta a los contratos internacionales.

Esas normas responden a tres referencias específicas. En primer lugar, puede tratarse de normas imperativas de la ley elegida por las partes o de la ley normalmente aplicada al contrato; en segundo lugar, podrían ser también las normas imperativas de la *lex fori*, que se oponen a las extranjeras que rigen el contrato, o finalmente, en tercer lugar, puede hacerse referencia a normas de una ley que no sean ni las de la *lex fori* ni las de la ley elegida por las partes, ni las que rigen normalmente el contrato.

Es precisamente esa última categoría de normas la que atañe a la protección internacional de los bienes culturales, y al respecto se pueden considerar dos *points de rattachement*: la ley que rige el contrato y la que elabora un *point de rattachement* específico.

Una buena parte de la literatura especializada se inclina por la aplicación a los bienes culturales del último criterio;<sup>44</sup> pero para que esto sea posi-

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> *Idem.*

ble es menester que el Estado de destino manifieste su voluntad de aplicar la ley de orden público extranjero; que igualmente exista un vínculo estrecho entre esta ley imperativa extranjera y la situación considerada y, finalmente, que la ley imperativa extranjera no sea contraria al orden público nacional del Estado de destino.

En un inicio, la doctrina consideró a ese *point de rattachement* específico de manera general y lo orientó luego sobre decisiones más concretas, pero siempre en un contexto de política económica. Finalmente, no fue sino recientemente cuando se consideró que la ley imperativa extranjera podría, entre otras cosas, servir a la protección del consumidor. Esto estimuló el debate en torno a la aplicación de normas de derecho público en el ámbito del DIP. En la medida en la que se introducen nuevas situaciones sociopolíticas en el derecho privado, el horizonte de aplicación de las leyes imperativas extranjeras tiende a ampliarse. Con esta misma tendencia se generó una nueva categoría de leyes imperativas extranjeras que se aplican en el interés de la protección de los bienes culturales.

En el análisis de ese nuevo orden internacional cultural, es preciso considerar tres aspectos: en primer término desarrollará el *point de rattachement* específico que existe para los bienes culturales (*el point de rattachement* específico y los bienes culturales. Una nueva perspectiva); posteriormente el punto de contacto especial en función de la regla tradicional conflictual, o sea la *lex rei sitae* (*el Point de rattachement* específico y la regla *lex rei sitae*) y, finalmente, la práctica jurisdiccional en este contexto (la práctica jurisdiccional).

*a. Point de rattachement* específico y los bienes culturales.

Una nueva perspectiva

El *point de rattachement* específico es un mecanismo que se integra a la evolución actual y se incorpora a la metodología del DIP, que tiende a flexibilizar la aplicación de la regla conflictual clásica. Ese punto de contacto cultural especial permite la aplicación por el juez de una ley extranjera que considera competente en la substanciación de una controversia y descarta el *point de rattachement* ordinario del tribunal.

La tesis del contacto especial tiene su origen en la Alemania de la posguerra y sostiene que algunas reglas imperativas no previstas en la ley que rige el contrato pueden sin embargo alterarlo. La idea de que la ley imperativa de un orden jurídico no mencionado por la regla de conflicto pudiera intervenir en las relaciones contractuales, en particular en el ánimo de la voluntad de las partes, fue desarrollado por la doctrina, la jurisprudencia y

la legislación de algunos países, en tanto que la noción de *point de rattachement* específico se acotó al ámbito de los contratos internacionales.

La idea que gobierna ese *point de rattachement* específico es la que sostiene que, en un espíritu de cooperación nacional, la ley imperativa, importante para un Estado soberano y vigente en dicho Estado, podía ser tomada en cuenta por el juez del foro, pero exclusivamente en casos específicos y en los que no sería normalmente aplicable.

En materia de bienes culturales se podría considerar ese *point de rattachement* específico en el marco de una acción de reivindicación incoada por el Estado de origen, pero únicamente en casos excepcionales, y su aplicación estaría sujeta a ciertas limitaciones.

En primer término, el *point de rattachement* específico únicamente podría concebirse como una excepción al *point de rattachement* ordinario y sólo en casos en que los intereses legítimos y manifiestamente preponderantes de los bienes culturales así lo exigiesen. Luego, el Estado de destino debería manifestar su intención de aplicar la legislación extranjera protectora de los bienes culturales, y la decisión de aplicarla dependería de sus consecuencias e intención.

Por lo tanto, se debería tomar en cuenta la finalidad perseguida por la ley imperativa extranjera protectora de los bienes culturales y de las consecuencias de su aplicación. El juez del foro podría retener las leyes imperativas extranjeras que tuviesen intenciones aceptables, como lo es la de la protección del patrimonio nacional, y rechazar las disposiciones discriminatorias o francamente expoliadoras de bienes culturales.<sup>45</sup>

*b. El point de rattachement específico  
y la regla lex rei sitae*

Conviene precisar que el vínculo territorial cultural constituye una franca excepción a la *lex rei sitae*. La literatura ha identificado dos tipos de excepción a esta regla conflictual:

La primera excepción elimina la regla de conflicto normalmente aplicable cuando ésta no designa a la ley interna en presencia que mantiene los lazos territoriales u otros más estrechos con la situación internacional que se trata de reglamentar. En otros términos, el orden jurídico aplicable no representa el centro de gravedad de la situación internacional conforme a la regla de contacto.

<sup>45</sup> Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 164.

La regla conflictual tradicional no alude a la ubicación de la situación internacional. Esa carencia tiene diferentes alcances: puede ser general y tender a la creación de una nueva regla conflictual que resolviera situaciones de una misma naturaleza, o sólo consideraría el *point de rattachement* específico de un caso en concreto.

El vínculo territorial cultural evidencia la insuficiencia de la regla conflictual tradicional, en especial en el ámbito de los bienes culturales, entre la adquisición *a non domino* de un bien cultural robado y la regla *lex rei sitae* normalmente aplicable, y posibilita invocar una excepción a esta regla de conflicto.

La derogación al punto de contacto tradicional se fundaría en la existencia de vínculos territoriales preponderantes entre la adquisición *a non domino* y otra ley en presencia, como *exempli gratia* la legislación protectora del Estado de origen. Esa ley es a la vez la del lugar de la comisión del robo, o sea la vigente en el lugar de la comisión del acto ilícito, la del lugar del domicilio del propietario originario desposeído, que bien pudiera ser el Estado de origen, y la ley del lugar de adquisición de un título válido por el propietario originario.

La segunda excepción a la regla de conflicto tradicional deriva de la necesidad de una cooperación internacional, y en este orden la argumentación difiere sustancialmente. Se trata aquí de admitir un contacto especial para dar efecto a la ley extranjera que se desea aplicar a la situación internacional en cuestión. Así, en la reivindicación de un bien cultural se aplicaría la ley interna del país de origen, con la intención de tener en cuenta su voluntad de proteger su patrimonio cultural, pero sin por ello sostener que la legislación protectora de bienes culturales mantiene vínculos más estrechos con la adquisición *a non domino* que la regla *lex rei sitae* en el momento de la adquisición.<sup>46</sup>

### c. La práctica jurisdiccional

En materia de bienes muebles culturales robados los precedentes jurisdiccionales evocados, que retomamos ahora en una perspectiva diferente y que contienen en este orden otros elementos de análisis, contribuyen en forma sustantiva a la construcción del debate e ilustran con claridad las ideas anteriores.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 141.

En el precedente *Kunstsammlungen zu Weimar vs. Elicofon*,<sup>47</sup> la corte federal del Distrito de Nueva York que conoció del caso resolvió aplicar la regla *lex rei sitae* como *point de rattachement*. El relato de los hechos es el siguiente; el señor Edward Elicofon adquirió dos pinturas de un soldado americano en 1946. Estas pinturas eran atribuidas al pintor alemán Albrecht Dürer, que evocaban los retratos de Hans y Felicitas Tucher. Elicofon ignoraba su identidad. En 1966 descubrió que eran de Dürer, pertenecientes al Museo Weimar y que habían sido robadas poco después de la Segunda Guerra Mundial del Castillo Schwarzburg ocupado por las tropas estadounidenses. Este robo fue debidamente documentado ante las autoridades estadounidenses después de la Guerra y debidamente publicadas en un libro de pinturas robadas y desaparecidas de los museos alemanes. Elicofon, ya con pleno conocimiento de causa, se negó a restituirlas y su pronunciamiento fue publicado en primera página por el *New York Times*. En 1969, la entonces República Federal de Alemania, el Museo Weimar y la Gran Duquesa de Sajonia demandaron a Elicofon la restitución de las obras de Dürer. Al final de un proceso complejo, la Corte determine que Elicofon debía de restituir las obras, ya que se había acreditado que habían sido robadas del Museo de Weimar en 1945 y que por lo tanto éste último era el legítimo propietario. La Corte desestimó el argumento central de Elicofon que consistía en que el título de un bien robado, conforme al derecho alemán, puede ser transferido a un adquirente de buena fe *a non domino*.

En efecto, el señor Elicofon había invocado su justo título, de acuerdo al derecho vigente en Alemania, donde se perpetró el robo. La misma corte determinó que conforme a las reglas de conflicto del estado de Nueva York en materia de adquisición de buena fe, el derecho alemán no era aplicable; antes bien, ya que el señor Elicofon había adquirido las pinturas en esa localidad, se debía aplicar la regla *lex rei sitae*, en la especie la ley del estado de Nueva York.

Sorprendentemente, y aun cuando haya llegado a la conclusión de que dicha regla guardaba la relación más significativa con la adquisición del señor Elicofon, la corte exploró la posibilidad de establecer si el robo podía desplazar el punto de convergencia de la adquisición, en cuyo caso el orden jurídico alemán hubiese sido aplicable y el lugar de la comisión del delito hubiese desplazado la regla *lex rei sitae*.

De acuerdo con las leyes de Nueva York, el señor Elicofon no adquirió un título válido sobre los cuadros y que pudiese oponer a la reivindicación

---

<sup>47</sup> <http://www.commartrecovery.org/docs/InternationalFoundationforArtResearchSummaryKunstsammlungen.pdf>.

de los actores. Adicionalmente, el plazo relativo a la prescripción de la acción de reivindicación no empezaba a transcurrir sino a partir de la fecha del descubrimiento del adquirente; los 20 años de posesión de buena fe del señor Elicofon no podían por lo tanto oponerse a la acción del museo alemán. Para la corte los esfuerzos constantes y diligentes del Museo de Weimar, evidenciaban su propiedad y habían interrumpido la prescripción.

En el mismo contexto es de mencionarse el ya citado caso *Winkworth vs. Christie, Manson & Woods Ltd. et al.* en el cual el juez inglés Slade rechazó la aplicación de la ley inglesa para aplicar la regla de conflicto tradicional, como es la *lex rei sitae*, en la especie el derecho italiano.<sup>48</sup>

Los elementos de convicción que se contienen en esas dos decisiones demuestran que ni el tribunal inglés ni el estadounidense se apartaron de la *lex rei sitae*. Los resultados fueron sin embargo diferentes, y si la *lex rei sitae* sirvió de *point de rattachement* en los dos casos, en el primero fue en beneficio del propietario desposeído, mientras que en el segundo se favoreció el adquirente de buena fe *a non domino*. Esa divergencia de resultados ilustra bien la *neutralidad* de la regla conflictual tradicional.

En ambos precedentes el vínculo de la adquisición de un objeto robado con la regla *lex rei sitae* fue determinante; en los dos casos existían fuertes vínculos entre las transacciones y otro orden jurídico, y ambos demuestran el carácter imprevisible que ese *point de rattachement* genera para el propietario originario desposeído y resaltan los diversos vínculos existentes con la ley del lugar de la comisión del robo.<sup>49</sup>

No debe soslayarse que si *a priori* la regla *lex rei sitae* no favorece ni al adquirente de buena fe ni al propietario originario, ya que la protección se deja al azar del derecho interno, la aplicación de la regla de conflicto tradicional da un carácter fortuito al resultado material, mientras que la admisión del vínculo con la ley del lugar de la comisión del robo de un bien cultural reivindicado por un Estado de origen le da un carácter sustancial a la regla de conflicto.

Un *point de rattachement* de tal naturaleza conduciría a la aplicación sistemática de la legislación protectora de los bienes culturales de los países de origen. Sin embargo, esas legislaciones con frecuencia prevén la imprescriptibilidad e inalienabilidad de los bienes culturales y el rechazo a la indemnización del adquirente de buena fe, por lo que su aplicación como *point de rattachement* debilitaría la certidumbre indispensable para las reglas de comercio, situación que es totalmente inaceptable para los países de destino.

<sup>48</sup> <http://swarb.co.uk/winkworth-v-christie-manson-woods-ltd-chd-1980/>.

<sup>49</sup> Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 150.

La conclusión era evidente y hacía propicia la redacción de reglas de derecho uniforme en materia de adquisición *a non domino* de bienes culturales provenientes del tráfico ilícito. En el ámbito internacional la discusión favorecía la adopción de un instrumento de esa naturaleza, lo cual suponía que la discusión de una Convención como la de UNIDROIT era inminente.

Un último precedente debe considerarse en esta perspectiva de la práctica jurisdiccional: *Ville de Genève et Fondation Abegg vs. Consorts Margail*,<sup>50</sup> conocido como *Fresques de Casenoves*,<sup>51</sup> que se pronuncia sobre los bienes culturales considerados como inmuebles por destino. La relatoría de los hechos evoca que el restaurador suizo Marcel Simon había desarrollado una técnica para desprender frescos de las paredes. En el año de 1954 con el empleo de ella fueron desprendidos de una pequeña capilla en Casenove, Roussillon, Francia, unos frescos que databan del siglo XI, en uno de los cuales se representaba la Adoración de los Reyes Magos. Estos frescos entraron de inmediato en la clandestinidad y fueron exportados ilícitamente a Suiza, en donde tiempo después fueron adquiridos por la colección Werner Abegg, radicada en el Cantón de Berna y el Museo del Cantón de Ginebra.

La corte de apelación de Montpellier que conoció del caso tuvo que pronunciarse a favor de la competencia internacional de los tribunales franceses requeridos a título de *forum rei*<sup>52</sup> y sostuvo el criterio que debía prevalecer era el de la inmovilidad de esos frescos, aun cuando los bienes culturales muebles robados se encontraban en Suiza, el tribunal francés los calificó de inmuebles por destino. Esa calificación permitía una ubicación jurídica, aunque ficticia, de los frescos en el lugar inicial de su situación, o sea la capilla de donde provenían. La intención del tribunal de Montpellier era obvia y consistente en cuanto a la protección del patrimonio cultural francés.

La crítica que se ha hecho a esa decisión es que la calificación de un bien corporal cultural como mueble o inmueble debe resolverse mediante la regla *lex rei sitae*, que es la ley del lugar de la situación física del bien y no por la *lex fori*; en este precedente la tesis que debía prevalecer consistía en la movilidad del bien, sobre la tesis de la ficción sostenida para la corte francesa.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Resolución de la Cour d'appel de Montpellier del 18 de diciembre de 1984, Recueil Dalloz Sirey, 1985, p. 208. Nota de Jean Maury.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 143.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 145.

#### D. *Consideraciones finales*

Para que una ley imperativa de esa nueva especie se aplique a los bienes culturales es necesario el pronunciamiento del interés público por una voluntad específica del Estado que creó precisamente esas normas imperativas.

La mera aplicación de las leyes imperativas no era lo suficientemente precisa, como tampoco lo eran los criterios generales que la regularían. De ahí que se considerara que la protección internacional de los bienes culturales y la seguridad de su comercio legítimo exigían la creación de una ley imperativa internacional especial. Este tipo de normas serían aplicables con independencia de la ley normalmente aplicable; su ejecución crearía una nueva base jurídica para la restitución de los bienes culturales al país de origen y obligaría al juez a calificar los diversos intereses en presencia, así como sus efectos relativos.

En virtud de que se trataba de una nueva especie de ley imperativa internacional, se deberían en primer lugar referenciar los criterios habitualmente exigidos por el DIP, según los cuales le pertenece al Estado del foro manifestar su voluntad de aplicar la ley imperativa; debería existir un vínculo entre ésta última y la situación considerada; y, finalmente, la ley imperativa internacional no debería ser contraria al orden público nacional.

En lo referente a ese último punto, se debería tener una noción más rigurosa del orden público internacional y no sólo del nacional. Más aún, para la protección de los bienes culturales debería tomarse en consideración el precepto enunciado en la ley federal suiza sobre el DIP, que prevé lo siguiente: "...hay que tomar en cuenta las intenciones de la ley imperativa y las consecuencias que tendría su aplicación para llegar a una decisión adecuada".<sup>54</sup>

El argumento técnico que milita a favor de esta solución consiste en introducir un *point de rattachement* específico imperativo para la protección internacional de los bienes culturales que desarrolló la tesis que se contiene en el artículo 7o. de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Artículo 19 de la Ley federal suiza del 18 de diciembre de 1987 sobre el derecho internacional privado que entró en vigor el 1 de enero de 1989.

<sup>55</sup> El artículo 7o. de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales a la letra dice: 1.- Lors de l'application, en vertu de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure

Esa tendencia en la aplicación de la ley imperativa especial, vigente en el ámbito internacional, debería servir de criterio universal para determinar cuáles son los bienes culturales que están sujetos al régimen de *res commercium* y cuáles al de *res extra commercium*.

La propuesta de principio que conforme a las reglas del DIP postulaba un nuevo punto de contacto especial para el reconocimiento de la ley imperativa en el ámbito de la protección internacional de los bienes culturales que facilitaría su eventual restitución a sus países de origen fue vigorosamente defendida durante la elaboración de la Convención de UNIDROIT.

### III. LA ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN DE UNIDROIT

El análisis de la Convención de UNIDROIT se iniciará con la determinación de su ámbito de aplicación; posteriormente se desarrollará sobre los dos grandes ejes que determinan esa estructura: la restitución de los bienes culturales robados y la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados.

#### 1. *Su ámbito de aplicación*

En primer término debe determinarse el ámbito material de validez de esa Convención, el cual debe acotarse a controversias de carácter internacional, puesto que las de orden interno deben seguir siendo de la competencia soberana de cada Estado.

---

où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. 2.- Les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. En este mismo sentido puede entenderse el artículo 34 de la Ley alemana del 27 de julio de 1986 sobre el derecho internacional privado, que prevé: La présente sous-section ne pourra porter atteinte à l'application des dispositions du droit allemand qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. Finalmente se da cuenta, por su importancia, del texto íntegro del artículo 19 de la Ley Federal Suiza sobre el DIP, que dispone lo siguiente: 1.- Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. 2.- Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit.

La Convención de 1970 es relativa al robo y a la exportación ilícita de bienes culturales en general. Las sesiones de trabajo dedicado a su elaboración estuvieron impregnadas de múltiples cuestionamientos por parte de los Estados miembros, que tenían sistemas de legalidad diferentes, e incluso contradictorios, con una orientación muy definida respecto a los sistemas de derechos privado e internacional privado. Algunos sistemas de legalidad protegían al adquirente de buena fe, en tanto que otros no admitían ningún título legítimo en el tráfico ilícito de bienes robados. Sin embargo, igualmente se podía constatar perfectamente que en la solución de la compraventa de bienes culturales corporales esa divergencia legal no hacía más que favorecer a los traficantes de bienes culturales, en detrimento tanto de los propietarios legítimos como de la protección del patrimonio cultural de los Estados.

Este problema, que le concernía estrictamente al derecho privado, no podía resolverse en el marco de la UNESCO, porque esa organización no tiene la vocación para desarrollar reglas uniformes que deban adoptar en su oportunidad los derechos nacionales. Fue así como, a principios de la década de los ochenta, en consideración a los trabajos realizados por UNIDROIT contenidos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la Adquisición de Buena Fe de Objetos Mobiliarios Corporales (conocida como la LUAB), la UNESCO le solicitó la realización de varios estudios que tuviesen como objeto la redacción de reglas uniformes en materia de protección de los bienes culturales.

La Convención de 1970, que es un instrumento de derecho público elaborado bajo los auspicios de la UNESCO, provocaba consecuencias de legalidad controversiales, en especial las que derivaban de su artículo 7-b. ii. Ese precepto, referente al robo y a la exportación ilícita de bienes culturales, y en particular a su restitución aun cuando se encontrasen en posesión de un adquirente de buena fe, no prevé ningún plazo para la presentación de la demanda de restitución, pero otorga una indemnización en favor del adquirente de buena fe.

Las consecuencias de su artículo 7-bii suscitaron obviamente una grave inquietud en los países de destino de los bienes culturales, entre otras razones porque alteraba las reglas de protección del adquirente de buena fe; esta es una de las razones más relevantes que motivaron los primeros trabajos de UNIDROIT.

Este organismo se propuso redactar normas de derecho uniforme que permitieran resolver el conflicto que opone a una persona desposeída de un bien cultural como secuela de un robo o de una importación ilícita, y que puede por lo tanto pretender la legitimidad de la recuperación, con una

persona que hubiese adquirido el mismo bien de buena fe *a non domino* e intentase hacer valer su derecho.

En materia de robo, el problema fundamental es precisamente el conflicto que opone a un individuo generalmente propietario de un bien cultural del que se ha visto desposeído, a un adquirente de buena fe *a non domino*. Este supuesto reviste una mayor complejidad cuando cada parte se encuentra en un país distinto; cada país tiene un sistema de legalidad propio en el que la protección del adquirente de buena fe está sujeta a criterios muy diversos.

El tema de la exportación ilícita de bienes culturales concierne a la transgresión de las reglas internas de los países de origen. También participan de esta complejidad las limitaciones territoriales de las leyes nacionales, el desconocimiento en los países de destino de las normas de la materia que rigen en los países de origen, y la enorme dificultad generada por la aplicación de leyes imperativas extranjeras en foros diferentes. La anterior enunciación no tiene otro propósito que dar una idea de la complejidad del problema.

Al concluirse los trabajos preliminares de UNIDROIT, la UNESCO rechazó la posibilidad de elaborar un nuevo instrumento internacional que tratase aspectos de derecho privado en la protección internacional de los bienes culturales.

Por su parte UNIDROIT estimó oportuno redactar reglas uniformes relativas a la protección internacional de los bienes culturales, y en junio de 1995, al término de una conferencia diplomática *ad hoc*, sus trabajos desembocaron en la aprobación de la Convención de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o ilícitamente exportados.

El derecho comparado recurre con frecuencia al método funcional, y es éste el que la Convención de UNIDROIT se propuso adoptar para su elaboración. En consecuencia, el primer paso fue identificar y analizar las funciones equivalentes presentes en los distintos sistemas de derecho y cuya finalidad era la protección de los bienes culturales.

El derecho comparado funcional debe hacer abstracción del dogmatismo nacional para converger hacia principios de protección internacional de los bienes culturales, y es desde esta óptica que se logró articular un nuevo sistema jurídico que se enfocara a las necesidades reales de la protección de los bienes culturales. Es asimismo la primera ocasión que una convención internacional trata simultáneamente materias de derecho privado y de derecho público en la solución de problemas relativos a ese tipo de protección.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Reichelt, Gerte, “Die UNIDROIT-Konvention 1995 über gestohlene oder unerlaubt ausgeführte Kulturgüter- Grundzüge und Zielsetzungen”, *Neues Recht zum Schutz von Kulturgut. Internationales Kulturgüterschutz*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1997, p. 60.

Esta convención internacional es la síntesis de dos posturas radicalmente opuestas. En un extremo se encuentran los partidarios del libre comercio, quienes insisten en sus ventajas económicas y culturales y alegan que el comercio permite a todas las naciones acceder al patrimonio cultural de la humanidad, lo que alienta el diálogo entre las culturales nacionales. El diálogo cultural favorece a su vez el entendimiento entre las naciones, el cual es propicio para la paz.

En el otro extremo, favorable a una política restrictiva y al nacionalismo cultural, se hallan los que se interesan más bien en la conservación de los bienes culturales en el territorio de los países de origen y apoyan la restitución de los bienes culturales desplazados.

En cualquier evento no hace falta demostrar la existencia en el mercado internacional de una grave distorsión. El fenómeno de la globalización ocasiona la permeabilidad de las fronteras y el nacimiento de nuevos mercados, y suscita paralelamente la aparición de convenciones y acuerdos internacionales bilaterales, regionales y universales que procuran introducir reglas adecuadas para regular los mercados; pero si analizamos los resultados, éstos no resultan muy satisfactorios.

En la Convención de UNIDROIT podemos identificar varios principios, entre ellos el de la restitución calificada de los bienes culturales, el cual consiste en su restitución por parte de su poseedor actual, fuese este el último adquirente del bien, a efectos de restablecer el *statu quo ante*. En lo que atañe al principio de la prueba indirecta de la buena fe, está previsto como una condición previa al derecho de indemnización.

En la protección internacional de los bienes culturales el análisis del adquirente de buena fe *a non domino* es determinante. La experiencia de la LUAB de 1974 demostró que convenía reglamentar sólo las consecuencias de legalidad de la adquisición. Los criterios jurídicos empleados en esa época permitieron el reconocimiento indirecto de la buena fe del adquirente en el momento de la adquisición de bienes culturales, y es también a partir de entonces cuando se articula el derecho a la indemnización, pero solamente a quien pudiera acreditar que su conducta estuvo gobernada por la buena fe.

El principio general de la restitución prevé como condición previa del derecho a la indemnización que se actuó de buena fe, y el *onus probandi* de la buena fe incumbe al adquirente del bien. Esa obligación del adquirente de demostrar su buena fe consolida la protección internacional de los bienes culturales y provoca efectos preventivos.

La restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados debe ser entendida como una restitución calificada y, como tal, debe responder a criterios determinados. Esa restitución calificada implica una regla cultural de *point de rattachement* funcional. Sus antecedentes pueden ser identificados en dos de precedentes el de *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso*, a cargo de un tribunal de Turín<sup>57</sup> y uno resuelto en la última instancia jurisdiccional, el *Bürgerliches Gerichts Hof (BGH)* alemán.<sup>58</sup>

En este último conviene tener presentes los hechos que originaron las controversias y sus elementos de análisis.<sup>59</sup> Una compañía nigeriana de exportación contrató con una compañía alemana el seguro de transporte hacia Alemania de tres cajas que contenían bienes culturales nigerianos de gran valor, entre ellos varias estatuas de bronce y máscaras africanas.

Esa exportación era ilícita, puesto que contrariaba la legislación de exportación nigeriana. Algunas de esas estatuas desaparecieron durante el trayecto, por lo que la compañía nigeriana reclamó a la aseguradora el pago de las indemnizaciones acordadas. El BGH estimó que las normas de derecho común alemán no podían aplicarse si al hacerlo se vulneraba el principio de protección del patrimonio cultural de los Estados. El beneficio del derecho común alemán quedaba excluido, ya que el marco de legalidad de la Convención de 1970 preveía un orden jurídico regulador del tráfico ilícito de los bienes culturales sustentado en las respectivas leyes de exportación de los Estados. En virtud de que el acto jurídico que motivó el contrato con la aseguradora transgredía la ley de exportación nigeriana de bienes culturales, el BGH declaró su invalidez y la consecuente improcedencia del pago del seguro.

El precedente *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso*,<sup>60</sup> el cual se ha analizado en párrafos anteriores, es similar. Como se ha dado cuenta aquí, entre 1972 y 1975 Danusso introdujo de manera ilegal a Italia piezas precolombinas de alto valor. Ecuador demandó su restitución en el lugar donde aquel los introdujo en forma igualmente ilícita. El tribunal de Turín obsequió la restitución de esos bienes a Ecuador con base en la transgresión de la legislación de ese país, que determina que ese tipo de bienes pertenecen al patrimonio cultural de Ecuador. Ambos casos evidenciaban la urgencia de establecer una norma cultural internacional de *point de rattachement*.

<sup>57</sup> Tribunale di Torino 25.3.1982, *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso e altri*, 18 *Rivista de Diritto internazionale privato e procesuale*, 1982,625.631.

<sup>58</sup> <https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGH/212-1972%2006%2022-U.pdf>.

<sup>59</sup> *Idem*.

<sup>60</sup> Tribunale di Torino 25.3.1982, *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso e altri*, 18 *Rivista de Diritto internazionale privato e procesuale*, 1982,625.631.

La Convención de UNIDROIT prevé la restitución de los bienes culturales pero la somete a varios requisitos. Uno de los criterios exigidos atañe a la importancia que revista el bien para el Estado requirente, al cual le incumbe demostrarla. Esa norma cultural de *point de rattachement* representa uno de los grandes avances de la Convención de UNIDROIT.

#### A. *Determinación de su ámbito de aplicación*

El ámbito material de validez de la Convención de UNIDROIT se circunscribe a los bienes culturales; la expresión *bienes culturales* fue retenida porque desde la Convención de 1954 goza de una gran aceptación.

Desde su preámbulo la Convención de UNIDROIT expone su intención de proponer un cuerpo mínimo de normas a efecto de evitar que los traficantes puedan sacar provecho de las diferencias existentes entre los diversos sistemas jurídicos; enuncia sus objetivos, pero sobre todo sus límites, en materia de tráfico ilícito, e insiste en la necesidad de combatirlo.

El párrafo 5o. de su preámbulo, cuyo contenido desarrolla en el artículo 9o., alienta a los Estados a aplicar reglas más favorables a la restitución o a la devolución de los bienes culturales robados o ilícitamente exportados que las contenidas en la Convención, y por consiguiente reviste especial importancia. En efecto, este párrafo señala:

Destacando que la presente Convención tiene por objetivo facilitar la restitución y la devolución de los bienes culturales, y que el establecimiento en ciertos Estados de mecanismos como la indemnización, necesarios para garantizar la restitución o la devolución, no implica que esas medidas deberían ser adoptadas en otros Estados.

Aun cuando esa declaración sólo esté presente en el preámbulo, no se trata de ningún modo de una mera proclama de buenas intenciones. Conforme al artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, el contenido del preámbulo tiene consecuencias jurídicas.<sup>61</sup>

<sup>61</sup> El artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados a la letra dice: “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. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos”.

## B. *La noción de bien cultural y su internacionalización*

El ámbito material de validez de la Convención de UNIDROIT se extiende a todas las controversias de carácter internacional que tuvieran como objeto la devolución de bienes culturales robados y la restitución de los ilícitamente exportados. El elemento de internacionalidad es una exigencia; para mencionar lo obvio: las reclamaciones internas quedan totalmente excluidas. Ante la ausencia de una definición precisa, incumbe a los tribunales de cada Estado-parte a la Convención determinar la extensión de la noción de controversia de carácter “internacional”.

La Convención comprende en primer término controversias internacionales que tengan como objeto la devolución de bienes culturales robados. El propósito de este análisis dista mucho de formular una definición de los bienes culturales robados; en la redacción de la Convención se hicieron valer numerosas razones para no incurrir en ese riesgo, entre otras la consistente en el hecho de que en los diversos sistemas de legalidad la noción de robo presenta grandes divergencias; se abstuvo asimismo de precisar cuál debía ser la jurisdicción competente para determinar la noción de robo. Lo relevante en realidad era darle expresión a la convicción unánime internacional de reprimir esa conducta ilícita, y fue esa misma convicción la que guió a los redactores de la Convención.

Resulta particularmente útil analizar cuál hubiese sido el resultado del precedente *Winkworth vs. Christie Manson and Woods Ltd.*,<sup>62</sup> que ha sido objeto de análisis en párrafos anteriores, de haber sido resuelto dentro del marco de legalidad de la Convención, como se ha expuesto en líneas anteriores. En este precedente, los bienes culturales controvertidos fueron localizados en el Estado donde se perpetró el robo, Reino Unido, pero entre el momento del robo y el descubrimiento de las piezas, éstas habían cruzado las fronteras y sido objeto de una adquisición en Italia. Conforme a la regla conflictual tradicional, el juez inglés que conoció del caso decidió aplicar la ley italiana del lugar de la adquisición, que otorga una protección casi incondicional al adquirente de buena fe y en virtud de la cual se desechó la restitución.

Ahora bien, con el propósito de desalentar la deshonestidad de algunos comerciantes de arte que podrían intentar *lavar* bienes culturales al transitarlos por el territorio de Estados provistos de sistemas de legalidad alta-

<sup>62</sup> <http://swarb.co.uk/winkworth-v-christie-manson-woods-ltd-chd-1980/>.

mente protectores del tercer adquirente de buena fe, como es el caso, entre otros, de Italia, prevaleció el criterio de que la Convención de UNIDROIT se aplicara aun en casos en que el tribunal que conociera de la controversia resultara ser el del lugar de la comisión del robo.<sup>63</sup> En esas condiciones, el precedente jurisdiccional referido hubiera sido resuelto de manera muy distinta y se hubiera sin duda obsequiado la devolución de los bienes culturales en controversia.

Respecto a la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados cuya sustracción ha transgredido una ley protectora del patrimonio cultural que regula la exportación de bienes culturales, el elemento de internacionalidad es obviamente indispensable; la restitución está acotada a bienes culturales que sólo pueden ser reivindicados por un Estado que sea parte en la Convención.

Esa regla que detallaremos más adelante representa uno de los grandes logros de la Convención, ya que postula el principio según el cual un Estado que *alberga* un bien cultural ilícitamente exportado procedente de otro Estado parte está obligado a restituirlo si se satisfacen las condiciones previstas por la Convención.

Una de las primeras dificultades que surgen en la redacción de una convención internacional radica sin duda en la delimitación de su ámbito material de validez, que se refiere a la definición de su objeto; y si se pretende redactar una convención relativa a la protección de los bienes culturales, se vuelve indispensable determinar lo que se entiende exactamente por bienes culturales, si no de manera general, por lo menos que satisfaga las necesidades de la aplicación de la convención internacional que intenta desarrollar este régimen especial.

La definición de *bien cultural* constituye por lo tanto uno de los ejes de la Convención. Se ha dado cuenta en este análisis de la enorme dificultad que implica elaborar una noción de bien cultural de carácter general y abstracto que sea satisfactoria en el ámbito internacional, para finalmente concluir que se trata ante todo de un juicio de valor.<sup>64</sup>

Por sus elementos espacial y temporal, dicha noción es dinámica y depende de factores étnicos, materiales, sociológicos e históricos, así como de concepciones estéticas diversas que difícilmente constituyen elementos pro-

<sup>63</sup> Prott, Lyndel B., *Commentary on the UNIDROIT Convention on stolen and illegally exported cultural objects*, 1995, Londres, Institute of Art and Law, 1997, p. 22.

<sup>64</sup> Schneider, Marina, "Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés: rapport explicatif", *Revue de droit uniforme*, NS-vol., VI, 2001-3, Roma, Kluwer Law International, 2001, p. 497.

picios para una definición internacional. Esta es la razón por la cual se debe calificar al bien cultural de manera autónoma, conforme a las intenciones y fines de la propia Convención.

El criterio seleccionado por esta última es acumulativo: por una parte su artículo 2o. propone una definición general en la cual:

A los efectos de la presente Convención, por bienes culturales se entiende los bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el anexo al presente Convenio.

Por otra parte, los bienes culturales deben figurar en la lista anexa de la Convención, la cual establece categorías idénticas a las de la Convención de 1970 pero libera a cada Estado de la necesidad de elaborar una lista específica de sus bienes culturales. Esto multiplica las opciones de los Estados y propicia que ratifiquen la Convención de UNIDROIT, y amplía el ámbito material de protección de los bienes culturales.

Debe admitirse que un sistema como el de la Convención de 1970, que exige de cada Estado parte que designe sus bienes culturales, va en contra de la uniformidad anhelada por la Convención de UNIDROIT. Adicionalmente, como lo demostró la experiencia de la Convención de 1970, se crea una hegemonía cultural del Estado en la determinación del carácter cultural de los bienes; esta hegemonía puede ocasionar la exclusión de los bienes culturales pertenecientes a colecciones privadas y, con ello, cancelar un espacio de libertad cultural, además de dejar en real estado de indefensión a sus propietarios.

La Convención introduce un concepto novedoso: todos los bienes culturales robados están sujetos a devolución, en tanto que para la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados, aun cuando se benefician de la naturaleza de culturalidad, la restitución está acotada únicamente a los que revistan una importancia cultural significativa y cuya ausencia altera un interés particular del Estado requirente.

Conforme a este análisis se puede concluir que las categorías de bienes culturales enunciadas en las Convenciones de 1970 y de UNIDROIT son exactamente las mismas. Por lo que respecta a la Convención de 1954, la definición de bienes culturales reviste un carácter más general, pero presenta en sustancia igualmente los mismos fundamentos.

La Convención de 1970 se basa en una política de intervención de los Estados, y le pertenece a cada uno de ellos designar los bienes que considera culturales. Algunos países rechazan esa política *intervencionista* del Estado, y otros incluso llegan a demostrar una evidente reticencia cuando se trata de bienes culturales, pues consideran que la función del Estado es justamente la opuesta: garantizar la mayor libertad posible.<sup>65</sup> Los Estados que postulan esa filosofía y no designan a ningún objeto como bien cultural, o sólo a un número reducido, encuentran obviamente muy poco interés en la ratificación de la Convención de 1970. Los beneficios que pudieran obtener de ello tanto el Estado como sus nacionales serían menores.

La Convención de UNIDROIT depende en gran medida de la motivación privada y su definición de los bienes culturales no hace más que ilustrar esa idea. En efecto, no existe ninguna provisión que exija que sean los Estados los que designen sus bienes culturales como tales para que encuentren un espacio en el ámbito material de aplicación de la Convención. De hecho, para que unos bienes culturales robados en museos privados, edificios religiosos, colecciones privadas o provenientes de comunidades autóctonas o tribales se encuentren en ese ámbito, no es menester que hayan sido *registrados* o *designados* como bienes culturales.

## 2. *La restitución de los bienes culturales robados*

Los bienes culturales robados se encuentran en el centro del conflicto que opone al propietario desposeído con el adquirente de buena fe a título oneroso, conflicto cuya solución se revela de una gran complejidad debido al *point de rattachement* de la regla *lex rei sitae* y a la enorme diversidad de criterios a que se encuentra sujeta la noción de la adquisición de buena fe.

A fin de permitir un combate eficaz en contra del tráfico ilícito de bienes culturales, la Convención formula un postulado de principio: “El poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo”.

Ese principio, que determina el primado de la *lex originis* y postula la protección del propietario desposeído, no considera ni el dominio público o privado del bien cultural en cuestión, la buena o mala fe del adquirente a título oneroso, la ubicación del bien, ni el domicilio del propietario desposeído. Hace asimismo abstracción del lugar del robo y le es irre-

---

<sup>65</sup> Merryman, John Henry, *Thinking about the Elgin Marbles*, La Hague, Kluwer Law International Ltd, 2000, p. 99.

levante si el Estado requirente es parte o no en la Convención. Esa noción no privilegia ningún sistema de legalidad; se limita a introducir un cuerpo mínimo de reglas con el fin de combatir eficazmente el tráfico ilícito.

La Convención de 1954 obliga al Estado parte a impedir la exportación de los bienes culturales del territorio ocupado y a pagar una indemnización a los adquirentes de buena fe de dichos bienes en caso de que se vieran obligados a restituirlos.

Por su parte, la Convención de 1970 dispone que el Estado requirente deba pagar una indemnización al adquirente de buena fe o a cualquier persona que demuestre tener derechos sobre los bienes en cuestión.

El análisis de la restitución de los bienes culturales robados exige una breve exposición de esa noción (*apartado A*), la cual permitirá percibir mejor sus efectos (*apartado B*).

#### A. Su noción

La adopción del principio que plantea que “el poseedor de un bien cultural robado debe restituirlo” conlleva cambios significativos en numerosas legislaciones pertenecientes a los sistemas continental y del *common law*<sup>66</sup> y se opone al adagio francés *En fait des meubles, la possession vaut titre* (“En materia de bienes muebles, la posesión tiene valor de título”).

Algunas legislaciones disponen que si el adquirente de buena fe adquirió un bien robado en una subasta o con un comerciante de arte, tiene derecho a una compensación por parte del propietario desposeído en contraprestación de la restitución.

El artículo 3o. de la Convención de UNIDROIT cambia sustancialmente esa regla; el cambio se inicia con la formulación de la LUAB de 1974, cuya finalidad era instaurar un equilibrio entre los intereses del propietario desposeído y los del adquirente de buena fe, quien no podría invocar su buena fe cuando la adquisición versara sobre bienes culturales robados.

Ese conflicto de intereses está también articulado con concepciones jurídicas que difieren según se trate del sistema del *common law*, en donde impera el *favorii dominus*,<sup>67</sup> a diferencia del sistema continental, que privilegia el *favorii commercium*.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 28.

<sup>67</sup> Carducci, Guido, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art. Droit commun, Directive CEE, Conventions de l'UNESCO et d'UNIDROIT*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 1997, París, p. 12.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 16.

La connotación de la unicidad de los bienes culturales y la imposibilidad de compensar en dinero el valor estimado de esos bienes fueron factores determinantes en la adopción de esa regla. Además debe admitirse que el postulado que sostiene el sistema continental, consistente en reconocer expresamente las reglas protectoras del tercer adquirente de buena fe como indispensables para la seguridad del comercio, en materia de bienes culturales favorece indiscutiblemente el comercio ilícito.<sup>69</sup>

La adopción de ese principio no pretende sin embargo cambiar de manera radical las reglas de protección del tercer adquirente de buena fe. Su intención y alcance son mucho más modestos y se limitan a la redacción de un número restringido de reglas uniformes que permitirían frenar el tráfico ilícito.

El término *posesión* debe entenderse *lato sensu* y es probablemente el más neutral para referenciar nociones como *detentación*, *posesión física* y *propiedad*, y en última instancia le pertenecerá a la jurisdicción nacional interesada determinar su extensión. En ausencia de criterios provenientes de la Convención, le incumbirá igualmente decidir a la jurisdicción la persona a quien pretenda reintegrar el bien cultural.

En el interés de México estuvo el lograr que en la noción de bienes culturales robados se incluyeran los bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas, o lícitas pero cuyos objetos fueron ilícitamente retenidos, ya que con ello se aseguraría su devolución; la posición mexicana empero fue y ha sido fuertemente controvertida.

La finalidad perseguida es que el Estado de origen, en la especie México, pueda utilizar su legislación interna en el foro del Estado de destino, lo que la literatura estadounidense<sup>70</sup> equiparó irónicamente al libramiento de *un cheque en blanco*. En efecto, el país de origen puede, conforme a su concepto de dominio público, apropiarse todos los objetos arqueológicos que se encuentran en su territorio y cuya existencia incluso ignora o que hayan sido objeto de un registro. En este caso, la pertenencia *ex lege* de esos bienes al Estado de origen hará que en territorio estadounidense sean considerados como objetos robados y, por ende, sujetos a la penalidad prevista por la U.S. Stolen Property Act.

Este planteamiento consiste en determinar si, conforme al apartado 2o. del artículo 3o. de la Convención de UNIDROIT, únicamente los bienes arqueológicos provenientes de excavaciones entran en su ámbito material de validez. Esta interrogante suscitó respuestas diversas: una de

<sup>69</sup> Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 30.

<sup>70</sup> Merryman, John Henry, *op. cit.*, p. 173.

ellas consiste en acotar la noción a los bienes arqueológicos provenientes de excavaciones ilícitas o de excavaciones lícitas, pero que han sido ilícitamente retenidos, puesto que la mayoría de los problemas resultan de excavaciones ilícitas. Una segunda posibilidad consistiría en satisfacer las demandas específicas de asociaciones de arqueólogos o aun de arqueólogos eminentes individuales.

La literatura estadounidense afirmó también que la mención de los bienes arqueológicos contenida en el apartado 2o. del artículo 3o. de la Convención de UNIDROIT era totalmente inútil, ya que el apartado 3o. de su artículo 5o. prevé ya la restitución de un objeto ilícitamente exportado cuando dicha exportación perjudica la conservación material del bien, de su contexto o de la información de naturaleza científica o histórica, entre otras, inherente a él.

Si bien se trata de un argumento valioso, omite puntualizar que el poseedor de bienes culturales robados debe necesariamente reintegrarlos y que la concepción de la buena fe del adquirente difiere según se trate de bienes culturales robados o ilícitamente exportados; los regímenes de legalidad de unos y otros son sustancialmente diferentes conforme al texto de esta convención, por lo que, lejos de ser inútil, la mención específica de bienes arqueológicos en el régimen legal de los bienes culturales robados refuerza la intención básica de la Convención de preservar la cultura y hacer que prevalezca el *interés cultural* al posibilitar la restitución automática de esos bienes.<sup>71</sup>

En efecto, la Convención de UNIDROIT refiere a los bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas, o lícitas pero ilícitamente retenidos, y los considera robados si aquello es compatible con el derecho del Estado en donde se efectuaron las excavaciones. Uno de los mayores problemas del tráfico ilícito del arte proviene precisamente del tráfico ilegal de bienes culturales procedentes de excavaciones ilícitas.

El problema remonta a la Convención de 1970, que únicamente aludía a la devolución de bienes culturales robados de un museo o de una institución del mismo orden. Los bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas, o lícitas pero ilícitamente retenidos, lógicamente no podían ser inventariados y permanecían en consecuencia fuera del ámbito de aplicación de esa Convención.

El problema radicaba por lo tanto en la dificultad del Estado de origen para comprobar la identidad del bien, puesto que no había tenido la posibilidad de identificarlo y, consecuentemente, menos de inventariarlo antes

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 274.

de su introducción en el mercado del arte, de tal suerte que se hubiera dispuesto del bien arqueológico de procedencia ilícita. Este problema se agrava cuando se considera que la remoción de un bien cultural provoca una ruptura del bien arqueológico con su contexto.

La Declaración de Berlín del 27 de julio de 1988, formulada con motivo del Decimotercer Congreso de Arqueología Clásica, mencionó los daños ocasionados por las excavaciones ilícitas. En virtud de que el contexto del bien provee informaciones históricas inestimables, se expresó el deseo de garantizar la protección de los bienes culturales *in situ* hasta que las excavaciones hubieran sido realizadas de manera científica y se hubiera acopiado la mayor cantidad posible de información.

Las excavaciones ilícitas implican que el objeto arqueológico y el lugar donde se encuentra fueron violentados y semejante acto imposibilita su análisis científico. Este último depende de la estratigrafía exacta, el descubrimiento del objeto en su contexto preciso, la compilación de informaciones científicas *in situ* y el estudio meticuloso de todo el universo de datos mediante la tecnología más avanzada como el carbono 14, la espectrografía, el análisis de las partículas del suelo, la arqueobotánica y la arqueobiología.

El contexto histórico y geográfico de los descubrimientos representa la fuente más importante a la vez y es el único testimonio auténtico que permite la reconstrucción e identificación histórica.<sup>72</sup>

La incipiente literatura en la materia ha considerado que los bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas podrían ser reivindicados conforme a la prueba de la identidad del bien cultural o aun a la de la transgresión de la ley de exportación protectora del patrimonio cultural.<sup>73</sup> En este último caso, la ausencia de una autorización de exportación hace las veces de prueba. En consecuencia, la procedencia de una acción judicial relativa a la restitución o devolución de bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas o retenidos ilícitamente dependerá de la prueba proporcionada.

Por supuesto, el derecho del propietario está firmemente acreditado, ya que el Estado de origen es el propietario *ex lege* de los bienes culturales; le compete por lo tanto al Estado probar el origen del bien, así como la fecha de su descubrimiento.

Finalmente, para determinar la comisión de un robo, la regla de conflicto adoptada por la Convención es la del lugar donde se efectuaron las excavaciones.

---

<sup>72</sup> Krinzinger, Friedrich, *op. cit.*, p. 54.

<sup>73</sup> *Ibidem*. p. 34.

## B. *Sus efectos*

La regla *nemo dat quod non habet* es la que proporciona una mayor protección al propietario desposeído; sin embargo, para que ésta fuera aceptada por la comunidad internacional era preciso delimitar cuidadosamente su alcance. Los ejes en torno de los cuales se desarrollan sus límites son, por una parte, el mecanismo de la protección, y por otra el derecho de indemnización del adquirente de buena fe a título oneroso.

El principio general que gobierna el mecanismo de la prescripción en la Convención de UNIDROIT consiste en fijar dos plazos: uno de tres años desde que el demandante descubre el lugar en donde se encuentra el bien cultural robado y se entera de la identidad del poseedor, y otro absoluto de 50 años a partir de la fecha en que el bien cultural robado debió ser restituido.

Ambos plazos se aplican a cualquier clase de personas, físicas o jurídicas, y en su caso a Estados. Ese mecanismo de prescripción contrasta con las disposiciones de las leyes nacionales de la mayoría de los países de origen donde esos bienes están sujetos al régimen de la *res extra commercium*, cuyos efectos consiguientes son convertirlos en imprescriptibles e inalienables. Pero en el ámbito internacional, y ello habría que puntualizarlo, los dos efectos son inaceptables.

Los sistemas jurídicos europeos o de influencia europea han sostenido en el transcurso del tiempo como profesión de fe la prescripción. Postulan que ese mecanismo de legalidad es indispensable para la seguridad de las transacciones; en otra forma se vulnerarían seriamente las transacciones comerciales, que podrían ser controversiales en un futuro.

De igual manera esta convicción sostiene que en tanto más transcurra el tiempo, mayor será la dificultad para comprobar el título de la transacción originaria. En efecto resulta esperable que con el paso del tiempo los documentos comprobatorios lleguen a extraviarse y que los testigos pudieran desaparecer, entre otros eventos.

La ausencia de la prescripción, pues, generaría gran incertidumbre, así como graves injusticias en el marco de una acción de reivindicación en que el tribunal sólo pudiese contar con escasos y cada vez más debilitados elementos de convicción.<sup>74</sup>

A fin de que el poseedor actual pueda hacer valer en su beneficio del mecanismo de la prescripción para validar su título en contra del propieta-

<sup>74</sup> Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 32.

rio desposeído, habrá que determinar la fecha en que este último se informó del lugar donde se encontraba el bien considerado, así como la identidad de su poseedor. Ambos elementos no deberán considerarse de manera aislada sino acumulativa.

Esa solución propuesta por la Convención de UNIDROIT protege indubitadamente los intereses del propietario desposeído, ya que si sólo se hubiera considerado el conocimiento de la identidad del poseedor, éste, al enterarse de que el propietario desposeído estaría intentando una acción en su contra, podría ocultar el bien cultural en controversia.

Es por lo tanto importante para los intereses del propietario desposeído que el poseedor introdujera nuevamente el bien cultural en el mercado, y no sería sino a partir de ese momento cuando el período de prescripción empezaría a transcurrir.

El propietario desposeído de un bien cultural deberá obviamente agotar todos los medios a su alcance para recuperar su bien, pero difícilmente se le puede exigir que actúe cuando el bien no circula en el mercado y por lo tanto exigirle que conozca adicionalmente su ubicación. Eso explica por qué el periodo de prescripción en contra del propietario desposeído sólo puede empezar a transcurrir cuando se hayan reunido en forma acumulativa esos dos elementos de composición.<sup>75</sup>

Por lo que se refiere a los plazos, en este análisis se concluyó que son de dos clases: El primero el plazo relativo, de tres años y cuyos componentes son acumulativos, tiende a favorecer los intereses del propietario requirente, mientras que el segundo, el plazo absoluto, conduce a la total extinción de los derechos del propietario desposeído e introduce un elemento fundamental de certidumbre en el mercado internacional del arte, puesto que evita que una posesión de larga duración pueda estar sujeta a controversia.

A un nivel internacional ese mecanismo contrasta igualmente con los mecanismos adoptados por la Declaración de Londres de 1943 sobre la restitución de los bienes culturales robados durante la ocupación nazi, y por la Convención de 1954, en los que no se prevé ningún plazo, lo que permite suponer la incorporación de la noción de imprescriptibilidad.<sup>76</sup>

En virtud de que constituyen el punto neurálgico del patrimonio cultural de cada Estado, los bienes culturales relevantes están sujetos a un régimen específico. En las legislaciones internas se hallan por lo regular sujetos al régimen de *res extra commercium*; y frecuentemente son propiedad *ex lege*

<sup>75</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 509.

<sup>76</sup> Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 33.

del Estado y forman parte de colecciones públicas o pertenecen a sitios o monumentos arqueológicos. Los principales efectos del régimen de *res extra commercium* son la imprescriptibilidad y la inalienabilidad.

La Convención de UNIDROIT consideró esos elementos, que están contenidos en las legislaciones internas de los países de origen, y excluye el plazo absoluto cuando se trata de ese tipo particular de bienes culturales. Sólo fija un plazo relativo para la demanda de restitución, la cual debe efectuarse en un lapso de tres años desde el momento en que el demandante toma conocimiento del lugar donde se encuentra el bien cultural robado y conoce la identidad de su poseedor.

Esa identificación de la ubicación del bien cultural y de su poseedor se refiere a bienes, sitios o monumentos arqueológicos, y no a los bienes culturales que revistan una importancia cultural particular.

La ausencia de un plazo absoluto es relativa porque, cuando un Estado ratifique la Convención, puede declarar que una acción prescribe en un plazo de 75 años o de otro más extenso previsto en su derecho. Por razones de consistencia y de seriedad elementales, un Estado que hizo semejante declaración no puede en lo sucesivo hacer valer en su beneficio la exclusión de un plazo absoluto; ello carece adicionalmente de interés en calidad de Estado requirente de un bien cultural.

Los efectos de la restitución de los bienes culturales robados se concentran principalmente en la colección pública (la colección pública), en la relación existente entre el derecho a la indemnización y en el concepto anglosajón de la *due diligence* o diligencia requerida (el derecho a la indemnización y la *due diligence*), y para concluir, en el problema complejo de la determinación del *quantum* de la indemnización (el *quantum* de la indemnización).

#### a. La colección pública

La exclusión de un plazo absoluto para los bienes de gran importancia cultural es de tal trascendencia que la Convención de UNIDROIT incorporó en su articulado una definición precisa de colección pública a la que esos bienes debían sujetarse; de otra forma esa Convención sería inaceptable para la comunidad internacional y se hubiese provocado su rechazo automático.

La noción de colección pública es propia de la Convención; se trata de un concepto autónomo, independiente de otras definiciones presentes en convenciones o instrumentos internacionales y en las legislaciones internas

de los países de origen. Por lo tanto, la noción de colección privada debe ser interpretada en el contexto de la Convención, a efectos de evitar una hipertrofia del concepto que podría introducir elementos de incertidumbre en el comercio internacional del arte.

El primer elemento integrador de la colección pública lo constituye la identificación; cualquier sistema de identificación es aceptable. La doctrina incipiente en la materia<sup>77</sup> estimó que el inventario estimula la cooperación cultural internacional y favorece otras medidas de protección de los bienes culturales.

El segundo elemento definitorio de la colección pública es la calidad del propietario.<sup>78</sup> Es el Estado de origen, a diferentes niveles, el que debe administrar la colección pública. La publicidad de la colección se extiende a las de propiedad privada, cuya importancia pública está generalmente aceptada. Los beneficios del régimen de colección pública se extienden a los bienes culturales que revisten una importancia colectiva, ya sea que pertenezcan o sean empleados directamente por pueblos indígenas, comunidades autóctonas o tribales, o que se considera que la permanencia de esos bienes culturales *in situ* resulte indispensable para la supervivencia cultural de esos pueblos o comunidades.

La Organización de las Naciones Unidas no ha adoptado a la fecha ninguna definición oficial de *pueblos indígenas*, pero el concepto ha quedado en alguna forma precisado en un reporte ordenado por las mismas Naciones Unidas.<sup>79</sup> Éste plantea que las comunidades, naciones o pueblos indígenas son aquellos que por su continuidad histórica deben ser considerados diferentes de los otros sectores de la sociedad, aun cuando coinciden en el mismo territorio o en parte de ese territorio; constituyen sectores no predominantes en una sociedad, pero están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones su territorio ancestral y su identidad étnica por medio de una existencia conforme a sus modelos culturales y a los sistemas de legalidad e instituciones sociales que le son propios. Las comunidades tribales son las que “incluyen grupos que no se pueden asimilar a la categoría anterior pero que son organizados de manera tribal”.<sup>80</sup> El artículo 1o. de la Convención 169 de 1989 relativa a los pueblos indígenas

<sup>77</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 513.

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

<sup>79</sup> Cfr. Martínez Cobo, José, Relator especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas, “Study of the problem of discrimination against indigenous populations”. Reporte oficial. Documento de las Naciones Unidas. E/CN.4/Sub.2/1994/2.

<sup>80</sup> Cfr. Prott, Lyndel B., *op. cit.*, pp. 111 y 140.

y tribales de la Organización Internacional del Trabajo,<sup>81</sup> de la que México es parte, hace especial mención de ellos.

*b. El derecho a la indemnización y la due diligence*

El principio de la restitución a la que el adquirente de buena fe *a non domino* se ve sometido se compensa por la asignación del derecho a ser indemnizado. Las legislaciones internas desarrollan mecanismos de protección a favor del adquirente de buena fe *a non domino* a fin de favorecer la certeza en el comercio, y la aplicación de la regla *favorii commercium* fortalece todos los atributos del derecho de propiedad.

Aunque de alcance modesto, la introducción del principio en la protección del patrimonio cultural que dispone que *el poseedor de un bien robado debe restituirlo* conlleva cambios sustanciales en los sistemas de legalidad; es el derecho a la indemnización el que permitirá la aceptación de este principio por la comunidad internacional. Es obvio que el propietario desposeído, en muchos casos el Estado de origen, se resiste a aceptar tener que indemnizar a un tercero por un bien que estima le pertenece; más aún cuando en la práctica el monto de esas indemnizaciones suele resultar generalmente exorbitante.

La Convención de UNIDROIT previó por lo tanto dos mecanismos que permiten limitar ese derecho a la indemnización.

En el primero, el Estado de origen puede recurrir al párrafo 1o. del artículo 9o., el cual dispone que: “La presente Convención no impide a un Estado contratante aplicar otras normas más favorables para la restitución

---

<sup>81</sup> El artículo 1o. de la Convención número 169 de 1989 relativa a los pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo preceptúa que: “1. La presente Convención se aplica: a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones de la presente Convención. 3. La utilización del término [pueblos] en esta Convención no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Esta Convención fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de enero de 1991.

o devolución de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, distintas de las que se estipulan en la presente Convención”.

El segundo mecanismo consiste en subordinar el derecho al pago de la indemnización a dos formalidades esenciales, que son que el poseedor: “...no supiere o hubiese debido razonablemente saber que el bien era robado y que pudiese demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición...”.

La redactora del reporte explicativo de la Convención de UNIDROIT concluyó que “el poseedor debe acreditar que ignoraba que el bien hubiese sido robado y que su ignorancia no podía serle imputada a su negligencia”.<sup>82</sup>

El derecho a la indemnización tiene por lo tanto otro efecto, pero éste de orden negativo: la posibilidad de perder ese derecho. Semejante eventualidad podría inducir a los adquirentes potenciales a abstenerse de comprar bienes culturales en ausencia de una información suficiente, lo que podría desalentar el robo de los mismos. En la actualidad los comerciantes, los coleccionistas de obras de artes y los organizadores de subastas no están obligados a revelar el nombre de los vendedores a través de los cuales adquirieron los bienes; los adquirentes tampoco están constreñidos de informarse al respecto. Con la Convención de UNIDROIT esa práctica tendería a desterrarse.

El adquirente tiene el *onus probandi*, que consiste en demostrar que actuó con *due diligence* (diligencia requerida), ya que es en torno a su conducta donde gravita la verdadera protección del patrimonio cultural, y no en las disposiciones relativas al propietario desposeído. En efecto, la *due diligence* por parte del poseedor en el momento de la adquisición es más severa que la que se exige al propietario desposeído en la búsqueda del objeto y la identificación de su poseedor.

Lejos de significar una inconsistencia, esto refleja la intención deliberada de reforzar de manera original el combate contra el tráfico ilícito de los bienes culturales. Existe en efecto una diferencia sustancial entre la calificación de la conducta del adquirente de buena fe y la del propietario desposeído.

En lo que atañe al primero, si desea preservar su derecho a la indemnización deberá comprobar que en el momento de la adquisición no sabía o no podía razonablemente saber que el bien cultural era robado y que además actuó con *due diligence*.

Para el propietario desposeído, el plazo de prescripción de la demanda de restitución de bienes culturales robados empieza a partir del momento en que identifica tanto la ubicación en que se encuentra el bien como la identidad

<sup>82</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 517.

de su poseedor. Esa evaluación de la conducta del propietario desposeído es también válida para un Estado contratante que reclama la restitución de un bien ilícitamente exportado. La demanda de restitución debe presentarse en un plazo de tres años desde que el Estado requirente localiza el bien e identifica a su poseedor.

La percepción que el juez tenga de las conductas de cada parte debe ser necesariamente matizada. La diferencia entre el rigor al cual se somete la conducta del poseedor y la del propietario desposeído, en tratándose de bienes culturales robados o ilícitamente exportados, es más que evidente; ese factor refuerza aún la primera afirmación, de que el combate contra el tráfico se concentra principalmente en la persona del adquirente.

El adquirente de buena fe no sólo tiene que comprobar que no sabía que el bien cultural objeto de su transacción era robado, sino también que no podía razonablemente saberlo. Sin embargo, la Convención de UNIDROIT libera al adquirente de la necesidad de comprobar su buena fe y sustituye esa formalidad por la práctica anglosajona de la *due diligence* (diligencia debida).

Este mecanismo tiene un significado muy preciso, sobre todo en la práctica anglosajona, de la que proviene la expresión *due diligence*. La Convención de UNIDROIT, para evitar remitir al derecho nacional, dispone de una definición específica, lo que sugiere la autonomía de este mecanismo, que se aleja de las definiciones nacionales e internacionales hasta ahora conocidas y al cual se le debe interpretar dentro del ámbito y el contexto de la Convención.<sup>83</sup>

La *due diligence* es la diligencia que se le exige al adquirente de buena fe. La Convención es lo suficientemente explícita sobre los puntos que la distinguen de la noción anglosajona de *due diligence* reconocida por el sistema del *common law*.<sup>84</sup>

Esos puntos distintivos resumen en gran parte la práctica jurisdiccional de la mayoría de los países en materia de bienes robados, sean o no culturales. Los elementos novedosos atañen a las obligaciones de los eventuales adquirentes de consultar cualquier registro o agenda nacional razonablemente accesible. La *due diligence* del adquirente de buena fe debe entenderse con arreglo a las formalidades requeridas por la Convención, que consisten en la disponibilidad de información relativa al bien cultu-

---

<sup>83</sup> *Idem*.

<sup>84</sup> *Idem*.

ral que se pretende obtener, y no como la *due diligence lato sensu*, que plantea cómo prevenir la adquisición de un bien robado.<sup>85</sup>

El apartado 4o. del artículo 4o. advierte:

Para determinar si el poseedor actuó con la diligencia debida, se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular la calidad de las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de cualquier registro relativo a los bienes culturales robados razonablemente accesible y cualquier otra información y documentación pertinente que hubiese podido razonablemente obtener, así como la consulta de organismos a los que podía tener acceso o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias.

Esta disposición tiene efectos generales e insiste en el marco legal en el que el juez tiene que evaluar la *due diligence*. Entre todos los elementos enunciados a tal efecto, el que se refiere a la *calidad de las partes* es probablemente el más relevante.

En las subastas públicas, la presencia de expertos da a los compradores potenciales una gran confianza respecto de la autenticidad de los objetos expuestos. Ahora bien, la experiencia de los especialistas que realizan peritajes de bienes culturales para las casas de subasta se extiende al conocimiento del origen de los bienes y al análisis previo del título del vendedor. El más elemental sentido común lleva por lo tanto a suponer que las casas de subasta están en posición de garantizar a sus clientes no sólo la autenticidad del bien que pretenden adquirir, sino también de asegurarles que no estarán expuestos a controversias legales ulteriores. La *due diligence* no se limita a la consulta por el adquirente de un catálogo razonablemente accesible y relativo a un artista en especial; esa diligencia por sí sola no bastaría para probar la *due diligence* requerida por la Convención.<sup>86</sup>

Contribuye de manera sustantiva al análisis si se examina la nueva noción de *due diligence* introducida por la Convención de UNIDROIT en casos concretos; para ello resulta conveniente recurrir a algunos precedentes de juicios substanciados en Suiza, país cuya legislación se ha significado por proteger muy particularmente al tercer adquirente de buena fe, incluso al que es a *non domino* y poder concluir cuál sería el sentido de la resolución en caso de que hubiera tenido como referencia de legalidad la Convención de UNIDROIT.

<sup>85</sup> Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 46.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 48.

Entre las más famosas controversias relacionadas con el comercio del arte en ese país este análisis recurre al precedente que implicó a Theodor Fischer, alumno de Paul Cassirer, conocido propietario de galerías suizas. Karl Haberstock, asesor de adquisición de bienes culturales de Adolfo Hitler y miembro del Partido Nacionalsocialista desde 1933, trabajó también con Paul Cassirer y fue uno de los principales socios de Theodor Fischer en la década de los años treinta.<sup>87</sup>

Con el propósito de reunir fondos para el régimen nazi, Fischer y Haberstock organizaron en Suiza la venta de obras de arte provenientes de museos alemanes.<sup>88</sup> Ahora bien, las liquidaciones *forzadas* de colecciones pertenecientes a judíos, entre otras las de Emma Budge, de Hamburgo, y de Paul Rosenberg,<sup>89</sup> uno de los grandes comerciantes de arte de París y especialista en pintura impresionista, son de los casos más célebres.

Nadie en el mercado internacional del arte en la época ignoraba que los nazis aplicaban su ideología hasta en ese ámbito y que sólo consideraban como artísticamente valiosas las manifestaciones que servían para glorificar al *Führer*, al pueblo y a la nación alemanes; 16,500 obras procedentes de diversos museos alemanes no pudieron satisfacer esos criterios, y en marzo de 1938 fueron retiradas de esos recintos al ser consideradas como *entartete Kunst* (arte decadente).<sup>90</sup>

En marzo de 1939, 4,829 de esas piezas fueron lamentablemente incineradas y un buen número de las que se salvaron de la destrucción se enviaron al extranjero. Algunas fueron vendidas a precios irrisorios y otras aparecieron en el mercado del arte después de la guerra.<sup>91</sup>

Fischer mantenía relaciones estrechas con los nazis, en particular con Walter Andreas Hofer, director de la colección de obras de arte del ministro nazi Hermann Göring, y es precisamente por su conducto que se realizó la subasta de un gran número de cuadros en la ciudad suiza de Lucerna, que durante la segunda guerra mundial se había convertido en uno de los principales centros de venta de arte extranjero.

---

<sup>87</sup> Aparte de los actos de pillaje, se estima que unos 70 millones de Reichsmarks fueron invertidos en la compra de bienes culturales. En Buomberger, Thomas, *Raubkunst Kunstraub. Die Schweiz und der Handel mit gestohlenen Kulturgütern zur des Zweiten Weltkriegs*, Zurich, Orell Fussli Verlag, 1998, p. 33.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>89</sup> Paul Rosenberg escondió cien pinturas en un castillo en Floriac (Gironde, Francia) y otras 162 en Libourne (Gironde, Francia), en el Banco Nacional para el Comercio y la Industria, pero fueron posteriormente “confiscadas” por el ejército alemán.

<sup>90</sup> Buomberger, Thomas, *op. cit.*, p. 54.

<sup>91</sup> La ley que ordenaba que se retiraran ciertas obras de arte de los museos alemanes se publicó el 31 de marzo de 1938.

En enero de 1943, los aliados formularon la Declaración de Londres para la restitución de los bienes culturales, y en la resolución de Bretton Woods de julio de 1944 se decidió recurrir a la recién creada Organización de las Naciones Unidas para que elaboraran una legislación relativa a la devolución de la propiedad robada en los territorios ocupados durante la Segunda Guerra Mundial. Los países llamados neutrales en el conflicto, Suiza entre ellos, fueron especialmente *invitados* a adoptar esa legislación.

Suiza se resistió a ello y a formar tribunales especiales para llevar casos relativos a los bienes culturales robados; alegaba que las disposiciones del artículo 934 de su Código civil eran suficientes.<sup>92</sup> Pero, como lo expresó el ministro inglés de economía, conforme a la legislación vigente en Suiza numerosos terceros adquirentes se considerarían de buena fe, y en consecuencia los antiguos propietarios no tendrían posibilidad alguna de recuperar sus bienes culturales.<sup>93</sup>

La presión de los aliados no se relajó y, el 10 de diciembre de 1945, Suiza se vio obligada a ceder: adoptó *l'arrêté relatif aux actions en revendication de biens enlevés dans les territoires occupés pendant la guerre* dictado por el *Conseil Fédéral* suizo del 10 de diciembre de 1945, legislación que quedaría vigente durante dos años.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> El artículo 934 del Código Civil suizo establece: 1. Le possesseur auquel une chose mobilière a été volé ou qui l'a perdue, ou qui s'en trouve dessaisi de quelque autre manière sans sa volonté, peut la revendiquer pendant cinq ans. 2. Lorsque la chose a été acquise dans des enchères publiques, dans un marché ou d'un marchand d'objets de même espèce, elle ne peut plus être revendiquée ni contre le premier acquéreur ni contre un autre acquéreur de bonne foi, si ce n'est pas à la condition de lui rembourser le prix qu'il a payé. 3. La restitution est soumise d'ailleurs aux règles concernant les droits du possesseur de bonne foi.

<sup>93</sup> Buomberger, Thomas, *op. cit.*, p. 202.

<sup>94</sup> Este decreto, conocido en lengua alemana como *Bundesratbeschluss betreffend die Klagen auf Rückgabe in Kriegssbesetzten Gebieten weggenommener Vermögenswerte*, dice: Art. 1: Wer in einem kriegsbesetzten Gebiet in völkerrechtswidriger Weise beraubt oder durch Gewalt, Beschlagnahme Requisition oder andere ähnliche Handlungen seitens der militärischen oder zivilen Organe oder der bewaffneten Streitkräfte einer Besatzungsmacht um Besitz oder Eigentum von beweglichen Sachen oder Wertpapieren gebracht worden ist, kann vom gegenwärtigen gut-oder bösgläubigen Besitzer deren Rückgabe...verlangen, wenn sie sich in der Schweiz befinden» Artikel 2 stipuliert, dass der gutgläubige Erwerber das Recht hat, den Kaufpreis vom Veräusserer zurückerlangen. Falls allerdings der bösgläubige Veräusserer zahlungsunfähig ist oder in der Schweiz nicht belangt werden kann —so Artikel 4o.— hat der Richter die Möglichkeit, dem gutgläubigen Erwerber für den Ausfall auf Kosten der Eidgenossenschaft eine billige Entschädigung auszusprechen. Citado en *Ibidem*, p. 105.

La demanda de Paul Rosenberg implicaba a Fischer, Trüssel, Bührle, Coninx, Miedl, Mermod y Dubied, pero solamente se pudo emplazar a Fischer, Coninx y Dubied, *Ibidem*, p. 116.

No hace falta mucha imaginación para aventurar que esa legislación fue objeto de una gran controversia en Suiza, donde se llegó a declarar que *el derecho de la crisis se había convertido en una crisis del derecho*.

El primero de los juicios llevados en el marco de esa legislación, el caso *Rosenberg vs. Fischer et al.*, fue sin duda el más importante. Se trataba de una demanda de restitución de Paul Rosenberg relativa a 37 pinturas muy valiosas.<sup>95</sup> La decisión le fue favorable y el tribunal ordenó a los adquirentes de buena fe de esos bienes culturales que los restituyeran.

Entre los argumentos que Fischer hizo valer para su defensa, uno atañía al hecho de que las confiscaciones alemanas habían sido efectuadas conforme a un protocolo secreto anexo al armisticio firmado entre Francia y Alemania, y en consecuencia aquellas no transgredían el derecho internacional.

La única prueba de la existencia del referido protocolo secreto radicaba en los testimonios de los ex oficiales alemanes Kurt von Beht, representante en París del *Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg*, de Bruno Lohse y de un colaboracionista francés llamado Lefranc. Esos testimonios fueron rechazados debido a su falta de credibilidad. Además, Fischer no pudo comprobar que instancias administrativas francesas hubieran participado en la pretendida confiscación por parte de las autoridades alemanas; requisito indispensable para la procedencia de la confiscación, ni que ésta hubiera respondido a un estado de necesidad militar.<sup>96</sup>

El análisis que propuso la corte establecía con suficiente claridad que en el momento de la adquisición de las pinturas, la confiscación de la propiedad judía realizada por el régimen nazi no se conocía y que, por lo tanto, no se podía acusar a Fischer de haberla ignorado. Sin embargo, y aun antes de la Segunda Guerra Mundial, era público y notorio que los dirigentes del partido nazi consideraban que los pintores impresionistas simbolizaban la degeneración del arte, además de que la repentina aparición en el mercado negro de la pintura impresionista debió alertar a Fischer cuando realizó su adquisición a través del director de la colección del mariscal nazi Hermann Göring.

Conforme a la legislación suiza, el adquirente de buena fe goza de una protección generosa. El artículo 3o. del Código Civil suizo preceptúa: “La bonne foi est présumée lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les

<sup>95</sup> Al inicio de la guerra Paul Rosenberg cerró su Galería y transfirió cien pinturas de grandes maestros impresionistas al castillo de Floria, y 162 pinturas al Banque Nationale pour le Commerce et L'industrie. *Ibidem*, p. 42.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 116.

effets d'un droit. Nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettent d'exiger de lui".

La aprobación de la ley específica sobre la devolución de la propiedad robada le permitía a aquel adquirente de buena fe que fuese judicialmente obligado a restituir el bien cultural adquirido, a reclamar una indemnización al Estado suizo ante la posibilidad de obtenerla de la persona que le enajenó el bien.

En el caso de Fischer, la Confederación Helvética le otorgó una indemnización equivalente a la tercera parte del valor de los cuadros, cantidad que le permitió indemnizar a su vez al adquirente que le cedió las pinturas. Aun así, la Confederación Helvética demostró gran generosidad e indulgencia, puesto que omitió considerar que Fischer había mantenido importantes relaciones comerciales con el régimen nazi, por lo que difícilmente podía ignorar el origen ilegítimo de los bienes comercializados en Suiza.<sup>97</sup>

Es claro que conforme a la noción de *due diligence* introducida por la Convención de UNIDROIT, Suiza hubiera podido ahorrarse el costo legal implicado por la promulgación de una legislación de excepción, y el contribuyente suizo el pago respectivo.

Por otra parte, el precio pagado constituye otro de los elementos fundamentales que permiten evaluar la conducta del adquirente de buena fe. Así, en el precedente *Desportes Still-life*, un tribunal suizo ordenó la devolución a Francia de una pintura robada, aun cuando el adquirente intentó hacer valer que su adquisición se efectuara de buena fe. El tribunal suizo determinó que aquel, una persona versada en arte, no sólo no consideró las circunstancias en las que el cuadro se introdujo a Suiza y su autenticidad, sino que lo obtuvo a un precio notablemente inferior a su valor en el mercado.<sup>98</sup>

Existe hoy un conjunto de reglas importantes cuya uniformidad y mayor sistematización son objeto de la atención de la UNESCO. Uno de los registros accesibles a un adquirente diligente es el IFAR-Art Loss Register, sin considerar, bajo la égida de la UNESCO, el proyecto Object ID, que se dedica a uniformizar los diferentes registros. Este proyecto, presentado en Ámsterdam en mayo de 1977 durante una reunión patrocinada por el Getty Information Institute y que reunía, entre otros, a coleccionistas, comerciantes de arte y aseguradoras, fue acogido muy fa-

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 50.

vorablemente y sometido ya a la aprobación de la UNESCO, del ICOM y de la Interpol.<sup>99</sup> Esta última instancia ha sido especialmente eficaz en su implementación.

Por último, en lo referente a la consulta por parte del poseedor de cualquier registro razonablemente accesible relativo a los bienes culturales robados, hay un sinnúmero de catálogos y revistas científicas que el eventual adquirente puede consultar a su satisfacción. El Museo Guimet de París —*exempli gratia* que contiene numerosos bienes culturales provenientes de Asia— posee un duplicado del catálogo del Museo de Kabul y de la Escuela francesa del Lejano Oriente, que elaboró a su vez un catálogo para el Centro de Conservación de *Angkor Wat*, en Camboya.<sup>100</sup>

Existe adicionalmente una serie de instrumentos internacionales que propician una mejor evaluación de la conducta de las casas de subasta y de los comerciantes de arte, entre otros el Código Internacional de Ética para Marchantes de Bienes Culturales, que data del año 2000 y se elabora bajo los auspicios de la UNESCO, o aun *les codes of due diligence*, elaborados en Reino Unido por el *Council for the prevention of art theft*. En materia de registro los comerciantes están también obligados a recurrir a la Organización Internacional de la Policía Criminal (*OIPC-Interpol*).<sup>101</sup>

Sin embargo, de acuerdo a la Convención de UNIDROIT, la consulta de un registro no constituye por sí sola *due diligence*; es plenamente conocido que una gran parte de los bienes culturales provienen de zonas paupérrimas que no poseen ningún registro de sus bienes y que por falta de medios distan mucho de poder levantar un inventario.

En realidad los elementos de evaluación de la *due diligence* enunciados no son más que puntos de referencia que los tribunales deberán tener en cuenta y no son *per se* determinantes.<sup>102</sup> Ese nuevo marco jurídico exige nuevos comportamientos tanto de los adquirentes como de las casas de subasta o los comerciantes de arte y refleja un fuerte impulso internacional en el combate contra el tráfico ilícito de los bienes culturales. La jurisprudencia de los tribunales dará en el futuro inmediato una mejor perspectiva de la extensión y profundidad de ese nuevo marco conceptual.

---

<sup>99</sup> Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 50.

<sup>100</sup> *Idem*.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 521.

c. El *quantum* de la indemnización

El adquirente tiene derecho a una indemnización *justa y equitativa*. Los parámetros que la determinan son deliberadamente ambiguos y remiten al criterio jurisdiccional, como lo hacía la Convención de 1970 en su artículo 7-b.ii que se ha debatido en este análisis.

Se percibe fácilmente la enorme dificultad de fijar el monto de la indemnización, ya sea sobre la base del precio pagado o de acuerdo con el valor comercial del bien considerado. Durante la octava sesión del Comité Intergubernamental de la UNESCO, el gobierno italiano propuso constituir un fondo destinado a tal efecto, proyecto que aún se encuentra en estudio.<sup>103</sup>

Pertenecerá por ende a la jurisprudencia de los tribunales determinar la extensión del derecho a la indemnización y si los gastos relacionados con el mantenimiento, los costos legales, el transporte y los seguros deben incluirse en el monto de la indemnización. Al respecto es pertinente hacer notar que en la actualidad las prácticas jurisdiccionales internacionales varían. El presente análisis, por lo tanto, no puede obviar dos precedentes importantes: *Webb vs. A-G for Ireland* y *Northern Kwakiutl Thunderbird Headdress*.<sup>104</sup>

En el primer caso, instruido en 1988 por un juez de la Corte Suprema de Irlanda, éste tomó en cuenta los gastos de conservación cubiertos por el museo y que contribuyeron notablemente a aumentar el valor de los tesoros del siglo IX que albergó.<sup>105</sup>

En el segundo,<sup>106</sup> un comerciante de arte que poseía legalmente un penacho de plumas de la cultura Kwakiutl<sup>107</sup> solicitó autorización al gobierno de Canadá para exportarlo, y en el ínterin de la respuesta realizó gastos cuantiosos para restaurar la pieza. Finalmente, el gobierno canadiense se negó a otorgar el permiso de exportación, pero los gastos de restauración habían elevado el precio del objeto a tal grado que ningún museo podría

<sup>103</sup> Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 43.

<sup>104</sup> Véase en *Webb v A-G for Ireland* (1988) *Irish Law Reports Monthly*. 565.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> *Idem*.

<sup>107</sup> Instalados en el noroeste de Canadá (isla de Vancouver y costa adyacente), los indios kwakiutles vivían de la pesca, la caza, la recolección y el comercio con grupos vecinos. Su sociedad y religión eran complejas y practicaban el *potlach*, intercambio de donaciones rituales entre grupos aliados. Excelentes escultores de madera, realizaban máscaras “transformables” que podían dejar aparecer dos o tres rostros al abrirse y cerrarse, y que se usaban durante las ceremonias. Una decena de grupos kwakiutles viven actualmente de la industria del salmón en Columbia Británica. En *Le Petit Robert des Noms Propres*.

adquirirlo. El caso trascendió en Canadá, pues se llegó incluso a cuestionar la integridad del objeto restaurado.<sup>108</sup>

Ese rechazo a la exportación generó una pérdida patrimonial en el poseedor del bien cultural porque, por un lado, no le era permitido ofertarlo en el mercado internacional del arte, en donde pretendía venderlo a un justo precio, y, por otro, el incremento del precio por los gastos de restauración era demasiado elevado para que los museos canadienses, que carecían de recursos, pudieran adquirirlo.

Ante tal situación, el poseedor presentó una demanda con el objeto de percibir una indemnización que pudiera compensar su pérdida patrimonial; la determinación del *quantum* de la indemnización planteó un verdadero dilema: ¿Qué criterio debía prevalecer? ¿El del valor intrínseco del objeto, su valor en el mercado nacional o su valor en el mercado internacional? Y, por último, ¿procedía tener en cuenta los gastos derivados de su restauración?

En principio, el pago de la indemnización debe efectuarse en el momento de la restitución, pero esto no impide que las partes puedan convenir otra forma de pago; en el precedente Shiva Nataraja, es emblemático. En 1956 una estatua del Lord Shiva, conocido como Sivapuram Nataraja, fue removida de un templo hinduista para restaurarlo. Esta estatua fue robada y exportada ilícitamente de la India con documentos apócrifos. Posteriormente fue adquirida por la Fundación Norton Simon en Nueva York. El Gobierno de la India demandó a esta Fundación; en un acuerdo extrajudicial se permitió al coleccionista norteamericano que estaba en posesión de la estatua exponerla durante diez años antes de restituirla a la India.<sup>109</sup> Esta transacción bien podría apuntar a una fórmula de compromiso para el propietario desposeído que se ve obligado a pagar por lo que considera suyo.

Se podría considerar que en el momento del pago y en el de la restitución existen dos víctimas en presencia: el propietario desposeído y el tercer adquirente de buena fe, y es precisamente en este momento cuando conviene conciliar sus intereses contradictorios. El propietario desposeído debe pagar una indemnización por un acto ilícito cometido por otro, y el adquirente, obligado a restituir un bien que estima suyo, tiene derecho a exigir el pago de una indemnización, el cual será efectuado por una persona que no es el vendedor, cuando es a éste a quien debería incumbir esa responsabilidad.

---

<sup>108</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 43.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 28.

El derecho de indemnización del adquirente se fundamenta en una regla subsidiaria que atribuye al poseedor de buena fe el derecho de reclamar el pago de dicha indemnización a la persona que le transmitió el bien y cuya identidad sólo él conoce, o a cualquier otro cedente anterior.

Este principio subsidiario no altera de ningún modo los intereses del adquirente de buena fe; su derecho a la indemnización permanece incólume y únicamente se le pide que realice esfuerzos razonables; con ello se pretende obtener una posibilidad, aun cuando sea remota, para descubrir la identidad del traficante de bienes culturales.

La obligación que le incumbe al poseedor de realizar estos esfuerzos razonables es sin embargo relativa, ya que los traficantes tienden a ocultarse rápidamente, pero bien podría actuar como un medio disuasivo y alentar a los coleccionistas a convenir de preferencia con comerciantes de arte serios.

Ese principio subsidiario coincide con la directiva europea que sostiene que no es necesariamente el demandante al que deba sufragar la indemnización debida al adquirente de buena fe; esta obligación de pago resulta si el adquirente no logró identificar a otras fuentes.<sup>110</sup>

Para el derecho a la indemnización el elemento determinante es por lo tanto el concepto *due diligence*, que tiene un significado preciso en el sistema del *common law* pero al cual la Convención de UNIDROIT atribuye criterios enunciativos determinados que permitirán al juez evaluar la conducta del adquirente de buena fe y lo inducirán a considerar una noción específica de la *due diligence*, con independencia de los criterios de la noción tradicional sajona de la *due diligence*.

Los criterios enunciados específicos de la Convención son diversos y ninguno es *per se* determinante. En los derechos internos los términos *buenafé*, *justo*, *equitativo*, *buen padre de familia* y, en el caso que nos ocupa, *due diligence*, entre otros, tienen significados a la vez precisos y variados, lo que obstaculiza la uniformidad deseada.

#### d. Las liberalidades

La Convención de UNIDROIT es muy clara respecto a los causahabientes a título gratuito del poseedor: la transmisión a título gratuito, sea por legado, donación o cualquier otra forma de liberalidad, no puede subsanar un vicio de origen. Los argumentos en los que se fundamenta la protección del tercer adquirente de buena fe (*favorii commercium*) sólo tienen sentido en

---

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 432.

presencia del factor de la onerosidad, el cual es inherente al comercio. Las liberalidades y adquisiciones *mortis causa* no se explican en este contexto y se hallan sujetas a un régimen general. Se percibe empero fácilmente que los intereses del adquirente de buena fe a título gratuito no pueden prevalecer sobre los del propietario desposeído.

Este debate sería estéril si no se atendiese la práctica de los museos de estimular las daciones en pago o bien las donaciones con fines fiscales o de prestigio social. La directiva europea va en el mismo sentido que la Convención de UNIDROIT y se esfuerza en advertir a los museos acerca de la contingencia de aceptar donaciones de antigüedades no documentadas, a riesgo de adquirir piezas de dudoso origen y verse expuestos a controversias legales y eventuales restituciones.<sup>111</sup>

### 3. *La restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados*

La restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados difiere en sustancia de la de los bienes culturales robados. En efecto, existe un principio universalmente aceptado que propugna que el robo debe ser reprimido; sin embargo, no participa de la misma premisa para los bienes culturales ilícitamente exportados, que por definición fueron sustraídos de países cuyas legislaciones relativas a la exportación de los bienes culturales fueron promulgadas con el propósito de proteger sus respectivos patrimonios culturales, pero que fueron transgredidas.

Las legislaciones mencionadas se han multiplicado porque se estima que representan un instrumento importante en la lucha contra el tráfico ilícito y en la prevención de las excavaciones clandestinas; pero, por otro lado, han sido objeto de severas críticas, pues se consideró que son la expresión de un *nacionalismo cultural exacerbado*. Basta mencionar aquí la famosa frase del jurista suizo Vernet, quien exclamaba: “el nacionalismo cultural me provoca alergia”.

Estos últimos años han presenciado un movimiento que tiende a promulgar normativas enfocadas a reprimir esas conductas ilícitas, lo que conduce al debate de determinar hasta qué punto, y conforme a las reglas conflictuales del Estado del foro, puede ser aplicada la ley imperativa extranjera. Se debe asimismo considerar que, a falta de obligaciones interna-

---

<sup>111</sup> Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 51.

cionales específicas, “...la exportación de un bien cultural del territorio de un Estado en transgresión de las normas de protección de este Estado debe considerarse como un acto ilícito en los territorios de otros Estados...”.<sup>112</sup>

Los inicios de esa concepción en el seno del derecho internacional privado pueden ser identificados en la resolución tomada por el Instituto de Derecho Internacional durante la sesión celebrada en Wiesbaden, Alemania, en 1975, en donde éste se pronunció en contra del principio tradicional de la inaplicabilidad del derecho público extranjero, al considerar que dicho principio no disponía de un fundamento válido e impedía cualquier tipo de cooperación internacional.

Posteriormente esa nueva tendencia fue expresada en el artículo 7o. de la Convención de la Comunidad Económica Europea de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y en el artículo 19 de la ley suiza de derecho internacional privado.

La Convención de UNIDROIT representa un esfuerzo más para intentar conciliar dos posiciones cuyas bases ideológicas son diametralmente opuestas: el libre comercio de los bienes culturales y el nacionalismo cultural. La Convención abrió una nueva perspectiva, propuesta por el profesor estadounidense John Merryman durante la sesión de trabajo *ad hoc* organizada por UNIDROIT, que consiste en limitar la devolución únicamente a los bienes culturales ilícitamente exportados y cuya pérdida afectase seriamente el patrimonio cultural del Estado de origen.<sup>113</sup>

Esa idea prevaleció en el preámbulo de la Convención de UNIDROIT, el cual prevé que: “Un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante, que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente”.

Es la transgresión de la ley de exportación la que fundamenta la demanda de restitución, por lo que, conforme a la Convención de UNIDROIT, sólo el Estado contratante está legitimado para incoar la demanda. El Estado actuará por su propia cuenta o por la de un particular cuando éste hubiera sido víctima del robo de un bien cultural posteriormente exportado de manera ilícita.

Existe por consiguiente una marcada diferencia conceptual entre el régimen legal de los bienes culturales robados, en el cual el propietario desposeído goza del derecho de reivindicar la restitución, y el relativo de los bie-

<sup>112</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 525.

<sup>113</sup> Merryman, John Henry, *op. cit.*, p. 275.

nes culturales ilícitamente exportados, donde únicamente el Estado parte de la Convención puede incoar una acción de restitución.

Entre otros motivos, esa distinción obedece a que un particular puede exportar ilícitamente *motu proprio* un bien cultural de su propiedad, lo que provocará necesariamente una controversia entre él y el Estado parte.

La transgresión de una ley de exportación de bienes culturales protectora del patrimonio cultural es de orden público y, consecuentemente, los intereses del Estado son los primeros en ser vulnerados, con independencia de la adscripción de propiedad del bien cultural en controversia, que puede ser público o privado.

Existen diversas maneras de entablar un procedimiento de restitución de un bien cultural; puede fundamentarse en los términos del capítulo II de la Convención, alusivo a los bienes culturales robados; en el capítulo III relativo a los bienes culturales ilícitamente exportados, o conforme a los dos capítulos mencionados.

El particular residente del Estado de origen tiene por lo tanto múltiples posibilidades y no se le priva de ningún derecho. Aun así, sería deseable que los particulares pudieran *per se* incoar una acción en jurisdicciones extranjeras por transgresión a las leyes de exportación de sus países de origen.<sup>114</sup>

El análisis de la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados estará precedido de un examen de su noción (*apartado A*) que permitirá determinar sus efectos (*apartado B*).

#### A. Su noción

Los bienes culturales ilícitamente exportados se definen como los bienes: “desplazados del territorio de un Estado contratante en infracción de su derecho que regula la exportación de bienes culturales con miras a la protección de su patrimonio cultural”.

En consecuencia, un Estado que no hubiere velado por la protección de su patrimonio cultural mediante la promulgación de una legislación específica en materia de exportación no puede pretender tener una mejor protección en el marco de la Convención de UNIDROIT. En efecto, la acción de protección de la Convención no puede ir más allá de las medidas de protec-

---

<sup>114</sup> Prott, Lyndel B. y O’Keefe, Patrick J., “National legal control of illicit traffic cultural property”, p. 107, en UNESCO Doc CLT/83/WS/16, París, UNESCO Publishing, 1983, pp. 1-141, disponible en: <https://law.uq.edu.au/profile/1251/lyndel-prott>.

ción que el Estado de origen hubiera juzgado oportuno implementar con el propósito de proteger su patrimonio cultural.

Resta aún por ser definido el tribunal o la autoridad competente que deba restituir el bien cultural; la Convención de UNIDROIT en este aspecto es omisa. Así como la Convención de 1954 no prevé ningún procedimiento para articular las controversias contenidas en su texto, tal omisión pudiera llevar a pensar que las instancias gubernamentales constituyen la vía idónea para hacerse cargo de ello. En cuanto a la Convención de 1970, ésta previene que las controversias deben promoverse a través de las instancias diplomáticas.

La Convención de UNIDROIT permite al Estado requirente incoar su demanda de restitución ante los tribunales u otras autoridades competentes, lo que multiplica las posibilidades de aquel puesto que puede dirigirse a instancias de los Estados requeridos, que son *formalmente* administrativas pero *materialmente* jurisdiccionales y en las cuales se concentran las soluciones de controversias por transgredir las leyes de exportación de países extranjeros, como es el caso del sistema de aduanas estadounidense.

Es preciso no soslayar que muchos países susceptibles de ratificar la Convención de UNIDROIT ya son parte en la Convención de 1970, misma que se fundamenta en instancias administrativas no jurisdiccionales, a diferencia de la Convención de UNIDROIT. Es el Estado el que, en el momento de ratificar esta Convención, indicará la jurisdicción competente ante la cual deban ser desahogadas las controversias; regla que introduce un elemento de certeza para la comunidad internacional.

Los efectos del régimen de la exportación ilícita de bienes culturales se hacen extensivos a los que salen del territorio de un Estado con fines específicos, entre otras de exposición, investigación o restauración. Es evidente que la partida de esos bienes culturales, los cuales deben ser salvaguardados —acto que obedece a propósitos específicos muy loables—, tiene que ser cuidadosamente reglamentada.

Las exhibiciones y el estudio de los bienes culturales favorecen la cooperación internacional, así como el diálogo entre las sociedades, pero es claro que cuando un bien cultural temporalmente exportado con fines específicos no se restituye a su territorio, se incurre en una transgresión flagrante de la voluntad del Estado de origen. Esto tiene como consecuencia el debilitamiento de la cooperación internacional y disuade al Estado de origen de participar en exposiciones, entre otras cosas por el temor de no recuperar sus bienes culturales y de que su patrimonio cultural sufra un daño sensible.

En este orden el precedente *Stoutkine v. Le Centre national d'art et de culture Georges Pompidou, le Musée de l'Hermitage de Saint-Petersbourg, le Musée Pouchkine de Moscou et la Fédération de Russie*,<sup>115</sup> aporta elementos de análisis invaluable. Los hechos que dieron origen a este caso se resumen como sigue:

En los inicios de la Revolución de Octubre, el Estado soviético confiscó un conjunto de pinturas al señor Pouchkine y las remitió posteriormente a París para su exhibición. La hija del propietario desposeído presentó una demanda de restitución ante los tribunales franceses y el entonces Estado soviético hizo valer su inmunidad diplomática. La demanda fue rechazada con base en el principio internacional de los actos soberanos del Estado. Este precedente coadyuva en forma significativa a la certeza jurídica a la que aspira toda exhibición de bienes culturales y con ello hace posible el estudio de las culturas.

El Estado requirente debe tener conciencia de que la pérdida de un bien cultural altera de manera significativa uno o varios de los intereses que mencionaremos más adelante. El término *establecer* es una fórmula de compromiso entre *la noción de restitución automática* y *la noción de comprobación*; pretende indicar que el tribunal debe estar convencido de que el bien cultural controvertido satisface una o varias de las condiciones requeridas por el artículo 5o. de la Convención de UNIDROIT y que el tribunal esté adicionalmente facultado para fundarse en otros elementos de convicción.

Por un lado, durante la Conferencia Diplomática de junio de 1995 celebrada en Roma, en la que se aprobó la Convención del UNIDROIT, los Estados de destino de bienes culturales ilícitamente exportados externaron su preocupación frente a la posibilidad de dar un efecto automático a la restitución, lo cual implicaría una práctica general que los obligaría a aplicar de manera sistemática las leyes extranjeras relativas a la exportación ilícita de los bienes culturales; pero, por otro lado, en la práctica, el *onus probandi* significaba una fuente de problemas para los Estados de origen, conllevaba la imposibilidad de recuperar sus bienes.

La prudencia exigía por lo tanto que se ponderase la diferencia existente entre la aplicación efectiva del derecho público extranjero y el solo hecho de considerarla. El término *establecer* traduce esta última noción y supone un equilibrio entre la noción de restitución automática del bien cultural requerido y la noción de exigencia de prueba indubitable de que uno de los intereses del Estado requirente ha sido vulnerado. Ese

---

<sup>115</sup> Tribunal de gran instancia, primera sección, París, 16 de junio de 1963. En Prott, Lyndel B, *op. cit.*, p. 35.

término pretende conciliar la protección del patrimonio cultural a través de la solidaridad internacional y la aplicación sistemática<sup>116</sup> del derecho público extranjero.<sup>117</sup>

El equilibrio consiste en crear un sistema general de protección limitado a ciertas categorías de bienes culturales que se caracterizan por su naturaleza o por la importancia cultural que revisten para el Estado requirente. Éste debe proveer al tribunal o a la autoridad competente de todos los elementos de convicción que puedan permitir la apreciación de los daños que sufrió debido a la exportación ilícita de los bienes culturales requeridos.<sup>118</sup>

Los intereses vulnerados (*numerus clausus*) que la Convención considera para ordenar la devolución de un bien cultural a un Estado requirente atañen en primer lugar a la conservación material del bien y de su contexto, y se refieren entre otros a los sitios o monumentos arqueológicos.

La integridad de un bien cultural de alta complejidad puede ser amenazada entre otras cosas por el desmantelamiento de grandes conjuntos de monumentos, la decapitación de esculturas, la dispersión de frescos o aun por la división de trípticos.<sup>119</sup>

El interés considerado es el referente a la conservación de la información, que puede ser de naturaleza científica o histórica, entre otras. Se alude aquí a los daños experimentados por el contexto del bien requerido, el cual se ve *amputado* de los elementos susceptibles de dar informaciones como las enunciadas; es el caso de las estelas mayas sustraídas violentamente de su contexto.

El último interés considerado es el concerniente al uso tradicional o ritual del bien cultural por una comunidad autóctona o tribal, y se refiere a la protección de comunidades tradicionales cuyas prácticas están relacionadas con los bienes culturales requeridos, con independencia de que se encuentren o no físicamente situados en la comunidad.

Finalmente el apartado 3o. del artículo 5o. tiene un valor de *clausula generalis*. El principio es muy claro: todo bien cultural que revista una importancia significativa para el Estado requirente tiene que serle restituido. Para definir la importancia del bien, el criterio judicial es determinante, aunque hay muchos más que, por su misma diversidad, son

<sup>116</sup> Schneider, Marina, *op. cit.* p., 59.

<sup>117</sup> Lalive D'Épinay, Pierre, "Une avancée de droit international: la Convention de Rome d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés", *Revue de droit uniforme*, Roma, UNIDROIT, 1996, p. 53.

<sup>118</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 529.

<sup>119</sup> *Idem*.

ambiguos. Se pueden mencionar, entre otros, la calidad estética del bien, su importancia para el estudio del arte, su valor histórico o científico o incluso su rareza.<sup>120</sup>

El efecto de esa *clausula generalis* excluye la hipótesis de la infracción a intereses específicos como los descritos en el apartado 3o. del artículo 5o. de la Convención, y sólo considera la importancia *per se* del bien cultural requerido. La literatura especializada<sup>121</sup> ha tratado de enfatizar sin embargo que la *importancia cultural significativa* mencionada en el artículo 2o. de la Convención de UNIDROIT es una noción más restrictiva que la de la *importancia cultural* contenida en este artículo 5o.; pero debe admitirse que conforme a esta interpretación carecería de sentido desarrollar diversas alternativas en las que se tomase en cuenta la afectación de uno o varios de los intereses del Estado requirente si una *clausula generalis* permitiese que, en ausencia de la alteración de esos intereses, el tribunal o cualquier otra autoridad competente pudiese dar curso a la demanda de restitución de un bien cultural ilícitamente exportado.

Será finalmente la jurisprudencia la que determinará el alcance de la frase “...o que el bien reviste para él una importancia cultural significativa...” a la que recurre el artículo 5o. de la Convención de UNIDROIT.

Es pertinente asimismo considerar<sup>122</sup> que si un bien participa del carácter de culturalidad previsto en el artículo 2o. de la Convención, eso no lo hace necesariamente viable para su restitución, ya que aquella se limita a proteger los bienes culturales que revisten una importancia cultural significativa o cuya ausencia vulnere a uno o varios de los intereses antes expuestos.

Algunos autores<sup>123</sup> han sugerido que el mero hecho de que el Estado requirente entable un procedimiento tan costoso con el fin de solicitar la restitución de un bien cultural constituye *per se* una prueba, inequívoca y concluyente, de su *importancia significativa*.

El Estado debe acompañar a su solicitud de restitución toda información de hecho o de derecho que permita al tribunal o a la autoridad competente del Estado requerido determinar si los requerimientos precitados han sido satisfechos.

Entre los documentos que el Estado requirente debe presentar figura el texto de la legislación que se encontraba vigente en materia de exportación de bienes culturales que protege su patrimonio al momento de la exportación ili-

---

<sup>120</sup> *Idem.*

<sup>121</sup> *Idem.*

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 533.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 529.

cita, así como dictámenes de especialistas, que pueden ser nacionales tanto del Estado requirente como del Estado requerido, o aun de otro Estado.

La presentación de esos documentos no constituye una exigencia para la admisibilidad de la demanda; su función se acota exclusivamente a proveer de todos los elementos de convicción al tribunal, que podrá solicitar otros documentos que en su criterio sean necesarios para fundamentar su decisión.<sup>124</sup>

### B. *Sus efectos*

Los efectos que se identifican más fácilmente en la restitución de los objetos ilícitamente exportados son la prescripción (la prescripción), el derecho a la indemnización (el derecho a la indemnización) y el vínculo entre el certificado de exportación y la buena fe (el certificado de exportación y la buena fe). Conviene adicionalmente mencionar la práctica jurisdiccional (la práctica jurisdiccional) y la eventualidad de la restitución voluntaria (la devolución voluntaria), sin olvidar el efecto de la retroactividad (la retroactividad), la cual merece una mención especial debido a su carácter altamente polémico.

#### a. La prescripción

Dentro del régimen de los bienes culturales ilícitamente exportados el mecanismo de la prescripción es semejante al que se prevé en el régimen de los bienes culturales robados, salvo en un aspecto: para los primeros, la Convención sólo fijó un plazo absoluto, el mismo que el que atañe al régimen general, y descartó la posibilidad de un plazo relativo.<sup>125</sup>

Existe una simetría entre los plazos de prescripción de los bienes culturales ilícitamente exportados y los previstos para los bienes culturales robados. La Convención de UNIDROIT adopta el mismo razonamiento y considera que la demanda debe motivarse en función del acopio de pruebas y de la duración del plazo. Sin embargo, es de observarse que, en el caso de los bienes culturales robados, la Convención propone plazos que difieren según las características de los bienes culturales, en tanto que los bienes culturales ilícitamente exportados únicamente están sujetos a un régimen general de prescripción.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> *Ibidem* p. 533.

<sup>125</sup> *Idem*.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 535.

El presente análisis no puede soslayar que estos últimos sólo se encuentran sujetos a un plazo absoluto que corresponde al régimen general de la prescripción. La consecuencia es que los bienes culturales pertenecientes a colecciones públicas que hayan sido objeto de una exportación ilícita no se benefician del plazo relativo previsto por el régimen especial de prescripción, y pudiera pensarse que la Convención desfavorece los bienes robados que forman parte de colecciones públicas. Pero asimismo podría considerarse que la exportación ilícita de un bien cultural integrante de una colección pública implica necesariamente su robo previo.<sup>127</sup>

#### *b. El derecho a la indemnización*

El derecho a la indemnización se atribuye también al poseedor de un bien ilícitamente exportado y está sujeto al hecho de que en el momento de la adquisición el poseedor de un bien cultural ignore o no pueda razonablemente saber que el bien en controversia ha sido ilícitamente exportado.

Al igual que para los bienes culturales robados, el momento del pago de la indemnización debe coincidir con el de la devolución del bien. Existe sin embargo una diferencia de sustancia en la manera en que el tribunal o la autoridad competente tendrán que evaluar la conducta del poseedor, según se trate de bienes culturales robados o de bienes culturales ilícitamente exportados.<sup>128</sup>

Para los bienes culturales robados, el tribunal deberá tomar en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, entre ellas la calidad de las partes, el precio pagado, el hecho de que el adquirente haya consultado todos los registros de bienes culturales razonablemente accesibles o cualquier otra documentación también razonablemente accesible, que haya contactado con agencias o tomado incluso las precauciones que toda persona sensata hubiese tomado en semejante caso.

Existe una diferencia sustantiva en lo que respecta a los bienes culturales ilícitamente exportados; el tribunal o la autoridad competente sólo considerará las circunstancias en las que se efectuó la adquisición, entre las cuales y, dado el caso, está la ausencia del permiso de exportación exigido por la ley del Estado requirente.

---

<sup>127</sup> *Idem.*

<sup>128</sup> *Idem.*

Este análisis llega a la siguiente conclusión: el adquirente de buena fe tendrá que demostrar una diligencia diferente en el caso de adquisición de bienes culturales robados que en el de bienes culturales ilícitamente exportados.

No se hace mención alguna de la *due diligence* del adquirente, pero los términos que expresan que el adquirente *supo* o *hubiese razonablemente debido saber* que el bien cultural que adquiriría era ilícitamente exportado, podrían sugerir un paralelismo entre los bienes culturales robados y los bienes culturales ilícitamente exportados en lo que respecta a la *due diligence*, y el tribunal pudiera ponderar esa circunstancia.<sup>129</sup>

Esta interpretación está muy lejos de contar con la aprobación de muchos autores; parte de la literatura reciente sostiene que la omisión de la noción de *due diligence* debe interpretarse como una mayor libertad en la apreciación de la conducta del poseedor de bienes culturales ilícitamente exportados.<sup>130</sup> Se puede constatar el mismo fenómeno con el *onus probandi*: dado que la Convención no lo menciona, le pertenecerá al Estado requiriente probar que en el momento de la adquisición el poseedor *supo* o *debió razonablemente saber* que el bien había sido ilícitamente exportado;<sup>131</sup> la jurisprudencia de los tribunales del foro será finalmente la que decidirá sobre esos aspectos cruciales.

La función jurídica de la indemnización es idéntica en ambos casos; para mencionar lo obvio: se intenta compensar al propietario legítimo que lo es en los términos de la legislación del foro; el monto de la indemnización corresponde a los mismos criterios, aunque con una pequeña variante: puesto que el Estado es el único facultado para reclamar los bienes culturales ilícitamente exportados, es el directamente responsable del pago de la indemnización.

### c. El certificado de exportación y la buena fe

El problema fundamental del certificado de exportación gravita en torno a la prueba de la buena fe. El artículo 6o. de la Convención de 1970 disponía la obligación de los Estados contratantes de elaborar un sistema de certificados de exportación para impedir la salida de su territorio de los bie-

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 537.

<sup>130</sup> *Idem*.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 573.

nes culturales desprovistos de ese documento. En especial la Convención de 1970 elaboró ese sistema, que los Estados contratantes se comprometieron a instalar y a divulgar.

El régimen de la Convención de UNIDROIT, que no prevé la obligación del sistema de certificación, evita la posibilidad de sancionar al poseedor de buena fe que haya adquirido un bien cultural carente de certificado de exportación. El Estado requirente no podrá invocar la falta de ese documento para probar la mala fe del poseedor y privarlo de su derecho a una indemnización.<sup>132</sup>

El sistema de los certificados de exportación es en efecto cuestionable, ya que una buena parte de los bienes culturales ilícita y clandestinamente exportados lo son precisamente porque existe una prohibición absoluta en ese sentido. Aun cuando la Convención de UNIDROIT no se refiere a ese sistema, el solo hecho de enunciarlo permite al tribunal o a las autoridades competentes considerarlo al momento de evaluar las circunstancias de la adquisición, de la *due diligence* y de la conducta del poseedor.<sup>133</sup>

Por lo demás, es en extremo complicado, si no es que francamente imposible, conocer con la debida oportunidad si existen regímenes de certificación de exportación en los países de origen; basta consultar la síntesis relativa al control de la exportación en las diferentes legislaciones, publicada por la UNESCO para percibir esa dificultad.

#### d. La práctica jurisdiccional

En casos en que las precauciones más elementales fueron ignoradas por los adquirentes y la intención de transgredir la ley es evidente, la existencia de una conducta negligente en la exportación de los bienes culturales no necesita demostrarse.

Un antecedente relativo a la exportación ilícita de uno de los diez ejemplares de un manuscrito redactado por un sobreviviente del viaje de circunnavegación de Magallanes, publicados en París en 1575, contiene en este orden importantes elementos de análisis. Conforme a las evidencias aportadas al tribunal francés que conoció del caso, el manuscrito había sido entregado a Sotheby's-París, que lo transmitió a Sotheby's-Nueva York, casa de subastas que realizó finalmente su venta.

Esa transacción, sin embargo, se efectuó sin haber tomado la mínima precaución que hubiese permitido constatar muy fácilmente que tres copias

---

<sup>132</sup> *Idem.*

<sup>133</sup> *Idem.*

de esos libros habían sido precisamente robadas de bibliotecas francesas en la década de los setenta. Dos de esas instituciones, la Mazarin y la del Ministerio de la Marina, se encontraban en París.

Sotheby's-París transfirió el manuscrito a Nueva York sin más formalidad, cuando difícilmente podía haber ignorado que, de acuerdo con la legislación francesa, un bien tan valioso no podía abandonar el territorio francés sin un permiso de exportación.<sup>134</sup> Finalmente, nada permitía suponer que Sotheby's hubiese realizado algún esfuerzo para informarse sobre el título legal del vendedor.

Posteriormente se descubrió que el traficante —lo insólito— era un oficial de policía, miembro de la brigada francesa especializada en la protección de los objetos de arte.<sup>135</sup> Se supo también que la Universidad de Yale había adquirido uno de los manuscritos robados, y en cuanto al otro adquirente de la misma casa de subastas, ésta se negó a revelar su nombre. El diario francés *Libération* insistió en que la aplicación de la Convención de UNIDROIT, tan combatida por Sotheby's, hubiese frustrado la realización de la venta.<sup>136</sup>

Podríamos asimismo mencionar el caso de un experto en pinturas antiguas de Sotheby's en Milán que fue filmado mientras proponía la exportación a Londres de pinturas italianas. Ese individuo no solamente no ignoraba que su ofrecimiento violaba la ley de su lugar de residencia, sino que había incurrido en esa práctica de manera constante.<sup>137</sup>

Se puede recurrir a otros casos para ilustrar la manera en que podría evaluarse la diligencia de la conducta del adquirente. En uno de los precedentes citados en párrafos anteriores, *Attorney General of New Zealand vs. Ortiz et al.*,<sup>138</sup> el señor Ortiz concluyó en Nueva York un contrato de venta con el comerciante de arte Lanz Entwhistle respecto a unos paneles de madera de origen maorí Taranki. Este precedente ha sido analizado con profusión en párrafos anteriores.

Ortiz convino en no mostrar esos objetos a ningún arqueólogo de Nueva Zelanda durante un plazo de dos años, así como a no exhibir ninguna

<sup>134</sup> Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 65.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>136</sup> Véase el periódico francés *Libération* del 15 de septiembre de 1995, p. 28.

<sup>137</sup> Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 65.

<sup>138</sup> Para tener presentes los pormenores del precedente véase: All England Report All ER 1936 to date. All ER, 1983, Volume 2- *Attorney General of New Zealand vs. Ortiz and others*. House of lords. Lord Frazer of Tullybelton. Lord Roskill, Lord Brandon of Oakbrook and Lord Brightman, 7, 8, 9 March, April 1983.

fotografía de ellos. En los términos de la Convención de UNIDROIT, semejante conducta lo hubiese privado instantáneamente de su derecho a una indemnización.<sup>139</sup>

#### e. La devolución voluntaria

El poseedor puede negociar su derecho a la indemnización con el Estado requirente de diversas maneras: restituir el bien cultural requerido reservándose el dominio del bien cultural o transferir la propiedad, a título oneroso o gratuito, a un tercero con residencia en el Estado requerido que le proporcione garantías suficientes para su preservación.

La exportación ilícita de un bien cultural presupone la transgresión de una ley de exportación que algunas legislaciones sancionan con la pérdida de la propiedad del bien cultural requerido, lo que significa una confiscación *de facto*. Es para impedir éste último supuesto que la Convención dispone que cuando un poseedor restituye el bien cultural al Estado requirente, se le permita conservar el dominio del bien cultural, y prevé la posibilidad de transferir dicho bien a un tercer residente, como, *exempli gratia*, un museo.<sup>140</sup>

Por otra parte, para evitar la restitución de un bien cultural a una persona que tuviese la intención deshonesto de reexportarlo a un tercer Estado no contratante, el poseedor del bien deberá actuar por conducto del Estado requirente. Este es uno de los argumentos fundamentales para restringir la restitución de los bienes ilícitamente exportados entre Estados a particulares por terceros.

En el momento de ratificar la Convención, los Estados de origen de bienes culturales deberán examinar el régimen al cual está sujeta la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados en su legislación interna.

El poseedor tendrá la posibilidad de restituir el bien cultural a un tercer residente del Estado requirente en calidad de donación, mutuo o enajenación. El tercer residente del Estado de origen, por su parte, deberá ofrecer las garantías suficientes para la seguridad y mantenimiento del bien.

La Convención de UNIDROIT desarrolla las consecuencias del régimen de propiedad e instauro medidas propias para salvaguardar el respeto a la propiedad privada, aunque propone simultáneamente una alternativa a la obligación financiera onerosa que representa el pago de una indemnización al adquirente de buena fe.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 65.

<sup>140</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 539.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 537.

Es de precisarse que en ningún momento la Convención de UNIDROIT intenta interferir con el régimen de propiedad del derecho interno del Estado requirente. Hubiera sido totalmente estéril que al ratificarse, la Convención de UNIDROIT suscitara controversias en los regímenes domésticos de propiedad; por lo tanto, aquella se limita a prever disposiciones que permitan asegurar la restitución física del bien cultural.<sup>142</sup>

A diferencia de los bienes culturales robados, los ilícitamente exportados son objeto de una mención expresa en lo relativo a los gastos derivados de la devolución, los cuales incumben al Estado requirente, sin perjuicio del derecho de éste de hacerse reembolsar los gastos por cualquier otra persona, *exempli gratia* por el responsable de la exportación ilícita.

Los *gastos de devolución* son aquellos que ocasionan el transporte de los bienes y los seguros, y no el monto de la indemnización o los gastos legales que pueden estar contemplados en el régimen legal del procedimiento del Estado del foro.

La UNESCO creó el Fondo internacional para la devolución de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en casos de apropiación ilegal, destinado a facilitar la recuperación del patrimonio cultural de los Estados que padecen graves carencias económicas.<sup>143</sup>

Los causahabientes del poseedor de bienes culturales ilícitamente exportados están sujetos al mismo régimen que los causahabientes del poseedor de bienes culturales robados: la transmisión a título gratuito o *mortis causa* no subsana el vicio de origen.

Existen dos excepciones a la aplicación de las disposiciones relativas a la restitución de los bienes culturales. Éstas no se aplican si la exportación se vuelve ilícita al momento de que el bien cultural abandona el territorio de origen; sin embargo, con el transcurso del tiempo ha perdido su ilicitud el momento de la demanda de restitución; tampoco se aplica cuando la exportación del bien se efectuó en vida de su autor o si ha transcurrido un periodo de 50 años desde la fecha de su deceso.

No obstante, en este último caso si el bien controvertido fue creado por uno o varios miembros de una comunidad autóctona o tribal para sus usos tradicionales o rituales, deberá ser devuelto a ella.

La primera excepción toma en cuenta la metamorfosis de las leyes de exportación de los bienes culturales que protegen el patrimonio cultural de un Estado, y no se puede considerar como ilícita una exportación que

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 541.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 539.

se realiza en un país en donde en el momento de la restitución la ley no menciona la ilicitud de tal exportación. Es comprensible que un Estado se encuentre legitimado para aportar a su legislación restrictiva cambios de tendencia más liberal y que esos cambios alteren la ilicitud de los actos realizados con anterioridad a la modificación.

Esa excepción significa también la solución al conflicto de leyes en el espacio. La exportación de un bien cultural se considerará ilícita si cuando se realizó, el país de origen poseía una ley específica que determinaba esa ilicitud, y si además dicha ley continúa vigente en el momento de la restitución. Si en el ínterin esa ley es modificada o sustituida por otra que valide la exportación, se considerará que la exportación en cuestión es válida.

La segunda excepción atañe al régimen de exportación particular al cual están sometidos los bienes culturales exportados en vida de su autor o en el transcurso de 50 años a partir de su muerte. El objetivo de la Convención es obviamente promover la creación artística y el arte contemporáneo, y el mercado del arte será el que finalmente se encargue de determinar el valor de la obra del artista.

En efecto, no se puede ignorar que el éxito de un artista en el mercado internacional tiene una enorme incidencia en el valor de su producción y que cualquier restricción impuesta al tráfico de su obra generaría un demérito significativo de la misma. La solución adoptada por la Convención de UNIDROIT refleja igualmente en gran medida la solución adoptada en la mayoría de las legislaciones nacionales.

La elección de un plazo de 50 años coincide con las disposiciones de la Convención de Berna de 1886 sobre la protección de las obras literarias y artísticas. Para el Estado, el medio más apropiado para retener la producción de un artista vivo es adquiriéndola o recibiendo parte de ella como concepto de pago de impuestos. La peor de las soluciones para una legislación nacional restrictiva es paralizar el tráfico de la obra de los artistas vivos, a riesgo de inhibir su capacidad creativa u obligarlos a abandonar el país para ir en busca de mejores mercados. En este caso, la restricción de la exportación equivaldría a penalizar la misma creatividad.

Para determinar la situación de los bienes de creación reciente, la Convención de UNIDROIT prefirió decidirse por el hecho de que el artista está aún con vida, más que por la antigüedad del bien cultural, debido a la dificultad que entraña determinar la segunda de las edades con la precisión requerida.

Esa disposición no se aplica a autores desconocidos. Aun cuando ciertos bienes culturales merecen una protección específica en razón de su naturaleza, se puede entender que su creador sea anónimo.

Así, el ámbito material de aplicación de la Convención se hace extensivo a los bienes etnográficos cuyos autores son anónimos. Los objetos rituales o ceremoniales están también sujetos a una protección si fueran removidos sin el consentimiento de la comunidad a la que pertenecen. La remoción ilícita de esos bienes puede tener graves repercusiones, no sólo en la vida cultural de la comunidad, sino en la cohesión de esa comunidad.

En este orden el precedente *Afo-a-Kom*, que fue objeto de gran controversia, contribuye en forma indubitable a este análisis con elementos de convicción importantes. La cuenta de los hechos es la siguiente:

En 1966 una figura ritual de madera conocida como *Afo-a-Kom* fue robada en una antigua residencia camerunesa para ser transferida a una galería de arte de Nueva York, en donde se le puso en venta. Los detalles referentes a la exportación ilícita del *Afo-a-Kom* de Camerún nunca se esclarecieron, pese a un rumor que circuló entonces y según el cual la familia real de *Kom* habría estado implicada en la transacción.<sup>144</sup>

La pieza es una figura ritual muy importante que simboliza el espíritu de *Kom*. En la religión animista de Camerún, es por la vía de esa simbolización que las almas de los difuntos se comunican con los vivos. No hace falta acopio de mucha imaginación para imaginar la conmoción de los habitantes de *Kom* ante la desaparición de la efigie. Una parte de la vida espiritual de esa comunidad se colapsó y la superstición atribuyó a la desaparición de la figura todos los sucesos adversos que sobrevinieron después.<sup>145</sup>

Integrantes de una organización pacifista localizaron la estatua en Nueva York y emprendieron acciones se tornaron cada vez más violentas en contra del comerciante de arte que había adquirido esa pieza al ignorar su trascendencia ritual; llegaron al extremo de atentar físicamente contra él.

<sup>144</sup> Merryman, John Henry *et al.*, *Law Ethics and the Visual Autor*, p. 56.

<sup>145</sup> Duboff, Leonard D., King *et al.*, *The desk book of art law*, 2a. ed, New York, Oceana Publications, 2000, p. B-13. La estatua *Afo-a-Kom*, de cerca de cinco pies de altura, representa la esencia espiritual, política y religiosa del reino africano de Camerún; fue sustraída del complejo real de Ngumba, en Laikom, Kom, aparentemente por el hijo y el sobrino del soberano Fon Alo-ah, quien murió poco después. El nuevo rey de Kom, Fon Nsom Ngwe, fue ungido con una nueva estatua hecha por artesanos locales. Existen versiones contradictorias que le atribuyen un total desinterés al gobierno de Camerún en cuanto a la restitución de la pieza. En 1985 se organizó una exposición de arte de Camerún en varias ciudades norteamericanas, que incluía la estatua *Afo-a-Kom*. Surgieron rumores de que la estatua volvió a desaparecer en el mercado internacional del arte. En Merryman, John Henry, *et al.*, *op. cit.* p. 56.

Por último, bajo la presión de la opinión pública y del gobierno de Camerún, así como gracias a numerosas donaciones, la figura fue restituida a su lugar de origen.

El elemento central del análisis consiste en que la restitución del Afo-a-Kom cumpliría nuevamente con su función social y religiosa de origen en una comunidad existente y provista de un sistema de creencias y culturas actuales.<sup>146</sup>

La disposición de la Convención de UNIDROIT que extiende su protección a los bienes etnográficos de autores anónimos es una *excepción a la excepción* y obedece a la necesidad de proteger un interés colectivo al permitir la reivindicación de un bien cultural creado por uno o varios miembros de una comunidad autóctona o tribal para el uso tradicional de esa comunidad, aun cuando dicho bien hubiese sido exportado en vida de su autor o 50 años después de su muerte. En cualquier caso ese bien cultural debe ser devuelto a su comunidad de origen.<sup>147</sup>

El régimen de protección particular al cual están sujetos los bienes procedentes de las comunidades autóctonas o tribales se relaciona con el artículo 5o., apartado 3o., de la Convención, que dispone que la restitución de un bien cultural se ordenará si el Estado requirente puede acreditar que la exportación ilícita atenta significativamente el uso tradicional o ritual del bien por parte de una comunidad autóctona o tribal y demostrar al tribunal o a la autoridad competente que el bien requerido es esencial para la supervivencia de la cultura y de las tradiciones de la comunidad referida.<sup>148</sup>

La jurisdicción competente para conocer de las demandas relativas tanto a los bienes culturales robados como a los bienes culturales ilícitamente exportados puede ser la del lugar donde se encuentra el bien en el momento de la reivindicación, pero también la jurisdicción competente de cualquier otro lugar, como *exempli gratia* la del domicilio del poseedor.<sup>149</sup>

Se ha percibido que la posibilidad de recurrir a la jurisdicción del tribunal del lugar en donde se encuentra el bien se aparta de las reglas tradicionales y constituye una nueva forma de fijar la jurisdicción en materia de recuperación de los bienes culturales. Esta novedad presenta la ventaja de permitir una mayor prontitud al demandante, el cual podrá iniciar de inmediato los trámites necesarios para una demanda de restitución.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> Merryman, John Henry, *op. cit.*, p. 170.

<sup>147</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 543.

<sup>148</sup> *Idem.*

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 545.

<sup>150</sup> *Idem.*

Otro beneficio de orden temporal consiste en que la decisión del tribunal o de la autoridad competente será de aplicación inmediata, sin necesidad de un *exequatur*, el cual sería indispensable de encontrarse el bien en un Estado que no fuese el del foro.

Esa disposición introduce un punto de contacto de excepción, el *favor legis rei sitae*, que interviene en los casos en que la protección de un bien cultural requiere medidas provisionales urgentes de preservación.<sup>151</sup>

Por último esta novedad ofrece una ventaja adicional; si se considera que un propietario o un Estado requirente localizan un bien cultural en el territorio de un Estado parte de la Convención pero cuyo poseedor se encuentra en un Estado no parte, sería imposible incoar su demanda de acuerdo a las reglas de la jurisdicción del domicilio del poseedor. En efecto, los bienes culturales se encuentran con más frecuencia en casas de subastas o en poder de grandes comerciantes de arte, y en países que poseen un mercado de arte pero cuyo territorio no corresponde necesariamente al domicilio del vendedor.<sup>152</sup>

En materia de jurisdicción la Convención de UNIDROIT admite también otras posibilidades; *exempli gratia* la intervención de un foro elegido por las partes y hasta la intervención de un árbitro especialista *ad hoc* que aporte nuevos elementos y tenga una función jurisdiccional. Esta última posibilidad ofrece la triple ventaja de ser confidencial, expedita y neutral.<sup>153</sup>

La Convención prevé asimismo la aplicación de medidas provisionales o precautorias en la jurisdicción del lugar en donde se encuentra el bien, aun en caso de que la acción de reivindicación le competa a otra jurisdicción. Este punto es muy importante, ya que permite la salvaguardia del bien cultural y podría evitar su reexportación en el transcurso del juicio, o incluso su desaparición o destrucción.

La Convención también permite garantizar la protección del bien cultural cuando está propuesto en una subasta. En la práctica actual y por motivos evidentes, la identidad de los compradores es confidencial. En ausencia de una orden judicial que asegure la protección del bien cultural controvertido, éste puede ser ocultado antes de que el propietario desposeído o el Estado requirente hayan podido obtener una resolución judicial.<sup>154</sup>

La intención de la Convención de UNIDROIT es concebir un cuerpo mínimo de reglas uniformes para la protección de los bienes culturales. La

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 549.

<sup>152</sup> *Ibidem* p. 545

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> *Idem*.

experiencia reciente ha demostrado que los tribunales nacionales tienden cada vez más a armonizar su interpretación con conceptos cruciales compatibles con los objetivos e intenciones de las convenciones internacionales.

Si nos remitimos a la opinión del tribunal suizo que conoció del caso *Desportes Still-Life*, citado en páginas anteriores y relativo a una demanda de restitución de un bien cultural robado, la Convención de 1970, de la cual Francia es parte, así como la Convención de UNIDROIT, firmada por Italia, Suiza y Francia, constituyen la expresión de un orden público internacional cultural en proceso de formación o ya vigente.

El objetivo de la Convención de UNIDROIT es facilitar la restitución o la devolución de bienes culturales robados o ilícitamente exportados, pero de ninguna manera pretende menoscabar, en aras de una pretendida uniformidad, el nivel de protección otorgado a esos bienes por ciertos Estados y que pudiera favorecer la restitución.<sup>155</sup>

Es entendible que los Estados cuya legislación hayan desarrollado medidas de protección más generosas para con el propietario desposeído no estén dispuestos a reducir ese nivel de protección legal con el único propósito de uniformar la legislación en materia de bienes culturales.

Desde su preámbulo, la Convención de UNIDROIT subraya:

Destacando que la presente Convención tiene por objetivo facilitar la restitución y la devolución de los bienes culturales, y que el establecimiento en ciertos Estados de mecanismos, como la indemnización, necesarios para garantizar la restitución o la devolución, no implica que esas medidas deberían ser adoptadas en otros Estados...

Es de puntualizarse que el apartado 1o. de su artículo 9o. prevé lo siguiente:

La presente Convención no impide a un Estado contratante aplicar otras normas más favorables para la restitución o devolución de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, distintas de las que se disponen en la presente Convención.

Es muy revelador que la Convención emplee la fórmula *normas* o *reglas* y no el de *ley* o *derecho*, lo que refleja evidentemente el reenvío a un sistema normativo y no a un derecho o ley específicos. El término *reglas* debe obviamente entenderse *lato sensu*.

---

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 547.

Se puede válidamente concluir que las *reglas* en cuestión son las asumidas por los Estados que son partes en otros instrumentos internacionales o bien las disposiciones contenidas en su derecho interno, en especial las relativas al conflicto de leyes que norman la aplicación de disposiciones provenientes de otros Estados y que son más favorables a la restitución o a la devolución de un bien cultural robado o ilícitamente exportado.

Estas reglas no imponen ninguna obligación suplementaria a los Estados partes. La Convención no prevé ninguna obligación de reciprocidad hacia los otros Estados contratantes, puesto que un Estado requirente no puede pretender mayores derechos que los de la propia Convención.<sup>156</sup>

Este análisis concluye que la Convención de UNIDROIT tiene una doble intención: aportar soluciones a problemas técnicos generalmente derivados de la diferencia, si no es que a la franca contradicción de las reglas nacionales de derecho interno, así como medidas que aspiran a obstaculizar el desarrollo del tráfico ilícito de los bienes culturales.

La Convención de UNIDROIT demuestra que la creación de vínculos de solidaridad entre Estados puede reforzar el carácter de patrimonio cultural; ambiciona facilitar las restituciones y devoluciones de objetos culturales, las cuales sólo serán posibles si se logra frenar el tráfico ilícito y modificar el comportamiento de las partes implicadas en esa práctica.

### *f* La retroactividad

Uno de los puntos probablemente más polémicos atañe a los efectos de una eventual retroactividad de la Convención. Era evidente que las medidas implementadas para limitar el tráfico ilícito de los bienes culturales sólo pueden surtir efecto para el futuro.

Desde el inicio de los trabajos de la Convención de UNIDROIT, dos extremos conceptuales se enfrentaron: por una parte se sostenía que en virtud de que la Convención no constituía una regla general retroactiva, era inútil incluir normas relativas a la retroactividad; por otra se afirmaba que sería preferible enunciar una norma a fin de atemperar el nerviosismo en el mercado internacional del arte.

A favor de la primera concepción se invocó el artículo 28 de la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados:

Artículo 28. Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lu-

---

<sup>156</sup> *Idem.*

gar 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...

Sin embargo, y en la medida en que la Convención de UNIDROIT está diseñada para legos en derecho, la adjunción de una norma de esa naturaleza era plenamente justificada.<sup>157</sup>

Se sostiene que una de las funciones de la ley es la de ser educativa, y dicha afirmación es especialmente acertada en este caso. En materia de protección del patrimonio cultural, la Convención de UNIDROIT cumple con una función educativa y afirmativa que consiste en transmitir principios éticos y morales.<sup>158</sup>

La inclusión de una norma de esa naturaleza sólo se possibilitó gracias a una declaración expresa de los Estados que precisaba que en la Convención esa regla no tenía como efecto la legitimación de un tráfico de bienes culturales anterior a la Convención.

El preámbulo de la Convención es muy claro al respecto, pues prevé lo siguiente: “Afirmando que la aprobación de las disposiciones del presente Convenio para el futuro no constituye en modo alguno una aprobación o legitimación de cualquier tráfico ilícito que se haya producido antes de su entrada en vigor”.

Esa declaración de los Estados coincide con el apartado 3o. del artículo 10, que reza:

La presente Convención no legitima en modo alguno una actividad ilícita de cualquier tipo que se llevara a cabo antes de la entrada en vigor de la presente Convención o que quedara excluida de la aplicación de la Convención en virtud de los párrafos 1) ó 2) del presente artículo, ni limita el derecho de un Estado o de otra persona a presentar, fuera del marco de la presente Convención, una demanda de restitución o de devolución de un bien robado o exportado ilícitamente antes de la entrada en vigor de la presente Convención...”.

La solución dada al problema de la retroactividad se moldea una vez más en función de la estructura adoptada por la Convención, y las normas enunciadas difieren según se trate de bienes culturales robados o ilícitamente exportados.

---

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 549.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 545.

Para entender a cabalidad el análisis posterior es necesario tener presente el artículo 10 de la Convención, que reza:

1) Las disposiciones del capítulo II se aplicarán a un bien cultural que haya sido robado después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto al Estado en el que se presenta la demanda, a condición de que:

a) el bien haya sido robado en el territorio de un Estado contratante después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a ese Estado;

b) el bien se encuentre en un Estado contratante después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a ese Estado.

2) Las disposiciones del capítulo III se aplicarán sólo a un bien cultural exportado ilícitamente después de la entrada en vigor de la Convención con respecto al Estado requirente, así como con respecto al Estado en el que se presenta la demanda.

3) La presente Convención no legitima en modo alguno una actividad ilícita de cualquier tipo que se llevara a cabo antes de la entrada en vigor de la presente Convención o que quedara excluida de la aplicación de la Convención en virtud de los párrafos 1) ó 2) del presente artículo, ni limita el derecho de un Estado o de otra persona a presentar, fuera del marco de la presente Convención, una demanda de restitución o de devolución de un bien robado o exportado ilícitamente antes de la entrada en vigor de la presente Convención.

Los criterios normativos que determinan la aplicabilidad de la Convención en materia de retroactividad son el momento del robo, el carácter de Estado contratante del Estado requerido, y el carácter de Estado contratante del Estado en donde se perpetró el robo o del Estado de la situación del bien.<sup>159</sup>

La primera condición es de orden temporal: el bien debe haber sido robado antes de la entrada en vigor de la Convención en el Estado en donde se intenta la acción de restitución, lo que presupone que el Estado requerido debe obligatoriamente ser parte de la Convención.

Dos condiciones alternativas deben adicionalmente ser satisfechas y que obedecen esta vez a criterios de orden espacial: la comisión del robo debe haberse efectuado o el bien debe encontrarse en el territorio de un Estado contratante después de la entrada en vigor de la Convención en este Estado.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 551.

<sup>160</sup> *Idem*.

La primera hipótesis que se contiene en el artículo 10, citado en su apartado 1o. permite la aplicación de la Convención cuando un bien ha sido robado en el territorio de un Estado contratante después de la entrada en vigor de la Convención tanto en el territorio del Estado requirente como en el del Estado requerido.

El momento de la presentación de la reclamación y el hecho de que el bien requerido se encuentre en el territorio de un Estado no contratante, no tienen aquí relevancia alguna; falta determinar la manera en que la resolución del tribunal del Estado requerido se pondrá en ejecución en el Estado donde se encuentra físicamente el bien.<sup>161</sup>

La segunda hipótesis del artículo 10 citado, inciso b) conduce a la aplicación de la Convención a un bien cultural robado ubicado en el territorio de un Estado parte después de la entrada en vigor de la Convención tanto en este Estado como en el Estado requerido.

Aquí también el hecho de que el bien haya sido robado en un Estado no parte de la Convención, o después de su entrada en vigor en este Estado, no tiene ninguna incidencia. En vista de que el texto de la Convención no prevé que el bien cultural deba encontrarse en el territorio de otro Estado contratante, es válido concluir que el Estado requerido ante el cual la demanda de restitución ha sido presentada y el Estado donde se encuentra el bien podrían ser idénticos.<sup>162</sup>

De eso resulta claramente que la característica del Estado parte, así como la fecha de entrada en vigor de la Convención, constituyen factores determinantes para el desarrollo de esta hipótesis.<sup>163</sup>

Los antecedentes de la noción de retroactividad se encuentran en el Protocolo de la Convención de 1954, el cual estipula que el Estado parte es responsable de los bienes culturales de cualquier territorio ocupado que se importen directa o indirectamente a su territorio, y tiene que restituirlos a las autoridades del territorio ocupado. Esta obligación no se limita al territorio de los Estados partes a la Convención.<sup>164</sup>

Ahora, en lo referente a los bienes culturales ilícitamente exportados que se contienen en el apartado 2o. del artículo 10 citado, la Convención de UNIDROIT desarrolla un principio de estricta reciprocidad, puesto que la demanda de restitución, que debe proceder de un Estado parte y ser presentada en otro Estado parte, debe adicionalmente, y en forma obligatoria,

---

<sup>161</sup> *Idem.*

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 553.

<sup>163</sup> *Idem.*

<sup>164</sup> Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 80.

referirse a bienes culturales que fueron ilícitamente exportados después de la entrada en vigor de la Convención en ambos Estados.<sup>165</sup>

Finalmente, los países de origen que han padecido más el pillaje de su patrimonio cultural insistieron particularmente para que fuera precisado que la aplicación futura de la convención de UNIDROIT no implicaba de ninguna manera la legitimación de actos ilícitos cometidos antes de su entrada en vigor; por otra parte, la Convención dispone claramente la procedencia de cualquier reclamación de un bien cultural no incluido en su ámbito de aplicación y que fuera beneficiado de un apoyo legal diferente del que se consigna en la Convención. Existen en efecto instrumentos múltiples que pueden ayudar a la recuperación de los bienes culturales, entre otros los tratados, los acuerdos bilaterales o incluso la vía diplomática.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 533.

<sup>166</sup> *Idem.*

## ACERCA DE LOS AUTORES

### MARÍA VIRGINIA AGUILAR

Egresada de la UNAM, abogada postulante en derecho civil, familiar e internacional de la familia. Miembro de la Comisión de Abogados Externos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, miembro de número y ex residente (2013-2014) de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C. (AMEDIP). Profesora de Derecho Internacional Privado y de Tratados Internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM. Ha escrito varios artículos tanto para la revista de AMEDIP como para otras revistas. Actualmente está por publicar un libro de texto de derecho familiar.

### NURIA GONZÁLEZ MARTÍN

Doctora en derecho internacional privado, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. LLM (DEA) en Derecho, Universidad de Sevilla. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Académica visitante en Stanford Law School, 2012-2016. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Asesora externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores en materia de derecho internacional privado.

### MARÍA MERCEDES ALBORNOZ

Doctora en derecho (Doctorat d'État), Université Panthéon-Assas, Paris II, Francia. DEA (Diplôme d'Études Approfondies) en Derecho Internacional, opción Derecho Internacional Privado y del Comercio Internacional, Université Panthéon-Assas, Paris II. Abogada, Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Profesora investigadora del Centro de Investigación y

Docencia Económicas (CIDE). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. Asesora externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores en materia de derecho internacional privado

LUIS MANUEL C. MÉJAN

Doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Cuenta con los títulos de Profesor Normalista, Maestría en Educación Cívica y Social y Licenciatura en Derecho. Estudios de postgrado en el Center for American and International Law en Dallas, Texas y el Business Training Program de Nueva York. Originario de Guadalajara, Jalisco. Después de cuatro años de ejercicio libre de la profesión y durante treinta años fue abogado del Banco Nacional de México, en el que desempeñó diversos puestos hasta ser director de Asesoría Jurídica en la Dirección General y prosecretario del Banco y del Grupo Financiero. Presidió el Comité Jurídico de la Asociación de Banqueros de México, A.C. Desde su inicio y hasta diciembre de 2009 fue el director general del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, con cuyo carácter presidió la International Association of Insolvency Regulators. Es miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados en donde dirige el programa de televisión de la misma en el Canal Judicial, de la Asociación Nacional de Abogados de Empresas. En el ámbito internacional es miembro del American Bankruptcy Institute, de INSOL International, Del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, del International Exchange of Experience in Insolvency, del Instituto Iberoamericano de Derecho Financiero, es Fellow del American College of Bankruptcy y es miembro del Consejo de Directores del International Insolvency Institute. Ha formado parte en forma regular de la representación de México ante el Grupo de Trabajo de Insolvencia en la UNCITRAL y es consultor de la materia en el grupo *ad hoc* (Task Force) del Banco Mundial. Ha actuado como “Expert Witness” explicando el Derecho Concursal Mexicano ante tribunales de los Estados Unidos de América. Ha ejercido el magisterio desde hace más de 50 años. Es Académico Asignatura Plus en el ITAM donde imparte cátedra en la Licenciatura y en los Posgrados Pertenece al claustro de profesores de los Postgrados de Derecho en la Universidad Panamericana sedes México y Guadalajara, es investigador Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores y miembro del Consejo Editorial de la revista Perspectiva Jurídica. Ha sido conferenciante en múltiples Universidades y agrupaciones profesionales en Congresos en el país y en el extranjero.

### MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA

Doctorado en derecho. Maestría en Criminología y Especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesora de carrera de tiempo completo definitiva nivel “C” en la Universidad Nacional Autónoma de México y catedrática de la Licenciatura de la Facultad de Derecho y en la División de Estudios de Posgrado. Recipiendaria del Premio Lombroso, de cátedras especiales y extraordinarias, de las mMedallas: Prima de Leyes Instituta 2002-2003, Sor Juana Inés de la Cruz, 2008, y Vasco de Quiroga, 2011. Asesora externa honoraria de la Secretaría de Relaciones Exteriores y delegada por México ante la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado. Miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Directora del Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho. Investigadora nivel II del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

### LEONEL PEREZNIETO CASTRO

Profesor de carrera en la UNAM en el CRI-FCPyS, en la especialidad de derecho internacional privado (desde 1972) e investigador nacional nivel III desde 1999. Fundador y organizador del Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado (Seminario anual desde 1976). En 2016 se celebró el XXXIV seminario. Doctorado honoris causa por la Universidad de Sonora, 2012. Medalla Gil Colunje de la Universidad de Panamá, octubre de 2015, por la difusión del derecho internacional privado en Latinoamérica. Autor de catorce libros y 106 artículos en derecho internacional privado, arbitraje internacional y derecho comparado. Consejero en el Despacho Jauregui y del Valle, S. C.

### VÍCTOR MANUEL ROJAS AMANDI

Realizó sus estudios de licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; de maestría en derecho en la Universidad de Heidelberg en Alemania, y de doctorado en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional y de Derecho Público en dicha universidad. Ostenta asimismo, un segundo doctorado en derecho de la Unión Europea y derechos humanos por la Universidad Nacional de Educación a

Distancia de Madrid, España. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, donde ha sido distinguido con el nivel III. Es autor de trece libros, de 34 artículos, de quince capítulos en obras conjuntas y coordinador de tres libros especializados en materia jurídica. Es miembro de la Comisión de Asesores Externos de Derecho Internacional Privado de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Es académico de tiempo en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, plantel Santa Fe.

#### MARIANA SALAZAR ALBORNOZ

Licenciada en derecho por la Universidad Iberoamericana, maestra en derecho internacional por el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra. Directora de Derecho Internacional IV de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Profesora de la licenciatura en Relaciones Internacionales de la Universidad Iberoamericana; capacitadora del Instituto Auschwitz para la Paz y la Reconciliación. Miembro del International Law Association

#### JORGE A. SÁNCHEZ CORDERO

Es doctor en derecho por la Universidad Panteón-Assas y bachiller alemán (*Deutsches Abitur*). Es abogado y notario público de la Ciudad de México y magistrado fundador del Tribunal Federal Electoral. Asimismo, ha sido delegado del gobierno de México en varias conferencias diplomáticas. Es vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado y miembro del Consejo Directivo de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas (UNESCO). Además, es académico honorario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia y director del Centro Mexicano de Derecho Uniforme.