

CAPÍTULO CUARTO

Derecho aplicable

Este capítulo se centra en el examen de las normas de conflicto, de extensión y material especial, que pueden servir como técnica de reglamentación para responder al segundo sector constitutivo del contenido del DIPr. Aborda la discusión de si la norma material imperativa debe considerarse como una cuarta técnica de reglamentación para el DIPr, y los problemas procesales aplicativos que se pueden presentar en un supuesto de hecho privado internacional ante la aplicación de una normativa internacional extranjera.

I. Introducción

Determinada afirmativamente la cJI en el supuesto de hecho privado e internacional planteado ante los tribunales nacionales mexicanos corresponde ahora al DIPr solucionar el fondo de la cuestión planteada por las partes. De esta forma se afirma que el derecho aplicable es el segundo sector constitutivo del contenido del DIPr.

Si en el sector de la cJI se buscaba un tribunal nacional razonablemente próximo con el supuesto de hecho privado e internacional ahora en este segundo sector se busca un sistema jurídico, en concreto un derecho sustantivo (material) estatal, de igual forma razonablemente próximo con el supuesto de hecho privado e internacional. De esta forma sostenemos que por resultar competentes los tribunales mexicanos no desaparece el rasgo de la internacionalidad que caracteriza a las situaciones privadas que empujó a estudiar el DIPr, como bien se afirma la aplicación simple del derecho mexicano una vez determinada su cJI “constituye una respuesta burda e inconsistente, inadecuada para resolver el conflicto de intereses suscitado” definen Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo. Así, ambos sectores abordan interrogantes diferentes que ayudan a dar una respuesta global e integral a

esta tipología de situaciones jurídicas privadas; unas situaciones jurídicas que revestidas de dos adjetivos (privado e internacional) se apartan de la esfera de estudio del derecho civil, del mercantil o del procesal para conformar una rama o disciplina jurídica independiente y autónoma.

La razón de la existencia de este sector radica en argumentos parecidos al sector competencial; en este sentido la ausencia de un ordenamiento jurídico internacional, en concreto de un sistema jurídico internacional, en concreto de normas materiales internacionales, o de un poder legislativo supranacional (más allá de la Unión Europea) justifica que sean los distintos sistemas jurídicos estatales a través de sus normas materiales los que ofrezcan una respuesta a un supuesto de hecho privado e internacional.

II. Tipos de normas de derecho internacional privado. Normas de conflicto, normas materiales especiales y normas de extensión

Para dar respuesta a este nuevo interrogante el DIPr se sirve de una pluralidad de técnicas de reglamentación, en concreto hace uso de tres métodos: a) la norma de conflicto en cuanto técnica de reglamentación indirecta; b) la norma material especial en cuanto técnica de reglamentación directa, y c) la norma de extensión en cuanto técnica de reglamentación mixta. Según Calvo Caravaca y Carrascosa González. Lo anterior sin quitar que se examinen dentro de este sector las normas materiales imperativas, la *lex mercatoria* o el derecho uniforme.

Una importante diferencia que podemos marcar respecto al primer sector constitutivo del contenido del DIPr, la CJI, es que si en aquél se utilizaba una única técnica de reglamentación normativa, la norma de competencia judicial internacional, en éste se utilizan propiamente tres técnicas de reglamentación. El punto en el que convergen ambas tipologías es que pueden tener en el contexto mexicano una doble génesis: autónoma y convencional.

La coexistencia de estas tres tipologías normativas debe ser absolutamente pacífica y depende de las prioridades que tenga cada Estado al momento de regular y dar sentido a este segundo sector constitutivo del DIPr. En principio y a modo de introducción afirmamos que si lo que se pretende es dar una “solución básica” o “solución general” se emplearán normas de conflicto; si se pretende dar una “solución especializada” a un as-

pecto concreto se utilizarán las normas materiales especiales o las normas de extensión. Señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González.

La anterior aseveración no se contradice con la afirmación de que la mejor y más usada técnica de reglamentación para este segundo sector constitutivo del contenido del DIPr es la norma de conflicto. La manifestación de esta supremacía y preferencia por esta técnica normativa se deja ver en México tras su participación en las distintas conferencias interamericanas especializadas de DIPr (CIDIPs) celebradas en el seno de la OEA las cuales fueron el detonante de las reformas que se hicieron al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (enero de 1988); Código Federal de Procedimientos Civiles (enero de 1988); Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (enero de 1988) y Código de Comercio (enero 1989 y julio de 1993), apunta Rojas Amandi. En este sentido y coincidiendo con la doctrina podemos alegar los siguientes puntos a modo de justificación: *a)* “la utilización de normas de conflicto permite diseñar un «sistema completo de DIPr», sin lagunas de reglamentación”, sostienen Calvo Caravaca y Carrascosa González. La norma de conflicto puede conseguir el mismo grado de especificidad y concreción que el que ofrecen las normas materiales especiales o las normas de extensión. Lo anterior dependerá de la labor que realiza el legislador; *b)* “un sistema de DIPr basado en normas de conflicto presenta un funcionamiento sencillo, y además requiere pocas normas”, como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González. La técnica de remisión, localización o focalización que realiza estas normas reduce considerablemente las dificultades en la búsqueda de una respuesta al fondo de la pretensión; *c)* reduce a través de una necesaria adaptación y acoplamiento la eventual “nacionalización” de las respuestas que deben ser otorgadas a supuestos de hecho con tinte internacional. Podemos afirmar que se nacionaliza absolutamente un supuesto de hecho privado internacional cuando la solución al fondo viene otorgada por las normas materiales especiales o con las normas de extensión de un determinado Estado. A través de estas dos técnicas de reglamentación se contextualiza estatalmente la respuesta sin que existan métodos de corrección a esa nacionalización. Por su parte la norma de conflicto busca de manera abstracta un sistema jurídico estatal, una normativa material o sustantiva, para otorgar una respuesta neutral al fondo, al que le puede aplicar la técnica correctora de la adaptación al contexto internacional para disminuir o incluso eliminar la nacionalización. Esta técnica de corrección busca si no eliminar de raíz al menos diluir “la paradoja de la nacionalización de la situación privada internacional” siguiendo con la doctrina de

Calvo Caravaca y Carrascosa González. Estamos refiriéndonos a la técnica de que el tribunal nacional que está conociendo tenga en cuenta los rasgos de internacionalidad que presenta el supuesto de hecho; esto es, que no sea ignorada su peculiaridad a la hora de emitir una resolución de fondo.

Este segundo sector se denomina derecho aplicable o, de forma simplista y en cierto grado erróneo, derecho conflictual. La anterior simplificación encierra un cierto equívoco desde que la norma de conflicto no es la única técnica que reglamenta y norma este segundo sector; como veremos en posteriores líneas a la norma de conflicto se le unen dos técnicas de reglamentación más: la norma material especial y la norma de extensión. Ahora bien, la equiparación semántica entre derecho aplicable y derecho conflictual viene en cierto modo justificada por ser esta técnica normativa la más utilizada a la hora de dar canalización a este sector constitutivo del contenido del DIPr. En este sentido se afirma que la búsqueda del derecho aplicable al fondo de una situación privada internacional a través de esta técnica de reglamentación vino a desplazar la teoría de los estatutos, afirma Rojas Amandi.

1. Normas de conflicto

A. Concepto

Esta tipología de norma de DIPr determina qué ordenamiento jurídico, qué sistema jurídico, de los que se encuentran razonablemente vinculados con el supuesto de hecho dará respuesta al fondo de la cuestión planteada por las partes, a través de sus normas materiales o sustantivas.

De esta afirmación deriva que sea una técnica de reglamentación indirecta, desde que su objetivo es “localizar”, siguiendo a Calvo Caravaca y Carrascosa González, o focalizar la situación jurídica privada internacional en un determinado ordenamiento jurídico estatal el cual se encargará de dar una solución de fondo a través del conjunto de normas materiales que tenga diseñado. Así, esta reglamentación no soluciona directamente el fondo de la pretensión, no da una respuesta a nuestra controversia, su función es remitir dicha situación jurídica para su solución a un concreto ordenamiento jurídico para que entre sus normas materiales encontremos la respuesta. De esta forma una vez que la norma conflictual ha señalado un sistema jurídico aplicable, y en concreto una norma material, para solucionar el fondo de la controversia su función concluye pasando el relevo

a aquellas otras para que decidan el sentido del fondo de la controversia a decir de Rojas Amandi.

De forma resumida podemos afirmar que la norma de conflicto señala qué ordenamiento jurídico estatal de los diferentes y diversos que están razonablemente vinculados con el supuesto de hecho debe dar una respuesta al fondo, una “solución material concreta”, según la doctrina de Calvo Caravaca y Carrascosa González, a la pretensión planteada. Ahora bien, podemos discutir sobre lo acertado del *nomen iuris* de esta técnica de reglamentación; estimamos que no es del todo acertada desde que en realidad no hay ningún conflicto entre normas como tampoco lo había entre jurisdicciones. Lo anterior desde que será un sistema jurídico, razonablemente conectado con la situación privada internacional, el que dé solución al fondo de la pretensión, a través del señalamiento que hace la norma de conflicto. Así, las normas conflictuales determinan “para casos de concurrencias normativas de carácter espacial, esto es, concurrencias entre las disposiciones materiales del derecho privado pertenecientes a dos o más sistemas jurídicos”, cuál será la que nos ayude a resolver el fondo de una situación jurídica privada internacional. Como señala Rojas Amandi. Es por ello que no hay en realidad ningún conflicto normativo pues finalmente una norma material perteneciente a un sistema jurídico estatal será la que nos ayude a resolver el fondo.

Aun cuando no encontramos en las disposiciones mexicanas una disposición que así lo determine y por ende apoye nuestra afirmación, consideramos que las normas de conflicto deben ser normas imperativas, normas de *ius cogens*. La doctrina española señala dos argumentos para justificar este carácter. El primero es que se favorece la realización de la función del DIPr desde que el legislador al diseñar el punto de conexión de la norma de conflicto ofrece un criterio que envía a un sistema jurídico, a un derecho material, el cual considera que es el más justo y razonable para ofrecer una respuesta al fondo. El segundo argumento se centra en que la norma de conflicto proporciona soluciones iguales, equitativas desde que situaciones similares serán resueltas de conformidad con las mismas reglas de juego. Esta característica implica que no cabe autonomía de la voluntad de las partes en contra de lo determinado en una norma de conflicto; una autonomía de la voluntad que puede derivar a la aplicación de un sistema jurídico y por ende de una norma material distinta a la que había sido pensada por el Poder Legislativo mexicano. Igualmente implica que los tribunales mexicanos deben apreciarla y aplicarla de oficio en aquellos casos en que se reúnan las condiciones para su aplicabilidad.

B. Estructura: supuesto de hecho, consecuencia jurídica y punto de conexión

La norma de conflicto presenta una estructura tripartita, nota que marca sin duda la diferencia respecto a las otras dos técnicas de reglamentación. Estos tres elementos constitutivos de su estructura son: el supuesto de hecho, el punto de conexión y la consecuencia jurídica.

1. Por lo que se refiere al supuesto de hecho éste es la categoría jurídica, el concepto jurídico sobre el que versa la pretensión de las partes. Este rubro no debe confundirse con el objeto de la norma de conflicto desde que éste viene representado por aquellas situaciones privadas e internacionales. Siguiendo a Calvo Caravaca y Carrascosa González. Una primera advertencia es que el supuesto de hecho se recomienda que se especialice y abandone la generalidad que pueden acompañar y con las que se pueden diseñar las categorías jurídicas. En este sentido es recomendable que el supuesto de hecho no sea, por ejemplo una categoría tan abierta y general como “la sucesión”, por el contrario, se recomienda que sea concretada en categorías como “la sucesión por testamento” (público abierto, público cerrado, público simplificado, ológrafo, privado, militar, marítimo, hecho en país extranjero) y “sucesión legítima” (sucesión de descendientes, ascendientes, del cónyuge, de los colaterales, de los concubinos, de la beneficiencia pública). El diseño de este primer componente debe realizarse de manera prudente en función de criterios de especialización y concreción. Como afirma la doctrina “la generalidad en la formulación de una norma de conflicto constituye una opción de política legislativa, que puede hallarse justificada en determinados objetivos materiales”, al respecto apuntan Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo.
2. Por lo que se refiere al punto de conexión es el elemento que específicamente permite a la norma de conflicto focalizar, remitir, enviar a un determinado sistema jurídico estatal con la finalidad de encontrar en él la solución material a la pretensión jurídica. En este sentido se ha afirmado que “la misión del punto de conexión es dotar de relevancia jurídica a un elemento o circunstancia fáctica o jurídica que puede encontrarse en el supuesto de hecho, fijando a través de él la localización de la relación jurídica en un determinado Estado, cuya ley va a ser aplicada”, afirman Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo. Este elemento es el que da sentido a que la norma de conflicto sea catalogada como una técnica de reglamentación indirecta; siguiendo con

Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, al remitir a un ordenamiento jurídico determinado para encontrar en sus normas materiales la solución, sin ser ésta obtenida *per se* con el recurso a una norma de conflicto. Este es, en definitiva, el elemento que determina la existencia de un vínculo entre el supuesto de hecho y un Estado y que justifica el señalamiento de su ordenamiento jurídico para proveer la solución material. Este elemento justifica que la situación jurídica internacional quede solucionada a través del derecho estatal cuyos tribunales se declararon competentes (*lex fori*) o bien al derecho de otro Estado.

Como consecuencia de lo anterior podemos afirmar que el diseño, la inserción de este elemento de la norma de conflicto es el más delicado de los tres desde que debe recoger en sus términos una proximidad entre la situación jurídica internacional y el ordenamiento jurídico estatal señalado. Así las cosas, el Poder Legislativo debe ser cuidadoso y tener como puntos de referencia indiscutibles dos criterios: la proximidad entre el supuesto y el sistema jurídico seleccionado así como la defensa de los distintos intereses que puedan estar presentes en el supuesto de hecho controvertido.

Siguiendo la clasificación de la doctrina española la clasificación de los puntos de conexión de la norma conflictual puede hacerse en función de tres criterios, según la doctrina de Calvo Caravaca y Carrascosa:

- a) Por la variabilidad en el tiempo hablamos de los puntos de conexión “mutables” y de los “inmutables”. Los primeros son aquellos que se determinan en función de circunstancias que pueden cambiar con el tiempo, es decir, elementos volátiles (residencia habitual del menor, domicilio conyugal). Respecto a los segundos son aquellos que se determinan en función de circunstancias que no pueden variar ni con el paso del tiempo (lugar de cumplimiento del contrato, último domicilio del autor de la herencia).
- b) Por el modo de funcionamiento encontramos los puntos de conexión únicos y los múltiples. Los primeros pueden revestir la forma simple (existe un único contacto del supuesto con el Estado: la residencia habitual del menor para determinar los requisitos del menor dado en adopción) o por agrupación (en este caso existe un conjunto de contactos del supuesto con el Estado que derivan en la localización del sistema jurídico estatal estrechamente vinculado: en un supuesto de accidente de circulación por carretera: *i*) cuando en el accidente in-

tervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado, será aplicable para determinar la responsabilidad: respecto del conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia habitual, respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo, si tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado. En caso de ser varias las víctimas, la ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas; *ii*) cuando estuvieren implicado varios vehículos en el accidente, lo dispuesto en *i*) sólo será de aplicación si todos los vehículos estuvieren matriculados en el mismo Estado; *iii*) cuando estuvieren implicadas en el accidente una o más personas que se encontraren dentro del o de los vehículos en el lugar del accidente, lo dispuesto en *i*) y *ii*) sólo será de aplicación si todas esas personas tuvieran su residencia habitual en el Estado en el cual el o los vehículos estuvieren matriculados. Lo mismo procederá, incluso cuando esas personas fueran también víctimas del accidente). Los segundos pueden revestir la forma alternativa (existen cuando los puntos de conexión insertados en la norma de conflicto operan indistintamente a la hora de determinar el sistema jurídico aplicable; se sitúan en un plano puramente horizontal: en un supuesto de obtención de alimentos puede aplicarse bien la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos o del deudor de los mismos), jerarquizada (los puntos de conexión previstos en la norma de conflicto para un mismo supuesto de hecho ya no se establecen en un plano horizontal sino vertical de tal forma que contamos con un punto de conexión principal el cual debe observarse en primer término y, en caso de que no se cumpla se da paso al segundo y así sucesivamente: *en materia de herencia será ley aplicable la del último domicilio del fallecido, en su defecto la de su última residencia habitual*), en cascada (aquí los puntos de conexión se diseñan de forma diferente en función de distintas posibilidades que pueda revestir supuestos de hecho privados internacionales generales: para el supuesto de alimentos para el cónyuge abandonado la ley del domicilio del cónyuge abandonado, para el supuesto de alimentos para concubinos la ley del domicilio del acreedor de alimentos; para el supuesto de alimentos para menores e incapaces la ley de la residencia habitual del menor o incapaz).

- c) Por su naturaleza encontramos los fácticos y jurídicos (dependen de si se trata de elementos de hecho —ubicación de un bien inmueble, lugar de celebración del contrato— o de elementos que requieren un razonamiento jurídico —nacionalidad—), los subjetivos y objetivos (dependen de si su diseño depende de las personas que intervienen en la relación jurídica —nacionalidad, domicilio, residencia del menor— o si se diseñan con absoluta independencia de las partes —celebración del contrato, ubicación del bien inmueble—), los personales y territoriales (depende de si se diseñan en función de una circunstancia que está unida a la persona —nacionalidad— o bien si se diseñan por la vinculación con el territorio —ubicación del bien inmueble—), los rígidos y flexibles (depende de si designan un único e inamovible punto de conexión —residencia habitual del menor— o si se permite un “proceso de concreción” —el contrato internacional se rige por la ley del Estado con el que presente los vínculos más estrechos—) los localizadores y de orientación material (depende de si se localiza el supuesto de hecho en un determinado sistema jurídico o si se determina éste en función del contenido material que encierra el supuesto de hecho, de su valor material —el *favor filii* para un supuesto de adopción internacional o de alimentos—).

Otra cuestión que debemos abordar es que cuando la norma de conflicto mexicana a través de su punto de conexión remite a la aplicación de un derecho extranjero, a un sistema jurídico extranjero, para solucionar el fondo de la pretensión estamos ante un mandato expreso de legislador mexicano, como apuntan Calvo Caravaca y Carrascosa González. Lo anterior no supone una violación a la soberanía estatal, legislativa o judicial, mexicana desde que “el legislador ha establecido excepciones al principio de integridad territorial de los Estados mediante criterios para determinar si cierto caso que se rige bajo las normas de derecho privado se debe resolver conforme a lo dispuesto por las normas jurídicas nacionales, o bien, por las extranjeras”, señala Rojas Amandi.

Ahora bien, derivado de lo anterior debemos diferenciar entre “derecho aplicable” y “derecho vigente”. Si el tribunal nacional declarado competente, a través de la aplicación de su norma conflictual, determina que debe aplicar su propio sistema jurídico, su propia norma material (*lex fori*) para solucionar el fondo de la controversia estará ante una dualidad y coincidencia entre el “derecho aplicable” y el “derecho vigente”; ahora bien, si ese mismo tribunal nacional, aplicando igualmente su norma de conflicto, ésta le lleva a aplicar

el sistema jurídico de otro Estado, la norma material de otro Estado, estamos hablando de aplicar “derecho aplicable” mas no de aplicar su “derecho vigente”. Así, cuando el punto de conexión de la norma de conflicto nos lleva a la aplicación de un sistema jurídico de otro Estado se dará una disociación entre ambas categorías, no estaremos ante una correlación absoluta de derechos (aplicable y vigente) como ocurría con la primera posibilidad.

Por último, es necesario hacer una breve referencia a la denominada “cláusula de excepción” desde que representa un excepcional método de corrección al funcionamiento y finalidad de la norma de conflicto. Si el objetivo primordial del punto de conexión es buscar un sistema jurídico estatal, un derecho material estatal, razonablemente próximo al supuesto de hecho, éste puede presentar ciertas excepciones o descuidos que pueden ser corregidos con la previsión de estas cláusulas. Así las cosas, la función de estas cláusulas es ignorar el punto de conexión de la norma conflictual cuando éste nos manda, nos localiza, al sistema jurídico, al derecho material, de un país escasamente vinculado o conectado con el supuesto de hecho privado e internacional. Lo anterior no deriva en un vacío de solución o en una merma de la tutela judicial efectiva desde que esta cláusula nos busca la aplicación de otro sistema estatal. Un ejemplo de esta cláusula lo encontramos en el artículo 15 de la Ley de DIPr Suiza de 1987: “El derecho reclamado por la presente ley será, por excepción, inaplicable si del conjunto de las circunstancias resulta manifiestamente que dicho ordenamiento está mínimamente conectado en el supuesto de hecho, y éste aparece más estrechamente vinculado con otro ordenamiento”. La previsión de esta cláusula estimamos que viene a ofrecer una cierta flexibilidad en la aplicación de la norma de conflicto sin mermar por ello su carácter imperativo o de *ius cogens*. Esta opción no está recogida en el sistema normativo mexicano.

3. Por lo que se refiere a la consecuencia jurídica, como tercer elemento constitutivo de la norma conflictual, debemos mencionar que ésta implica el señalamiento de un determinado sistema jurídico, de un derecho sustantivo estatal, para resolver el fondo de la pretensión planteada. Como bien se afirma este tercer elemento “no se contiene en la propia norma, sino que es preciso determinarla indirectamente como consecuencia del mandato de aplicación establecido por el legislador respecto de un ordenamiento estatal en su conjunto”; sostiene Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo. Si en el sector de la CJJ la consecuencia

jurídica de la norma competencial era el señalamiento del concreto tribunal nacional que debe entrar a conocer y resolver la controversia, la consecuencia jurídica de la norma conflictual es el señalamiento del sistema jurídico, en concreto del derecho material que determinará el resultado final de una pretensión. Este ordenamiento jurídico estatal señalado para que preste sus normas materiales de cara a resolver el fondo de la pretensión puede ser bien el del tribunal que se declaró con *cji* (*lex fori*) o el de un tercer Estado. En principio, los sistemas jurídicos de los Estados conectados razonablemente deben tener las mismas probabilidades de aplicación para la resolución del caso; lo anterior siempre a salvo de los distintos correctivos que pueden establecerse normativamente en un determinado ordenamiento jurídico; nos estamos refiriendo a las figuras del reenvío (de primer o de segundo grado), del orden público o, por ejemplo, la calificación.

Como ejemplo de la estructura global que presenta la norma de conflicto podemos reproducir el artículo 30. de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores el cual dispone: “La ley de la residencia habitual del menor (punto de conexión) regirá la capacidad, el consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo (supuesto de hecho)”, lo anterior da como consecuencia jurídica el acudir al sistema jurídico de la residencia habitual del menor para que a través de la aplicación de su norma material se dé solución al fondo de la situación jurídica internacional.

2. Normas materiales especiales

A. Concepto

Las normas materiales especiales, a diferencia de la norma de conflicto, no remite a un ordenamiento jurídico vinculado con el supuesto de hecho para buscar entre sus normas materiales la solución de fondo. Como se afirma “proporciona una respuesta jurídica directa, inmediata y sustantiva a las situaciones privadas internacionales” (Calvo Caravaca y Carrascosa González); así, la norma material especial proporciona ella misma la respuesta de fondo, afirmación que le ha valido la catalogación como una técnica de reglamentación directa. No cabe desconocer que son disposiciones sustantivas de derecho interno que por una decisión del legislador se han dotado de vocación

internacional; según Rojas Amandi. Esta tipología normativa “constituyen una alternativa tanto a la generalidad de la norma de conflicto, como a su efecto “nacionalizador” o “desinternacionalizador”, sostienen Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo.

Una afirmación que debemos hacer en este punto es que no conocemos normas de DIPr materiales especiales de producción interna o autónoma en el contexto mexicano. Esta situación no es exclusiva del contexto mexicano y en este sentido la doctrina española apunta a varios factores como los “responsables” de esta escasez: *a)* la elevada dificultad técnica de elaborar un “código material” de las situaciones privadas internacionales; *b)* obstáculos para distinguir entre relaciones internas e internacionales; *c)* carácter nacionalista de las soluciones adoptadas —cada país tendría normas materiales de DIPr diferentes—, lo que acentúa la relatividad de soluciones propia del DIPr, afirman al respecto Calvo Caravaca y Carrascona González. Cuestión distinta es la producción de estas normas a nivel convencional al presentar ciertas ventajas que no se presentarían en el plano autónomo. Entre ellas queremos destacar la pérdida del carácter nacionalista de las soluciones y la creación de un cuerpo normativo uniforme para todos aquellos Estados que lo incorporen en su ordenamiento jurídico, dando así un alto grado de seguridad y previsibilidad jurídica.

B. Estructura: supuesto de hecho y consecuencia jurídica

El supuesto de hecho de la norma material especial así como la consecuencia jurídica coinciden en todos sus extremos con lo determinado en la norma conflictual. Se aplican *mutatis mutandi* las afirmaciones allí vertidas.

Lo más destacable es que en esta tipología normativa desaparece el punto de conexión desde que ella misma da respuesta al fondo de la pretensión planteada, haciendo inservible e ilógico la remisión que el punto de conexión realice a otro sistema jurídico.

3. Normas de extensión

A. Concepto

Estamos ante una tipología normativa completamente distinta a las dos mencionadas con anterioridad. Su peculiaridad radica en que esta norma hace aplicables ciertas normas de derecho interno a determinados supues-

tos de hecho privados e internacionales. Así, “cuando el legislador quiere “proyectar” las normas internas a casos “internacionales”, utiliza entonces un concreto tipo de normas de DIPr: las “normas de extensión”, según la doctrina de Calvo Caravaca y Carrascosa González. En este sentido se ha afirmado que “las normas de extensión delimitan, por tanto, la aplicación en el espacio de la ley del foro, proyectándola a determinados supuestos conectados con el foro, a la vez que se erigen como una excepción a la solución general establecida en una norma de conflicto”, siguiendo a Fernández Rozas y a Sánchez Lorenzo.

Esta técnica de reglamentación no es indirecta como la norma de conflicto al no remitirnos a un ordenamiento jurídico vinculado con el supuesto de hecho para encontrar en él la respuesta al fondo. Tampoco es una técnica de reglamentación directa como la norma material especial al no dar ella misma la respuesta al fondo de la pretensión planteada.

La consecuencia más destacable de esta técnica de reglamentación mixta es que su utilización hace estrictamente necesario aplicar el sistema jurídico, las normas materiales, del Estado cuyos tribunales se declararon con *CJI*, así, nos conduce irremediamente a la aplicación de la denominada *lex fori*, haciendo imposible aplicar para resolver el fondo el ordenamiento jurídico, en concreto la norma material, de un tercer Estado que pudiera estar vinculado con el supuesto de hecho. Así, la norma de extensión impide la aplicación de un sistema jurídico, de un derecho material extranjero.

Como regla general, la utilización de estas normas por los sistemas normativos autónomos estatales es reducido, compartiendo así la misma característica respecto a las normas materiales especiales. La excepción a esta afirmación la encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal como contrapunto al Código Civil Federal.

B. Estructura: supuesto de hecho, consecuencia jurídica y punto de conexión

En esta tipología normativa la estructura es exactamente la misma que se ha determinado en la norma conflictual, es decir, la norma de extensión tiene una estructura tripartita: supuesto de hecho, consecuencia jurídica y punto de conexión. La diferencia entre esta tipología normativa y la conflictual reside en el alcance, los límites y señalamiento que presenta el punto de conexión; manteniéndose las mismas funciones y efectos respecto al supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

De esta forma el supuesto de hecho de la norma de extensión sigue estando conformado por las categorías jurídicas, por las situaciones jurídicas

que pueden llegar a presentarse en el plano privado e internacional (alimentos entre cónyuges, restitución internacional de menores, letras, pagarés, sociedades mercantiles, contratos, etcétera).

Por su parte la consecuencia jurídica es la aplicación de un determinado sistema jurídico, de una determinada norma material, para dar respuesta al fondo de la pretensión; *a contrario sensu*, la consecuencia jurídica es la inaplicación del resto de sistemas jurídicos estatales que puedan estar más o menos vinculados a la situación jurídica privada e internacional. La diferencia entre la concepción de esta consecuencia jurídica y la prevista en la norma de conflicto radica en su alcance y traducción; es decir, mientras en la norma de conflicto el derecho podría ser tanto el del Estado que se declaró con *CJI* (*lex fori*) o el de un tercer Estado en la norma de extensión la consecuencia jurídica apunta únicamente al derecho del Estado que se declaró competente (*lex fori*). De esta forma la consecuencia jurídica de la norma de extensión es mucho más limitada y predecible que en la norma conflictual.

Continuando con la idea anterior podemos observar que el punto de conexión de la norma de extensión apunta siempre e irremediabilmente al derecho del Estado que se declaró competente, haciendo de esta forma, por su configuración, imposible la aplicación de un sistema jurídico extranjero, de la norma material extranjera para dar solución a la controversia.

Un ejemplo de norma de extensión es: “El estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal” (*Lex fori*). El punto de conexión, “leyes aplicables en el Distrito Federal”, impide en todo término aplicar el sistema jurídico, la norma material, de un tercer Estado, haciendo en todo punto aplicable la norma material mexicana para solucionar el fondo de la controversia. Frases como “leyes aplicables en el Distrito Federal” o “disposiciones de este Código” encierran un *legeforismo* obsoleto y rancio.

Un ejemplo de norma conflictual, en orden a establecer la diferencia con la anterior tipología normativa, podría ser: “El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio”. Aquí el punto de conexión “lugar de su domicilio” implica que el sistema jurídico vigente en ese criterio personal, mutable y único es el que regirá el fondo de la pretensión. De lo anterior se derivan dos posibilidades desde la óptica de un tribunal mexicano que se declaró con *CJI*: a) que el “lugar de su domicilio” esté en México por lo cual se aplicará la *lex fori*, coincidiendo absolutamente *foro e ius*; b) que “el lugar de su domicilio” esté en España lo cual deriva en la aplicación del derecho español para la solución del fondo de la controversia existiendo una disociación absoluta entre el *foro* y el *ius*.

III. *Lex mercatoria*

Tiene su existencia en la idea de un verdadero sistema normativo de normas transnacionales cuyo propósito es regular los conflictos que se deriven de situaciones jurídicas internacionales de tinte comercial. Por lo anterior la doctrina señala que se pretende convertir en un tercer sistema jurídico autónomo y diferente a los nacionales, siguiendo la doctrina de Rojas Amandi.

La *lex mercatoria* tiene como fuentes la costumbre internacional y los principios generales del comercio internacional (*pacta sunt servanda* y buena fe), por lo que carecen de referentes estatales que despolitizan y desnacionalizan las controversias de carácter comercial. Lo anterior se justifica desde que se trata de un método diseñado por los comerciantes.

Como bien señala la doctrina mexicana:

La doctrina ha querido describir una amplia serie de reglas emitidas por órganos privados en el ámbito internacional o por órganos gubernamentales en ese mismo nivel, pero cuya característica principal es que se trata de reglas que las partes hacen suyas en una relación jurídica, y que por tanto, las convierten en obligatorias entre ellas, o bien, estas reglas son aceptadas por organizaciones de comerciante o de prestadores de servicios y las hacen obligatorias entre sus afiliados (apunta Pereznieto Castro).

Como normativa que materializa la *lex mercatoria* podemos destacar el Convenio de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los principios de Unidroit o las leyes modelo de UNCITRAL.

IV. Derecho uniforme

Cuando hablamos de derecho uniforme nos referimos a todos aquellos instrumentos que armonizan el derecho privado respecto a un grupo de Estados. Nos referimos, por ejemplo, a las leyes modelo o a los tratados internacionales que tienen como finalidad unificar las reglas de juego.

La doctrina ha señalado que “mediante este método, a través de normas de derecho sustantivo comunes establecidas por un tratado o acuerdo internacional se regulan las relaciones jurídicas que los particulares desarrollan entre Estados”, señala Pereznieto Castro.

V. Las normas materiales imperativas

1. Las normas materiales imperativas mexicanas

Cuando hablamos de normas materiales imperativas nos estamos refiriendo a aquellas normas de un derecho interno, estatal, cuya aplicación y observancia es necesaria, imperativa o, como bien se afirma por la doctrina resultan ser “rigurosamente obligatorias”, tal y como afirman Calvo Caravaca y Carrascosa González, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo.

Cuando hablamos de las normas materiales imperativas hacemos referencia a aquellas normas de origen puramente interno que protegen en su contenido “elementos básicos de la organización estatal”, como apuntan Calvo Caravaca y Carrascosa González. La doctrina justifica su origen en la necesidad de orientar materialmente la cuestión del derecho aplicable en orden al respeto de valores o intereses públicos primordiales”, siguiendo a Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo.

La duda que asalta al tratar esta tipología normativa es saber si en realidad son o no normas de DIPr. Si bien la discusión está servida creemos que son dos las posturas que se pueden adoptar respecto a estas normas. La primera es considerar que son normas internas con proyección internacional y por ende estudiadas como otra categoría normativa del DIPr, en concreto sería la cuarta categoría normativa que da respuesta al segundo sector del DIPr. La segunda es considerar que son normas internas que no pertenecen a la esfera de estudio del DIPr. Nos inclinamos hacia esta segunda postura por las siguientes razones: *a)* esta tipología se redacta considerando únicamente situaciones puramente internas. Como señala la doctrina “aplicar tales normas a situaciones «internacionales» supone tergiversar la voluntad del legislador y estrangular el entero sistema de DIPr”; según la doctrina de Calvo Caravaca y Carrascosa González; *b)* si toda norma pensada para el plano interno puede ser proyectada al plano internacional genera cierta inseguridad jurídica. Como señala la doctrina “hacer de toda norma prevista para «casos internos», una potencial norma aplicable a «supuestos internacionales», atenta contra la más elemental seguridad jurídica”, siguiendo con Calvo Caravaca y Carrascosa González; *c)* para que una norma de contexto interno se aplique a un contexto internacional consideramos que debería disponerse dicha característica de manera expresa.

2. Las normas materiales imperativas de terceros Estados

El punto controvertido que se aborda en este apartado versa sobre la posibilidad de aplicar la norma material imperativa de un tercer Estado, ligeramente vinculado, conectado, con el supuesto de hecho, el cual no es ni el que está conociendo del asunto, esto es, el que se declaró con *CJI*, ni el Estado cuyo sistema jurídico resultó ser aplicable para resolver el fondo de la pretensión aplicada.

Argumentos a favor y en contra pueden ser esgrimidos; en contra de admitir esta posibilidad se esgrimen los puntos de una excesiva regulación o “sobre regulación”; marcan al respecto Calvo Caravaca y Carrascosa González, a la par que se mermaría la seguridad jurídica al no ser tan previsible el resultado final que se pueda llegar a tener. En sentido contrario y en apoyo a esta posibilidad se alega el factor de la “uniformidad de soluciones” reduciendo la figura del *forum shopping*.

En el contexto mexicano no contamos con una disposición que autorice a los tribunales mexicanos aplicar la norma material imperativa de un tercer Estado más o menos vinculado con el supuesto de hecho. Siguiendo la propuesta de la doctrina española podría admitirse esta posibilidad de forma general y presentando ciertos límites, a través de lo que se ha denominado “cláusulas de perfiles abiertos”; según apuntan Calvo Caravaca y Carrascosa González. Estos límites se pueden enumerar, *numerus apertus*, en dos: *a*) que el tercer Estado del cual se alega la aplicación de la norma material imperativa tenga una vinculación suficiente, próxima y razonable con el supuesto de hecho; *b*) cuando se protejan “intereses dignos de tutela”, siguiendo con Calvo Caravaca y Carrascosa González.

VI. Problemas de aplicación de la norma material extranjera

La inserción en la norma de conflicto de un punto de conexión trae consigo numerosos problemas de aplicación que sin duda requieren un conjunto de normas que tengan como finalidad resolverlos. Los problemas que a continuación presentamos son exclusivos de la norma conflictual al ser la única que permite acudir a un sistema jurídico extranjero. Veamos algunos de ellos y cómo se resuelven en el contexto normativo mexicano.

1. Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto

El problema aplicativo que abordamos en este rubro es determinar los efectos y consecuencias que se derivan cuando una norma de conflicto es sustituida o derogada por otra norma de conflicto la cual contempla un punto de conexión diferente a la que sustituye, cómo influye respecto a la solución de una controversia derivada de un supuesto de hecho privado e internacional. Como bien se afirma “la sucesión en el tiempo de normas de conflicto puede obedecer a una gran variedad de supuestos que exigen, igualmente, soluciones particulares”, como afirman Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo. La derogación de una norma conflictual por otra no representaría un problema si no afectara al derecho que dará solución al fondo de esa situación: por ello el problema a resolver se presenta cuando ambas normas conflictuales nos llevan a sistemas jurídicos diferentes en los cuales, a través de la aplicación de sus respectivas normas materiales, se alcanzan resultados de fondo diametralmente opuestos. Así, si el resultado material y de fondo no se altera no debería preocuparnos la sucesión temporal de las normas conflictuales.

Estos problemas pueden presentarse tanto en las normas de conflicto de origen autónomo o interno como en aquellas de origen internacional.

Para la solución de esta situación es necesario distinguir dos supuestos: a) que se prevean disposiciones específicas en la última norma conflictual; b) que no se prevean tales disposiciones. El primer supuesto plantea una disyuntiva fácil de resolver y en este sentido debemos estar sujetos a lo dispuesto por el legislador en la última norma de conflicto emitida y que resuelven estos problemas de sucesión temporal. El segundo supuesto plantea mayores conflictos de cara a su solución. El punto de partida para solucionarlo es el principio de irretroactividad de la norma conflictual posterior. Este principio debe aplicarse tanto para resolver aquellas situaciones que se desarrollan “instantáneamente” como para aquellas situaciones “duraderas”, según Calvo Caravaca y Carrascosa González. Respecto a las primeras, las “instantáneas”, la doctrina mencionada señala que “se verifican en un momento determinado y en él agotan sus efectos jurídicos. Dichos actos y efectos quedan sujetos al derecho designado por la norma de conflicto en vigor en el momento en que se verifica el acto en cuestión”. Respecto a las segundas, las “duraderas”, afirman que “estas relaciones —como las relaciones paterno-filiales o los efectos del matrimonio—, quedan sujetas, hasta la entrada en vigor de la nueva ley, al derecho material designado por la norma de conflicto antes vigente y, una vez en vigor la nueva norma de conflicto, al derecho material por ella designado. Serían por tanto, dos las normas de conflicto aplicables, y eventualmente, tam-

bién dos los derechos aplicables a estas relaciones. Es el llamado “efecto del doble derecho aplicable”.

2. La calificación

El problema que se aborda en este rubro consiste en embonar una situación jurídica privada internacional en la figura jurídica prevista en el supuesto de hecho de una norma conflictual. Se trata, en definitiva, de averiguar la naturaleza jurídica del supuesto de hecho planteado a fin de determinar qué norma de conflicto le ayudará en la búsqueda del sistema jurídico, y la norma material, aplicable para solventar el fondo de la controversia.

Este conflicto se plantea en aquellas situaciones jurídicas privadas internacionales que presenten una naturaleza híbrida, mixta, desde la óptica del derecho mexicano.

Siguiendo el ejemplo que nos brinda la doctrina española mencionamos la forma del contrato sucesorio el cual es acordado por dos alemanes en Alemania pero con efectos y ejecución en México, Distrito Federal. El problema que se suscita aquí es si debemos calificar esta situación jurídica privada internacional como un contrato internacional o bien como una sucesión por causa de muerte. El resultado final depende de la calificación que le demos pues: *a*) si le damos la calificación de contrato internacional lo embonamos en la norma de conflicto dedicada a contratos internacionales, el artículo 13, fracción V, del CCDF el cual menciona que: “Los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del Distrito Federal que deban ser ejecutados en su territorio, se regirán por las disposiciones de este código, a menos que las partes hubieran designado validamente la aplicabilidad de otro derecho nos lleva al derecho”; este punto de conexión nos lleva a la autonomía de la voluntad de las partes que no necesariamente será la norma material vigente en el Distrito Federal; esto es, no necesariamente es una solución legeforista; *b*) si lo calificamos como sucesión nos lleva a la fracción II del artículo 13 mencionado la cual dispone: “El estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal”, siendo ésta una solución legeforista. Apunta Calvo Caravaca y Carrascosa González.

Las soluciones a este problema aplicativo pasan por ser tres: *a*) realizar una calificación de conformidad con la *lex fori*; *b*) realizar una calificación de conformidad con la ley del otro Estado implicado; *c*) realizar una calificación autónoma. Razones de practicidad acompañan a la primera mientras que a la tercera le acompañan razones de alejamiento del derecho civil y/o mercantil de los derechos estatales implicados.

3. Aplicación del derecho extranjero

Respecto a la forma en que debe ser aplicado el derecho extranjero en el contexto mexicano encontramos dos artículos que consideramos vitales reproducir en este rubro y que por su claridad no generan mayores dificultades interpretativas o aplicativas.

El primero, y siguiendo un orden de jerarquía aplicativa, es el artículo 20, de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado el cual determina que: “Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”. En clara continuidad con esta disposición normativa encontramos el artículo 14 del Código Civil del Distrito Federal el cual dispone que: “En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho”.

4. Institución desconocida

Uno de los grandes problemas que encontramos en la aplicación de las normas conflictuales es la figura conocida como “institución desconocida”. El problema radica en cómo podemos catalogar, calificar, una situación jurídica desconocida para el derecho mexicano. Tenemos ante nosotros una tarea difícil por no decir de imposible concreción. El ejemplo más claro que podemos poner aquí es la figura de la *kafala* desde que esta institución propia del derecho marroquí no puede ser equiparada a una adopción plena o la adopción simple, en vías de desaparición, tal como se concibe en el derecho mexicano. Lo anterior se afirma desde que la *kafala* es una figura destinada al cuidado del menor, a la guarda legal, donde el menor tiene dos serias limitaciones derivadas del hecho de que los lazos de sangre no pueden modificarse: a) no adquiere el apellido de la familia que lo acoge, y b) no tiene derechos hereditarios, según la doctrina de Rodríguez Vázquez.

El problema a tratar aquí no radica cuando la institución desconocida presenta efectos o funciones similares a una institución existente

en el contexto jurídico mexicano. El problema se presenta cuando dicha institución presenta efectos y funciones que no se conocen en el derecho mexicano.

Para estos casos las soluciones que se brindan son tres:

- a) La sencilla solución de la configuración amplia del supuesto de hecho. De conformidad con esta primera solución la norma de conflicto diseñaría su supuesto de hecho de una forma amplia con el objetivo de encajar en ella el mayor número de instituciones que puedan resultar desconocidas.
- b) La solución que presenta el “método analógico”. Esta solución es aceptada por el derecho mexicano, tanto en el artículo 30. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr el cual dispone que: “Cuando la ley de un Estado parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos”, como en el artículo 14 del Código Civil del Distrito Federal el cual a la letra señala que: “En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos”. En la implementación de esta solución se requiere el paso por dos fases, a saber, la fase de la *definición* y la fase de la *decisión*. Siguiendo a Calvo Caravaca y Carrascosa González. Por lo que hace a la primera implica analizar la función que tiene esa institución desconocida en el derecho extranjero que la creó e implementó. La segunda implica buscar una institución en el derecho del tribunal que se declaró con *CJI* cuya función sea al menos similar; esto es, buscar “una institución funcionalmente equivalente”, según afirman Calvo Caravaca y Carrascosa González.
- c) La solución que presenta la posible creación jurisprudencial de una norma de conflicto. En este caso estaríamos dejando en manos de los tribunales la creación y diseño de normas conflictuales, arribando de esta forma la misión encomendada a los poderes legislativos.

5. La cuestión preexistente: previa, preliminar o incidental

El problema en este rubro se suscita cuando habiendo una cuestión principal, la cual determinó la CJI y supuso la puesta en marcha del conocimiento y resolución de un determinado supuesto de hecho, se presenta una cuestión preexistente, de previo y especial pronunciamiento, esto es una cuestión que debe ser resuelta de forma prioritaria para poder continuar con el conocimiento y resolución de la cuestión principal y por ende del fondo. En este sentido la cuestión preexistente representa un presupuesto de la anterior que debe conocerse y resolverse de forma prioritaria. La existencia de esta figura se ha justificado señalando que “los sistemas jurídicos modernos regulan supuestos jurídicos complejos. Esto significa que las hipótesis normativas de diferentes normas jurídicas son interdependientes las unas de las otras”, apunta Rojas Amandi. En forma resumida vemos que la cuestión preexistente “se suscita si al enjuiciar una situación regulada por determinada norma de conflicto aparece una cuestión jurídica que presenta una autonomía propia, pero que precisa ser resuelta previamente para abordar la cuestión principal”. Tal y como afirman Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo. De esta última afirmación queremos destacar dos notas: *a*) es una cuestión autónoma, independiente de la cuestión principal; *b*) no afecta a la etapa procesal de la determinación de la CJI.

En este apartado utilizaremos los términos “previo”, “preliminar” o “incidental” de forma conjunta bajo el rubro de “preexistentes”, aunque somos conscientes de que la doctrina más dedicada se ha enfocado a delimitar dentro de la categoría general de “preexistente” las tres figuras que conforman el título de este apartado. En este sentido se afirma que “las cuestiones previas son cuestiones sobre la existencia de una relación jurídica o derecho prejudicial, sin importar si la misma se plantea con relación al supuesto de una norma de conflicto nacional o extranjera o bien, al supuesto de una norma material nacional o extranjera”; “las cuestiones incidentales son los presupuestos materiales de una relación jurídica, que por ley o conforme a la jurisprudencia se encuentra sometida a un estatus especial” y “las cuestiones preliminares son cuestiones sobre la existencia de una relación jurídica o derecho, que se presupone por una norma de conflicto interna”, según Rojas Amandi.

En concreto el asunto a resolver en el presente rubro es cómo vamos a solucionar el sector del derecho aplicable respecto a la cuestión preexistente y para ello se han diseñado cuatro posibles soluciones: *a*) la tesis de la *lex formalis causae* (aplicar el DIPr del Estado cuyo derecho regula la cuestión principal); *b*) la tesis de la *lex formalis fori* (aplicar el DIPr del Estado cuyos

tribunales conocen del asunto); c) la tesis de la *lex materialis causae* (aplicar a la cuestión preexistente el derecho material designado por la norma de conflicto propia de la cuestión principal); d) la tesis de la *lex materialis fori* (aplicar a la cuestión preexistente el derecho material del foro). De forma resumida podemos ver que son dos las soluciones generales que se prevén para solucionar esta figura: a) que la cuestión preexistente se puede resolver conforme a la norma material del sistema jurídico que ha sido designada por la norma de conflicto de la cuestión principal (es la forma “dependiente”); b) que la cuestión preexistente se resuelva conforme a la norma material del sistema jurídico a la que le lleva su propia norma de conflicto (es la forma “independiente”). Siguiendo con la doctrina de Rojas Amandi. En la primera opción se impone una cuestión de economía procesal mientras que en la segunda se imponen razones de especialidad.

La “solución” a este problema aplicativo en el contexto mexicano viene dada por el artículo 8o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado el cual dispone que: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última”. Siguiendo cabalmente esta disposición encontramos el artículo 14 del Código Civil del Distrito Federal el cual dispone que: “En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última”. Con la inserción de la frase “no deberán resolverse necesariamente” se está dando cuenta de que no todos los casos en que se presente cuestiones preexistentes son iguales por lo que no deben tratarse de igual forma por lo que debe respetarse su especialización y flexibilización. Así cualquiera de las dos soluciones generales planteadas en estas líneas tiene cabida a la hora de solucionar la cuestión preexistente, tanto la “dependiente” como la “independiente”. En este sentido la doctrina mexicana ha señalado que:

En esta disposición se puede ver claramente que se deja en libertad al juez en el sentido de que “no deben resolverse necesariamente” las cuestiones previas con la aplicación de la ley que rige la cuestión principal, o sea, que la disposición comentada posibilita una conexión autónoma, lo que facilita al juez que mediante su regla de conflicto pueda designar al derecho aplicable a la cuestión principal y este dispositivo le da el acceso a la aplicación de un derecho diferente, que sería el aplicable a la cuestión preliminar (Pereznieto Castro).

Un ejemplo de esta figura la podemos encontrar en una situación jurídica privada internacional como la sucesión la cual se presenta como cuestión principal; ahora bien, antes de solucionar la partición y adjudicación de los bienes que componen la masa hereditaria es necesario determinar como cuestión preexistente la validez o la nulidad del matrimonio celebrado meses antes entre el autor de la herencia y la persona que reclama sus derechos hereditarios.

6. Conflicto móvil

El conflicto móvil surge con el cambio del criterio utilizado por el punto de conexión de la norma conflictual; por ejemplo, existe un conflicto móvil cuando se verifica el cambio en el domicilio conyugal, de la residencia habitual del menor, criterios que diseñaron el punto de conexión de la norma de conflicto y sirvieron para canalizar la aplicación de un derecho, de un sistema jurídico, concreto. Como afirma la doctrina “se denomina conflicto móvil a la alteración de punto de conexión en el tiempo (cambio de residencia, de nacionalidad, del lugar de situación de un bien, etcétera)”, según Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo.

El DIPr mexicano carece de una solución al problema del conflicto móvil lo que lleva a plantear diversas vertientes para solucionar siquiera tácitamente este problema. La primera pasaría por diseñar puntos de conexión determinados en el tiempo o “inmutables”, por ejemplo el lugar de cumplimiento del contrato. Esta primera solución no es de fácil concreción puesto que nos puede llevar a diseñar puntos de conexión alejados del supuesto de hecho a la hora de determinar el derecho material, por ejemplo: el lugar de celebración del matrimonio para el caso de divorcio o el lugar de fallecimiento del autor de la herencia para un caso de herencia. La segunda opción es aplicar el derecho al que conduce el punto de conexión antes de que cambie la circunstancia. *A contrario sensu*, la tercera opción podría ser aplicar el derecho al que conduce el punto de conexión una vez que ha cambiado dicha circunstancia. De esta opción la doctrina señala que fomenta los fraudes y la inseguridad jurídica, tal y como afirman Calvo Caravaca y Carrascosa González. Otra opción podría consistir en la aplicación simultánea de ambas normas de tal forma que la primera norma se aplicaría hasta el momento de su cambio relevando a la segunda su aplicación una vez que se ha producido dicho cambio. De esta opción se ha señalado que ignora el carácter internacional del supuesto a la par que iguala los problemas de conflicto móvil con los del derecho transitorio, según Calvo Caravaca y Carrascosa González.

7. Fraude a la ley

Esta figura se origina con la alteración dolosa, maliciosa y plenamente voluntaria del punto de conexión, del criterio fáctico o jurídico que da sentido a este elemento constitutivo de la norma conflictual. Esta alteración se puede llevar a cabo por una o ambas partes siempre con la intención de alterar el resultado de la aplicación del sistema jurídico, de la norma material, que dará respuesta al fondo del asunto. Dicha alteración supone obtener un resultado de fondo diametralmente opuesto al que se hubiera obtenido de no alterarse dicho criterio, de no alterarse en definitiva el punto de conexión.

Esta figura utiliza canales lícitos, válidos, (cambio de domicilio, de residencia habitual) con el propósito final de obtener un resultado ilícito (la aplicación de un sistema jurídico y en concreto de una norma material diferente a la que se hubiera aplicado de no haberse alterado y por ende alcanzar un resultado de fondo diametralmente opuesto). En resumidas cuentas, “la mutabilidad consustancial a determinados puntos de conexión puede favorecer una alteración fraudulenta de los mismos (cambio de la situación de un bien, del domicilio o de la nacionalidad, etcétera), con el fin de conseguir una correlativa modificación del derecho aplicable que favorezca los intereses del defraudador”, al respecto afirman Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo.

De lo anterior se extraen los dos elementos constitutivos de esta figura, a saber, el elemento material (el cambio del criterio que diseña el punto de conexión) y el elemento volitivo (la intención de obtener un resultado de fondo diferente y posiblemente no tolerado por el derecho que hubiera sido aplicado de no haberse cambiado el punto de conexión). Por lo que se refiere al primer elemento, como bien se afirma la conducta típica que origina esta figura es la “reubicación territorial de los obligados” aunque no cabe descartarse también los “cambios de nacionalidad de los obligados” o el de la “ubicación de los bienes muebles” como posibles vehículos para materializar el elemento material de esta figura. Como apunta Rojas Amandi. Por lo que respecta al segundo elemento podemos ver que su existencia configura la diferencia entre el conflicto móvil y el fraude a la ley. Mientras que en el conflicto móvil hay un simple cambio del criterio que materializaba el punto de conexión, sin fines ulteriores ilícitos, prefabricados, en el fraude a la ley hay una intención subyacente detrás del “simple” cambio de esta circunstancia. El principal problema radica en la comprobación no del elemento material sino del volitivo, del *animus*.

La regulación de esta figura en el contexto mexicano la encontramos en el artículo 6o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado el cual señala que: “No se aplicará como

derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificioosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas”. De parecido alcance encontramos el artículo 15 del Código Civil para el Distrito Federal el cual a la letra señala que: “No se aplicará el Derecho extranjero: I. Cuando artificioosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión”.

Por último debemos mencionar que “a medida que los sistemas jurídicos se acercan más en sus concepciones culturales y sociales, las diferencias marcadas que había hace años van desapareciendo” (Pereznieto Castro).

8. Reenvío

Hasta este momento las operaciones que estábamos manejando encierran simplicidad a la par que certeza jurídica. Venimos afirmando que la norma de conflicto del Estado que se declaró con *CJI* nos lleva a un sistema jurídico determinado, pudiendo ser éste bien el suyo (*lex fori*) o bien el de un tercer Estado. En esta última posibilidad, sosteníamos que la remisión al sistema jurídico nos llevaba a su norma material para solucionar dicha controversia. Si bien esto en el fondo no es erróneo sí encierra cierto grado de simplicidad, pues no hemos estado considerando la figura del “reenvío”. Esta figura como veremos en líneas anteriores conlleva, por un lado una complicación de las operaciones que veníamos manejando; por otro ayuda a alcanzar un mayor grado de “justicia” para las partes implicadas en la controversia pues detrás de la maraña que supone subyace la idea de buscar la norma material estatal que de manera más lógica, justa, próxima y razonable ayude a su solución.

Esta figura se presenta cuando la norma conflictual del Estado que se declaró con *CJI* remite para la resolución del fondo del supuesto al ordenamiento jurídico de otro Estado, el cual contiene a su vez otra norma de conflicto que nuevamente despliega su función de remisión, pudiendo remitir ésta a diferentes derechos materiales en orden a conseguir una resolución de fondo. La remisión o focalización final puede ser al derecho material del país cuyos tribunales son declarados competentes o al derecho material de un tercer país.

Derivado de lo anterior podemos afirmar que el principal presupuesto para que se pueda materializar esta figura la encontramos en la diversidad de puntos de conexión insertados en las normas conflictuales con

motivo de la libertad en el diseño de las mismas en el plano autónomo o interno. De esta forma al no cumplirse en México con el punto de conexión de la norma conflictual mexicana ésta remite a la aplicación de otro ordenamiento jurídico cuya norma conflictual debe ser revisada. De esta segunda norma de conflicto pueden concluirse dos panoramas: *a)* que determine que la norma material aplicable es la del primer Estado, la del tribunal que se declaró competente; *b)* que determine que la norma material aplicable es la de un tercer Estado por tener cumplido éste la circunstancia prevista en el punto de conexión de la norma conflictual.

Estas posibilidades se concretan en los dos tipos de reenvío que se regulan: *a)* el reenvío de primer grado o de retorno el cual se produce cuando los tribunales mexicanos que se declararon competentes recurren a su norma de conflicto la cual remite la regulación del supuesto de hecho a un ordenamiento jurídico extranjero y su norma conflictual vuelve a remitir la regulación del supuesto de hecho a la norma material mexicana para que sea ésta la que dé respuesta al fondo. La ventaja práctica que presenta este primer tipo de reenvío se cifra en la aplicación de las normas materiales del tribunal que se declaró competente (*lex fori*) a pesar de la remisión de sus normas de conflicto a otro sistema jurídico estatal y a sus normas materiales. Como señala la doctrina “esto descarga a los jueces de la tarea, por demás compleja, de conocer y de aplicar el derecho extranjero”, según afirma Rojas Amandi; *b)* el reenvío de segundo grado se da cuando la norma de conflicto mexicana remite la regulación del supuesto de hecho a un ordenamiento extranjero cuya norma de conflicto a su vez remite la regulación y solución a la norma material de un tercer Estado.

La regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico mexicano la encontramos en el artículo 14 del Código Civil para el Distrito Federal el cual permite la existencia del reenvío de segundo grado; en este sentido se afirma que:

En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado.

Con esta regulación México admite el reenvío de segundo grado. La doctrina ha señalado que “la excepcionalidad del caso que justifique la remisión general la debe determinar el juez en cada caso concreto”, siguiendo con la

doctrina de Rojas Amandi. La doctrina mexicana ha explicado esta fracción señalando que:

Cuando se trata de la aplicación del derecho extranjero el principio general es que se aplique el derecho sustantivo para evitar de esa forma el reenvío; sin embargo, la disposición reconoce que, en casos excepcionales, sean aplicadas las normas de conflicto extranjeras pero de manera limitada en cuanto a sus efectos, es decir siempre que la designación del derecho aplicable que hagan a su vez, sea limitada a las normas mexicanas, o bien a un reenvío de segundo grado que es a las normas de un tercer Estado (Pereznieto Castro).

La ventaja práctica del reenvío la citamos en la búsqueda de una mejor realización de la justicia al tomar en cuenta el sistema jurídico de otro Estado en su totalidad y ver su concepción de justicia. Coincidiendo con estas afirmaciones encontramos a Rojas Amandi.

9. Aplicación armónica del derecho extranjero

La aplicación armónica del derecho extranjero o “adaptación o igualación”, siguiendo con la doctrina Rojas Amandi, es uno de los problemas aplicativos de la norma de conflicto más sencillos de resolver. Esta problemática se produce cuando una situación jurídica privada internacional presenta varias y distintas ramificaciones que han de ser tratadas de forma separada en orden a señalar el sistema jurídico, la norma conflictual y material, que les dará respuesta al fondo de cada una.

Los requisitos *sine qua non* para que se presente esta figura se cifran en tres de conformidad con la doctrina, apunta Rojas Amandi: *a)* “que se trate de una relación jurídica compleja, compuesta de dos o más elementos relevantes jurídicamente”, a lo cual añadiríamos que dicha relación jurídica esté compuesta por otras circunstancias que se caractericen por la posibilidad de separarse e independizarse, siguiendo cada una un camino distinto en orden a su determinación normativa; *b)* “que para la solución de dos o más de ellos, las correspondientes normas reguladoras del conflicto remitan a diferentes sistemas jurídicos”, es decir, que a cada una de estas circunstancias “autónomas e independientes” le correspondan distintos ordenamientos jurídicos y por ende distintas normas conflictuales y materiales que resulten en resultados diferenciados, y *c)* “que la solución que cada uno de dichos sistemas da para resolver cada uno de los aspectos del caso, aplicadas conjuntamente, conduzca a la anulación de los efectos que persigue cada uno de dichos sistemas”.

Para la solución de este supuesto el ordenamiento jurídico mexicano ofrece el contenido del artículo 90. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado el cual señala que:

Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

De parecido contenido encontramos en el plano autónomo el artículo 14, fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal el cual señala que:

En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, estos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

10. Orden público internacional

Hasta este punto las operaciones que hemos manejado es que ante una situación jurídica privada internacional los tribunales nacionales declarados competentes acuden a su norma de conflicto para determinar qué ordenamiento jurídico, a través de su normativa material, va a dar solución al fondo del caso. Ahora bien, este señalamiento se hace de modo anticipado, es decir, sin conocer el contenido y alcance de esa norma material estatal. Es lo que se ha denominado como “un salto en la oscuridad”, apuntan al respecto Calvo Caravaca, Carrascosa González y Rojas Amandi. Este “salto” puede llevar a la norma material de otro Estado la cual puede resultar, bien en su tenor literal o bien como consecuencia de su aplicación, contraria a principios e instituciones fundamentales del derecho estatal del tribunal que se declaró competente. Para evitar esta situación el DIPr dispone de un mecanismo corrector: el orden público.

Esta figura viene a representar una importante excepción al funcionamiento de la norma conflictual desde que su alegación supone ignorar la remisión que hace el punto de conexión a la aplicación del derecho de otro Estado. Lo anterior se hace en virtud de que esta ley extranjera resulta

contraria a los principios fundamentales del derecho estatal cuyos tribunales se declararon con *CJI*. En este sentido se afirma que opera para evitar ciertos resultados negativos que genera la aplicación de leyes extranjeras en los casos internacionales; según Calvo Caravaca y Carrascosa González. Así, “blinda una parte del orden jurídico interno a efecto de que se aplique en forma estricta también en casos que sean objeto del tráfico jurídico internacional”, siguiendo a Rojas Amandi.

En México no contamos con un sistema de “lista cerrada” que supongan una concreción de los supuestos que vulnerarían el orden público internacional mexicano. Lo anterior no es una crítica, al contrario, creemos que es una tarea difícil el elaborar una lista de supuestos en los que se determina que la aplicación del derecho extranjero es contraria al orden público internacional mexicano. Si bien es cierto que se refuerza la seguridad jurídica y no se deja en manos de los operadores jurídicos una interpretación de esta figura, también es cierto que esta lista estática debe ser revisada constantemente por la volatilidad misma que encierra la naturaleza del orden público. Así, esta lista cerrada corre el riesgo de quedarse obsoleta y convertirse en un instrumento ciertamente inútil si no se revisa constantemente las instituciones y principios que la deben conformar. Por lo anterior estimamos que es preferible la existencia de una lista abierta, de cláusulas generales, que puedan orientar en la concepción y diseño de esta figura clave del *DIPr*. Lo anterior nos lleva irremediamente a que el juzgador de forma casuística determine cuándo la aplicación del derecho extranjero es o no contrario a los principios e instituciones fundamentales del contexto mexicano. Lo anterior implica que los tribunales como los verdaderos protagonistas de la aplicación, para la interpretación de esta figura deben inspirarse y tener siempre como referente el marco constitucional. Así, concatenado con la idea anterior afirmamos que no es un concepto ciego sino que existen elementos que nos indican la violación en mayor o menor grado de esta figura. En este sentido se apuntan como violaciones al orden público las violaciones a los derechos humanos garantizados constitucional y convencionalmente, las conductas sancionadas como delitos por las leyes penales internas o la violación a las normas materiales consideradas imperativas, siguiendo con la doctrina de Rojas Amandi.

Otro de los principios inspiradores de esta figura es su volatilidad, es decir, debemos tener cuidado a la hora de interpretar y aplicarla por el hecho de que el orden público internacional cambia irremediamente con el paso del tiempo. Así el actual concepto de orden público internacional poco o nada tiene que ver con el concepto de orden público internacional de hace unos años o con el que tendremos en un futuro no muy lejano. Nos

referimos por ejemplo, en retrospectiva, a la aceptación de la disolución matrimonial, o en prospectiva, a la aceptación de matrimonios por personas del mismo sexo con la posibilidad de llevar a cabo adopciones de menores, nacionales e internacionales.

Otro principio inspirador del orden público internacional es su excepcionalidad. En este sentido la alegación de esta figura no puede ser una regla general desde que afecta al normal funcionamiento y aplicación de la norma de conflicto y por ende de la posibilidad de aplicar un derecho extranjero y que su norma material resuelva el fondo de una controversia. De esta forma se afirma que el uso de forma indiscriminada, su alegación sistemática, puede suponer igualmente un peligro desde que “nos llevaría a hacer nugatorias todas las normas reguladoras de conflicto”, apunta Rojas Amandi. Estrechamente unido a este principio consideramos que debemos mencionar que la contradicción con los principios e instituciones del derecho mexicano debe ser *manifiesta*. De tal forma que una mera diferencia entre la disposición material estatal extranjera y una mexicana no justifica la alegación de esta figura excepcional.

Los efectos del orden público se pueden resumir en dos: *a*) el efecto negativo (consiste en que las disposiciones del derecho extranjero que es contrario al orden público internacional mexicano no se aplicarán), y *b*) el efecto positivo (descartada la aplicación del derecho extranjero se aplicará para la solución del fondo la *lex fori* cuando hablamos de puntos de conexión únicos o al punto de conexión sucesivo si hablamos de la existencia de varios puntos de conexión. Lo anterior con la finalidad de evitar que los tribunales dejen de conocer so pretexto de silencio de la ley). La previsión del efecto negativo la podemos ver en todas las disposiciones internas y convencionales que conforman las reglas de DIPr mexicano; ahora bien, llama la atención de que el efecto positivo no está previsto de igual forma.

Relacionados con la regulación de esta figura clave encontramos los siguientes artículos. En el plano convencional encontramos el artículo 5o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado el cual señala que: “La ley declarada aplicable por una Convención de derecho internacional privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”.

En el plano autónomo encontramos el artículo 8o. del Código Civil para el Distrito Federal el cual señala que: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

El artículo 15 en su segunda fracción, de este mismo cuerpo normativo, señala que: “No se aplicará el derecho extranjero: II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano”. De esta regulación se desprende la nota de generalidad como principio constitutivo de esta figura. En este sentido el orden público internacional mexicano está compuesto por “principios o instituciones fundamentales”, es decir, lo que constituye los “ejes maestros”; según afirma la doctrina de Calvo Caravaca y Carrascosa González. Esta fracción ha sido alabada por la doctrina mexicana al señalar que “la disposición acerca del concepto del orden público contempla una serie de elementos modernos”, siguiendo a Pereznieto Castro.

Por otra parte el artículo 13 señala en su primera fracción que: “La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas: I. En el Distrito Federal serán reconocidas las situaciones jurídicas validamente creadas en otras entidades de la República”. De una interpretación y alcance distinto encontramos el artículo 7o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado el cual señala que: “Las situaciones jurídicas validamente creadas en un Estado parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público”.

VII. Tratamiento procesal del derecho extranjero

1. Convención Europea sobre Información Relativa al Derecho Extranjero

- a) *Ámbito de aplicación material.* Solicitud de información relativa al derecho extranjero en materia civil y mercantil. Lo anterior salvo acuerdo de las partes para extender la aplicación de este Convenio a ámbitos distintos del civil y mercantil.
- b) *Ámbito de aplicación espacial.* El artículo 19 establece que toda parte contratante podrá designar el o los territorios a los cuales se aplicará la convención; igualmente, podrá extender la aplicación de este convenio, mediante declaración dirigida al secretario general del Consejo

de Europa a cualquier otro territorio o territorios especificados en la declaración y de cuyas relaciones internacionales está encargado con respecto del cual está facultado para adquirir compromisos.

- c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firma en Londres, el 7 de junio de 1968, con entrada en vigor internacional el 17 de diciembre de 1969, de conformidad con el artículo 17, el Convenio entra en vigor tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación o adhesión. De manera explícita, esta convención establece su vigencia indefinida. México, lo aprueba por el Senado el 31 de octubre de 2001, lo publica en el *DOF* para su aprobación el 2 de diciembre de 2002, se vincula por adhesión el 21 de febrero de 2003; entra en vigor el 22 de mayo de 2003 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 13 de junio de 2003.

El objetivo de este Convenio es establecer un sistema de asistencia mutua internacional para la obtención de información sobre el derecho extranjero por autoridades judiciales, entendiéndose por información sobre el derecho extranjero datos concernientes a su legislación, procedimiento y organización judicial.

Para conseguir agilidad en la obtención de la información, el artículo 2o. prevé la designación o en su caso creación de una autoridad única denominada autoridad receptora. Esta autoridad debe ser un órgano ministerial o estatal. Por otra parte, también se prevé la designación o creación de una o varias autoridades transmisoras encargadas de recibir las solicitudes de información proveniente de sus autoridades judiciales y transmitir las a la autoridad receptora extranjera competente. Se contempla la posibilidad de aunar ambas funciones en una misma autoridad estatal. Tal designación deberá ser comunicada al secretario general del Consejo de Europa.

La solicitud de información debe emanar siempre de una autoridad judicial, con la salvedad de que dos o más partes contratantes podrán convenir aplicar este Convenio a solicitudes que emanen de autoridades distintas de las judiciales.

El artículo 4o. establece el contenido de la solicitud de información y en ese sentido los requisitos establecidos son fundamentalmente: 1) debe indicar la autoridad judicial de la cual emane, salvo que ésta no fuera formulada por autoridad judicial, lo cual en su caso será acompañada de la decisión de ésta que lo hubiera autorizado; además debe indicar la naturaleza del asunto, en concreto los puntos sobre los cuales se solicite la información referente a la legislación del Estado requerido, en caso de existir varios sistemas jurídicos,

el sistema concreto solicitado, y 2) una exposición de los hechos siendo posible anexar copias de documentos siempre que ayuden a precisar el alcance de la solicitud.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 6o., las autoridades facultadas para responder son en primer lugar la autoridad receptora en caso de que tenga los conocimientos necesarios; en su defecto, podrá transmitir la solicitud a otro órgano estatal u oficial, organismo privado o abogado calificado, para que formule la respuesta. En caso de originar gastos, la autoridad receptora con anterioridad a la transmisión de la solicitud debe indicar a la autoridad de la que emana la solicitud el importe contemplado de los mismos. En clara consonancia, encontramos el artículo 15, el cual establece que la respuesta no podrá dar lugar al cobro de impuestos o gastos, salvo la excepción prevista en el artículo 6o., párrafo 3, o convenio entre dos o más partes.

El artículo 7o. que representa una de las más importantes previsiones de esta convención, establece que la respuesta proporcionada debe arrojar información objetiva e imparcial sobre la legislación del Estado requerido, anexando textos legislativos y decisiones jurisprudenciales relevantes, y en caso de ser necesario, de documentos complementarios tales como extractos de obras doctrinales y trabajos preparatorios, así como de comentarios explicativos.

De conformidad con el artículo 8o., los datos contenidos en la respuesta no vincularán a la autoridad judicial de la cual emane la solicitud. Lo cual relativiza la eficacia aplicativa del contenido de este convenio.

A través de este Convenio se impone la obligación a la autoridad receptora a la que se le ha sometido la solicitud de información de dar curso a la misma. Lo anterior con la salvedad de que dicha solicitud de información afectara a sus intereses o pudiera atentar contra sus soberanía o seguridad. Si la respuesta no fue formulada por la autoridad receptora sino por organismo privado o abogado calificado o por otro órgano estatal u oficial, la autoridad receptora queda obligada a velar para que dicha información sea facilitada lo más pronto posible. Ahora bien, si la elaboración de la respuesta exige un plazo mayor, la autoridad receptora informará a la extranjera que lo haya solicitado la fecha probable en que se pueda ofrecer dicha respuesta.

Por otra parte, la autoridad receptora, así como cualquier organismo privado, abogado calificado, podrá solicitar a la autoridad de la cual emane la solicitud, información complementaria necesaria para la elaboración de su respuesta.

De conformidad con el artículo 14, la solicitud de información, así como sus anexos deben estar redactados en el idioma oficial del Estado requerido, o en su caso estar acompañado de una traducción, la respuesta será

redactada en el idioma del Estado requerido. Esta disposición puede derogarse previo acuerdo de dos o varias partes contratantes.

A este Convenio se le anexa un protocolo adoptado en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, el cual tiene por finalidad ampliar el sistema de asistencia mutua internacional a la esfera del derecho y procedimiento penal en un marco multilateral. Lo anterior se justifica por la previsión del artículo 1o., párrafo 2, que permite ampliar el ámbito de cobertura material de este Convenio. Igualmente de conformidad con el artículo 3o., párrafo 3, de la Convención Europea, este protocolo se sirve para aumentar las autoridades encargadas de las solicitudes, por ello, de conformidad con el artículo 1o. del protocolo se establece que los Estados contratantes se darán información sobre derecho sustantivo y procesal, así como de su organización judicial en el ámbito penal, así como la inclusión del ministerio público y legislación sobre la ejecución de las medidas penales. La solicitud de información podrá no sólo emanar de cualquier autoridad judicial competente para instruir el procedimiento o ejecutar sentencias que hayan alcanzado efecto de cosa juzgada. Igualmente, la solicitud puede ser formulada una vez iniciado el procedimiento o bien cuando se prevea la instrucción de un procedimiento. Entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tres Estados miembros del Consejo de Europa sean parte del protocolo. Este protocolo puede ser aplicado para todos aquellos territorios de cuyas relaciones internacionales esté encargado o respecto del cual esté facultado para adquirir compromisos, a los que un Estado acepte.

México realiza dos notas a este instrumento. La primera de ellas determina: “Contiene un Protocolo adicional sobre información relativa al derecho extranjero (STE 97) adoptado en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978 del que México es parte y está en vigor”. La segunda nota expresa:

El gobierno de México designó a la SER —Dirección General de Asuntos Jurídicos— como autoridad transmisora y receptora, en términos de lo dispuesto en la Convención. Asimismo, designó a la PGR —Dirección General de Asuntos Legales— como autoridad competente para las solicitudes sobre derecho penal derivadas del protocolo adicional de la Convención.

2. Protocolo adicional de la Convención Europea sobre Información Relativa al Derecho Extranjero

- a) *Ámbito de aplicación material.* Información relativa al derecho extranjero.

- b) *Ámbito de aplicación espacial.* De conformidad con el artículo 6o. este Protocolo queda abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa.
- c) *Ámbito de aplicación temporal.* Se firma en Estrasburgo, Francia, el 15 de marzo de 1978, con entrada en vigor internacional el 31 de agosto de 1979, de conformidad con el artículo 7o., este protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tres Estados miembros del Consejo de Europa sean parte del Protocolo. México, lo aprueba por el Senado el 31 de octubre de 2002, lo publica en el *DOF* para su aprobación el 27 de noviembre de 2002, se vincula por adhesión el 21 de febrero de 2003, entra en vigor el 22 de mayo de 2003 y se publica en el *DOF* para su promulgación el 13 de junio de 2003.

Este protocolo se inserta en la previsión del artículo 1o., párrafo 2, y del artículo 3o., párrafo 3, de la Convención Europea sobre Información Relativa al Derecho Extranjero, la cual dispone que dos o más Estados contratantes podrán acordar ampliar entre ellas, el ámbito de aplicación de la convención a otras esferas además de las que se indican en la misma y la cual, igualmente dispone que los Estados podrán ampliar la aplicación de la convención a las solicitudes procedentes de autoridades que no sean judiciales, es decir, no sólo amplía material sino también orgánicamente dicha convención. En este contexto, el artículo 1o. impone la obligación a los Estados contratantes de otorgar información sobre el derecho sustantivo y procesal, así como de la organización judicial en la esfera penal, incluyendo su legislación sobre ejecución de medidas penales.

Esta solicitud de información podrá emanar de cualquier autoridad judicial competente para instruir el procedimiento o ejecutar sentencias con efecto de cosa juzgada, así como ser formulada no sólo cuando se haya iniciado el procedimiento sino también para supuestos de instrucción.

En clara continuación o ampliación del artículo 1o., párrafo 1, de la Convención Europea, estiman que la solicitud de información podrá emanar de cualquier autoridad o persona que actúe dentro de un sistema oficial de asistencia judicial o asesoramiento jurídico por cuenta de personas económicamente desprotegidas e igualmente para un procedimiento ya iniciado o en fase de instrucción. En esta misma línea y dando continuidad al artículo 2o., párrafo 2, de la Convención Europea, los Estados deben designar una o varias autoridades transmisoras.

México realiza la siguiente nota:

El gobierno de México designó a la SRE —Dirección General de Asuntos Jurídicos— como Autoridad transmisora y receptora, en término de lo dispuesto en la Convención. Asimismo, designó a la PGR —Dirección General de Asuntos Legales— como autoridad competente para las solicitudes sobre derecho penal derivadas del Protocolo.

VIII. Marco regulador

1. Regulación convencional

A. Convenciones interamericanas

a. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagaré y Facturas

Los ámbitos de aplicación de este instrumento convencional se encuentran desarrollados en el apartado de la cji.

Como se mencionaba en el sector de la cji, ésta es una convención bipartita desde que su contenido regula tanto la cji como el derecho aplicable.

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 la cual consiste en que cuando la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz, según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro territorio parte de esta convención, cuya ley considerare válida la obligación.

De igual forma 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 fueren 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 registrará 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 esta 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 10, 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.

b. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles

Debemos mencionar que los tres ámbitos de aplicación de este instrumento convencional están expuestos y desarrollados con detenimiento en el apartado referido a la CJI.

De conformidad con el artículo 2o. la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedad 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, serán reconocidas 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 las sociedades constituidas 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.

c. 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 firma en Montevideo, el 8 de mayo de 1979, la entrada 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 regirá indefinidamente.

México la firma el 3 de agosto de 1982, la aprobó el Senado el 10 de diciembre de 1982, se publicó en el *DOF* para su aprobación el 13 de enero de 1983, la vinculación de México se produce por ratificación el 19 de abril de 1984, la entrada en vigor para México es el 18 de mayo de 1984 y se publica 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* del 10 de octubre de 1984.

Los artículos que conforman el contenido de este instrumento convencional han sido abordados individualmente en distintos apartados de este capítulo, dependiendo del problema aplicativo que presenta la norma de conflicto. Nos referimos, por ejemplo, a los problemas del orden público, cuestión previa, del fraude a la ley, entre otros. Resta comentar el artículo 4o. de esta convención desde que no ha podido ser estudiado en

otro rubro. De esta forma el artículo 4o. señala que: “Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros Estados parte que haya resultado aplicable”.

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

Debemos iniciar señalando que los requisitos aplicativos de esta convención se encuentran analizados en el apartado que examina la CJI.

Lo que sí es necesario abordar en este apartado es la previsión que ofrece esta convención sobre el derecho aplicable a las adopciones internacionales.

En este sentido el artículo 3o. señala que la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, el consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo.

Por su parte el artículo 4o. señala a la ley del domicilio del adoptante para que sea ésta quien rija todo lo relativo a la capacidad para ser adoptante, requisitos de edad y estado civil del adoptante, consentimiento del cónyuge del adoptante si fuera el caso y los demás requisitos para ser adoptante. En el párrafo *in fine* de este artículo 4o., se afirma que en el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de residencia habitual del adoptado regirá la ley de éste.

Por su parte, el artículo 6o. establece que los requisitos de publicidad y registro de la adopción quedan sometidos a la ley del Estado donde deben ser cumplidos.

El artículo 9o. menciona que en caso de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines las relaciones entre adoptante y adoptado, incluyendo alimentos, así como las del adoptado con la familia del adoptante se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima.

El artículo 10 menciona que en caso de adopciones distintas a las mencionadas en el artículo 9o., las relaciones entre adoptante y adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante. Igualmente, las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción. En parecida sintonía, el artículo 11 establece que los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones. Este artículo culmina señalando que en caso de adopción plena, legitimación adoptiva

y figuras afines, el adoptante, el adoptado y la familia tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima.

Por su parte, el artículo 12 señala que la revocación de las adopciones se regirá por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción.

El artículo 13 señala que la conversión de la adopción simple a plena o legitimación adoptiva o instituciones afines se regirá, a elección del actor, por la ley de residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o por la ley del Estado donde tenga su domicilio el adoptante al momento de pedirse la conversión.

El artículo 14 señala que la anulación de la adopción se regirá por la ley de su otorgamiento.

Esta Convención no se limita exclusivamente a la determinación del derecho aplicable, sino que también da respuesta a los problemas que la aplicación del derecho extranjero puede presentar, éste es el caso del artículo 5o., el cual habla de la institución desconocida. En este mismo sentido, el artículo 18 aborda la problemática de la aplicación de la ley de un tercer Estado siendo ésta manifiestamente contraria a su orden público. En este mismo tenor, el artículo 19 determina que las leyes aplicables se aplicarán armónicamente y a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.

e. 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 constituídas 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 firma en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, con entrada en vigor internacional el 9 de agosto de 1992, de conformidad con el artículo 14, la Convención entrará en vigor el tri-

gésimo 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 registrará indefinidamente. México la firma el 2 de diciembre de 1986, la aprueba el Senado el 27 de diciembre de 1986, se publica en el *DOF* para su aprobación el 6 de febrero de 1987, la vinculación de México se produce por ratificación el 12 de junio de 1987, la entrada en vigor para México es el 9 de agosto de 1992 y su publicación en el *DOF* para su promulgación es el 19 de agosto de 1987.

El artículo 20. 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 esta 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 20. 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 30., 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 40. 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 50. 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 60. 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 70. establece que cada Estado parte y las demás personas jurídicas de derecho público 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 parte, 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 manifiestamente contraria a su orden público.

f. 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 contactos 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 1o. 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 firma en la Ciudad de México el 17 de marzo de 1994, con entrada en vigor internacional de 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 firma el 27 de noviembre de 1995, la aprobación por el Senado se da el 29 de abril de 1996, la publicación en el *DOF* para su aprobación el 14 de mayo de 1996, la vinculación de México se da por ratificación el 15 de noviembre de 1996, la entrada en vigor para México es el 15 de diciembre de 1996 y la publicación en el *DOF* para su promulgación es el 1o. de junio de 1998.

El clausulado de este Convenio relativo al derecho aplicable, se inicia con el artículo 2o., declarando éste 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 volun-

tad 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 pueden 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 menciona “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 del Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”. En relación al 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, respecto a 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.

g. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias

Los tres ámbitos de aplicación de esta Convención se encuentran especificados en el capítulo que estudia la CJI.

Como mencionábamos en ese capítulo la competencia en este instrumento tiene un contenido tripartito desde que hace frente a la CJI, al DA así como a la cooperación internacional. En este momento es preciso abordar el sector normativo que regula el DA.

En este rubro encontramos dos artículos. El primero es el artículo 6o. el cual dispone que:

Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: *a.* El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; *b.* El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

El segundo artículo que estudia el DA es el 7o. el cual dispone que:

Serán regidas por el derecho aplicable de conformidad con el artículo 6o. las siguientes materias: *a.* El monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo; *b.* La determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria en favor del acreedor, y *c.* Las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos.

B. Convenios de La Haya

a. El Convenio de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional

Debemos recordar que los ámbitos de aplicación de este instrumento convencional están desarrollados en el apartado que analiza la CJI.

Entre los artículos que podemos mencionar en este apartado encontramos el artículo 24 el cual hace referencia a la negación del reconocimiento de una adopción cuando ésta sea manifiestamente contraria a su orden público teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Por lo que hace al capítulo VI se abordan en él 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.

En otro orden de ideas el artículo 37 especifica que en relación a un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos 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.

b. Convenio de La Haya sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero

Los requisitos aplicativos de esta Convención se encuentran expuestos en el apartado referente a competencia judicial internacional, remitimos a los comentarios vertidos en el mismo.

La única cláusula de derecho aplicable que encontramos en esta Convención la tenemos en el artículo 6o., fracción 3, la cual determina que no obstante cualquier disposición de esta Convención, la ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de las mismas será la ley del Estado del demandado, inclusive el derecho internacional privado de ese Estado. Lo anterior se traduce en prever la normativa conflictual mexicana en caso de ser ésta la del Estado del demandado, para la resolución del fondo en un caso de alimento internacional. En este caso, estaríamos hablando concretamente de los artículos 13 a 15 del Código Civil para el Distrito Federal y los correspondientes a los distintos códigos civiles del resto de las entidades federativas; así, el operador jurídico a través de este artículo debe tener en cuenta la puesta en marcha de la figura del reenvío, así como la toma en cuenta de las figuras de fraude a la ley, institución desconocida y orden público. Así, el tribunal que se declare competente, no necesariamente resolverá el fondo conforme a su normativa material (*lex fori*). Este artículo busca dar la mejor protección al acreedor de alimentos, desde que no necesariamente la norma material del tribunal que se declara competente es la mejor regulación normativa para resolver el fondo de un supuesto de alimentos, así al otorgar las mismas posibilidades de aplicar la *lex fori* o la normativa de un tercer Estado, está protegiendo el mejor interés del acreedor de alimentos.

Respecto a la previsión establecida en el mencionado artículo 6o., párrafo 3, “debe resaltarse que el Convenio no se pronuncia en ningún momento ni sobre la ley aplicable a la obligación alimentaria ni sobre el régimen de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en la materia”, según la doctrina de González Campos.

2. Regulación autónoma

A. El artículo 13 del Código Civil para el Distrito Federal

Artículo 13 del Código Civil del Distrito Federal:

La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas:

- I. En el Distrito Federal serán reconocidas las situaciones jurídicas validamente creadas en otras entidades de la República.
- II. El estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal.

En este rubro se comprenden los supuestos de nombre, matrimonio, edad para contraer matrimonio, divorcio, nulidad de matrimonio celebrado en México, adopción, ausencia y fallecimiento, filiación y reconocimiento de hijos, emancipación, esponsales, concubinato, tutela y alimentos, como afirma Rojas Amandi. Para estos supuestos específicos el punto de conexión previsto por esta disposición es la vigente en el Distrito Federal. Lo anterior nos lleva a concluir que estamos ante una norma de extensión y no una norma de conflicto en sentido estricto. Esta afirmación nos lleva a dos conclusiones: la primera al *legeforismo* que encierra, es decir, a la aplicación irremediable de la *lex fori* imposibilitando la aplicación del sistema jurídico de otro Estado y por ende de su norma material, y la segunda consecuencia concatenada con la anterior que al hacer inevitable la aplicación de la *lex fori* e inaplicable en todo extremo el derecho de otro Estado deja sin sentido el análisis de los problemas aplicativos derivados de la aplicación de ese “otro derecho”, por ejemplo, la figura de la institución desconocida, la discusión de la cuestión previa o del orden público.

No queremos terminar este rubro sin compararlo con las disposiciones que ofrece el Código Civil Federal para establecer las diferencias necesarias: artículo 13.II. “El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio”. En esta disposición el punto de conexión es el “lugar de su domicilio”; en este caso sí estamos frente a una norma de conflicto desde que el lugar del domicilio puede estar en un tercer Estado remitiéndose así al sistema jurídico de otro Estado, a su norma material, para solucionar el fondo del asunto. Lo anterior al estar

alejado de un *legeforismo* absurdo da cabida y sentido pleno a que hablemos de los problemas aplicativos de la norma conflictual.

III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles que se encuentren en el Distrito Federal, se regirán por las disposiciones de este Código, aunque sus titulares sean extranjeros”. Esta fracción recoge las cuestiones relativas a propiedad, usufructo, uso y contratos de arrendamiento, siguiendo a Rojas Amandi, respecto a los bienes inmuebles así como regula de forma unitaria los bienes muebles. La consideración que debemos hacer aquí es que a estos supuestos de hecho para bienes inmuebles y muebles el punto de conexión vuelve a ser el derecho vigente en el Distrito Federal, encerrando igualmente un *legeforismo* y reproduciendo así las afirmaciones vertidas en la fracción anterior.

Antes de terminar el análisis de este rubro queremos compararlo con las disposiciones que ofrece el Código Civil Federal, en concreto con el artículo 13, fracción III, el cual a la letra dice: “La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros”. En esta disposición el punto de conexión es la *lex rei sitae* la cual abandona el *legeforismo* incorporado en las disposiciones del Distrito Federal. Se aplican aquí *mutatis mutandi* las afirmaciones vertidas en el párrafo II.

“IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, los celebrados fuera del distrito federal, podrán sujetarse a las formas prescritas en este código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal”. Esta fracción engloba los supuestos de nulidad de matrimonio celebrado en el extranjero, requisitos de forma de los contratos, forma del matrimonio forma de los esponsales y régimen legal patrimonial del matrimonio, siguiendo con la doctrina de Rojas Amandi.

En esta fracción el punto de conexión es el “lugar en que se celebren”; por primera vez encontramos una norma de conflicto en la disposición destinada a regular la aplicación del derecho extranjero. En este caso se abandona el *legeforismo* mantenido en las disposiciones anteriores haciendo que tenga pleno sentido abordar los problemas aplicativos de esta norma (orden público, cuestión previa, calificación, reenvío o institución desconocida).

No podemos terminar este rubro sin reproducir las disposiciones que ofrece el Código Civil Federal para esta misma situación jurídica privada internacional las cuales coinciden plenamente con las del Distrito Federal.

En este sentido el artículo 13, fracción IV, señala que: “La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal”.

“V. Salvo lo previsto en las dos fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del Distrito Federal que deban ser ejecutados en su territorio, se regirán por las disposiciones de este código, a menos que las partes hubieran designado validamente la aplicabilidad de otro derecho”. Esta fracción encierra en concreto los supuestos de cumplimiento y rescisión de contratos y convenios sobre el régimen patrimonial del matrimonio.

Esta fracción establece como punto de conexión general una norma de extensión (“se regirán por las disposiciones de este Código”) y como punto de conexión especial o excepcional una norma de conflicto (“a menos que las partes hubieran designado validamente la aplicabilidad de otro derecho”).

No queremos terminar este rubro sin compararlo con las disposiciones que ofrece el Código Civil Federal para establecer las diferencias necesarias: artículo 13, fracción V: “Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”. En esta disposición tanto el punto de conexión general (“lugar donde deban ejecutarse”) como el punto de conexión excepcional o especial (“a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”) son normas conflictuales al permitir la aplicación de un derecho extranjero y hacer así coherente el contenido de los artículos 14 y 15 de su Código Civil.

B. El artículo 79, fracción II, del Código de Comercio

El artículo 79, fracción II, del Código de Comercio establece que:

Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede: II. Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana. En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.

C. El artículo 410-E del Código Civil para el Distrito Federal

El artículo 410-E del Código Civil del Distrito Federal dispone que:

La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional. Esta adopción se registrará por los tratados internacionales ratificados por el estado mexicano bajo el principio de bilateralidad y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código. La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se registrará por lo dispuesto en el presente código.

D. El artículo 1593 del Código Civil para el Distrito Federal

El artículo 1593 Código Civil para el Distrito Federal dispone: “Los testamentos hechos en país extranjero, producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron”.

E. El artículo 2736 del Código Civil para el Distrito Federal

El artículo 2736 del Código Civil para el Distrito Federal señala que:

La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se registrarán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal aquel estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas. En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó. Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, esta autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.

F. Los artículos 252 a 258 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Los artículos 252 a 258 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señalan:

Artículo 252. La capacidad para emitir en el extranjero títulos de crédito o para celebrar cualquiera de los actos que en ellos se consignen, será determinada conforme a la ley del país en que se emita el título o se celebre el acto. La ley mexicana regirá la capacidad de los extranjeros para emitir títulos o para celebrar cualquiera de los actos que en ellos se consignen, dentro del territorio de la República.

Artículo 253. Las condiciones esenciales para la validez de un título de crédito emitido en el extranjero y de los actos consignados en él, se determinan por la ley del lugar en que el título se emite o el acto se celebra. Sin embargo, los títulos que deban pagarse en México, son válidos, si llenan los requisitos prescritos por la ley mexicana, aun cuando sean irregulares conforme a la ley del lugar en que se emitieron o se consignó en ellos algún acto.

Artículo 254. Si no se ha pactado de modo expreso que el acto se rija por la ley mexicana, las obligaciones y los derechos que se deriven de la emisión de un título en el extranjero o de un acto consignado en él, si el título debe ser pagado total o parcialmente en la República, se regirán por la ley del lugar del otorgamiento, siempre que no sea contraria a las leyes mexicanas de orden público.

Artículo 255. Los títulos garantizados con algún derecho real sobre inmuebles ubicados en la República, se regirán por la ley mexicana en todo lo que se refiere a la garantía.

Artículo 256. Los plazos y formalidades para la presentación, el pago y el protesto del título se regirán por la ley del lugar en que tales actos deban practicarse.

Artículo 257. La adopción de las medidas prescritas por la ley del lugar en que un título haya sido extraviado o robado, no dispensan al interesado de tomar las medidas prescritas por la presente ley, si el título debe ser pagado en el territorio de la República.

Artículo 258. Se aplicarán las leyes mexicanas sobre prescripción y caducidad de las acciones derivadas de un título de crédito, aun cuando haya sido emitido en el extranjero, si la acción respectiva se somete al conocimiento de los tribunales mexicanos.

Cuestionario

1. Enumere las distintas técnicas de reglamentación que el derecho internacional privado utiliza para regular el sector del derecho aplicable.
2. Explique la estructura de la norma de conflicto.
3. Explique la estructura de la norma material especial.
4. Explique la estructura de la norma de extensión.
5. Explique la diferencia entre las técnicas de reglamentación.
6. En qué consiste la figura de la *lex mercatoria*.
7. En qué consiste el derecho uniforme.
8. Determine el alcance y aplicabilidad de la norma material imperativa, tanto mexicana como la de terceros Estados.
9. Explique los problemas procesales aplicativos que presentan las figuras de calificación, institución desconocida, cuestión preexistente, conflicto móvil y fraude a la ley.
10. Explique en qué consiste la figura del reenvío de primer grado o retorno y de segundo grado.
11. Delimite el concepto de orden público internacional.
12. Delimite el marco normativo convencional que da respuesta al sector del derecho aplicable.
13. Delimite el marco normativo autónomo que da respuesta al sector del derecho aplicable.