

El derecho internacional privado, uno de los impulsos modernos para el derecho mexicano

Leonel Pereznieto Castro*

RDP

1. Introducción

Intentaré mostrar cómo el derecho internacional privado (DIPr) es una disciplina que está revolucionando muchos conceptos tradicionales, propios del derecho interno.

El fin de la Guerra Fría provocó la distensión de las relaciones internacionales entre las grandes potencias de la época, que habían ocupado la mente de muchos políticos y juristas para delimitar estructuras, áreas de influencia y en general las relaciones entre estados. Sin embargo, ahora la atención se ha puesto en la regulación de la vida jurídica de las personas y de las transacciones comerciales, conforme a un nuevo modelo económico mundial. Este énfasis ha cambiado los parámetros de análisis del derecho internacional y del derecho internacional privado (DIPr) en particular, materia esta última que se encuentra en la base de esta gran transformación, una verdadera revolución en el análisis del derecho internacional y en muchos ámbitos de la vida jurídica en lo general.

De esta manera, nuestra exposición se referirá a algunos temas relevantes en la materia donde la profundidad de este cambio es notoria, para enseguida hacer una reflexión sobre el futuro de esta tendencia, y sacar algunas conclusiones.

* Profesor de carrera de la UNAM e investigador nacional nivel III.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

2. Temas del cambio

Con objeto de limitar la exposición de este trabajo, nos referiremos sólo a tres casos ejemplificativos: primero, una nueva demostración de la imposibilidad de llegar a una definición entre derecho privado y derecho público, en este caso, con motivo del arbitraje de inversión. Segundo tema, lo que se ha llamado, la internacionalización del contrato que significa un ensanchamiento de las categorías jurídicas nacionales y, en tercer lugar, la incidencia del tráfico jurídico internacional en los derechos humanos.

A. La imposibilidad de una clasificación entre el derecho público y el privado.

Primer ejemplo, hasta el siglo XIX se intentó la clasificación del derecho entre derecho privado y derecho público y nunca se pudo lograr una justificación jurídica plena porque en el mismo siglo XIX aparecieron otros tipos de derechos que no encajaban en esa división, como fue el caso del derecho social. Ahora, con el desarrollo del derecho internacional, en el campo de los arbitrajes de inversión, se puede encontrar una nueva confirmación de esa imposibilidad de lograr una clasificación de ese tipo, dado el cambio muy importante que se ha manifestado.

Veamos rápidamente el esquema. Los Estados firman convenios bilaterales internacionales para la protección de las inversiones, México tiene veintiocho tratados firmados. Dichos convenios prevén la reglamentación de resolución de conflictos, mediante el mecanismo del arbitraje comercial internacional. Así, nuestro ejemplo es en el caso de un tratado bilateral y en el que el gobierno mexicano afecte los bienes de una empresa extranjera procedente de un país con el que México tiene firmado un acuerdo de este tipo. Algunas compañías mexicanas han utilizado ese mecanismo para reclamar sus derechos frente a otros estados, con éxito.

Pero el punto que deseo subrayar, es el siguiente: el tratado bilateral de inversión, entre otras cosas, ubica al inversionista extranjero al mismo nivel que el Estado. Es decir, convierte al individuo en sujeto

del derecho internacional. Al hacerlo, la aplicación que hace el tribunal arbitral además de aplicar principios del derecho internacional, aplica la ley interna y en ésta, igual puede ser de derecho público como es el caso de las expropiaciones y así un tribunal internacional también asume funciones que hasta ese momento el Estado las ejercía de manera exclusiva, y por otro lado, ese mismo tribunal juzgará cuestiones de derecho privado como el contrato y las obligaciones de las partes. El laudo será entonces una fina mezcla de derecho privado, derecho público y derecho internacional, en tanto que el procedimiento es de esta naturaleza. El tribunal arbitral, de este tipo, al aplicar principios de derecho internacional lo hace con los precedentes de casos resueltos, anteriormente, por este mismo sistema internacional de solución de controversias.

En síntesis, en un caso como el de nuestro ejemplo que se repite con frecuencia alrededor del mundo, podemos ver que el análisis que hacen los árbitros internacionales y cuya decisión, tendrá pleno reconocimiento internacional por los tribunales nacionales al aplicar sin distinción las disposiciones, que clásicamente se clasifican en derecho público y derecho privado, y al hacerlo así, sucede lo del siglo XIX, que ante una clasificación muy precisa entre los dos tipos de normas, públicas y privadas, nació el derecho social, que contrastó a la clasificación en boga de aquella época, como ahora se hace con la aplicación indistinta de esa normatividad por un tribunal internacional, en el caso de un tratado de inversión, como lo hemos visto en nuestro ejemplo.

Aquí se opera un cambio en el análisis, que se irá extendiendo a otros sectores de la vida jurídica internacional. Dicho lo anterior, pase-mos al siguiente ejemplo.

B. La Internacionalización del contrato

De lo que se trata, hoy en día, no es disminuir sino desaparecer las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos, bajo la tesis moderna, que no atiende a sentimientos políticos o de defensa, sino simplemente a la constatación de la diferencia entre sistemas jurídicos internos y el internacional y de ahí, rescatar los vínculos entre esos dos derechos,

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

que les permitan funcionar coordinadamente en beneficio del tráfico jurídico internacional, principalmente sobre el concepto de uniformidad. Tal y como lo puso en claro hace casi 50 años el Profesor R.Y. Jennings: “the first step then... is to establish a legal bridge between the contract and international law and the relevant municipal law, so that these systems interact”.

Se trata de cambiar el contenido político de la discusión del dualismo y transformarlo en una discusión jurídica que, en su sentido moderno, se ubica en torno al contrato porque éste es el vehículo más importante de las transacciones internacionales y de las relaciones familiares. Además de las consecuencias jurídicas de estas últimas que deben mantener continuidad y que los sistemas jurídicos internos deben apoyar, como por ejemplo, reconocer un matrimonio celebrado en un país distinto o darle efectos a una adopción internacional o a un divorcio, etcétera.

¿Cuáles son los puentes legales a que se refiere el profesor Jennings? Esos son los puentes que ha tendido una amplia y ardua labor de mucha gente, de varios organismos internacionales y sobre todo, de la voluntad política de los estados quienes han llegado a la convicción que es a partir del comercio internacional, donde existe una riqueza que pueda ser distribuida internamente con puestos de trabajo y una mayor riqueza que repartir en programas de asistencia social.

De ahí que se hayan llevado a cabo acciones coordinadas internacionalmente con el propósito de construir esos puentes legales. Sólo para enumerar unas cuantas instituciones, en esta labor constante, están la Conferencia Permanente de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el Instituto para el Derecho Privado Internacional (UNIDROIT), La Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP)

Todos estos organismos, tienen objetivos definidos en el crecimiento del DIPr, mediante las convenciones internacionales que elaboran, junto con las leyes modelo y guías legislativas que los Estados nacionales posteriormente aprueban a través del Congreso, como en el caso de México, para que sea legislación uniforme internamente y así poder

abrir a través de la uniformidad, las posibilidades al tráfico jurídico internacional.

Este proceso, enriquece a los sistemas jurídicos nacionales, los moderniza y los hace aptos para interactuar internacionalmente.

a. *Transacciones internacionales*

Dentro del tema de la internacionalización del contrato, se encuentran las transacciones internacionales que se desarrollan por miles diariamente a lo largo y ancho del mundo y que estudia el DIPr bajo el tema de *lex mercatoria*.

Efectivamente, se trata de aquella multitud de transacciones bancarias, comerciales y de servicios, pagos y transferencias internacionales, aceptación y entrega de mercaderías y servicios, etcétera, de un país o continente a otro, que realizan los particulares a escala mundial y que se incrementó considerablemente con los medios electrónicos de comunicación y el transporte, y que hoy, esa normatividad que regula todas esas transacciones, forma parte del *corpus juris* del derecho comercial internacional.

Esto significa, en primer lugar, el reconocimiento mundial del pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad que las partes contratantes, plasman en sus obligaciones internacionales. Como afirma Walter Biaggi “la capacidad natural de la persona de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico mediante su voluntad”.

En este mismo sentido, los usos y costumbres que cada gremio del comercio y de la industria adopta como obligatorios para hacer regir sus transacciones en ese específico sector. Las reglas *softlaw*, que veremos más adelante, que emiten organismos no gubernamentales, como la Cámara Internacional de Comercio (CCI) o la International Bar Association (IBA) sobre diversos temas, como son, entre otros, las cartas de crédito que usan todos los bancos del mundo aun por encima de sus propias leyes locales, que están desfasadas de las corrientes del comercio mundial o las reglas para la valoración de las pruebas en el procedimiento arbitral internacional, donde se dirimen los conflictos derivados de los contratos y transacciones más importantes.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

Aunado al análisis anterior, el DIPr estudia una serie de mecanismos a través de los cuales es incorporada la normatividad internacional en el sistema jurídico mexicano cuyo objetivo es tender esos puentes con el exterior que, hoy en día son vitales, como es el caso de las disposiciones espejo.

b. Disposiciones espejo

Se trata de disposiciones de las cuales México ha debido echar mano para la modernización de su sistema jurídico nacional. En efecto, en 1986 México se adhirió al GATT —ahora uno de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC)— y posteriormente, suscribió en 1994 el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), y a partir de esa fecha ha firmado 13 tratados de libre comercio más, con otros países. Mediante estos instrumentos México se obligó a incorporar disposiciones espejo dentro de su propia legislación, que pudieran corresponder a las obligaciones que había contraído con estos organismos internacionales, con el fin de abrir su economía y vincular a sus diversos sectores operativos internos al comercio internacional, como lo son, los mecanismos aduanales uniformes, la desgravación y uniformidad arancelaria, la uniformidad de reglas de comercio, la regulación del dumping y medidas compensatorias, etcétera. Se trata: “De reglas que acordadas internacionalmente, muchas de ellas son reproducidas internamente para asegurarse que la conducta del país en cuestión, al menos en materia de comercio, se desarrollara de acuerdo con dichas reglas”.

c. Incorporación legislativa de los usos y costumbres

A México, con su economía ya abierta, le urgió desarrollar nuevas regulaciones acordes a sus necesidades internacionales para enlazar su economía con el mundo, y con ese impulso, multiplicar las reglas de conflicto y las remisiones directas a disposiciones internacionales para incorporar a los usos y costumbres internacionales, como sucede con el

artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito, en materia de cartas de crédito que muestra un sistema de incorporación avanzado:

Artículo 71 (párrafo 1) Las instituciones de crédito, al emitir las cartas de crédito a que se refieren las fracciones VIII y XIV del artículo 46 de esta Ley, se sujetarán a lo señalado en este artículo y, de manera supletoria, a los usos y prácticas que expresamente indiquen las partes en cada una de ellas, sin que resulte aplicable para esta operación lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en materia de cartas de crédito.

Dicho en otros términos, el Estado, en este caso México, reconoce la prioridad de la autonomía de la voluntad de las partes y la incorporación en sus contratos de los usos y costumbres, por encima de su ley interna en la materia. Lo anterior demuestra que un proceder de esta naturaleza, altera, revoluciona a los conceptos tradicionales de interpretación del derecho que hasta ahora, se habían llevado a cabo en un sistema como el mexicano, que durante mucho tiempo estuvo cerrado hacia el exterior. Recordemos que nuestros códigos civiles niegan que una costumbre pueda estar por encima de la ley.

d. *El trasplante o cross fertilization*

Una fuente más es la llamada técnica del trasplante o *cross fertilization* de ordenamientos jurídicos de un sistema a otro por razones distintas, por ejemplo, la admiración que se tiene por un determinado sistema jurídico, cuyo funcionamiento se piensa que va a ser semejante en sus resultados si se trasplanta a un sistema jurídico diferente. También, como en el caso de México, se trata de enlazar al sistema jurídico nacional antes cerrado con el mundo a través de regulaciones más avanzadas que ya han probado su eficiencia en la práctica.

El gobierno mexicano debió haberse planteado en 1994, e incluso antes de esta fecha, si trasplantaba regulaciones europeas más acordes con su sistema de derecho codificado; sin embargo, una realidad debió haberse impuesto y es la magnitud del comercio de México con

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

los Estados Unidos, el 80%. Por tanto, resultaba congruente trasplantar las regulaciones de ese país para que, de manera uniforme, se pudieran desarrollar las transacciones internacionales entre ambos países y al mismo tiempo, quedara un sistema jurídico mexicano, funcional para su operación con otros países. Así, se procedió con la regulación de sectores completos de la economía, como las telecomunicaciones, medio ambiente, sociedades comerciales, competencia económica, energía y en general en los campos de la economía, agricultura, banca y servicios financieros y muchos más.

La economía y el sistema jurídico requirieron concentrar esfuerzos para obtener normas de enlace con el mundo externo y viceversa. Eso explica, en gran parte, que Chile y México tengan hoy en día los sistemas más modernos en materia de comercio exterior lo que ha dado lugar a su apertura total en el comercio y con ese impulso, México ha logrado alcanzar el lugar 11 entre los países exportadores más importantes del mundo, más que varios países europeos, que tradicionalmente han sido países exportadores.

c. *Softlaw*

Dentro de esta última categoría se trata del llamado: *softLaw* o derecho flexible que es emitido por los organismos internacionales a los que ya me referí. Se trata de reglas que por su flexibilidad se acomodan a diversas situaciones y reducen la contradicción entre sistemas, en la medida que propenden a una uniformidad. Este tipo de reglas, además, ayudan para que las partes en sus contratos puedan adecuarlas e incorporarlas y hacerlas obligatorias entre ellas. Veamos un ejemplo: reglas que las partes acuerdan como obligatorias en su contrato.

El ejemplo típico es el de los International Commercial Terms Incoterms de la CCI. Las cotizaciones internacionales de productos se efectúan en la gran mayoría de los casos conforme a estas Reglas —FOB, LAB, etcétera—, ya que el comercio internacional, en especial el de mercaderías, parte de una oferta en la que va la cotización y el precio de la mercancía y si las partes lo acuerdan, el transporte. Aceptada la cotización económica, se aceptan el precio y todos los términos de

transporte y de entrega, transmisión de riesgos, etcétera; como se ve, una parte de la naturaleza de estas normas, apunta hacia obligaciones que se pactan y se adquieren a larga distancia.

Después de este breve recorrido por las diversas fuentes de creación normativa que estudia el DIPr, podemos ver con claridad que esta disciplina representa el motor del cambio y modernización del derecho internacional, contemporáneo. Pasemos, ahora, al último tema de este trabajo, el relativo a los derechos humanos con motivo de la reforma constitucional reciente y con referencia al DIPr, mismo que abordaremos brevemente.

3. Los derechos humanos y la reforma constitucional.

El tema se plantea: los tratados o convenios internacionales están elaborados para facilitar el tráfico jurídico internacional y elevan el nivel de los derechos de las personas que pertenecen a los países que firman el tratado. La incorporación de un derecho más favorable en el sistema jurídico interno, especialmente, en materia de derechos humanos debe subsistir dentro del sistema, ya que la norma jurídica internacional se nacionalizó y se integró al sistema jurídico interno para beneficio de las personas. Este punto ha sido sancionado con la reforma constitucional con los siguientes términos, en el artículo 1o.: “Las normas relativas a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas, la protección más amplia”.

Ciertamente estamos en un tema poco explorado, al menos de la perspectiva del DIPr. Sin embargo, partimos de los principios de la protección más amplia de la Constitución y del principio del bienestar común, que ha sido objeto de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, al menos en el continente latinoamericano. Se trata que el legislador interno se supedite a las normas internacionales en materia de derechos humanos que propendan al bien común.

En el caso que nos ocupa, nos referimos a normas internacionales que se han incorporado al sistema jurídico interno. Además, el contenido de estas normas establece derechos más específicos, nuevos derechos o

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

simplemente regulaciones que facilitan el alcance de esos derechos. Un ejemplo nos ayudará a precisar este concepto.

La adopción internacional, tal y como está prevista en los tratados más importantes ratificados por México establece procedimientos más expeditos que los establecidos localmente. Mediante esta facilitación, los extranjeros pueden adoptar niños mexicanos mediante un procedimiento simplificado y con ello cumplir con el bien común, es decir, que un menor huérfano mexicano, tenga una familia y crezca al lado de ésta. Pero sucede que un extranjero procedente de un Estado que no es signatario de esos tratados, no podrá adoptar a un niño mexicano utilizando ese medio de este régimen de facilitación y de esa manera dejar de cumplir con el bien común del menor, simplemente porque dicho Estado, no ha firmado el tratado o convención internacional.

El precepto constitucional reformado al que hemos hecho mención, nos dice que cuando se trata de este tipo de derechos se le debe otorgar a la persona, la protección más amplia y en el caso al que nos referimos, la facilitación para el ejercicio del derecho de adopción, debe ser igualmente amplia. No hay que desconocer, sin embargo, que el ejercicio de este derecho está vinculado con un tema distinto, instrumental. Pero no menos importante. Un convenio internacional implica necesariamente obligaciones para los Estados firmantes del tratado que son indispensables para su funcionalidad.

Puede ser este último un argumento de peso, pero es compensable con una estructura efectiva de supervisión sobre el seguimiento que se le debe dar al menor mexicano adoptado. En las convenciones internacionales se establece la obligación para el Estado parte, de darle seguimiento al cuidado de los padres adoptantes sobre hijos adoptivos, en el proceso de acoplamiento familiar. Esto que es un procedimiento administrativo de supervisión temporal, lo pueden acordar autoridades mexicanas con cualquier extranjero que desee adoptar y que no tenga su domicilio en un país parte de la Convención, para que rinda informes al consulado mexicano del domicilio familiar y permitir visitas de las autoridades consulares mexicanas. Ciertamente, no es un procedimiento que pueda convertirse en ejecutivo a fin de separar a un menor adoptado y que es maltratado, de su familia de adopción o peor aún,

en aquellos casos, afortunadamente menos hoy en día, que la adopción sirva para introducir al menor en una red de prostitución. En realidad, para evitar esos contratiempos el juez dispone actualmente de la información completa de cualquier persona, incluyendo, si los hubiere, sus antecedentes penales, a fin de poder distinguir con claridad que la persona de los adoptantes sea adecuada para la adopción. Y ésta, debe ser labor de las autoridades que participan en procedimientos de esta naturaleza que en el caso de México es la Dirección de Integración Familiar (DIF) Estos son los funcionarios que preparan el expediente de los futuros adoptantes.

Se ha puesto ese ejemplo, obviamente, de manera muy general ya que el tema envuelve cuestiones más complejas, como el de la doble jurisdicción, porque ilustra cómo un mecanismo facilitador para alcanzar el bien común de un menor huérfano mexicano, no debe estar sujeto, como en este caso, a la firma de un tratado determinado Estado. La norma jurídica internacional, al incorporarse al sistema jurídico mexicano, al nacionalizarse, debe servir para todas las personas que se encuentren dentro de territorio nacional o quienes quieran adoptar a un menor, contraer matrimonio o celebrar un contrato.

Una cuestión interesante, vinculada con la anterior, que se puede discutir es la siguiente ¿es posible que un nacional opte por las normas de facilitación del tratado y no por las normas internas en materia de adopción? Se puede decir que el ámbito personal de aplicación del tratado no lo incluye y por tanto no tiene opción. Sin embargo, se trata de un procedimiento que mejora los derechos de la persona, en este caso, derechos humanos, consideramos que es posible. El tratado ha sido ratificado por México, la norma internacional se incorporó al derecho nacional y éste, no puede ser excluyente con respecto a esa persona que tiene su domicilio en México. Dicho en otros términos, por el hecho de la incorporación de la norma jurídica internacional al sistema interno, perdió el ámbito de aplicación personal que le da el tratado y al ser norma nacional es aplicable a todas las personas que se encuentren dentro de territorio nacional y por ser en favor de los derechos humanos, debe ser aplicada a esa persona.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

Se tratará de una elevación de la norma interna al nivel de la norma internacional correspondiente, en materia de derechos humanos. Esta será pues la vía para alcanzar el bien común. No todos los casos son tan evidentes como el ejemplo que dimos de la adopción, sobre todo cuando se trata de transacciones comerciales pero aún en éstas, hay un ingrediente importante para la igualación de derechos a fin de que las transacciones comerciales sean justas para las dos partes. Veamos un ejemplo: la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa de Mercancías establece reglas que definen derechos y facilitan su ejecución. Lo mismo ¿Cómo negarlas a una persona procedente de un país no miembro del tratado? Hacerlo sería situar a la persona en una situación de desventaja. Por el solo hecho que México decidió incorporar a su sistema jurídico un sistema internacional de compraventa de mercancías avanzado. El sistema jurídico, se ha modernizado en ese sector, y debe ser para beneficio de todas las personas.

Un caso solamente podría justificar la excepción a esta propuesta y consiste en lo siguiente. Es el caso de los tratados comerciales, fiscales y otros que requieren una interacción mutua y permanente de los Estados signatarios del tratado. Además, obedecen a una política internacional muy definida. Sólo con tales o cuales Estados, le conviene al Estado mexicano otorgar preferencias arancelarias a cambio de otras tantas y con otros Estados no. Pero, aún en este ámbito, un derecho sustantivo vinculado a los derechos humanos de la persona, deberá ser extensivo para todas las demás. No encontramos una razón jurídica para excluirlo.

4. El futuro de esta tendencia revolucionaria

Considero que la economía mundial se desarrollará en los años por venir dentro del esquema de una economía liberal que abrirá las corrientes jurídicas internacionales, más allá de los sistemas jurídicos nacionales. Con este impulso, el derecho internacional deberá enfocarse a la regulación de las personas y las transacciones comerciales, incluyendo la inversión internacional. Esta proyección requiere que el jurista de hoy, comprenda cuál es la magnitud del cambio jurídico que se opera inter-

nacionalmente, porque será el mundo en el que ya le toca vivir y ese conocimiento básico se lo da el DIPr principalmente, al mostrarle cómo se analizan instituciones mediante una metodología diferente, que lo lleven a ese jurista de hoy, a pensar de manera diversa. A levantar los ojos de su derecho nacional y mirar cómo el mundo se ensancha.

5. Conclusiones

Se puede concluir en que el derecho internacional hoy en día, ha puesto el acento de los métodos de solución internacionales para el tráfico jurídico internacional tanto en materia de familia, como en materia comercial; al hacerse de esta manera, la aplicación de la norma internacional y los procedimientos internacionales de solución de controversias, entre otros factores, contribuyen a revolucionar el enfoque jurídico tradicional, especialmente ese que sólo se encuentra limitado por las categorías jurídicas internas, de ahí que sea muy importante enfocar el estudio del DIPr moderno, en este sentido.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año III, núm. 5, enero-junio 2014