

El derecho internacional privado y los derechos humanos

International private law and human rights

Leonel Pereznieto Castro*

RDP

RESUMEN

El abogado se refiere a los derechos humanos y analiza su aplicación y el tema de su intermediación desde un enfoque teórico y una dimensión práctica. Con respecto a los derechos humanos en el derecho internacional privado, analiza el sistema conceptual válido de derecho, la preservación de la norma de conflicto, la uniformidad de derechos y el establecimiento de derechos específicos o de regulaciones que faciliten el logro de esos derechos, para hacerlos extensivos a todas las personas e ilustrar el tema en general; conclusiones.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, derecho internacional privado, regla de conflicto, ley uniforme.

ABSTRACT

The lawyer refers to human rights, analyzing their application and the issue of their intermediation; from a theoretical approach and a practical dimension. With regard to human rights in Private International Law, he analyzes the valid conceptual system of law, the preservation of the

* Profesor de carrera T. C. en el Centro de Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM e investigador nacional nivel III. Consultor del despacho Jáuregui y del Valle, S. C. (Ciudad de México). El autor agradece a la Srita. Cynthia Arias Castellanos, asistente del Sistema Nacional de Investigadores, su apoyo documental para la realización de este trabajo. Asimismo, agradece la participación de los alumnos del ITAM que cursaron con el autor el curso de verano de 2016 sobre este mismo tema, por sus comentarios y aportes a este trabajo.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

conflict norm, the uniformity of rights, the establishment of specific rights or regulations that facilitate the achievement of those rights; to make them extensive to all people and illustrates the theme in general; with his conclusions.

KEYWORDS: Human rights, International Private Law, conflict rule, uniform law.

Sumario

1. Introducción
2. Los derechos humanos en el derecho privado
3. Principios aceptados internacionalmente
 - A. Universalidad
 - B. Igualdad
 - C. Libertad
 - D. Justicia
 - E. Seguridad jurídica
 - F. El bien superior del menor
 - G. El derecho a tener familia
 - H. La buena fe y la certeza jurídica
 - I. El derecho a la propiedad
4. Los derechos humanos en el derecho internacional privado
 - A. Enfoque teórico
 - B. Dimensión práctica
5. Conclusión
6. Bibliografía

1. Introducción

La reforma constitucional de 2011 al artículo 1o. constitucional¹ fue la norma que impulsó el cambio de las garantías constitucionales —que han sido indispensables durante siglo y medio para combatir las arbitrariedades de la autoridad— a un concepto más amplio de protección de la persona, que es el de los derechos humanos (DH). En la exposición de este trabajo me referiré a una versión poco explorada de los DH, que

¹ Diario Oficial de la Federación, 11 de junio de 2011.

son los derechos privados (2), y todavía dentro de esta clasificación nos referiremos a la relación de los DH con el derecho internacional privado (DIPr) (4), no sin antes hacer una breve exposición de lo que considero que son los principios que regulan estas relaciones privadas a nivel internacional (3) como puntos de referencia.

Un autor ampliamente conocido del DIPr, ya fallecido, es el profesor argentino Werner Goldschmit, quien habló, a finales de la década de los cincuenta, del “derecho a la tolerancia”, quizá por su experiencia personal como prófugo del nazismo —encontró refugio en España, y más tarde el gobierno argentino generosamente lo acogió y le otorgo su nacionalidad—. La obra del profesor Goldschmit tiene constantes referencias al tratamiento del extranjero, y puntualiza la necesidad de otorgarle los derechos plenos de persona que le permitan vivir dentro de un orden jurídico amigable, y que ese estatus se proyecte a escala internacional. Con ese fin dedicó, en su tratado de DIPr de 1970,² todo un capítulo al estudio de la persona, y especialmente, de sus derechos; cuando esa persona es extranjera, bajo el concepto del derecho de la tolerancia.

Sin embargo, este primer enfoque en el tema tuvo muchos méritos al señalar cuándo y en qué circunstancias deben respetarse los derechos del extranjero, aunque ya ha sido ampliado considerablemente por los avances del concepto de los DH y de su vínculo con otras áreas que los han estudiado, como es el caso de la filosofía, de la sociología y de la ciencia política, y especialmente por la universalidad con que se discuten hoy en día los DH.

2. Los derechos humanos en el derecho privado

Movámonos hacia el tema específico de este trabajo, donde propongo referir, en primer lugar, los principios que considero deben estar en la base de la interpretación del vínculo de los DH entre particulares, para que pueda fundamentar, posteriormente, que el cambio de paradigma se

² Publicado en su décima edición, actualizada por la profesora Alicia M. Perugini Zanetti, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

dé de la forma siguiente: en la discusión tradicional de los DH, el tema central se presenta en el ámbito de la defensa de esos derechos frente al Estado; en el caso de los DH en el derecho privado, es necesario definir previamente el ámbito que cubre la protección del Estado ante las violaciones de DH entre particulares en las relaciones que éstos desarrollan en la sociedad. Veamos un par de ejemplos.

Una cláusula contractual entre un distribuidor y una empresa transnacional en donde se ha pactado de manera jurídicamente formal que la terminación del contrato la puede dar cualquiera de las partes, en el momento en que considere necesario, será una cláusula que viole los DH del distribuidor sólo por la desproporcionalidad económica entre las partes.

De ahí que resultará necesario defender una amplia serie de principios, tales como la certeza en la aplicación de la ley personal, dondequiera que la persona se encuentre; la seguridad jurídica en las transacciones privadas y que la desproporcionalidad económica entre las partes no sea un factor que afecte a la necesaria igualdad contractual. O que las asociaciones o clubes no infraccionen a sus miembros con la suspensión del trabajo profesional, o bien, que se proceda con dolo en el comercio internacional, en el cual, precisamente, la estructura que soporta a este último está basada en la buena fe de las partes contratantes, entre otros muchos ejemplos.

En estas condiciones resulta que la definición del vínculo de los DH entre particulares, dada su extensión y, sobre todo, el casuismo que este planteamiento comporta, indican cierta dificultad para lograr la definición del vínculo entre DH y derecho privado. Se trata de un campo nuevo del derecho donde es necesario precisar cada una de las cuestiones que lo componen y determinar el ámbito que cubre la protección del Estado en estas relaciones, de ahí que hay que iniciar la búsqueda de elementos que permitan la formación de un paradigma que nos lleve a una definición. La ventaja con que se cuenta en esta nueva dimensión jurídica es que se podrá alcanzar la formación de conceptos a partir del amplio casuismo que la componen; se trata de un tema que requiere analizar cómo y en qué forma se pueden plantear la uniformidad de criterios judiciales o arbitrales que la vayan formando.

Por lo pronto, es necesario partir del ámbito que el Estado está dispuesto a cubrir con su protección. Un caso típico es la defensoría de los derechos del consumidor, en la cual la presencia del Estado en los conflictos entre particulares ha servido de puente para encontrar soluciones que abonen en favor de la sociedad. Este es un ámbito en el que el Estado debe moverse con prudencia a fin de poder distinguir cuándo hay una violación de los DH y cuándo es una simple desavenencia de intereses entre particulares. El filtro lo serán los tribunales; y podríamos estar ante la regulación de un ámbito del derecho, con base en una formación jurisprudencial, que atienda más a las necesidades específicas de las personas de lo que hace el legislador con una norma general. Se trataría entonces de la formación de una normatividad judicial, de diferente origen de la tradicional; es decir, de origen legislativo. En la nueva formación jurisprudencial que es probable se integre en materia de DH entre particulares, para la regulación de sus relaciones, y se podría atender a la necesidad específica de los individuos, cuando decidan, en cada caso, cuándo y en qué medida se afectan sus DH, por lo que la labor que hagan los jueces en este ámbito será decisiva.

Un destacado jurista colimense, Mario de la Madrid Andrade, en defensa de la existencia de los DH en el derecho privado, se refiere a este tema como “la irradiación de los efectos de los Derechos Fundamentales hacia todo el ordenamiento jurídico incluido el derecho privado”. El autor habla de los efectos que produce esa “irradiación” a partir de las disposiciones constitucionales que “representan un orden objetivo de valores que impregnan a la totalidad del sistema... y por lo tanto reclaman... ser aplicadas sin intermediación en todos los sectores del Derecho”. Por su parte, Lois Henkin, profesor de la Universidad de Columbia, ya fallecido, opinaba, desde una posición más abierta, que se trata de las libertades, inmunidades y beneficios que los seres humanos pueden reclamar conforme a “los valores contemporáneos aceptados”.

Dado que hay que dar un paso hacia adelante en esta discusión, tratando de concretarla más, es necesario hacer un primer deslinde respecto a la concepción de los DH: cuando hablamos de los DH frente al Estado o que el Estado protege en virtud de una convención, acuerdo o tratado internacional, estamos en una relación de orden vertical,

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

en la medida en que el Estado debe atender toda violación provocada por alguno de sus funcionarios en contra de los DH de los particulares o incorporar la normatividad internacional en el orden jurídico nacional para aplicarla en un caso concreto; mientras que, cuando hablamos de la relación entre particulares, nos referimos a relaciones horizontales en las que se recurre al Estado sólo en caso de conflicto, y aun en esos casos, existen métodos que no requieren la presencia del Estado, como son, por ejemplo, la mediación y el arbitraje, que se pueden acordar a partir de la libre voluntad de las partes en el contrato mediante una prórroga de competencia judicial.

Así, tenemos principios que están impregnados de los “valores contemporáneos”, como los de la buena fe, la no afectación de derechos de terceros, la libertad en la contratación y la autonomía de la voluntad para la designación de la ley aplicable o para la prórroga de la competencia judicial en favor de los métodos alternos de solución de controversias, que, entre otros, conforman ese arsenal de DH privados que tienen las personas entre sí y que deben ser ejercidos con la misma protección que les otorga el Estado a los derechos que se ejercen frente a él. De lo que se trata es de evitar, en la medida de lo posible, la violación de los DH.

Ahora bien, la forma de cobertura de los DH sobre las relaciones privadas ha sido descrita por la Corte Interamericana de DH, en una resolución de 2016, en los siguientes términos:

...determinó que la República de Costa Rica es internacionalmente responsable por haber vulnerado los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal [en razón de el] derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida [también a] la salud sexual [y al] derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico [así como al] principio de no discriminación.

Como puede verse, aquí la intromisión del Estado en una relación entre particulares (la mujer que solicitaba reproducción asistida y el médico que se la daría) dio lugar a una responsabilidad internacional por parte del Estado. Faltará ver cuándo esa responsabilidad internacio-

nal se presenta una vez que el Estado haya intervenido para equilibrar o remediar una relación entre particulares.

De manera más concreta, en otra resolución de la misma Corte, dice lo siguiente:

Que los principios de igualdad y no discriminación “Genera(n) efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares... ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico”. Estos principios “representan un orden objetivo de valores que impregnan la totalidad del sistema... y por lo tanto reclaman... ser aplicados sin intermediación en todos los sectores del Derecho”.

Se trata de una relación que surge entre particulares y que puede ser de distinto grado y naturaleza; sin embargo, hay casos específicos en los que los DH de las partes deben prevalecer. Me refiero a derechos que ya señalé antes, tales como el respeto a los derechos adquiridos en el extranjero, a la aplicación de ley personal (no importa dónde se encuentre la persona), la buena fe, la certeza jurídica y la autonomía de la voluntad, entre otros, que deben ser considerados en las relaciones particulares, y son a estas relaciones a las que nos referiremos en el presente trabajo.

En la relación entre particulares hay que atender a los principios con base en los cuales debe ser interpretada dicha relación. Mi punto de partida son los principios aceptados internacionalmente.

3. Principios aceptados internacionalmente

Los principios internacionales son valores creados por la comunidad internacional que hoy se encuentran descritos en la Carta de las Naciones Unidas (Capítulo I. Propósitos y principios), o bien, los principios enunciados en la Carta de la OEA (Capítulo II. Artículo 3o. Principios). Además, otros principios han sido creados en los derechos internos y luego reconocidos internacionalmente, como es el caso de los descritos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya: “Principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Se trata de principios donde la comunidad internacional

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

Encuentra unos valores fundamentales y sociales, que pre existen o existen antes que ella [la Comunidad Internacional] los haga jurídicos. Los hace jurídicos o los juridifica al aprehenderlos, al conocerlos y darles un significado o sentido para ella. Valga agregar, la *comunidad Internacional toma materia o contenido de los valores fundamentales y sociales, y a esa materia o a ese contenido les da una forma, con lo cual los hace bilaterales y jurídicos...*³

Los principios a los que me refiero siguen la misma lógica descrita en el párrafo anterior; es decir, han sido creados internacionalmente, o bien, habiendo nacido en los derechos internos de los Estados, fueron más tarde reconocidos como internacionales. Se tratará entonces de principios que se aplican a las relaciones privadas, ya sea de familia o de negocios. A continuación nos vamos a referir a algunos de los más importantes.

A. Universalidad

Dos sistemas normativos contemporáneos confluyeron a finales del siglo XVIII: el de la Declaración de Derechos del buen Pueblo de Virginia (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, 1789). En ambos documentos quedaron establecidos los principios de igualdad y de respeto a la persona y a su dignidad. Por primera vez en la historia moderna, un conjunto de notables estadounidenses y un grupo de ideólogos de la Revolución francesa definieron de manera clara el respeto a los DH. La Constitución y los valores republicanos estadounidenses fueron adoptados por los países latinoamericanos. México lo hizo tres años después de consumada su Independencia (1824).

Ésa fue una gran proyección de los DH, pero desafortunadamente, como lo ha mostrado la historia, su defensa quedó, en el caso de México y de la gran mayoría de los Estados latinoamericanos que los suscribieron, en buena medida en el papel, aunque al principio se difundieron. No obstante, más expansiva fue la onda francesa. La Revolución había

³ Valencia Restrepo, Hernán, “La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 37, núm. 106, enero-junio de 2007, p. 78, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151413530004>.

trastocado al antiguo Estado-nación europeo, con un monarca al frente. Todas las nuevas y las malas noticias acerca de la Revolución fueron, por muchos años, noticias de importancia en el campo de las monarquías. Francia se convirtió en el foco de atención de todos los países europeos, y en muchos casos las ideas francesas se conocieron con mayor frecuencia en la naciente nación mexicana. De uno y de otro lado del Atlántico, la difusión de los DH fue muy extensa, y con ella se perfiló como un principio mundial que poco a poco fue preñando a las legislaciones de todos los países europeos y de América.

La Segunda Guerra Mundial fue lo suficientemente cruel para horrorizar a la humanidad, pero como suele decirse, “no hay mal que por bien, no venga”, y la vuelta de ese horror mundial impulsó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que es la que se expande ahora a través de las diversas convenciones de las Naciones Unidas.

Exigir universalidad “en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación”.⁴ Y yo agregaría: más allá de cualquier orden jurídico interno.

B. *Igualdad*

La igualdad es uno de los principios indiscutibles de los DH, y un principio decisivo en el comercio internacional. Para del DIPr, es importante tener presente este principio cuando se trate de la ley que debe aplicarse, no importan las diferencias que existan entre las personas. Para definir la igualdad como principio de DH se le puede enfocar desde tres perspectivas:

—Lógico-lingüística. Responde a las situaciones que ofrece la pregunta: igualdad ¿en qué sentido? Se trata de dar un significado a la palabra “igualdad” y de establecer sus usos lingüísticos.

—Filosófico-política. Busca la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre las diferentes clases de igualdad,

⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, 5a. ed., Madrid, Tébar, 2007, p. 21.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

pero no sin antes establecer y atender los diversos tipos de igualdad existentes.

—Jurídica. Se trata de explicar las condiciones necesarias que deben existir para poder aplicar el principio de la igualdad, por lo que podemos encontrar ordenamientos jurídicos en los que se establecen una serie de criterios conforme a los cuales no sería legítimo otorgar un trato distinto entre personas (raza, sexo, religión, preferencia sexual, etcétera). La igualdad jurídica está conectada con los derechos fundamentales; con los derechos de libertad, en cuanto a derechos de igual respeto a todas las diferencias, y a los derechos sociales, en cuanto a derecho a la reducción de las desigualdades.

Difícilmente se puede discutir si la igualdad ante la ley es un principio de DH, ya que es un principio aceptado desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en todas las convenciones internacionales sobre DH.

Para Robert Alexy, cuando se refiere al mandato establecido en la Constitución alemana (artículo 3o., párrafo 1) “Todas las personas son iguales ante la ley”, debe interpretarse como “Una práctica universalista de decisión y que podría ser satisfecha siempre que las normas se formularan bajo la forma de normas universales”. De esta manera, afirma Alexy: “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, no debe ir dirigida “a la forma lógica de las normas sino como exigencia de su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad formal, sino material”.

Vista en la realidad, la igualdad es uno de los principios menos respetados, especialmente en los países latinoamericanos. Según el Primer Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe (2010) “Diez de los quince países más desiguales del mundo, se encuentran en América Latina”. La igualdad es un concepto amplio, en la medida de que se presenta en una serie de formas, por ejemplo, cuando las personas deben ser protegidas por el Estado, pero que desafortunadamente, por diversas razones, es en donde se encuentra al ser humano en términos más olvidados. Especialmente en aquellos países en los que se presenta “la patología de la desigualdad” a la que se refiere Rodolfo Vázquez, y que se representa en las sociedades de los países antes men-

cionados bajo el esquema de una desigualdad económica, principalmente pobreza, que inhibe a la persona a mirar hacia adelante, cuando lo que tiene que solucionar día a día son las condiciones básicas y apremiantes, como la comida, que con frecuencia escasea. Otras precondiciones para la igualdad son la salud pública, la educación y la falta de oportunidades, que en países latinoamericanos sólo se otorgan en condiciones precarias, y con frecuencia esos derechos no son protegidos en un número muy elevado de miembros de las diversas sociedades de la región.

La desigualdad es corrosiva. Corrompe a las sociedades desde dentro... se consolidan los prejuicios hacia los que están más abajo en la escala social, la delincuencia aumenta y las patologías debidas a las desventajas sociales se hacen cada vez más marcadas. El legado de la creación de riqueza no regulada es en efecto amargo.⁵

Sin embargo, para el DIPr, la igualdad es un principio que debe ser tomado en cuenta por los tribunales en todo momento, para el juzgamiento de casos con elementos internacionales a partir de los puntos de contacto: estatuto personal, lugar del domicilio de la persona, lugar de ejecución de los contratos, etcétera.

C. Libertad

Quizá uno de los principios más difundidos y reconocidos es el de la libertad. Benjamín Constant se refirió a este principio en los siguientes términos: “La libertad es aquella parte de la existencia humana que se mantiene necesariamente individual e independiente y que está por Derecho, fuera de toda competencia social”.

Es un derecho individual e inalienable al ser humano.

La libertad es un principio fundamental para el DIPr, en la medida en que permite a la persona desplazarse por el mundo sin perder su identidad o su estado civil y que pueda llevar a cabo todo tipo de transacciones permitidas por la ley, y que estas transacciones sean reconocidas en todo

⁵ Judd, Tony, *Algo va mal*, México, Taurus, 2010.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

lugar. En este sentido, una expresión de la libertad es la autonomía de la voluntad, herramienta esencial en las transacciones internacionales.

D. *Justicia*

Alf Ross se refirió a la justicia como “la idea específica del derecho. Como principio del derecho, la justicia delimita y armoniza los deseos, pretensiones e intereses en conflicto en la vida social de la comunidad”. Como buen representante del realismo jurídico escandinavo, para Alf Ross la justicia es ese acto social en el que el derecho se materializa y se aplica. “La justicia es la igualdad”, dice el autor. “La demanda de igualdad contenida en la idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y cada uno, sino a los miembros de una clase con ciertos criterios relevantes”. A cada uno según su mérito, o por su contribución, según sus capacidades y según sus necesidades.

Por su parte, otro realista más moderno, Ronald Dworkin, dice que “la justicia está enfocada a que las decisiones que toman las instituciones políticas establecidas, hayan sido o no, escogidos [sus funcionarios] equitativamente”. Para Dworkin, una sociedad liberal está comprometida con una forma concreta de interpretar su sistema jurídico a partir de la libertad, por lo que el Estado ha de conservar su independencia con respecto de las diferentes concepciones particulares de la justicia. ¿Dónde caben los medios alternos de solución de controversias como instrumentos que coadyuvan a la solución de conflictos en la sociedad, mejorando la Justicia?

John Rawls, en su obra fundacional, *Teoría de la justicia*, se refiere a este principio en los siguientes términos: la justicia se fundamenta en la posibilidad que tienen los ciudadanos para convenir en que las participaciones distributivas sean correctas, lo cual seguramente implica, entre otros elementos, un aparato estatal eficiente. En lo referente al convenio social, Rawls, junto con otros autores, parte de un pacto social, y en lo específico plantea que estamos frente a un conjunto de principios para elegir entre las distintas disposiciones sociales que determinan esta división de ventajas para los distintos miembros de la sociedad. Asimismo, Rawls considera que debe distinguirse entre lo que significa

una sociedad igualitaria, bien ordenada y organizada para el bien de sus miembros, de una sociedad que se encuentre eficazmente regulada por una concepción pública de justicia. Los requisitos para lograrlo los plantea el autor en dos hilos centrales de pensamiento: “Cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia y las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen”.

Esos principios de justicia, así descritos, son la parte central del ejercicio internacional. En el DIPr deben estar disponibles tanto para apoyar el reconocimiento del estatuto personal como para certificar que una operación financiera internacional es elaborada conforme al derecho aplicable, y por tanto, susceptible de ser reconocida en todo el mundo.

E. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica como garantía de los derechos del ciudadano tiene arraigo en el *common law*. La Carta Magna de Juan sin Tierra, de 1215, establece en su artículo 39, que: “Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado”. El texto constituye, en su conjunto, un precedente del compromiso de la autoridad política de respetar determinados derechos patrimoniales, hereditarios y de libertad, pero específicamente, es una cita inexcusable como precedente del *habeas corpus*. Cabe apuntar, sin embargo, que los derechos patrimoniales protegidos según este documento eran los de la realeza y los señores feudales, y, por tanto, referidos y limitados al derecho de propiedad de las elites gobernantes.

La seguridad jurídica debe provocar en el individuo un estado de bienestar, que percibe y disfruta todo ser humano. En términos generales, cabe hacer una distinción; por un lado, la seguridad con relación al poder, y la seguridad con relación al derecho, lo que a su vez tiene dos acepciones principales. La seguridad con relación al poder consiste en

Las condiciones que ha de tener [el poder] para que exista un sistema jurídico donde puedan estar presentes los objetivos que se pretenden con la Seguridad Jurídica. La cuestión incide directamente en

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

el tema de la legitimidad del poder, que lo justifica mediante su racionalización y organización por medio del derecho, tanto en su origen como en la forma en que se ejerce.

En cuanto a la seguridad con relación al derecho, se “trata de una seguridad a través del derecho, con la que se pretende ofrecer protección frente al poder”. Entonces, por seguridad puede entenderse cualquier tipo de fianza que garantice la eventual indemnización a una persona; es decir, que la eventual beneficiaria tenga la seguridad de que, en caso dado, será indemnizada. Una segunda acepción, quizá más usada y vinculada a la anterior, es la situación de una persona que está cubierta de un riesgo. En los dos casos, la seguridad le brinda a la persona paz y tranquilidad, que es finalmente lo que el derecho busca a través de los mandatos y permisiones: la seguridad que requiere la sociedad para prosperar y, al mismo tiempo, la seguridad del derecho hacia la persona, dotándola de una cobertura en caso de que requiera una indemnización; o bien, tener esa seguridad, como estado de protección, para que, en caso de que pudiera acontecer un riesgo, lo pueda ejercitar.

La seguridad, por otra parte, es estudiada en una amplia serie de facetas: la bioseguridad, la seguridad laboral, la seguridad pública o la seguridad aeroportuaria, etcétera. En todas ellas se analizan los riesgos que pudieran acontecer y se regulan jurídicamente, siempre en protección de las personas.

La seguridad en el DIPr es indispensable, en la medida en que todo acto jurídico legalmente válido en cualquier parte del mundo debe ser reconocido en el resto de los países, con lo cual el riesgo que produce la distancia queda cubierto por los mecanismos con que cuenta el DIPr, y, muy importante, por la aplicación correcta que hagan de ellos los tribunales.

F. El bien superior del menor

Este principio fue confirmado por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, artículo 3o., párrafo 1, bajo el

concepto del “interés superior del niño”, que ha generado disensos en el alcance de su contenido. Así, en algunos tribunales y doctrinas se le asignan contornos de mayor amplitud, en tanto que en otros lo subordinan al interés general y familiar, y son numerosos aquellos que lo identifican con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez. Sea cual fuere la posición que se asuma, lo cierto es que ese interés mayor es lo que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la adopción o regreso de un menor sustraído ilegalmente, o bien, la guarda de una persona menor de edad conforme se sostiene en cortes supremas de justicia de países de la región sudamericana. Los órganos judiciales, así como toda institución estatal, deben aplicar el principio, estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados, o se verán afectados, por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños, pero que afectan indirectamente, siempre bajo la óptica del Convenio sobre los Derechos del Niño, de alcance universal.

El DIPr reconoce el principio de interés superior del menor en la medida en que los tribunales lo deben tener en cuenta en todo momento, para decidir todos los casos a nivel internacional donde el interés sea susceptible de tomarse en cuenta.

G. *El derecho a tener familia*

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, lo cual significa el reconocimiento de que la familia es el núcleo básico de la sociedad y es la forma como los seres humanos viven y han vivido desde sus orígenes; es la manera que han escogido para acompañarse y ayudarse durante el transcurso de sus vidas, para reproducirse y vivir en sociedad.

Aunque la reproducción es un elemento crucial en la unión de un hombre y una mujer, en las concepciones modernas de familia se plantean una serie de opciones para la pareja que no ha podido tener hijos, así como para parejas del mismo sexo, mediante procesos científicos

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

(inseminación artificial, vientre subrogado, etcétera), o bien, mediante procedimientos legales, como es el caso de la adopción. Sin embargo, en los casos de parejas del mismo sexo, la reproducción no es el objetivo de la unión, sino fundamentalmente, la compañía y la ayuda mutua. En todo caso, contar con una familia es un derecho fundamental que tiene todo ser humano, y actualmente este principio es observado y protegido en la mayoría de los Estados.

El DIPr aporta diversas herramientas para hacer efectivo este derecho, como el uso de puntos de conexión para determinar la validez de los diversos actos jurídicos vinculados directamente con la familia a nivel internacional, tales como lugar de celebración del contrato de matrimonio o lugar donde se ha reconocido legalmente el concubinato y el derecho ante el cual los hijos de la pareja han sido registrados, etcétera.

La incorporación de los tratados de derechos humanos a las legislaciones nacionales conlleva una influencia directa en el derecho internacional de la familia (DIF), puesto que los axiomas contenidos en estos textos operan de manera directa o indirecta en todas las situaciones que quedan captadas por esta rama del llamado derecho internacional de la familia. En la actualidad, el DIF ha adquirido un rol esencial debido, principalmente, a dos motivos: primero, al incremento en el desplazamiento de las familias por todo el mundo, ya sea masivamente, en el caso de las migraciones o en el caso del desplazamiento por motivos de trabajo; y segundo, dado que las relaciones jurídicas de carácter familiar quedan captadas por dos o más ordenamientos legales, caen bajo la órbita de estudio del DIPr. Al haberse modificado en numerosos Estados la concepción clásica de familia, el DIF también ha cambiado, ahora impera un orden público que responde a las nuevas concepciones. Algunos ejemplos que podemos brindar para ilustrar la premisa de la que partimos se encuentran en las siguientes instituciones: matrimonios heterosexuales, matrimonios igualitarios, filiación biológica o adoptiva internacional y concepciones diferentes vinculadas a la regulación de los métodos que se conocen sobre fertilización humana asistida, entre otros temas. Así, los axiomas que contienen los tratados sobre derechos humanos se articulan a través del vínculo de fuentes con la jerarquía que estos tratados reconocen.

H. *La buena fe y la certeza jurídica*

La buena fe surge

...en la jurisprudencia del Tribunal [Constitucional español] como norma de carácter general dirigida a prevenir y sancionar los actos abusivos producidos en ejercicio de derechos y libertades, cuando el resultado de ese ejercicio —en apariencia externa perfectamente constitucional— contradice las exigencias impuestas por dicho principio general... De esta forma, la jurisprudencia constitucional incorpora a la teoría general de los derechos fundamentales, y más concretamente a la de sus límites, este principio jurídico...⁶

El vocablo “fe” deriva del latín *fides*, y se refiere al imaginario de una persona o de un colectivo. En el español antiguo se le tenía como “asentamiento prestado al testimonio, certidumbre determinada por cuestiones extrínsecas. La expresión externa de una verdad legal”. La fe también es el concepto favorable que se posee de un individuo o de una cosa; la confianza y la afirmación de que algo tiene certeza.

- Creencias de un individuo o colectivo.
- Creencia favorable en una persona.
- Confianza y certeza.

Las creencias que tienen el individuo o la colectividad son las verdades para esa persona o grupo social. La creencia favorable en una persona implica el sentimiento que surge de la “confianza” o “seguridad en esa persona en especial”: me fío de fulano, creo en su habilidad para hacer tal cosa, etcétera. En términos jurídicos, la certeza es uno de los principios en que se fundamenta el derecho. El Estado debe proporcionar a la sociedad un derecho con el que pueda estar segura y que sirva para que las personas puedan celebrar todo tipo de actos y llevar a cabo todo tipo de transacciones, incluyendo las internacionales, con la confianza de que lo pactado se cumplirá y que la ley se aplicará en determinadas

⁶ Moreno García, Antonio, “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, año XIII, núm. 38, mayo-agosto de 1993, p. 263.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

condiciones, de manera generalizada y con absoluta igualdad. Así, por ejemplo, cuando una persona adopta a un menor, la ley debe considerarlo como si fuera su hijo biológico, lo mismo en caso de que una persona en condiciones normales pueda cerrar un contrato de compraventa de mercancía, con la seguridad de que el precio sea pagado y la mercadería entregada. Entonces, cuando el reconocimiento de la adopción deba ser a nivel internacional o el contrato deba tener igualmente esta proyección, el DIPr requiere que el juez local, en el primer caso, analice a la adopción conforme a la ley que la creó; y en el segundo, que las partes celebrarán su contrato con base en la buena fe, esperando que el contrato sea cumplido. La buena fe es la seguridad con la que se quedan las partes cuando su contrato se celebra con una parte de otro continente. Además, hay que tomar en cuenta lo siguiente:

- La confianza, que es parte sustantiva de la buena fe, es, a su vez, uno de los elementos de la certeza. Entendida como el conocimiento seguro de una cosa, la certeza tiene una amplia gama de connotaciones según el diccionario, como certificar, confirmar, constatar, estar convencido, tener la creencia, tenerlo por cierto, tener la seguridad, creer que es verdad. O sea que el contrato se va a cumplir conforme a lo acordado entre las partes y que, en caso contrario, existen medios judiciales o alternativos para solucionar el conflicto. El principio será el de la *pacta sunt servanda*, y por excepción, aparte de la fuerza mayor, el cumplimiento del contrato puede no ser posible por la excesiva onerosidad o *hardship*, conforme a los principios del UNIDROIT (artículo 6.21).
- El principio de la buena fe, en su sentido jurídico y referido al derecho internacional privado, es un principio sobre el que reposan los actos jurídicos y las transacciones internacionales que se llevan a cabo, generalmente, a distancia. Se trata de un “*standard* o modelo de conducta social al que debe sujetarse la persona siempre que pretenda hacer valer su libertad pública y, al mismo tiempo, en criterio valorativo del ejercicio de esa libertad”.⁷

⁷ *Ibidem*, p. 271.

- Los Principios de UNIDROIT se refieren a “la buena fe y lealtad negocial” como la mejor forma de conducirse en el comercio internacional. UNIDROIT dice que los parámetros para el juzgamiento de los dos principios deben ser locales, de acuerdo con cada derecho interno. Otra consecuencia de la fórmula utilizada es que la buena fe y la lealtad negocial deben ser interpretadas a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional.

I. *El derecho a la propiedad*

El primer artículo de la Carta de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia contiene la famosa declaración de que “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados”. Dentro de estos derechos “inherentes” se considera al derecho de propiedad.

Por su parte, la Carta de los Derechos del Hombre y el Ciudadano considera a la propiedad como un derecho inviolable y sagrado (artículo 17). Según este artículo “Nadie puede ser privado de ella, excepto cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige con evidencia y con la condición de una indemnización previa y justa”. El principio de propiedad fue introducido en la Constitución mexicana, en el artículo 16, en los términos siguientes: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Pocos derechos fundamentales son tan claros como el de la propiedad. En el DIPr, el tratamiento de este tema se da desde dos ópticas diferentes: una, el punto de contacto *lex rei sitae* es el indicador seguro para determinar la ley aplicable, y conforme a esta ley se discutirá la propiedad del inmueble. El segundo enfoque lo da el artículo 121 constitucional, fracción segunda, que establece que los bienes muebles también se registrarán por la ley de su situación. Sin embargo, este criterio ha cambiado mucho. Los bienes muebles constituyen la riqueza del mundo actual: marcas, denominaciones de origen, títulos, bonos, acciones, et-

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

cétera, pero normalmente éstos se rigen por la ley del lugar donde están registrados. Mientras la Constitución mexicana, en el artículo 121, copia a la Constitución de Estados Unidos del siglo XVIII y de naturaleza territorialista, vincula esos bienes con el lugar de su ubicación. No obstante, este principio no se aplica de manera uniforme en la propia unión americana, y, además, no es un criterio internacionalmente aceptado hoy en día. Por tanto, habrá que determinar en qué casos un derecho adquirido en el extranjero puede ser reconocido o no conforme a este criterio.

4. Los derechos humanos en el derecho internacional privado

El tema de los DH es importante en el DIPr, aunque está en sus inicios. Es más, en la formación de la disciplina, el tráfico jurídico internacional sólo pudo ser una realidad cuando hubo libertad de movimiento de personas y bienes. Y la ley aplicable, como la jurisdicción competente y el acceso a la justicia, es el eje de esa área. En estas condiciones, los DH representan una constante, en la medida en que se encuentran en la base de la protección del individuo, la familia y el comercio a nivel global. Para lo cual un primer planteamiento sobre la cuestión hay que hacerlo desde el punto de vista teórico, con objeto de deslindar el marco de referencia; y desde la perspectiva práctica, para ilustrar las características concretas y los efectos de esos principios. Enseguida se abordarán, a grandes rasgos, cada uno de los casos, procurando enfocar algunos de sus respectivos aspectos relevantes.

A. Enfoque teórico

Uno de los filósofos del derecho más importantes de la actualidad, con una mirada fresca hacia la sociología, es Robert Alexy, quien, junto con otros autores contemporáneos, representa gran parte del pensamiento europeo actual, que se ha dedicado a estudiar al individuo en su interacción con sus relaciones sociales, desde diferentes ópticas a partir de una determinada construcción social. Así, “la

realidad no es algo externo al conocimiento sino es constituido por el conocimiento en sí”, como es el caso de un postconstructivista como Foucault;⁸ o Jürgen Habermas,⁹ quien desde una postura crítica propone una teoría a partir de la comparación directa del discurso teórico-empírico de las ciencias con el discurso práctico normativo de la política, la moral y el derecho, donde “la validez de sus declaraciones depende de la corrección del procedimiento”, y Alexy, que nos brinda un aparato conceptual muy amplio e interesante sobre este tema en su trabajo fundacional *Teoría de los derechos fundamentales*¹⁰ y en toda su demás obra publicada en libros, pero en especial, en revistas especializadas.¹¹ En su obra, Alexy se refiere a los DH y su defensa, y sobre todo, lo hace bajo un enfoque actual. El autor distingue cuatro propiedades de los DH: la primera, la de su universalidad, porque su titularidad corresponde a todo ser humano; una segunda es su validez moral, porque se trata de derechos morales; una tercera cualidad es su “fundamentalidad”, que concierne al objeto de los derechos, y su cuarta característica es su prioridad frente al derecho positivo.¹²

Conforme a las ideas de Robert Alexy, expresadas principalmente en su *Teoría de los derechos fundamentales*, el análisis que desarrolla el autor en forma comprensiva es el estudio de los DH. Se trata, nos dice, de “la consideración sistemático-conceptual del derecho válido” en su dimensión empírica, de amplio espectro, y que no se limita a los conceptos de derecho o de validez del derecho positivo, sino también a la búsqueda de la eficacia del derecho, sin la cual no se puede hablar de defensa alguna de los DH. Esa defensa se da “en la medida en que es

⁸ Foucault, Michel, *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and other Writings, 1977-1984*, New Hampshire, Dartmouth College, 1988.

⁹ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2 vols., 2007.

¹⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

¹¹ Como es el caso de la obra de Niklas Luhmann *La ciencia de la sociedad* (traducida al español por Javier Torres Nafarete y publicada por la Universidad Iberoamericana y el ITESO, 1996), que junto con su *Introducción a la teoría de sistemas* constituyen dos obras claves en el estudio de la metodología interdisciplinaria moderna.

¹² Alexy, Robert, “La Institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Derecho Constitucional*, año XXII, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, pp. 21 y ss.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

condición de la validez positiva del derecho legislado y judicial [y que por tanto constituye el] objeto de la dimensión empírica”.

Hay un par de comentarios que se pueden hacer a este pasaje de la obra de Alexy. En primer lugar, sobre la frase “la consideración sistemático-conceptual del derecho válido”. De la lectura de su obra se puede encontrar que los DH son el objeto de estudio y protección por parte del Estado. En esa medida, la protección se integra a la sistemática del derecho y se convierte así en el concepto del derecho válido; ése que toma valor por el solo hecho de la protección, y, además, porque se trata de un valor que está incorporado en todas las normas del sistema “en la medida en que es condición de la validez positiva del derecho legislado y judicial [y que por tanto constituye el] objeto de la dimensión empírica”. Es en esta dimensión donde el autor plantea la legitimidad o la legitimación del derecho válido. Alexy también dice que una concepción como la que plantea “no se limita a los conceptos de derecho o de validez del derecho positivo jurídico”. El derecho que Alexy sugiere sale de los estrechos límites del positivismo en “la búsqueda de la eficacia del derecho sin la cual, no se puede hablar de defensa alguna de los Derechos Humanos”. Finalmente, la dimensión empírica a la que se refiere Alexy es, como se sabe, la dimensión más rica para el DIPr, porque es ahí donde natural y finalmente se expresa la disciplina en términos tales como ¿en qué medida se respeta la ley personal del individuo o los derechos adquiridos por él?, ¿cuántos juicios con elementos extranjeros se han resuelto?, ¿cómo han sido resueltos?, ¿qué tanto se respetaron efectivamente los derechos de las partes?, ¿hubo un debido proceso?, y las sentencias ¿qué calidad tienen?

De esta manera intentaremos ampliar el análisis del DIPr para que en su interpretación se incluyan principios modernos en la disciplina, pero sobre todo, principios que protejan los DH de los particulares. En este sentido, retomemos algunas ideas más de Robert Alexy para enriquecer el análisis. Entonces, volvamos al tema que nos ocupa, a uno de sus ejes centrales: “La consideración sistemático-conceptual del derecho válido”. En la línea de análisis del autor, el concepto de norma de derecho fundamental plantea una serie de cuestiones compatibles con la normativa propia del DIPr, en relación con el tema de los DH, y

nos brinda soluciones interesantes. Alexy dice que “siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho”. Detengámonos un momento para clarificar la idea con un ejemplo: un DH se encuentra consagrado en un tratado internacional no ratificado por México. De acuerdo con el artículo 1o., primer párrafo, de la Constitución, “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”. Sin embargo, ese derecho existirá —según Alexy— en la medida en que una norma válida consagre ese derecho fundamental, con independencia de que México haya ratificado o no el tratado. Estamos en presencia, entonces, de la protección que tienen todas las personas para que se les respeten sus DH, ya que la validez de esos derechos deriva de una norma internacional válida —el tratado— que creó una norma fundamental que ya ha sido reconocida internacionalmente, y por tanto debe aplicarse internamente.

El punto de partida de la propuesta de Alexy es “el concepto semántico de norma” y la distinción entre norma y enunciado normativo, que en nuestro tema sería la definición de los DH. En este sentido, Alexy hace una propuesta diferente, que en resumen consiste en que toda norma se expresa a través del “significado de un enunciado normativo”; es decir, además de lo previsto en el enunciado, que puede ser una orden, un mandato o una permisión, esa norma tendrá siempre un valor incluido en el texto del enunciado —por ejemplo, la definición de los DH, que finalmente será la que sostiene a la norma en la medida en que es el valor que espera la sociedad que se cumpla, por tratarse de un DH—. A este respecto, dice el autor que “el concepto de norma es el concepto primario con respecto al concepto de enunciado normativo”, cuya validez otorga la autoridad legalmente capacitada. Alexy sostiene también que “en la medida en que se menciona la imposición por parte de una autoridad autorizada por una norma de grado superior, puede hablarse de una teoría jurídica de validez”.

Alexy se refiere a lo que él llama “norma de derecho fundamental” o norma “iusfundamental”. Respecto a ésta nos dice: “se trata de las normas de derecho fundamental expresadas a través de disposiciones iusfundamentales, normas que por otro lado, se ubican como iusfun-

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

damentales de forma exclusivamente, como enunciados en las leyes primarias o en las Constituciones”.

Así, para el DIPr podemos hablar de disposiciones iusfundamentales porque se trata de normas o instituciones jurídicas reconocidas en la gran mayoría de países y que representan los derechos que llevan las personas consigo; no importa a dónde, cuándo y cómo se trasladen de un país a otro. Los derechos “iusfundamentales” deben estar siempre con la persona para su protección, como son los derechos a la buena fe y el de certeza, con los que la persona celebra sus transacciones internacionales. Estos derechos son los que tratan de preservar la norma de conflicto y la uniformidad de derechos. Veamos ambos casos.

—Norma de conflicto

Sobre este tema podemos mencionar el trabajo en proceso del profesor Jürgen Basedow, del Max Planck Institut, para su informe al Instituto de Derecho internacional.¹³ Entre las propuestas que este autor hace podemos mencionar:

Los Estados respetan los derechos del hombre a través de sus órganos incluyendo sus jurisdicciones ordinarias dentro de las relaciones internacionales de personas privadas. Esos derechos sirven para controlar y corregir, en caso dado, los resultados obtenidos por la operación de las reglas de conflicto.

Operación en la que diferentes puntos de vista coinciden; en efecto, la norma de conflicto debe ser un filtro para preservar esos valores sobre los cuales se encuentra asentada la sociedad. Pero igual de importante, el DIPr será, a través de su norma de conflicto, un instrumento de control y de corrección en los resultados con motivo de aplicar DH en el tráfico jurídico internacional.

¹³ En este sentido, agradezco las gestiones del doctor José Carlos Fernández Rozas, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, por haberme hecho llegar los documentos preparatorios de la Comisión núm. 4., Droits de l’homme et droit International privé, documento de trabajo, marzo de 2015.

La segunda propuesta del profesor Basedow respecto a las normas de conflicto es la siguiente: “La interpretación de las reglas de conflicto ya sean nacionales o las adoptadas por una organización de integración económica regional, deben tener en cuenta la armonización entre los derechos del hombre, aplicables”.

Desde esta perspectiva, la opción de un juez dejará de ser entre “el conflicto” que le presentan dos leyes susceptibles de ser aplicadas y se circunscribirá a buscar el equilibrio con la integración de dos normas de DH en presencia, a fin de que su aplicación resulte adecuada, para lo cual el juez debe llevar a cabo una labor de integración de dichas normas.

—Derecho uniforme

Aquí, como lo veremos más adelante en los ejemplos que analizaremos, el esfuerzo está dirigido a facilitar las condiciones de tráfico jurídico internacional, y por tanto, de vida de las personas, con el respeto y protección de su estatuto personal o proteger el ejercicio de la autonomía de la voluntad y el principio de buena fe, con objeto de que la persona pueda realizar transacciones internacionales.

Con estas propuestas podemos analizar la reforma al segundo párrafo del nuevo artículo 1o. constitucional, que nos dice que la Constitución y los tratados internacionales se interpretarán en materia de DH “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Protección que es una directriz que deben acatar las normas de conflicto, sobre todo cuando se trate de un DH. Respecto de la naturaleza del vínculo entre los derechos fundamentales y el DIPr, se puede responder que la semejanza normativa entre los DH y el DIPr dimana de tres puntos precisos:

1. La reglamentación de las relaciones jurídicas de las personas a nivel internacional y el respeto a sus derechos adquiridos.
2. El respeto irrestricto a la autonomía de la voluntad, incluyendo la libre designación de la ley aplicable y prórroga, si es el caso, de la competencia judicial.
3. El derecho que se tiene ante el juez, de que éste respete y aplique la ley personal del individuo, la ley que las partes han escogido para su contrato y los derechos de las personas en sus actividades de comercio.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

B. *Dimensión práctica*

Con estas ideas en mente, pasemos ahora a la dimensión práctica, que en la línea de argumentación que estamos siguiendo corresponde a los efectos de la vinculación del DIPr con los DH, para lo cual propongo estudiar tres grupos de casos:

1. Normas jurídicas internacionales aplicables a los nacionales o domiciliados en territorio nacional.
2. El deber de aplicar el estatuto personal con objeto de obtener la ley extranjera aplicable, y en especial, cuando se trate de los derechos de unión y permanencia familiar y otros derechos adquiridos.
3. El respeto a la irrestricta autonomía de la voluntad para escoger la ley aplicable, la jurisdicción competente y, en su caso, la prórroga de la competencia judicial hacia medios alternativos de solución de controversias, en especial la mediación y el arbitraje.

Abordaremos brevemente cada uno de estos casos, no obstante, me parece pertinente que, en cuanto al primero —la aplicación de normas internacionales para los nacionales y domiciliados en territorio mexicano—, con objeto de abreviar la idea, se me permita dar un ejemplo previo del caso de México.

Vía artículo 133 constitucional, la norma jurídica internacional se incorpora al sistema jurídico nacional como norma de máxima jerarquía. Por otro lado, los tratados o convenios internacionales están elaborados para facilitar el tráfico jurídico internacional y elevar el nivel de los derechos de las personas que pertenecen a los países que firman el tratado. Sin embargo, la incorporación de un derecho más favorable en el sistema jurídico interno, especialmente en materia de DH, siempre debe subsistir dentro del sistema, ya que la norma jurídica internacional se “nacionalizó” y se integró al orden jurídico interno¹⁴ con la ampliación de su interpretación “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Conforme el segundo párrafo del artículo 1o. antes citado, la aplicación de esa norma de conflicto puede llevarse a cabo.

¹⁴ Pereznieto Castro, Leonel, “El artículo 133 constitucional. Una relectura”, *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 25, 1994.

Ciertamente, estamos ante un tema poco explorado, al menos desde la perspectiva del DIPr. Sin embargo, partimos del principio del “bienestar común”, que ha sido objeto de la jurisprudencia en materia de DH, al menos en el continente latinoamericano.¹⁵ Se trata de que el legislador interno o el juez se supediten a las normas internacionales en materia de DH que propendan al bien común, una norma válidamente creada a nivel internacional por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la que México es Estado parte. Además, el contenido de una norma de esta naturaleza, por lo general, establece derechos más específicos, nuevos derechos o, simplemente, regulaciones que facilitan el alcance de esos derechos.

—Normas jurídicas aplicables a personas domiciliadas en México

El ejemplo que nos ayudará a precisar este concepto, es el de la adopción internacional, tal como está prevista en los tratados más importantes ratificados por México.¹⁶ En estos tratados por lo general se establecen procedimientos más expeditos que los establecidos localmente. Partamos, para nuestro ejemplo, de una persona domiciliada en México que desea usar el procedimiento para adoptar un niño huérfano mexicano mediante un mecanismo simplificado, y con ello alcanzar el bien común: que el menor tenga una familia y crezca al lado de ésta. Pero sucede que el tratado está elaborado a fin de que los extranjeros con origen en los países que han ratificado la Convención puedan tener acceso al procedimiento de facilitación que ofrece el tratado; esto sería una limitante para el mexicano domiciliado en México.

Así, y valga la redundancia, al mexicano domiciliado en México, en estricto sentido, no le es aplicable la Convención, ya que ésta se encuentra formulada para adopción de menores mexicanos por parte de extranjeros domiciliados en el extranjero, y por tanto, ya no tendría acceso al ejercicio de ese DH.

¹⁵ Sobre este tema véase Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6/86, 9 de mayo de 1986.

¹⁶ Como el de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (1992) y el celebrado en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sobre adopción internacional (1998).

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

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

Puede ser este último un argumento de peso, pero es compensable con una estructura efectiva de supervisión y de compromiso sobre el seguimiento que se le debe dar al menor adoptado. En las convenciones internacionales se establece la obligación para el Estado parte de llevar un seguimiento del cuidado que los padres adoptivos dan al menor durante el proceso de acoplamiento familiar, el cual llega a durar hasta dos años. Éste, que es un procedimiento administrativo de supervisión temporal, puede ser materia de un acuerdo entre las autoridades mexicanas con quien desee adoptar por la vía de facilitación, y podría tratarse de una persona domiciliada en México, en cuyo caso deberá informar al DIF local. Ciertamente, es un procedimiento cuyo fin es separar a un menor adoptado que es maltratado de su familia de adopción, o salvarlo de aquellos casos, afortunadamente menos hoy en día, en los que la adopción sirve 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 hubiera, sus antecedentes penales, a fin de poder distinguir con claridad que la persona que va a adoptar sea adecuada para el menor. Además, es importante mencionar que los expedientes de adopción son preparados minuciosamente por autoridades especializadas del DIF (sicólogos, trabajadores sociales, médicos, etcétera) que durante meses previos a la adopción observan la compatibilidad del menor susceptible de ser adoptado con los futuros adoptantes, por lo que el riesgo de que el menor sea maltratado o dedicado a otros fines es altamente improbable.

He puesto ese ejemplo de manera muy general, ya que el tema envuelve cuestiones más complejas, como el de la adopción por ex-

tranjeros no domiciliados en México procedentes de países que no son parte de la Convención, o los casos de doble jurisdicción, etcétera. Pero lo importante es ilustrar cómo un mecanismo facilitador puede ser el mejor conducto para alcanzar el bien común de un menor huérfano mexicano. Por otro lado, no debe estar sujeto a duda si a una persona domiciliada en México se le aplica una norma fundamental del propio orden jurídico por el solo hecho de que la Convención únicamente esté dispuesta para extranjeros domiciliados en el extranjero. La norma jurídica internacional, al incorporarse al sistema jurídico mexicano, ya lo mencionamos, 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, por una vía de facilitación que le pueda dar una convención internacional.

La misma cuestión anterior, sólo que vista desde otro ángulo —y la menciono para una posible discusión posterior— trata de lo siguiente: se puede decir que el ámbito personal de aplicación del tratado no incluye a una persona domiciliada en México, y por tanto, no existe un procedimiento específico para éstos; sin embargo, un procedimiento que mejora los derechos, en este caso, un DH, y se trata de una norma internacional que se incorporó al derecho nacional, en mi opinión no puede ser excluyente con nadie que tenga 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 incorporada, es aplicable a todas las personas que se encuentren domiciliadas dentro de territorio nacional, por ser en favor de sus DH. Se tratará de una elevación de la norma interna al nivel de la norma internacional correspondiente en materia DH.

—Estatuto personal

Aquí partimos del deber del juez mexicano de aplicar el estatuto personal del individuo, y máxime cuando se refiere a la unión familiar.

Este principio se trata de una idea muy clara, sin embargo, con frecuencia los jueces mexicanos no lo aplican por ignorancia, por indiferencia o simplemente por no complicarse la vida en el procedimiento,

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

de ahí la necesidad de promover el conocimiento del DIPr entre los jueces del país, para contribuir a que se cumpla con este derecho fundamental de las personas.

Al mismo tiempo, en la medida en que los jueces respeten el estatus personal del individuo, estarán dándole cumplimiento a un derecho fundamental de la persona, que es aplicar su ley en beneficio de su seguridad y certeza jurídicas. Ejemplos de ellos son el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero o una adopción, también celebrada en el extranjero, así como la salvaguarda de un menor cuyos derechos se pretenden ejercer en México, por ejemplo, para participar como heredero en una sucesión, entre otros casos.

—Autonomía de la voluntad

A continuación me refiero al último caso: el respeto al uso irrestricto de la autonomía de la voluntad. Aquí me propongo mostrar, a través de un ejemplo, cómo la autonomía de la voluntad debe ser protegida. Destaco la opinión del profesor Erik Jayme sobre el tema que nos ocupa:

El DIPr. tiene el deber de proteger a las personas frente a un mundo globalizado, en un doble sentido, primero, que esa persona pueda siempre, de acuerdo a su voluntad, resolver los asuntos que plantea en ese mundo globalizado conforme a los principios de seguridad y certeza y que no se encuentre con sorpresas desagradables, en nombre de la aplicación de normas de aplicación inmediata o de orden público, que trastocan el entendimiento que tuvo la persona al escoger como aplicable a sus relaciones jurídicas internacionales una determinada ley.¹⁷

Un segundo término, no menos importante, consiste en que la autonomía de la voluntad pueda llevar a esa persona a someterse a un tribunal previamente escogido, y que el juego de la norma conflictual en materia jurisdiccional no lo lleve a acabar frente a un tribunal que no había sido previsto en sus relaciones internacionales. Dicho en otros términos,

¹⁷ Citado por Overbeck, Alfred von, *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé*, Recueil des Cours de la Academie de Droit International Privé, t. I, 1971.

respetar y proteger lo que otro prestigiado profesor de la Universidad de Friburgo, Alfred von Overbeck, señaló a principios de la década de los noventa como la “irresistible extensión de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado”.¹⁸

En cuanto al ejemplo, en esta ocasión permítanme presentar uno un poco más complicado, pero que muestra los puntos finos de los límites a la autonomía de la voluntad en materia contractual:

Una empresa transnacional fabricante de automóviles celebra contratos con sus distribuidores, y en esos contratos se establece, en la cláusula de vigencia y denuncia, vigencias cortas de un año que mantienen en vilo al distribuidor, y, además, la facultad de la empresa de declarar terminado el contrato en cualquier momento, notificando al distribuidor con treinta días de anticipación, independientemente de que el derecho del distribuidor sea el mismo que el del fabricante, para dar por concluido el contrato, porque el fabricante es la parte con poder real en la relación contractual. La empresa da por concluido el contrato tres meses después de la última celebración contractual por décimo año consecutivo. Aquí claramente hay una violación al DH del distribuidor. Si bien la cláusula es formalmente equilibrada y conforme a derecho, no lo es en la realidad ante dos partes tan desiguales, y, con base en esa desigualdad, la parte más fuerte en la relación contractual, abusando de su fuerza, puede declarar la terminación cuando el distribuidor se prepara por décimo año consecutivo a volver a invertir en una nueva plantilla de vendedores, su entrenamiento, la inversión en los talleres para ofrecer un mejor servicio de mantenimiento a los vehículos, etcétera. Ese desequilibrio provoca una violación a los DH del distribuidor que el juez o el árbitro deben hacer valer por encima de la formalidad del derecho. Eso es justicia. Este ejemplo nos ayudará a entender el planteamiento que sigue.

No todos los casos son tan evidentes como el ejemplo al que nos referimos. Cuando se trata de transacciones comerciales, en éstas hay

¹⁸ Overbeck, Alfred von, “Hague Conference on Private International Law: Explanatory Report by Alfred von Overbeck on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition”, *American Society of International Law*, vol. 25, núm. 3, mayo de 1986, pp. 593-618.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

un ingrediente importante para la igualdad de derechos, a fin de que las transacciones comerciales sean justas para las dos partes. Veamos otro ejemplo: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (1980) establece reglas que definen derechos y facilitan su ejecución, entonces ¿cómo negarlas a una persona procedente de un país no miembro del tratado? Hacerlo sería situar a la persona en una situación de desventaja. México decidió incorporar a su sistema jurídico un sistema internacional de compraventa de mercancías avanzado, y el sistema jurídico se ha modernizado en ese sector, lo que debe ser para beneficio de todas las personas. Sin embargo, solamente un caso podría justificar la excepción, 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, con lo que al Estado mexicano le conviene otorgar preferencias arancelarias a cambio de otras con algunos Estados. Pero aun en este ámbito, un derecho sustantivo vinculado a los DH de la persona deberá ser extensivo para todas las demás. No encontramos una razón jurídica para excluirlo.

Ojalá que más trabajos se incorporen al desarrollo de los DH dentro del campo del DIPr pronto. Una forma de asegurar la aplicación de la ley correcta es que los jueces entiendan que se trata de una normatividad que trae implícita la eficacia a la que se refiere Alexy. Esos valores iusfundamentales en que debe reposar cualquier disposición, sobre todo porque se trata de DH básicos.

5. Conclusión

Ojalá que estas reflexiones motiven a las personas que desean encontrar un campo virgen en el estudio del DIPr. Su parte sustantiva debe desarrollarse comenzando por definir el sentido que debe tener cualquier norma en el valor incluido en el enunciado, como lo propone Alexy. Esas normas mediante las cuales las relaciones jurídicas, familia-

res, personales, y las transacciones jurídicas en general, pueden tener valor legal sin importar donde se encuentre la persona, para que se respeten sus decisiones en materia contractual, con base en la autonomía de la voluntad y con los límites ya expresados.

6. Bibliografía

Doctrina

AGUILAR, María Virginia, “Un nuevo impulso a la restitución internacional de menores y la aplicación de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en México”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 26, junio de 2010.

AGUILAR, María Virginia *et al.*, “Comentarios a la sentencia de 16 de febrero de 2009 emitida por la Tercera sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito federal sobre sustracción ilegal de menores”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, octubre de 2009.

Alexy, Robert, “La Institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Derecho Constitucional*, año XXII, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AZCÁRRAGA MONSONIS, Carmen, “Sociedad multicultural. Hacia una conformación novedosa del concepto de orden público internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 25, octubre de 2009.

Bercovitz RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Hijos *made in California*”, *Aranzadi Civil*, España, núm. 1, 2009.

CALVO CARAVACA, Alfonso L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

- Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009.
- CAMACHO VARGAS, Eva et al., *Reflexiones sobre el derecho de familia costarricense*, San José, Universidad Latina–EJC, 2011.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El derecho internacional privado actual*, Buenos Aires, Zavalia, t. I, 2015.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El derecho internacional de familia en la post-modernidad*, Costa Rica, EJC, 2012.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Restitución internacional de niñas y niños. Derecho de visita*, Costa Rica, EJC, 2013.
- Foucault, Michel, *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and other Writings, 1977-1984*, New Hampshire, Dartmouth College, 1988.
- GONZÁLEZ-BECERRIL, Juan Gabino et al. (coords.), *Hitos demográficos del siglo XXI: migración internacional*, 2a. ed., México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2014.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Luces y sombras convencionales y autónomas en materia de adopción internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 24, junio de 2009.
- GRAHAM, James, A., “La restitución internacional de menores en algunas tesis de los tribunales federales mexicanos”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 27, diciembre de 2010.
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2 vols., 2007.
- Instituto Suizo de Derecho Comparado, *The Parental Responsibility, Child Custody and Visitation Rights in Cross-Border Separations*, Lausanne, 2010.
- Judt, Tony, *Algo va mal*, México, Taurus, 2010.
- KEMELMAJER, Aída et al. (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014.
- MADRID, Mario de la, “La cláusula de elección del proceso judicial en los contratos internacionales”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 28, mayo de 2011.
- Moreno García, Antonio, “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de*

- Derecho Constitucional*, España, año XIII, núm. 38, mayo-agosto de 1993.
- Overbeck, Alfred von, "Hague Conference on Private International Law: Explanatory Report by Alfred von Overbeck on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *American Society of International Law*, vol. 25, núm. 3, mayo de 1986.
- Overbeck, Alfred von, *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Privé, t. I, 1971.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, 5a. ed., Madrid, Tébar, 2007.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, 10a. ed., México, Oxford, 2015.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "Dos mitos en el derecho internacional privado: la cláusula Calvo y la zona prohibida o zona restringida", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 1, abril de 1997.
- Pereznieto Castro, Leonel, "El artículo 133 constitucional. Una relectura", *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 25, 1994.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James, "La ley aplicable a la forma del matrimonio celebrado en el extranjero. Observaciones a la tesis CXIV/2006 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 22, octubre de 2008.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James, *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, México, Limusa, 2013.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge A., *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford, 2008.
- TENORIO GODÍNEZ, Lázaro y TAGLE DE FERREYRA, Graciela (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, México, Porrúa, 2011.
- Valencia Restrepo, Hernán, "La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 37, núm. 106, enero-junio de 2007, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151413530004>.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos, una lectura liberal igualitaria*, UNAM-ITAM-Conacyt, México. 2015.

WAITELET, Patrick, *Private International Law Aspects of Same-Sex Marriages and Partnerships in Europe. Divided we stand?*, Universidad de Lieja.

Material normativo

Convenios interamericanos de derecho internacional privado de la familia y de carácter procesal sobre elección de foro, las convenciones sobre Normas Generales de 1979, las convenciones Interamericana y de La Haya sobre Adopción Internacional y la Convención sobre Contratos Internacionales de 1994.

Convenios de la ONU: Alimentos y el de Reconocimiento de sentencias arbitrales de Nueva York.

La sistematización de los tratados internacionales en materia de familia, puede verse en: DREYZIN DE KLOR, A. y FERNÁNDEZ ARROYO, D., *Derecho internacional privado argentino. Tratados en vigor y otros textos relevantes*, Buenos Aires, Zavalía, 2009.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año IV, núm. 12, julio-diciembre 2017