

CAPÍTULO PRIMERO

Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido

Este primer capítulo representa una aproximación elemental, a la par que necesaria, para entender cuál es la meta final que persigue el DIPr. Es obligatorio contar con un primer capítulo que introduzca al lector en los conceptos básicos del DIPr. Por estos conceptos entendemos los caracteres, objeto y contenido de esta disciplina. El análisis de estos elementos permite caracterizar al DIPr como una rama autónoma e independiente de las demás disciplinas jurídicas. Lo anterior no quiere decir que no utilice, para dar respuesta a determinados sectores, conceptos o figuras del derecho procesal, civil o constitucional, entre otros.

I. El derecho internacional privado: denominación y concepto

La primera cuestión que debemos abordar para dar entrada a la explicación de esta rama del derecho es el por qué de su denominación: derecho internacional privado.

Nos preguntamos si estamos ante una denominación cargada de inercia y tradición en la que es más conveniente mantenerla que intentar alcanzar un consenso sobre otra posible denominación; o si por el contrario, goza de estricto apego a la realidad que regula y da respuesta.

De esta manera, nos cuestionamos si la discusión en torno a su denominación es una cuestión puramente semántica o encierra consecuencias relevantes de fondo. Llegados a este punto hay que señalar que la conceptualización del DIPr es un tema de gran controversia.

Una advertencia, más que pertinente, es que esta cuestión de la denominación y concepto del DIPr no es la única que en relación con esta ciencia jurídica es puesta en discusión. Pronto acabaríamos si el único punto a debatir en la actual regulación y configuración del derecho internacional

privado pasara por determinar con exactitud y propiedad su denominación. Al contrario, esta es una discusión más, si se quiere la primera en ser suscitada, pero no la única ni la última. Así, y como se pondrá de manifiesto en líneas posteriores, se discute el contenido de esta rama del derecho, la presencia y peso específico del elemento extranjero en las relaciones objeto de su estudio, su delimitación con otras ramas del derecho como pudiera ser el derecho civil, el derecho internacional público, el derecho mercantil, el derecho procesal, etcétera.

Una vez apuntadas estas cuestiones preliminares, cabe insistir que con respecto al cuestionamiento de su denominación no cabe desconocer que cierto sector doctrinal ha mantenido que esta disciplina debería llamarse “derecho conflictual”, “conflicto de leyes” o “derecho de colisión”.

Para nosotros la respuesta es simple y pasa por rechazar dichas denominaciones; en este sentido sostenemos que de acogerse simplificaríamos en exceso el contenido de esta disciplina jurídica. No es que sea un concepto erróneo o alejado de su realidad pues el derecho conflictual es parte integrante de su contenido, pero es una tercera parte de su contenido global. Dicho lo anterior, y a sabiendas de que la cuestión terminológica o semántica no debe quitarnos mucho tiempo, sostenemos que si aceptáramos cualquiera de las tres denominaciones anteriormente expuestas estaríamos ofreciendo una visión parcial de la realidad a la que esta disciplina se aboca. En esta misma línea argumentativa podríamos decir que la denominación correcta podría ser la de “conflicto de jurisdicciones”, afirmación que pronto descartaríamos por pecar de la misma parcialidad que el anterior concepto.

En este sentido, abogamos por el mantenimiento de la denominación de derecho internacional privado como el más adecuado para dar respuesta a esta rama del derecho. El peso de la tradición hace difícil lograr un acuerdo que modifique este concepto. Ahora bien, lo anterior no obsta para observar que el término no está exento de críticas, como lo demuestra la doctrina que sobre esta cuestión se pronuncia.

En cuanto a la terminología histórica, según Joseph Story, esta disciplina se llamó *International Private Law* desde 1834 y fue una denominación de gran éxito. No obstante, el término no respondía fielmente a la realidad que regulaba, crítica que se mantiene en la actualidad. Así, la inclusión del adjetivo “internacional” hacía esperar que se regularan relaciones entre Estados y nada más lejos de la realidad. A pesar de estos detalles este término hizo fortuna y la práctica lo confirmó.

En este momento, tocaría clarificar cada uno de los elementos del concepto de derecho internacional privado, y así tenemos:

Internacional. Se acepta el concepto por los autores en virtud del objeto regulado en esta rama del derecho. Se regulan relaciones de individuos que extienden su actividad fuera de sus fronteras. Según Lalive, se llama internacional este derecho por la naturaleza de las cuestiones que tiende a resolver. No es un derecho internacional por la fuente de producción de sus normas, sino por el objeto regulado, es decir, el tráfico jurídico externo.

Privado. Se refiere este segundo adjetivo a las personas implicadas en la relación jurídica que esta rama estudia; así, se examina la relación jurídica privada que se entabla entre particulares (personas físicas o jurídicas) o entre un particular y el Estado siempre y cuando éste actúe como particular. Cuestión que extendemos más en el apartado referido al objeto del DIPr

Somos conscientes de que la realidad y el entorno en el cual esta disciplina se está desarrollando poco o nada tiene que ver con sus inicios y con los problemas que Story presenció y que dio, prácticamente, origen a este concepto; sin embargo, estimamos que esta concepción cargada, como indicamos, de inercia y tradición, es para nosotros la más adecuada.

En este orden de ideas afirmamos que los cambios podrían pasar por aplicar otra denominación: derecho privado internacional. Para nosotros el orden de estos dos adjetivos no altera la sustancia de esta disciplina. Un cambio en este sentido estimamos que traería más desventajas que ventajas y seguiría contando con una corriente crítica.

Por todo ello, y dejando inmóvil el concepto de derecho internacional privado, y enlazando con el siguiente rubro, nos quedamos con la definición que lanza Espinar Vicente, la cual, a nuestro entender, contiene los elementos necesarios para entender esta disciplina:

El derecho internacional privado se configura como el conjunto de normas y principios que cada ordenamiento particular establece para dotar de una regulación especial a los supuestos de tráfico externo. La construcción de este sistema exige el recurso a una metodología propia. Su positivización y aplicación es particularmente dependiente de la realidad social y jurídica del momento histórico que se considere.

Por todo ello, y a la hora de conceptualizarlo, no se puede definir como un sistema porque no hay un conjunto homogéneo de normas, sino un elenco heterogéneo —excepto en Suiza y Venezuela—, un conjunto de normas jurídico-positivas que regula las relaciones de tráfico jurídico externo.

II. El derecho internacional privado. Caracteres

1. Carácter estatal. Artículos 124 y 73 constitucionales

La razón primigenia del DIPr radica fundamentalmente en la existencia de una comunidad internacional particularizada o dividida en Estados. Derivada de esta razón primaria se deriva una segunda, es decir, la existencia de distintos y variados ordenamientos jurídicos. Así, existen tantos ordenamientos jurídicos como Estados. Lo anterior vendría a representar el carácter estatal del derecho internacional privado, como primera característica predicable a esta rama jurídica. La afirmación anterior se traduce en una discontinuidad en el espacio de las relaciones jurídicas privadas cuando se implican los ordenamientos (en un mismo tiempo vigentes) de más de un Estado. Así, una relación jurídica privada conectada con más de un Estado está igualmente conectada a más de un ordenamiento jurídico, lo cual se produce cuando uno de los elementos (personal, real o conductista —volitivo—) de esa relación jurídica privada con elemento de internacionalidad está vinculado con más de un ordenamiento jurídico, con más de un Estado. Así, esta discontinuidad (jurisdiccional y legislativa) que se produce en el espacio debe ser resuelta por el derecho internacional privado dando una respuesta lógica, justa y apegada a la realidad en la que deba operar.

De esta manera, consideramos que el DIPr busca soluciones satisfactorias a una realidad caracterizada por los sujetos y por la discontinuidad en el espacio de la normatividad aplicable. Es en esta búsqueda de soluciones satisfactorias donde se pueden producir ciertas tensiones como consecuencia misma de la diversidad de órdenes jurídicos, tensiones que pueden ser reducidas de algún modo a través de la unificación del derecho, bien sea a través de instrumentos convencionales, leyes modelo o cualquier otro instrumento que cumpla dicha finalidad. Hablamos de una discontinuidad jurisdiccional y legislativa que debe materializarse a través de la formulación de situaciones jurídicas por parte de personas sometidas a varias leyes. En este sentido, afirmamos que la presencia de dos presupuestos (aislados o combinados) desembocaría irremediablemente en la desaparición del DIPr: la unificación de los sistemas normativos y la ausencia de comunicación entre los individuos. De esta forma, sostenemos que en el momento en que se presentara la situación hipotética de que todos los Estados reglamentaran de manera uniforme el derecho y dieran respuestas uniformes, el DIPr perdería su razón de ser, su sentido. En esta situación sería irrelevante preguntarnos qué norma material daría respuesta al fondo de la pretensión puesto que ésta sería única y sería

la misma. Igualmente sostenemos que aun cuando dicha diversidad jurisdiccional y legislativa existiera, si no se uniera con una intercomunicación entre los individuos tampoco tendría razón de ser el DIPr.

En el contexto mexicano, tenemos entonces que con relación a este carácter de estatalidad, encontramos los artículos 124 y 73 constitucionales, los cuales establecen que las facultades que expresamente no se encuentran otorgadas a la federación, se entiende que son otorgadas a los estados; concretamente en materia familiar, la jurisdicción es de cada uno de los estados de la Unión, es decir, es competencia local y así cada estado tiene su propio Código Civil y Código de Procedimientos Civiles y de ahí que confluyan 31 códigos civiles más el Distrito Federal y 31 códigos de procedimientos civiles más el Distrito Federal, en donde la dispersidad normativa reina por su presencia, independientemente de que la tendencia de todos estos códigos sea acercarse al Código Civil del Distrito Federal y al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, cuestiones que no son muy acertadas dadas las incongruencias que tenemos en la legislación del Distrito Federal.

2. Carácter exclusivo

Derivada de la anterior característica se pone de manifiesto una más, la exclusividad. En este sentido afirmamos que las situaciones jurídicas privadas internacionales, en las que de algún modo y por cualquier punto de conexión quede vinculado México, se resolverán conforme a lo dispuesto por las normas de DIPr mexicanas. En ningún caso se tendrá en cuenta desde la óptica mexicana la normativa de DIPr de un tercer Estado. Estas normas mexicanas determinarán si el juez mexicano es competente o no para conocer de la situación jurídica privada internacional planteada, si se aplicará, de conformidad con la norma de conflicto, su normativa material o la de un tercer Estado, y cómo se reconocerá y ejecutará una sentencia extranjera; es decir, las normas mexicanas determinarán si hay competencia judicial internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, como los tres pilares constitutivos del DIPr (el primero conforma la competencia judicial directa y el tercero la competencia judicial indirecta).

Otra nueva característica, ligada con la anterior, que podemos mencionar respecto a esta disciplina jurídica es su relatividad, es decir, cada Estado presenta y regula la esfera jurídica del DIPr de la manera que le parece más correcta y apegada a su realidad; lo anterior implica la existencia y convivencia de una interesante diversidad estatal respecto de esta

rama jurídica. Diversidad y diferenciación que representa la afirmación de que serán variadas y diferentes de conformidad con el Estado ante el que se presente la demanda y ponga en marcha sus normas del DIPr. Relatividad que también se manifiesta en la estructura legislativa que cada Estado utilizará para diseñar el modelo normativo de esta ciencia jurídica. En este sentido, y aterrizando nuestras afirmaciones en el caso mexicano vemos cómo la potestad legislativa queda en manos de los estados que componen la República mexicana, es decir, de legisladores estatales. De esta forma cada una de las 31 entidades federativas, más el Distrito Federal, tiene la posibilidad de diseñar su normativa referente al DIPr. Es así que en la actualidad cada una de las 31 entidades federativas y el Distrito Federal tiene su propia normativa (competencial directa e indirecta así como su propia norma de derecho aplicable) para dar una respuesta global a esta disciplina jurídica.

Si bien la afirmación anterior representa la tónica general, podemos observar la existencia de normativa referida a esta disciplina esparcida en el Código Federal de Procedimientos Civiles, en el Código Civil Federal y en el Código de Comercio, principalmente. Lo anterior implica que no tenemos una uniformidad *ad intra* para la regulación de las situaciones jurídicas privadas con elemento de internacionalidad. Si bien esto respeta el principio de soberanía legislativa reconocido para las entidades federativas y el Distrito Federal, crea serios problemas de armonización interna. Así, la normativa que encontramos en los distintos códigos de procedimientos civiles respecto al sector de la competencia judicial internacional es diferente dependiendo de la entidad en la que busquemos una respuesta. Lo mismo afirmamos cuando revisamos la distinta normativa de derecho aplicable que existe en cada uno de los códigos civiles vigentes en el país.

La doctrina mexicana, en un intento de modernizar y armonizar esta disciplina jurídica, ha propuesto seguir el ejemplo de leyes “modelos” como la Ley Suiza Federal sobre Derecho Internacional Privado, de 1987; la Ley de DIPr venezolana, el Proyecto de Código de DIPr argentino o la ley japonesa *Act on the Application of Laws*, entre otras. Esta sería una meta muy deseada por las implicaciones positivas que ello tendría (armonización, seguridad jurídica, etcétera). Por el momento, al no haber aún una propuesta *de facto*, nos inclinamos a la implementación de dos fases, una primera de remodelación y comprensión de la actual regulación normativa; esta fase pasaría por una reestructuración de los actuales foros, de las normas sobre competencia, de la normativa de derecho aplicable así como del sector normativo que da respuesta al sector del reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras y de la cooperación procesal internacional que rigen en la actualidad para el Distrito Federal y las restantes entidades

federativas. Simplemente pretendemos alcanzar un mayor conocimiento y familiarización de esta disciplina jurídica respecto de todos los operadores jurídicos. Una segunda fase que consistiría en la elaboración de una norma general que diera respuesta de manera unívoca a los supuestos de DIPr. Así, sin perder de vista que la mejor regulación *ad intra* es la que se hace a través de una ley general y uniforme para todas las entidades de la República, estimamos que el salto no puede ser cualitativa y cuantitativamente tan grande, sino que debe hacerse de manera gradual, mejorando la regulación vigente y articulándola mejor.

Así, en resumidas cuentas tenemos que de un rápido recuento las características del DIPr son dos en fases distintas: *a)* a nivel internacional destacamos la pluralidad de ordenamientos jurídicos aunado a la comunicación entre los individuos, y *b)* a nivel nacional señalamos su esparcimiento normativo en la regulación interna de la República mexicana.

3. Carácter autónomo e independiente

Es momento de abordar una de las cuestiones que consideramos fundamentales, la autonomía del DIPr como ciencia jurídica, hoy en día no se cuestiona su autonomía e independencia respecto a otras ramas del derecho. El DIPr es una rama jurídica independiente desde que da respuesta a algunas relaciones jurídicas con características muy especiales, a través de conceptos, principios y normas propias. En este sentido obedece a un objeto propio, peculiar y diferente de las demás ramas del derecho.

Posiblemente el origen de la confusión por largos años existente está en el “complejo de dependencia” que la doctrina señalaba del DIPr respecto del derecho internacional público. Ahora bien, una cosa es autonomía, y otra muy distinta, es la influencia en clave de cooperación que pueda existir entre ambas ramas, el derecho internacional privado y el público. En este orden de ideas afirmamos que el derecho internacional público no tiene reglas específicas para establecer los ámbitos de la competencia legislativa de los Estados, es decir, que regule qué ley es aplicable a situaciones de tráfico jurídico privado externo. No hay unas normas específicas para estas situaciones, y aunque las hubiera, unas normas generales uniformes, no se conseguiría unidad de reglamentación porque la aplicación y la interpretación de esas normas variará según la idiosincracia o peculiaridad jurídica de los diversos ordenamientos, *vervigracia*, diferencias en las aplicaciones de esas normas por los jueces nacionales. Igualmente el derecho internacional público no cuenta en su haber con normas que se refieran a la competencia judicial

internacional en las situaciones privadas internacionales, como tampoco cuenta con un elenco de normas que regulen y establezcan los requisitos para el reconocimiento y ejecución de pronunciamientos judiciales extranjeros. Ahora bien, uno de los ejemplos más claros de la complementariedad que se establece entre el derecho internacional público y el privado radica en los instrumentos convencionales que la primera presta a la segunda como vía para regular las situaciones jurídicas privadas de una manera uniforme y armónica.

En este sentido, se afirma que el DIPr no es una rama o subespecie del derecho internacional público. Como se ha mencionado en líneas anteriores podemos mencionar que la diferencia más visible que existe entre el derecho internacional público y el privado es subjetiva, es decir, en razón de los sujetos que intervienen en una relación jurídica. Así, mientras que en el derecho internacional público los sujetos son los Estados, entes soberanos, en el DIPr son sujetos privados, personas físicas o jurídicas. Lo anterior no limita que reconozcamos que el DIPr se sirve de los convenios internacionales que regula el derecho internacional público como una herramienta (con sus *pros* y sus *contras*) para dar sentido y solución a las situaciones que son el objeto de estudio por el DIPr.

Tampoco es una subespecie del derecho civil, a pesar de que puedan coincidir en el estudio de sus instituciones no cabe desconocer que su punto de examen es completamente diferente, el cual se realiza a través de métodos diferentes y buscando soluciones en planos procesales diferentes. Así, el punto de convergencia de ambas disciplinas radica en el estudio de situaciones privadas, entre particulares; ahora bien, el punto divergente entre ambas disciplinas radica en el contacto de las situaciones objeto de estudio por ambas ramas con uno (derecho civil) o más Estados (DIPr).

Por último, tampoco es una subespecie del derecho procesal; quizá sería bueno en este momento establecer una línea divisoria, si es que ello es posible, entre el DIPr y el derecho procesal internacional. Nuestras afirmaciones se encaminan a sostener que el derecho procesal internacional tiene como contenido el sector de la competencia judicial internacional directa e indirecta así como la cooperación procesal internacional, como principales bases. Lo anterior supone que el derecho procesal internacional es parte integrante del DIPr.

Tratando de afinar nuestras afirmaciones, tenemos que el DIPr si bien tiene tintes de derecho procesal, de derecho civil, de derecho mercantil, de derechos humanos y de derecho internacional público esto no implica su sometimiento como subespecie a alguna de las disciplinas anteriores.

En conclusión, el derecho internacional privado viene a representar un conjunto de normas que se destinaría a dar respuesta, a los supuestos de hecho entablados entre particulares, personas físicas o jurídicas, siempre en el marco de una jurisdicción nacional, cuando en esa relación jurídica estén implicados varios ordenamientos jurídicos, varios Estados.

III. El derecho internacional privado. Objeto

Como bien afirma Calvo y Carrascosa, el objeto de una disciplina jurídica es el “conjunto de relaciones sociales” que ésta regula. Aterrizando la anterior afirmación en el contexto del DIPr sostenemos que son las “situaciones jurídicas privadas internacionales” también conocidas como “relaciones privadas con elemento de extranjería”, “relaciones transfronterizas” o “relaciones privadas de tráfico jurídico externo”. Términos, todos estos, que serán utilizados de manera indistinta a lo largo del libro.

Así, tal y como apuntamos, los elementos caracterizadores y diferenciadores de la actividad desempeñada por el DIPr, respecto a cualquier otra disciplina jurídica, vienen a ser la suma de los adjetivos “privado” e “internacional”. En este sentido, el objeto del DIPr se sitúa en aquellos supuestos de hecho que implican a particulares, personas físicas o jurídicas, cuando éste se encuentra conectado con varios ordenamientos jurídicos. La primera supone establecer una primera diferencia respecto al objeto de estudio del derecho internacional público y la segunda respecto al objeto de estudio del derecho civil.

Si nosotros, por un lado, omitiéramos el adjetivo “privado” y hablaríamos simplemente de “situaciones jurídicas con elemento de internacionalidad o extranjería”, la respuesta a esta situación podría venir dada por la normativa del derecho internacional público; lo anterior por razón de los sujetos que intervienen. Como bien señala la doctrina mexicana, J. A. Carrillo: “Cuando la relación jurídica internacional se da entre personas de derecho público, el derecho que debe regularla es el derecho internacional público. Pero cuando la relación jurídica extranacional... se da entre personas de derecho privado, surge la necesidad de que sea un derecho *ad hoc* el que la regule, y éste ha sido tradicionalmente el derecho internacional privado”.

Si, por otro lado, omitiéramos el adjetivo “internacional” trataríamos únicamente las “situaciones jurídicas privadas”; de este modo estaríamos estudiando una relación jurídica propia del derecho civil.

En los siguientes apartados, podemos visualizar más concretamente a qué nos referimos con las anteriores afirmaciones.

1. Situaciones jurídicas

Como cualquier otra disciplina jurídica representa el mínimo común denominador que todas aquellas situaciones o supuestos de hecho que se aborden para su estudio deben tener trascendencia en el plano jurídico. Así las cosas, nos referimos a todas aquellas relaciones jurídicas que por sus características, naturaleza e implicaciones no pasen desapercibidas por el derecho.

2. Situaciones privadas

Reiteramos que las relaciones jurídicas objeto de estudio por el DIPr son aquéllas que reúnen dos adjetivos, a saber, “privadas” e “internacionales”. Dos requisitos acumulativos, necesarios e imprescindibles. Así, la existencia de un elemento de internacionalidad (extranjería) en una situación privada da como resultado necesario la puesta en funcionamiento de las normas de DIPr.

La primera afirmación que debemos hacer es que el adjetivo de “privado” deriva de los sujetos que intervienen en la relación jurídica, no proviene del tipo de normas que regulan las relaciones jurídicas con elemento de internacionalidad. En este sentido, los sujetos que dan sentido a esta disciplina se encuentran en una posición de igualdad, dando lugar a la conformación de relaciones jurídicas que se desarrollan en un plano completamente horizontal. Lo anterior necesita matizarse, es decir, si como regla general afirmamos que los sujetos, que son objeto de atención por el DIPr, presentan la característica de ser particulares, debemos hacer una ampliación necesaria, en este sentido también entraría en su objeto de estudio el Estado. Ahora bien, esta excepción presenta una importante limitación que se convierte en esencial en el contexto del DIPr, así, serán objeto de atención los Estados cuando no estén investidos de su potestad soberana. De todos es sabido que el Estado puede actuar con su potestad *iure imperii* o con su potestad *iure gestionis*. Cuando el Estado actúa con la primera de las potestades señaladas dicha relación será objeto de estudio por el derecho internacional público. Por el contrario, si el Estado actúa con la segunda potestad mencionada la relación jurídica en la que esté inmerso será objeto de estudio del DIPr. Problema de distinto tenor es deslindar cuándo actúa con una u otra potestad.

De la mano de las anteriores afirmaciones alcanzamos la conclusión de que el adjetivo “privado” se materializa por la prioridad que cobran los intereses de los individuos ante los eventuales problemas que provoca la vida internacional.

3. Situaciones internacionales

A la par, y como venimos comentando, es necesario para que esta disciplina jurídica se ponga en acción que estemos ante una relación jurídica con dos necesarios e imprescindibles ingredientes, a saber, que sea una relación entre particulares y que se dé un elemento de internacionalidad o extranjería, requisitos *sine qua non*.

Respecto a este segundo elemento caracterizador del objeto de estudio del DIPr, internacionalidad, debemos adelantar que estamos ante supuestos de hecho que están conectados con varios sistemas jurídicos (todos ellos simultáneamente vigentes). Así, estudiamos la mutación que se produce en el elemento material del supuesto de hecho el cual pasa de estar conectado con un único ordenamiento a estarlo con varios. De este modo, afirmamos que las relaciones jurídicas que estudia esta disciplina no agotan sus consecuencias en un solo orden jurídico. Como bien afirmaba García Moreno:

Se trata de un cierto tipo de relaciones jurídicas cuyos elementos constitutivos pertenecen a sistemas jurídicos diferentes en el espacio, es decir, sistemas susceptibles de aplicarse al mismo tiempo para resolver el mismo problema jurídico en virtud de que los elementos constitutivos de la relación, objeto del problema, están vinculados con uno y otro de estos ordenamientos jurídicos.

Una vez más, y como ya hacíamos con el anterior requisito, debemos aclarar que el adjetivo de la “internacionalidad” no se concede por el origen de las normas que da respuesta a esta disciplina jurídica. Con absoluta independencia del aspecto cuantitativo que pueda presenciarse en relación con normas de origen nacional o internacional que puedan componer esta disciplina, se mantiene el calificativo “internacional” por los ordenamientos jurídicos que aparecen relacionados en la solución de una situación jurídica objeto de su estudio; por el hecho de que su fin último es buscar y otorgar respuesta satisfactoria a situaciones que se vinculan a más de un orden jurídico estatal.

Conforme a la afirmación anterior sostenemos que el carácter de internacionalidad o de extranjería puede darse por la concurrencia de un elemento

personal, es decir, por una cualidad que recae en una o en varias de las partes que intervienen en dicha relación jurídica; por ejemplo, por su residencia habitual o su domicilio, las sedes/establecimientos de las personas jurídicas, fundamentalmente. Puede darse también por la existencia de un elemento de extranjería de carácter real, es decir, por una cualidad o característica que recae en el objeto de la relación jurídica, con absoluta independencia de las características que reúnan las partes implicadas; por ejemplo, la ubicación de un bien inmueble en un contrato de compraventa. O bien, por el hecho de que la relación presenta un elemento de extranjería de carácter conductista o volitivo (formal), en este caso la característica de la internacionalidad vendría otorgada por el cumplimiento de ciertas formalidades en la conclusión de un negocio o acto jurídico. Por ejemplo, la entrega de las mercancías cuando éstas suponen la perfección del contrato de compraventa. En definitiva, la pregunta que tiene presente la doctrina es si cualquier elemento de internacionalidad que pueda confluir en la situación jurídica privada convierte a ésta en objeto de estudio del DIPr o si será objeto de estudio del derecho civil. Así, nos cuestionamos: ¿qué peso específico debe tener el elemento de extranjería en la situación jurídica privada para que sea estudiado por los *internacional privatistas* y no por los *civilistas*? La cuestión ofrece un interesante debate.

Por un lado, nos encontramos con un sector doctrinal que sostiene la indiferencia del peso de ese elemento de extranjería en una relación jurídica privada; así, cualquier elemento de extranjería, por irrelevante que sea, convierte una situación en objeto de estudio del DIPr, sacándolo de la esfera de estudio del derecho civil. Esta es la llamada *teoría de la función identificadora plena del elemento de extranjería*. Así, se nos ocurre que una fábrica de motocicletas, con sede en Italia, “Vespa, SpA”, fabrica unos modelos deportivos exclusivos, por las que tienen prestigio en todo el mundo. Parte de este prestigio radica en la producción de todas las piezas en Italia, incluido su ensamblado. Esta empresa italiana decide instalarse en México para competir con otro fabricante de motocicletas de la misma gama. Instalado como persona jurídica mexicana “Vespa, S. A. de C.V.” celebra un contrato de compraventa entre esta persona jurídica mexicana y un nacional mexicano con residencia habitual en México. La moto presenta un defecto en sus neumáticos de fábrica que le hace inservible para la conducción en carretera. En este caso y a la luz de esta teoría ese contrato de compraventa es internacional por el solo hecho de recaer su objeto sobre un producto elaborado en Italia y comercializado en México.

Por otro lado, encontramos las denominadas *teorías objetivistas*, las cuales se pueden dividir a su vez en la *teoría pura* y la *teoría relativa*. Ambas teorías tienen

como común denominador afirmar que el estudio de una relación jurídica privada caería en la esfera del DIPr cuando el elemento de extranjería fuera considerado relevante. De la anterior afirmación nos surge la interrogante de saber cuándo es relevante un elemento de extranjería presente en una relación jurídica privada. Mientras la primera teoría no ofrece parámetro alguno para solucionar esta interrogante, la segunda, que nos parece más acertada, afirma que la relevancia viene otorgada cuando este criterio sea recogido por las normas de DIPr del tribunal que está conociendo. Hacia esta teoría, que la doctrina también la ha denominado como *tesis del elemento extranjero relevante*, se ha mostrado cierto rechazo. Reproche que viene sustentado por dos motivos, según Calvo y Carrascosa, a saber, “primero, porque confunde la importancia de la *relación jurídica* con la importancia del *elemento extranjero*”. “Y segundo, porque es muy difícil, por no decir *imposible*, determinar cuándo un elemento extranjero es «relevante» o «no relevante»”.

A estas tesis, la misma doctrina ha añadido una tercera, la denominada *tesis del efecto internacional*. Esta teoría supone que una situación puede ser calificada como “internacional” si produce o producirá efectos que puedan conectarse con más de un Estado. En este sentido, esta tesis considera que es internacional por los efectos que produce la relación jurídica y no por los elementos que la componen. La crítica que lanza la doctrina a esta tesis se centra en tres afirmaciones, a saber: *a)* es “muy difícil determinar cuándo una situación jurídica produce o puede producir «efectos internacionales», mientras que es mucho más sencillo «detectar» los «elementos extranjeros» presentes de una situación jurídica”; *b)* esta tesis es calificada como “*excesiva* porque extiende desmesuradamente los casos que deben ser regulados por el DIPr”, y *c)* esta tesis es “*tautológica* porque el adjetivo «internacional» se encuentra tanto en el sujeto como en el predicado: un supuesto es «internacional» cuando produce efectos «internacionales»”.

Atrás queda la denominada tesis subjetivista del elemento de extranjería, en virtud de la cual la internacionalidad de las relaciones jurídicas privadas vendría dada por la intervención de personas que poseen distinta nacionalidad. Así, para esta teoría sería objeto de estudio del DIPr un contrato de compraventa de un automóvil en un concesionario de la avenida Insurgentes cuando éste es celebrado entre una persona jurídica “nacional” mexicano y una persona física nacional española. Esta teoría conlleva a un absurdo difícil de mantener. Esta compraventa es sin duda nacional, por la irrelevancia y obsolescencia de la nacionalidad de las partes en la consolidación de dicha relación jurídica.

A manera de conclusión tenemos que las relaciones que interesan a esta rama del derecho son aquellas que se caracterizan por su heterogeneidad

derivada del hecho de incluir elemento(s) de extranjería, previstos por la norma de DIPr. Para nosotros dicha previsión entraña un innegable peso específico de ese elemento de internacionalidad que daría sentido al estudio protagonizado por el derecho internacional privado.

Superado el tema del peso específico que debe tener el elemento de internacionalidad presente en la relación jurídica con el fin de ser objeto de estudio del DIPr, surge otro cuestionamiento. En este sentido, planteamos si debe establecerse una diferencia entre situaciones jurídicas privadas realmente internacionales y las relaciones jurídicas privadas interregionales (también denominadas como interlocales).

No es nuevo admitir que la República mexicana está compuesta por estados a quienes se otorga, como manifestación de autonomía y soberanía, poder legislativo. La existencia de estos cuerpos normativos hace que se reproduzca en el ámbito interno (federal) la misma problemática que en el ámbito externo (internacional). Derivado de esta soberanía legislativa encontramos códigos civiles, de procedimientos civiles e incluso Constituciones para cada uno de los estados. Así, es útil hacer el distinguo entre ambas relaciones privadas, las internacionales y las interregionales. Mientras que las internacionales son las que relacionan a la República mexicana con otros Estados, entes soberanos, las interregionales relacionan a las entidades federativas y sus respectivos cuerpos normativos. Mientras en las primeras se pone en relación los ordenamientos jurídicos extranjeros en las segundas se relacionaría a los ordenamientos jurídicos de las entidades federativas.

Por último, resta hablar de la denominada “relatividad temporal del elemento de extranjería”, la cual surge cuando una relación jurídica con tintes puramente internos adquiere, por motivos variados, una dimensión internacional. Se suele achacar tal mutación a factores como la autonomía de la voluntad, según Fernández Rozas, o a actos de la propia naturaleza.

IV. El derecho internacional privado. Contenido

Cuando nos referimos al contenido de una disciplina, y nos unimos a Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, hablamos “del conjunto de sectores o materias jurídicas que la conforman”, de los puntos e interrogantes que aborda en relación con su objeto de estudio. El objeto del DIPr está integrado por el conjunto de situaciones de la realidad social que contienen un elemento extranjero y su contenido, en extensión, se refiere a las materias o sectores específicos referidos a tales situaciones.

Tenemos dos puntos interrelacionados que debemos abordar en este apartado. El primero que se refiere al contenido que tiene o que consideramos debe tener el DIPr como disciplina jurídica, en clara conexión con el objeto de estudio señalado en anteriores líneas. El segundo, vendría a dar respuesta a la cuestión de si la nacionalidad y la extranjería deben formar parte del contenido de esta rama del derecho. Interrogante que no se cierra en la actualidad convirtiéndose en el punto álgido de toda discusión entre *iusprivatistas*.

No cabe desconocer que las interrogantes a las que da respuesta el DIPr en relación con las situaciones jurídicas privadas con elemento de internacionalidad son tres, los cuales giran en torno a tres sectores, de igual importancia y peso específico en el DIPr nos referimos a la competencia judicial internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras —dejando por el momento el denominado ya “cuarto pilar” que es la cooperación internacional.

En este sentido, reiterando y concretando, el objeto de *minimus* de esta ciencia jurídica está conformado por la competencia judicial internacional (juez nacional internacionalmente competente), el derecho aplicable (en principio, las normas de conflicto que intervienen para resolver el derecho nacional que debe ser aplicado a esa situación internacional) y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (o competencia judicial internacional indirecta, sector que se encargará de otorgar eficacia y validez a aquellas resoluciones pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de otro Estado). Señalamos que de *minimus* pues dependiendo de la postura adoptada puede aumentarse o reducirse su estudio.

Una de las primeras afirmaciones que debemos hacer respecto del contenido de esta disciplina es su discusión, no sólo terminológica o semántica, sino de fondo.

Entre los internacional privatistas seguimos discutiendo con cierto entusiasmo cuál es el contenido de esta rama jurídica. Discusión que no deja indiferente a nadie. Mientras que en la determinación del objeto de esta disciplina jurídica todos los *iusprivatistas* coinciden, no podemos decir lo mismo respecto a la determinación de su contenido donde la formación académica deja clara huella en el alcance y sectores constitutivos. Así, la confusión no es sólo en cuanto a la denominación que se le da a esta disciplina, tal y como dejamos ya constancia, sino también a cuál será su contenido.

El punto de partida pasa por determinar cuál debe ser el contenido de esta disciplina desde nuestra peculiar óptica. Punto que como advertimos admite crítica. Si bien la determinación del estudio de esta disciplina jurídica, en el sentido teleológico, es una cuestión pacífica, no podemos afirmar lo mismo respecto a la concreción de las materias reguladas, según su contenido.

Si la carrera de derecho se cursara en cualquier facultad de derecho de España, Alemania, Francia o México, los alumnos estudiarían las situaciones jurídicas privadas internacionales como objeto de estudio de esta ciencia jurídica. Esto es, las relaciones entre particulares (personas físicas o jurídicas) situados en un mismo nivel, dando lugar a relaciones horizontales, donde aparece un elemento de extranjería. Ahora bien, esta uniformidad se pierde cuando el alumno aborda el estudio de su contenido.

Por una parte, debemos señalar que hay un sector doctrinal que considera que el contenido de esta rama del derecho se encuentra constituido por tres sectores (competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras), independientes pero unidos entre sí por un hilo conductor. Para este sector doctrinal la exclusión de la nacionalidad y la extranjería del contenido de esta disciplina obedece principalmente a dos razones:

- La primera razón sostiene que el ensanchamiento del contenido de la disciplina tendría razón de ser cuando las normas de competencia judicial internacional o conflictual contemplaran entre sus puntos de conexión la nacionalidad y la extranjería. Así, el hecho de que el punto de conexión, principalmente en el denominado estatuto personal, fuera la nacionalidad de las partes, podría justificar su inclusión en el estudio de esta ciencia jurídica. En la actualidad el punto de conexión que se contempla en este estatuto personal ya no pasa por ser la nacionalidad. Así, si la nacionalidad y la extranjería sirvieran en la actualidad para atribuir competencia o para determinar la normativa material aplicable al fondo de una pretensión podría justificarse su inclusión en el contenido de esta rama jurídica. A lo anterior debemos añadirle en clara nota de complementariedad que los criterios atributivos de competencia o de determinación del derecho aplicable son ahora el domicilio de las partes o las residencias habituales.
- La segunda razón deriva del hecho innegable de que en la relación que regula la nacionalidad y extranjería el Estado aparece con su potestad *iure imperii*, no interviene como un mero particular, por ello se afirma que es difícil mantener ambos sectores como contenido de esta disciplina en la que de forma unánime afirmamos que estudia relaciones internacionales de carácter privado. Nadie duda de la creación de una relación político-jurídica (e incluso social) entre el Estado que impone sus condiciones y el individuo que las acepta sin margen de manobra, relación que adquiere absolutos tintes de derecho público. Por

tanto, se sostiene que si se parte de afirmar que el objeto de estudio de esta ciencia jurídica son las relaciones existentes entre particulares, que operaban en pie de igualdad y en absoluta horizontalidad, fueran estos personas físicas o jurídicas, no se debe caer en la incongruencia de analizar nacionalidad y extranjería. Este segundo argumento afirma que toda coherencia desaparece al incluir al Estado, ente soberano, como individuo que entra en una relación de DIPr. Está lejos de toda duda el hecho de que el Estado determina, de manera imperativa, quiénes son y serán sus nacionales, quiénes pueden entrar y salir, permanecer y cuánto en su territorio. Sin duda, está patente la soberanía estatal; la inclusión de un Estado en esta disciplina no supone la aparición y sujeción del adjetivo “internacional” tal y como se entiende en el derecho internacional privado. La doctrina señala que el derecho de la nacionalidad regula situaciones “internacionales”, pero no “privadas”.

Derivado de estas afirmaciones, nos podríamos cuestionar la estructura sobre la que se edifica la del contenido de esta disciplina en el contexto mexicano y plantear la conveniencia de que la nacionalidad y la extranjería abandonen el contenido de ésta materializando una evolución y actualización de la misma. Así, nacionalidad y extranjería, podrían ubicarse dentro del derecho constitucional, del derecho administrativo, del derecho civil, o bien, su autonomía como disciplina jurídica. Así, el objeto de estudio de la nacionalidad y la extranjería, bien podría valerle el nombre de “derecho migratorio” u otro de parecido atino. Ahora bien, si con el estudio e inclusión de la nacionalidad y de la extranjería dentro de esta disciplina se cubre una laguna existente, no está de más que sean los internacional privatistas los encargados de llenar ese hueco, a modo de un verdadero “foro de necesidad”.

Tal y como planteamos, hay otro sector doctrinal en el que incluimos a la mayoría de la doctrina mexicana, quienes abogan por la suma de los sectores de nacionalidad y extranjería al contenido descrito como parte integrante de esta rama jurídica, el DIPr, es decir, que el contenido de éste esté integrado por la competencia judicial internacional, el derecho aplicable, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, así como nacionalidad y extranjería; tomando así una postura completamente diferente a la primera. Si bien la doctrina mexicana sostiene que nacionalidad y extranjería sobrepasa el contenido de esta rama del derecho, la sigue manteniendo en sus planes de estudios y en sus textos. Lo anterior tiene un interesante reflejo en los programas de estudios de las facultades de derecho así como en los manuales más importantes en la materia.

Las actuales reformas de los planes de estudio de prestigiosas universidades mexicanas, como la Universidad Nacional Autónoma de México, ya han implantado dos semestres para la impartición del DIPr, es decir, se cuenta con 120 horas para la enseñanza de esta área de conocimiento.

Entre los argumentos esgrimidos por este sector doctrinal apoyando la inclusión de la nacionalidad y la extranjería en el estudio del DIPr encontramos la afirmación de que aun cuando consiste en el estudio de las situaciones privadas internacionales, es decir, las situaciones entre individuos, situados en un mismo nivel, dando lugar a las reiteradas relaciones horizontales, donde aparece un elemento de extranjería, en el cual no tienen cabida, en principio, las mencionadas materias habría que analizarlo con el objetivo de no generar una laguna en su estudio y conocimiento.

De esta forma aseveran que la explicación de la inclusión de su estudio en el DIPr puede venir por dos vías:

- La primera, se encontraría en el seguimiento existente en la doctrina mexicana de la llamada “teoría francesa”, que parte del plan de estudios de Niboyet. Esta teoría es partidaria de incluir el estudio y análisis de estos dos sectores dentro del DIPr.
- La segunda podría venir por el hecho de que la nacionalidad fue usada, en otra época, ya lejana, como un punto de conexión predominante.

En nuestra primera explicación ha sido definida por un sector doctrinal como de obsoleta, pero olvidan considerar como un principio toral la atención a la génesis de la configuración del DIPr mexicano, nada desdeñable para entender su itinerario y razón de ser.

En cuanto a la segunda explicación, la nacionalidad en la actualidad como punto de conexión en la República mexicana, se ve cada vez más desplazado por otros criterios, como puedan ser el domicilio o la residencia habitual, pero ello no obsta para revisar y atender que no quede excluida, la nacionalidad en su totalidad, justificada por la asunción, por parte de la doctrina mexicana, de la concepción amplia que abordaremos seguidamente. A todo ello se le debe agregar que mientras no exista un punto de conexión indubitado en el contexto mexicano, la nacionalidad como punto de conexión no debe de ser excluido por sí solo, independientemente de que éste está rebasado sobradamente por la residencia habitual o el domicilio.

El objeto del DIPr está integrado por el conjunto de situaciones de la realidad social que contienen un elemento extranjero y su contenido, en extensión, se refiere a las materias o sectores específicos referidos a tales situaciones.

Dicho lo anterior, sostenemos que a la hora de determinar el contenido del DIPr se pueden resumir las concepciones existentes en tres. Cada una de ellas otorga a dicho contenido una mayor o menor amplitud.

A) La *concepción restrictiva* limita el estudio del DIPr a la cuestión de la determinación del ordenamiento aplicable a las situaciones con elemento extranjero, clásicamente conocida como “conflicto de leyes”; éste ha venido siendo considerado el núcleo central de nuestra disciplina, como su contenido imprescindible y comúnmente aceptado por todos. Esta concepción es propia de los sistemas de tradición germana.

Los germanos consideran que el DIPr debe tratar sólo el conflicto de leyes y rechazan que se incluya en el DIPr la nacionalidad, la extranjería, e incluso el derecho procesal civil internacional. Y ello porque siguen una concepción iusprivatista del derecho internacional y rechazan las materias reguladas preponderante por el derecho público. Pero en la actualidad, hay una concepción alemana más amplia del DIPr basada en las reformas parciales practicadas en el derecho positivo internacional privado. Se piensa que el legislador no puede abordar el problema de la ley aplicable sin tener en cuenta el problema de la jurisdicción competente. Y eso es así porque cada vez se van difuminando más las fronteras entre el DIPr y el derecho público, y no es ajeno a este tema el intervencionismo estatal.

Podemos citar ejemplos de materias de derecho público que se integran en el DIPr, por ejemplo el derecho fiscal en el que se integran en el DIPr la doble imposición, y de derecho administrativo, por ejemplo, conflicto de autoridades, y en el derecho penal hay temas también enmarcados en el DIPr como son los delitos cometidos fuera del territorio nacional.

B) La *concepción intermedia* añade al estudio del conflicto de leyes algún otro, con distintas variantes:

- En los sistemas de los países ex socialistas se añade el sector del derecho del comercio internacional o el del derecho de extranjería por sus peculiares concepciones socio-económicas.
- La más frecuente es la inclusión del sector del derecho procesal civil internacional (conocido como “conflicto de jurisdicciones”). Propio de los sistemas anglosajones ya que la ampliación del contenido del DIPr al derecho procesal internacional es consecuencia de la fuerte dimensión judicial (papel protagonista de los órganos jurisdiccionales

en la administración de la justicia) que en estos sistemas tiene el derecho. A su vez, el contenido del derecho procesal civil internacional lo integran las normas y principios que en un ordenamiento jurídico se dirigen a determinar la competencia judicial internacional de sus órganos jurisdiccionales; las que ordenan el desarrollo del proceso con elemento extranjero, y las que establecen los efectos de las decisiones extranjeras en el foro.

En el mundo anglosajón, la competencia supone una concepción unitaria, porque en el *Common Law*, el juez crea el derecho y juzga por los precedentes, *Case Law*. Esto lleva a que no haya esa distinción tajante entre norma/actividad jurisdiccional, y así Chesire dirá que el objeto del DIPr en el mundo anglosajón es:

- 1) Determinar las condiciones en que un tribunal debe declararse competente.
- 2) Elegir el derecho aplicable a las pretensiones de las partes.
- 3) En qué medida puede ejecutarse en el foro una decisión pronunciada por un tribunal extranjero.

En el mundo anglosajón el punto de conexión está en el domicilio y no en la nacionalidad.

C) La *concepción amplia* aborda cuatro aspectos: el básico de la determinación del ordenamiento aplicable a las situaciones con elemento extranjero; el derecho procesal civil internacional; el derecho de la nacionalidad, y el derecho de extranjería. Esta concepción tiene su origen en el sistema francés, de donde se extendió a otros países, como por ejemplo el ordenamiento jurídico italiano que supera esa estricta actitud privatista e incluye el derecho de extranjería por política legislativa y por convicción teórica, y además bajo la idea de que hay que determinar los elementos que configuran el trabajo externo, incluyendo en esta materia el goce y el ejercicio de los derechos de los extranjeros.

Como comentamos, el ordenamiento jurídico mexicano también se incluye en esta concepción, en el que, con matices distintos, sigue siendo mayoritaria.

Los que defienden la concepción amplia también asumen que el contenido fundamental de nuestra disciplina viene conformado por los sectores “clásicos” (el de los conflictos de leyes, nítidamen-

te internacional privatístico, y el de los conflictos de jurisdicciones) concibiendo la nacionalidad y la extranjería como sectores interdisciplinarios cuyo estudio por el DIPr se justifica ampliamente al igual que se justificaría su asunción por otras ramas del saber jurídico (derecho civil, derecho administrativo o derecho constitucional, por ejemplo). Esta última afirmación, el carácter inter o multidisciplinario del DIPr, puede ser un argumento importante a la hora de no excluir ambas parcelas, nacionalidad y extranjería, del contenido del DIPr, abocándola a una explicación estrictamente de DIPr, sin ánimo de redundar en lo que otras ramas del derecho, como civil o constitucional, etcétera, ya abarcaron y sin ánimo de que su explicación propicie que el docente no imparta, de manera responsable, la explicación del resto del contenido del DIPr.

Abundando más, la fundamentación de esta concepción amplia se sustenta en diversos argumentos:

El primero, que podemos denominar material, se basa en la necesidad de dar una respuesta global o de conjunto a la situación del individuo en las relaciones privadas internacionales. La persona, el ser humano, se sitúa en el centro de nuestra disciplina, y su estado, nacional o extranjero, con respecto a un determinado ordenamiento jurídico estatal, condiciona la regulación de sus relaciones, nacionalidad y extranjería, como presupuestos de la aplicación del sector del conflicto de leyes o de jurisdicciones.

Llegamos a una nueva manera de justificar la concepción amplia que representa Battifol y así expresa que “el DIPr debe responder en conjunto a la cuestión de la situación jurídica del individuo en las relaciones privadas internacionales” y el DIPr debe atender a tres cuestiones sucesivas:

- a) El régimen de los sujetos de derecho (nacionalidad y condición jurídica de extranjeros).
- b) El ejercicio de los derechos: conflicto de leyes.
- c) La sanción de los derechos: conflicto de jurisdicciones.

Esta es la actitud mayoritaria de la doctrina mexicana; se acoge esta concepción global de Battifol y se estima que se debe incluir la nacionalidad en cuanto es un presupuesto del DIPr para saber cuándo hay tráfico jurídico externo y también es presupuesto de la competencia jurisdiccional y competencia legislativa. Por más que la nacionalidad esté hoy en crisis, sigue

siendo un punto de conexión fundamental en el ordenamiento jurídico mexicano para determinar la ley aplicable al estado de la persona.

Por otra parte, con respecto a la inclusión de la condición jurídica de los extranjeros, parece ser una materia complementaria a la nacionalidad, y es también un presupuesto lógico al conflicto de leyes y de jurisdicciones porque como expresa Calvo Caravaca, si no se reconocen derechos mínimos al extranjero es imposible que existan relaciones de tráfico externo, por ejemplo el derecho a comparecer en juicio, derecho a establecimiento, etcétera.

La competencia judicial internacional y derecho procesal civil internacional son un tema crucial en el DIPr y no sólo porque hay un progresivo acercamiento de los ordenamientos jurídicos continentales y anglosajones, tal y como ya manifestamos, no sólo por la importancia cada vez mayor de la jurisprudencia, sino porque como se deriva de Batiffol fue un error no incluir esta materia en el DIPr.

El profesor González Campos, en un curso sobre la relación entre el foro y el derecho, expresó que desde los orígenes del DIPr aparecen unidos el *forum* y el *ius*, es decir, la competencia judicial y la competencia legislativa —ley aplicable—, porque muchas veces tiene carácter previo el establecer la competencia judicial con respecto a la determinación de la ley aplicable, incluyendo en esta dimensión judicial algo más que los límites competenciales de los tribunales de un Estado, porque hay otras formas de solución de controversias de amplia cabida en el tráfico externo (arbitraje y otros). La pluralidad de vías de solución está, en definitiva, en la base del DIPr. Que la competencia legislativa es esencial es claro, entendida en un sentido amplio, en cuanto que la regulación del tráfico externo no se agota con las llamadas normas de conflicto, ni tampoco se reducen estas a regular el derecho civil internacional (incluye el derecho del comercio internacional, el derecho del trabajo internacional, y de la seguridad social internacional, y del derecho fiscal).

El segundo argumento que puede calificarse como sistemático, hace referencia a la existencia de una homogeneidad esencial entre los sectores clásicos, más nacionalidad y extranjería, que conforman el contenido del DIPr según esta concepción amplia. Los elementos comunes a los cuatro aspectos, precisamente por la presencia del ser humano en un mundo político y jurídicamente fragmentado, permiten hablar de “sistema de DIPr” de un ordenamiento jurídico dado, pues los sectores no son departamentos estancos sino que se relacionan entre sí.

El tercero que podemos llamar teológico o de los fines, basa la concepción amplia del DIPr en una visión de la realidad jurídica que debe dar respuesta al tríptico de cuestiones “sujeto-derecho-sanción”: la nacionalidad

y la extranjería se imbricarían en la perspectiva de los sujetos; el conflicto de leyes se correspondería con el dato relativo al derecho y el conflicto de jurisdicciones cumpliría la función de sanción.

Hoy, la más reciente doctrina matiza esta concepción amplia y Fernández Rozas insiste en el componente jurídico público de la nacionalidad para afirmar que el que sea la nacionalidad un punto de conexión no justifica la inclusión de toda la materia de la nacionalidad. Expresa que hay elementos de la nacionalidad como la atribución, pérdida y recuperación de la nacionalidad que no tienen relación con el DIPr, no obstante, opina que se debe incluir en el DIPr la prueba de la nacionalidad extranjera y la determinación del derecho extranjero de nacionalidad; a su vez, debe estudiarse el conflicto extranjero de nacionalidad y algo similar se podría afirmar del derecho de extranjería en cuanto tiene elementos de derecho público (regulación de entrada y salida de extranjeros), y elementos que se incluyen en el DIPr (goce y ejercicio de los derechos de los extranjeros).

Un cuarto argumento que podemos denominar práctico, cuya naturaleza es muy diferente a los anteriores, se extrae de la realidad universitaria mexicana y de la configuración de los planes de estudio de sus distintas facultades de derecho. El carácter interdisciplinario del derecho de la nacionalidad y del derecho de extranjería justifica plenamente que sea nuestra rama jurídica la que asuma la investigación y la docencia de ambos sectores; por un lado, los sectores clásicos y además, por otro lado, nacionalidad y extranjería. Así, los nuevos planes de estudio de las facultades de derecho responden a esta realidad. En la Universidad Nacional Autónoma de México a la enseñanza del DIPr se dirigen dos asignaturas obligatorias: derecho internacional privado I, en el séptimo semestre, y derecho internacional privado II, en el octavo semestre, con unos contenidos que abarcan toda la materia señalada en esta concepción amplia.

Tal y como expusimos anteriormente y reiterando la idea de si el estudio e inclusión de la nacionalidad y la extranjería dentro del DIPr cubre una laguna existente, no está de más que sean los internacional privatistas los encargados de llenar este hueco, a modo de un verdadero “foro de necesidad”, si así se le sugiere calificar; por tanto y mientras no sean otros los encargados de su estudio, será el DIPr el que siga encargándose de ambas cuestiones. El peligro que se corre con la inclusión de la nacionalidad y la extranjería es la posible desviación de la atención de los principales temas que componen el DIPr hacia estos otros que, sin quitarle su importancia, puede exceder con creces el contenido de esta disciplina; nos referimos a la citada y posible falta de responsabilidad del docente encargado de explicar esta rama del derecho, el DIPr, que se incline por derivar sus explicaciones a determinados

temas, dejando sin contenido partes fundamentales como son la competencia judicial internacional, el derecho aplicable, el reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos judiciales extranjeros, así como la cooperación procesal civil internacional.

Por otro lado, se podría considerar justificada dicha inclusión por el carácter de estado de emigración que presenta la República mexicana. En este sentido, se afirma que aquellos países que tienden a la inmigración refuerzan el criterio de la *lex domicilii* por encima de la *lex patriae*. Por el contrario, aquellos Estados que tienden a la emigración protegen la *lex patriae* sobre la *lex domicilii*.

Así las cosas, tenemos que los contenidos, bajo una concepción amplia son:

- 1) La *competencia judicial internacional* que intenta dar respuesta a quién es el juez nacional que se declara con competencia en el plano internacional para conocer y resolver del supuesto de hecho planteado; no obstante debemos realizar varias observaciones, la primera es que en el DIPr mexicano no contamos con una normativa competencial judicial civil internacional realizada *ex professo* para dar respuesta a supuestos de hecho con elemento de internacionalidad; así, los internacionales privatistas deben dar respuesta a este sector utilizando las normas competenciales de reparto territorial que existe en el derecho procesal mexicano. Como ya manifestamos, la norma competencial judicial civil internacional mexicana es en realidad una norma pensada para el reparto de competencia *ad intra*; lo anterior conlleva a que esta normativa sufra un acoplamiento (no perfecto) respecto al reparto de competencia *ad extra* con el único fin de evitar la existencia de una laguna jurídica lamentable. Como segunda nota afirmamos que la respuesta de la competencia judicial civil internacional debe anteponerse a la respuesta que otorgan los procesalistas a la hora de repartir *ad intra* la competencia judicial interna. En este sentido, antes de preguntarnos por la competencia del juez mexicano por razón de territorio, cuantía, o grado hay que preguntarse si de manera genérica y abstracta es el tribunal mexicano competente *ad extra*, internacionalmente. En tercer lugar debemos señalar que, respecto a la competencia judicial civil internacional, existe una enorme dispersión normativa al estar contenida en todos y cada uno de los códigos de procedimientos civiles de las entidades federativas. De tal suerte que hay que realizar una revisión de todos los códigos para determinar la competencia o incompetencia propiciando de esta forma la realización de un *forum shopping ad intra*.

- 2) Una vez contestado el sector de la competencia judicial internacional en el contexto mexicano a través de la norma de competencia judicial internacional, autónoma o convencional, debemos dar respuesta al sector del derecho aplicable, es decir, al interrogante de qué sistema jurídico, a través de su normativa material dará respuesta al fondo de la pretensión. Si bien la respuesta a este sector viene en su mayoría dada por la normativa de conflicto, existen otras técnicas de reglamentación que se destinan a esta labor (normas de extensión, normas materiales especiales, y las discutidas normas materiales imperativas). Normas que igualmente las encontramos esparcidas a través de los diferentes códigos civiles de las entidades federativas y del Distrito Federal.
- 3) Finalmente, encontramos el sector del reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales como última etapa procesal a la que damos respuesta en el DIPr. En esta etapa ya existe un pronunciamiento judicial y por ende una solución de fondo a la pretensión solicitada. Es hora de que un tribunal extranjero, distinto al que emitió el pronunciamiento, otorgue efecto de cosa juzgada (formal y material), efecto constitutivo (con sus eventuales actos de ejecución impropios), título ejecutivo y ejecute el mencionado pronunciamiento.

Una precisión debe hacerse llegados a este punto, mientras que los dos primeros sectores tienen que abordarse y responderse irremediabilmente en una situación objeto de estudio por el DIPr, no podemos sostener lo mismo de este tercer sector. Lo anterior se afirma desde que no siempre el pronunciamiento emitido por un tribunal nacional debe ser reconocido y ejecutado en otro Estado. Puede ocurrir que los efectos que quiere desplegar ese pronunciamiento judicial estatal tengan que desarrollarse en el mismo Estado que emitió el pronunciamiento. Lo anterior significa que el abordar este tercer sector no siempre es necesario e imprescindible. El levantamiento de este tercer sector constitutivo dependerá de dónde quiera que el pronunciamiento judicial despliegue sus efectos y validez.

A pesar de la mencionada independencia observamos que estos sectores no forman compartimentos aislados entre sí. Al contrario, son considerados como secuencias continuas y mutuamente dependientes y así ya lo hemos manifestado con anterioridad. En este sentido y como bien afirma Calvo y Carrascosa “los tres sectores que componen el contenido del DIPr presentan relaciones recíprocas de naturaleza *lógico-jurídica*. Sólo respondiendo a los tres interrogantes se proporciona una respuesta jurídica *global y com-*

pleta de las situaciones privadas internacionales”. Así, entre estos tres sectores se evidencia que se encuentran relacionados entre sí. Existe una profunda vinculación entre: a) el sector de la competencia judicial internacional y el derecho aplicable (*forum-ius*); b) entre el sector de la competencia judicial internacional directa y la indirecta; c) entre el sector del derecho aplicable y el de reconocimiento y ejecución de sentencias. Existen así relaciones y vinculaciones en todas las variables posibles entre los tres sectores que componen el contenido del DIPr:

- a) Relación *forum-ius*: venimos manteniendo un orden lógico en el estudio de estos dos sectores. En primer lugar es absolutamente imprescindible estudiar la competencia judicial internacional de los tribunales mexicanos para abordar con posterioridad el estudio del derecho aplicable al fondo de la pretensión. Si los tribunales mexicanos resultan, en virtud de sus normas de competencia judicial internacional, incompetentes, qué caso tiene estudiar la normativa aplicable a dicho supuesto desde la óptica mexicana. En otro sentido, equívoco para nosotros, se proclama igualmente la relación en el binomio *forum-ius*, a saber, en la necesaria coincidencia de ambos sectores. Es decir, que la afirmación de la competencia judicial internacional viene condicionada por la aplicación del derecho (norma material) del foro (*forum legis* o foro legislativo). Es decir, que los tribunales mexicanos deberían declararse incompetentes si no resultara aplicable al fondo de la pretensión la normativa material mexicana. Nuestra crítica se centra en afirmar que no debe hacerse depender la competencia judicial internacional de los tribunales mexicanos de la aplicabilidad o no de su normativa material. A pesar de lo anterior no cabe desconocer que esta relación trae como consecuencia una mejor aplicación del derecho del foro, reduciendo costes en posibles errores interpretativos y/o judiciales. Justificación que carece de peso específico para el mantenimiento de esta relación de dependencia. Estimamos forzado hablar de este foro legislativo en el sistema jurídico mexicano. Así, nuestra postura pasa por sostener que la afirmación de la competencia judicial internacional de los tribunales mexicanos no debe hacerse depender del derecho aplicable al fondo del supuesto litigioso. La relación que mantenemos es que una vez afirmada la competencia judicial internacional se abre la averiguación del derecho aplicable al fondo de la pretensión. La última relación que vemos entre el *forum* y el *ius* se predica en el sentido de que la determinación de un tribunal como el competente “viciará”

la solución de fondo a través de la normativa material y la normativa procesal aplicable al supuesto de hecho.

- b) Relación entre competencia judicial internacional directa e indirecta: relación que viene por el imperativo legal impuesto al juez requerido de revisar la competencia judicial internacional del juez de origen. En este sentido, el juez requerido no reconocerá y ejecutará un determinado pronunciamiento judicial sin haber verificado antes la competencia judicial internacional directa. En este orden de ideas encontramos el artículo 40. del Convenio Bilateral entre España y México sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil. Sin duda la eficacia extraterritorial de un procedimiento judicial extranjero depende de la buena o mala cimentación de la competencia judicial internacional directa. Máxime cuando no existe un principio de confianza entre el tribunal de origen y el tribunal requerido.
- c) Relación entre derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias. La relación que se da entre ambos sectores, el segundo y el tercero, estimamos que viene justificada por la presencia de la excepción de orden público. En este sentido, si el pronunciamiento judicial que ha sido emitido vulnera el orden público establecido en los tribunales requeridos éstos negarán la eficacia extraterritorial solicitada. Si bien no hay posibilidades de revisión del contenido (del fondo) de la decisión judicial emitida por el juez de origen, sí existe la posibilidad de negar el reconocimiento y ejecución por vulneración del orden público del Estado requerido. Así, una cosa es la prohibición de revisión del contenido de fondo de la sentencia y otra cuestión diferente es la revisión de una eventual revisión de la excepción de orden público.

Como conclusión al debate sostenido en estas líneas, referido al contenido del DIPr, y tratando de ser lo más ecuaníme posible, en esta ocasión, hemos decidido en este libro, dedicado a la parte general del DIPr, no introducir como contenido del mismo las multimencionadas nacionalidad y extranjería, tratando de guiar al docente hacia la impartición de un contenido básico y que no se escude en impartir exclusivamente nacionalidad y extranjería, a las que le damos el carácter multidisciplinar y su invocación desde la perspectiva que le corresponde al DIPr.

Cuestionario

1. Determine los fundamentos normativos que justifican el carácter estatal del derecho internacional privado.
2. Determine la justificación del carácter exclusivo, autónomo e independiente que presenta esta disciplina jurídica.
3. Determine el origen de los adjetivos jurídico, privado e internacional que acompañan a la denominación de esta disciplina.
4. Determine los sectores constitutivos del contenido del derecho internacional privado.
5. Justifique su apego o distanciamiento a la inclusión o exclusión de la nacionalidad y la extranjería como sectores constitutivos del contenido del derecho internacional privado.