LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Lic. Alberto Romero Valencia

albertoromerovalencia@gmail.com

I. Introducción

El derecho internacional privado es la rama de derecho nacional que se encarga de regir las relaciones privadas que contienen elementos extranjeros subjetivos u objetivos, es decir, las denominadas relaciones privadas internacionales o situaciones de tráfico jurídico externo.

Ya anotado el concepto de la materia, se desprende en forma clara el objeto de la misma, que consiste en la regulación de las relaciones privadas internacionales.

El contenido de la materia puede enfocarse desde tres grandes escuelas; la de concepción amplia que sostiene como contenido temático a la nacionalidad, la condición jurídica del extranjero, el derecho aplicable y la competencia judicial internacional[1]; la de concepción estricta que defiende como contenido de la materia al derecho aplicable y deja los temas de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras y laudos arbitrales extranjeros al derecho procesal civil internacional[2] y; la de concepción intermedia, donde se sostiene que el contenido del derecho internacional privado es la competencia judicial

---

[1] Véase, Mayer, Pierre, *Droit international privé*, 4a. ed., Paris, Montchrestien, 1991, Véase, Rigaux, Francois, op. cit., nota 11 y Véase, Loussouarn Yvon y Bourel Pierre, *Droit international privé*, 6a. ed., Paris, Dalloz, 1999.

[2] Véase, Rigaux, Francois, *Derecho internacional privado*, parte general, trad. de Alegría Borrás Rodríguez, Madrid, Civitas, 1985, p. 99.

internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras y laudos arbitrales extranjeros.[3]

Es de aclarar que la escuela intermedia guarda congruencia con la recomendación emitida por el Instituto de Derecho Internacional, el 4 de septiembre de 1997, conforme a la cual son cinco los grandes temas que se deben abordar en un curso básico de Derecho Internacional Privado, que a saber son: las fuentes del derecho internacional privado, la relación existente entre el derecho internacional privado y el público, los problemas relativos a la competencia judicial internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras.[4]

Ahora es tiempo de entrar directamente al estudio del tema que nos ocupa, las fuentes del Derecho Internacional Privado, como tema básico de la materia.

El planteamiento de las fuentes del Derecho Internacional Privado, se aborda normalmente por la doctrina nacional desde la perspectiva de la teoría general del derecho, exposiciones que ponen especial énfasis en las denominadas fuentes formales, es decir, la ley, la costumbre, la jurisprudencia, los tratados internacionales, la costumbre internacional, la jurisprudencia internacional, a las que también se les añade la doctrina.

Arriba se ha apuntado que el derecho internacional privado es una rama del derecho nacional, por tanto, debemos concluir que sus fuentes son las mismas que tiene el derecho civil o el mercantil, en ese sentido conviene aclarar que las fuentes propias del derecho internacional público, como lo son

---

[3] Véase Collier, John Greenwood, *Conflict of laws*, 3a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2001, p. 3.

[4] Institut de Droit International, The Teaching of Public and Private International Law, Session of Strasbourg-1997, September 4, 1997, p. 3.

la costumbre internacional y la jurisprudencia internacional no son fuentes del derecho internacional privado.

Cabe aclarar que, en atención a los conocimientos previos adquiridos por quienes estudian Derecho Internacional Privado, conviene utilizar el criterio de ámbito de producción normativa utilizado por J. D. González Campos, donde se identifican por la doctrina, al derecho internacional privado convencional, autónomo, institucional o regional, y que abordaremos en párrafos más abajo.

II. La relación entre derecho internacional público y derecho internacional privado

El origen de ambas materias es común, la división territorial del mundo en entidades soberanas. Sin embargo el derecho internacional público tiene como objeto la regulación de las relaciones entre sujetos de derecho internacional, como lo son los Estados y las organizaciones internacionales,[5] en tanto, el derecho internacional privado regula siempre relaciones privadas internacionales, en los términos arriba anotados.

Es de llamar la atención que el derecho internacional público ha acaparado el problema de la soberanía, ende también de la división del mundo en países y como el derecho internacional privado tiene su punto de partida en la diversidad de jurisdicciones y de legislaciones, se ha concluido sin más que el derecho internacional privado depende de derecho internacional público, cuando en realidad el planteamiento correcto consiste en establecer que el

[5] Véase, Parry, Clive, *La función del derecho en la comunidad internacional*, en Sorensen, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, trad. de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, FCE, 2002, p. 53.

punto de partida es compartido. Entonces no es correcto afirmar que sin el derecho internacional público no existiría el derecho internacional privado, sino que en realidad, si no existiese la división territorial del mundo no existiría ninguno de ellos. [6]

La división territorial del mundo da origen también a otras materias, tales como el derecho comparado y el derecho de la integración económica y no por ello se deben asimilar al derecho internacional público.

La relación entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado es más evidente, lo cual no significa que otras ramas del derecho no se encuentren ligadas entre sí, ya que finalmente el derecho es uno y se ha procedido a su división para facilitar su estudio.

A este punto, el derecho internacional privado no ha intentado "desligarse" del derecho internacional público, en realidad lo que se ha construido es una relación en la que el derecho internacional privado para lograr sus finalidades utiliza la estructura montada por el derecho internacional público, así las organizaciones internacionales sirven como foro para la aprobación de instrumentos jurídicos internacionales como guías normativas, principios generales, leyes modelo, cláusulas modelo o contratos tipo que sirven para la regulación de las relaciones privadas internacionales; utiliza también al derecho de los tratados, como instrumento de codificación para lograr la regulación de materias relativas a las relaciones privadas internacionales, aunque toda norma contenida en un tratado es en su génesis una norma de derecho internacional público, podemos afirmar que si esa

---

[6] Véase, Fernández-Flores, José Luís, *Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado*, Jurídica-Anuario, número 14. México, 1982, p. 156.

norma regula una relación privada internacional, es por su objeto una norma de derecho internacional privado.

Es de destacar que un tratado es molde en el que pueden introducirse toda clase de normas,[7] en este sentido, podemos decir que se trata de un instrumento utilizado para regular toda clase de relaciones jurídicas, en nuestro caso, es un instrumento de codificación, útil para llevar a cabo la armonización en la regulación de las relaciones privadas internacionales.

III. Derecho Internacional Privado Autónomo

En un sentido amplio, el derecho internacional privado autónomo se conforma por las normas dictadas por un legislador nacional para regular la competencia judicial internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras y laudos arbitrales extranjeros, de acuerdo con los modos que prevé su ley nacional.[8]

En el caso concreto de México, el derecho internacional privado de origen o fuente nacional, se integra por los códigos de procedimientos civiles locales, códigos civiles locales, el código de comercio, la ley de títulos y operaciones de crédito, la ley general de sociedades mercantiles, entre otros ordenamientos, que en su conjunto forman lo que la doctrina denomina derecho internacional privado autónomo, cualquiera de las denominaciones mencionadas es aceptable, siempre que se aclare que cuando se refiere a normas de origen nacional, se hace expresa referencia a aquellas cuyo origen fue un proceso legislativo interno.

---

[7] Véase, Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, 2a. ed., trad. de Eduardo L. Suarez, México, FCE, 2004, p. 44.

[8] Véase, Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, Derecho internacional privado, 6a. ed., Comares, vol. I, Granada, 2005, p. 37.

La competencia para legislar en materia de derecho internacional privado corresponde a cada una de las entidades federativas en el ámbito civil, en lo relativo a la competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Esta afirmación encuentra fundamento en que la competencia para legislar en derecho internacional privado, no son una competencia expresamente concedida a los órganos constituidos federales, por lo que, en términos del artículo 124 constitucional,[9] debe entenderse reservada a las entidades federativas.

IV. Derecho Internacional Privado Convencional.

En este orden de ideas, las normas de origen convencional se encuentran en los tratados internacionales multilaterales adoptados en el seno de los foros internacionales de codificación de derecho internacional privado, CIDIPs (Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado), CNUDMI O UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional o en inglés United Nations Comissions on International Trade Law), la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y el UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado o Instituto de Roma), así como por los tratados bilaterales que contienen la regulación de los sectores que conforman el contenido del derecho internacional privado y que en su conjunto conforman el denominado, derecho internacional privado convencional, terminología que no ofrece mayor inconveniente.

---

[9] Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (febrero de 2008).

El derecho internacional privado autónomo y el convencional se han explicado en los siguientes términos, por el poder judicial federal mexicano:

> "… el derecho internacional privado puede dividirse en dos grandes categorías: el interno, constituido primordialmente por las leyes mexicanas que establecen reglas aplicables a los mexicanos en sus relaciones con ciudadanos extranjeros, y el convencional, integrado esencialmente por los instrumentos internacionales que los Estados Unidos Mexicanos signan con Estados u organizaciones internacionales."

Lo anterior es extracto de la tesis 1a. CXIX/2005, y aunque la misma carece de precisión terminológica, lo cierto es que, es concluyente al determinar que el derecho internacional privado en México tiene dos fuentes principales: la autónoma, conformada por las leyes mexicanas y la convencional, integrada por las convenciones bilaterales y multilaterales en que México es parte, mismas que vienen a establecer las reglas aplicables a las relaciones privadas internacionales en México.

V. Derecho Internacional Privado Institucional o Regional.

En procesos de integración económica, paulatinamente se adoptan acuerdos para regular las materias propias del derecho internacional privado. Esta reglamentación se denomina por la doctrina española derecho internacional privado institucional, porque deviene del marco de la Unión Europea, entendida como una *institución internacional*, donde se ha procedido a la armonización o unificación legislativa en los sectores que son afectados

por la integración regional, uno de ellos inevitablemente es el derecho internacional privado,[10] así la terminología responde al lugar de donde proviene, una *institución internacional.* Del mismo modo que se denominó institucional, pudo haberse denominado derecho internacional privado regional, por aludir al proceso de integración regional de donde provienen las normas, con las posibles discusiones al respecto de dicha terminología. Para el caso de España claramente la denominación de fuentes regionales nunca fue una opción, debido a la confusión que hubiere generado respecto al derecho regional proveniente de sus comunidades autónomas, aunque es claro que nosotros no tenemos ese inconveniente gramatical.

El caso de México en este contexto es diferente, en los procesos de integración económica donde participa, no se ha llegado a regular las materas propias del derecho internacional privado, aunque indudablemente el avance de la llamada globalización marca que el camino a seguir está precisamente en una mayor integración regional, que conduce en forma paulatina a una armonización normativa y eventualmente a una uniformidad jurídica o por lo menos a una estandarización del marco legal, ante el origen eventual de normas de derecho internacional privado en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA), necesariamente se hará referencia al derecho internacional privado institucional o regional.

VI. Derecho Internacional Privado Trasnacional o Especial

Finalmente se presenta el caso de la lex mercatoria, que ha venido a constituir para algunos un derecho internacional privado especial o

[10] Véase, Fernández Rozas José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, op. cit., nota 10, p. 170.

trasnacional, conformado en su aspecto sustantivo por el contrato internacional y los usos y prácticas comerciales; mientras en su aspecto adjetivo se integra por los medios alternativos de solución de diferencias, principalmente el arbitraje.[11] Mientras que para otros doctrinarios resulta un derecho intersticial limitado a los espacios que dejan los sistemas nacionales de derecho internacional privado.[12]

En referencia directa a la denominada *lex mercatoria,* puede encontrarse su antecedente en la aparición de la antigua *lex mercatoria* o *ius mercatorum*, ubicada a finales del siglo XII en las ferias de Champagne y otras ferias europeas, que eran centros comerciales de carácter internacional donde el surgimiento de problemas entre los comerciantes, derivó en la creación de una autoridad común a la que se podría pedir la solución de conflictos, así el *ius mercatorum* pronto se expandió a todas las ciudades regulándose así las relaciones entre comerciantes.[13] La regulación dada por la antigua *lex mercatoria,* trascendió hasta el siglo XVI, cuando la aparición del Estado nacional trajo como consecuencia que se comenzara a legislar en materia de comercio; mientras que los problemas derivados de la actividad comercial, empezaron a conocerse por tribunales establecidos dentro de la estructura del Estado.[14] Esta positivación de la *lex mercatoria*, representa sólo una forma

---

[11] Véase, Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, op. cit., nota 10, pp. 73 y 74, y Véase Milia A., Fernando, *El conflicto extrajudicial, mediación, arbitraje y negociación*, 1a. ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 180.
[12] Boggiano, Antonio, op. cit., t. II, nota 14, p. 1099.
[13] Véase, Boggiano, Antonio, op. cit., nota 14 t. I, p. 23
[14] Véase, Silva, Jorge Alberto, "Resurgimiento de la lex mercatoria: La regulación de las relaciones comerciales internacionales", en Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, México, UNAM-IIJ, 2006, p. 239.

diferente adoptada por el derecho mercantil, ya que el comercio sigue llevándose a cabo, sólo que ahora la regulación viene dada por el Estado.[15]

La globalización se entiende como un proceso histórico que se acelera paulatinamente desde el siglo XVI al XIX relacionado en forma estrecha con la economía capitalista, mismo que influye en aspectos muy variados, de los que nos interesa el derecho y el comercio internacional, ya que la aparición de la nueva lex mercatoria o derecho trasnacional responde a la aceleración del proceso de globalización,[16] ante la incapacidad del Estado nacional para regular el comercio internacional en forma adecuada. La nueva *lex mercatoria* responde a las necesidades surgidas del proceso de globalización floreciente en el siglo XX, concretamente después de la segunda guerra mundial.[17]

El concepto de *lex mercatoria* es bastante vago, en ocasiones, cuando se hace referencia al mismo se engloban a los tratados internacionales aun sin vigencia en ningún Estado, las leyes modelo, las recopilaciones de normas de derecho, las decisiones arbítrales, los usos y costumbres internacionales, los contratos y cláusulas uniformes, las guías jurídicas, la doctrina del derecho uniforme, los principios generales del derecho comercial y en ocasiones a la equidad y la justicia.[18]

---

[15] Véase, Rentería Díaz, Adrián, "Nueva lex mercatoria y globalización: breves notas de teoria general del derecho", en Silva, Jorge Alberto (coord.), op. cit., nota 49, p. 206.

[16] Véase, Kaplan, Marcos, "El ALCA en la globalización", en Oropeza García Arturo (coord.), *ALCA un debate sobre la integración*, México UNAM-IIJ-CARI, 2003, p. 16.

[17] Véase, Fernández Rozas, José Carlos, op. cit., nota 10, p.73.

[18] Véase, Abascal Zamora, José María, "La interpretación uniforme de la convención de Nueva York y del título cuarto del libro quinto del código de comercio", en Pereznieto Castro, Leonel (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Fontamara, 2000, p. 131. y Faya Rodríguez, Alejandro, *La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances,* Jurídica anuario del

Los ejemplos más recurridos de la *lex mercatoria* son los *INCOTERMS*

La precisión conceptual del concepto de *lex mercatoria*, es un punto muy importante para alcanzar su comprensión, en términos generales podemos decir, que son reglas que se generan fuera del marco del Estado, fundadas en la voluntad de las partes, independientemente de que sean generadas en el marco de una organización internacional de comerciantes o en la práctica reiterada de un sector concreto del comercio.

En forma gráfica el sistema de derecho internacional privado mexicano, puede representarse de la siguiente forma:

Un sistema de derecho internacional privado, en otro país podría variar, en cuanto a incluir fuentes de derecho institucionales o regionales, punto al que indudablemente se llegará tarde o temprano en los procesos de integración económica en que México participa, ya que la globalización en la actualidad se ve acompañada de procesos de regionalización, que indudablemente desembocan en una progresiva armonización del derecho, principalmente en

---

departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 34, 2004, p. 45.

cuanto a la reglamentación de las operaciones comerciales generadas en el espacio comercial regional.

Tradicionalmente los problemas derivados de la pluralidad legislativa, enmarcados en el sistema federal han sido absorbidos como parte del estudio del derecho internacional privado. Los problemas que en el fondo son muy parecidos manifiestan una naturaleza completamente diferente debido a distintos factores, a saber:

- Se presentan al interior del Estado,
- Es posible su regulación normativa para evitarlos o resolverlos de una forma uniforme.
- El poder judicial interno puede unificar el criterio de solución de los problemas, y
- Las normas que los regulan son siempre nacionales, en el sentido antes explicado.

La solución de los conflictos derivados de esta pluralidad legislativa en materia de derecho privado, tiene su base constitucional en el artículo 121, sin embargo, debido a su distinta naturaleza no se han incluido dentro del cuadro del sistema de derecho internacional privado, aunque debido a la analogía de fondo, algunas de las formulas establecidas por el derecho internacional privado son útiles para la solución de los problemas derivados de la pluralidad legislativa en materia de derecho privado en nuestro país, por lo que su estudio debe tenerse en cuenta.

Un comentario aparte merecen los conflictos de leyes interpersonales que se reconocen en el artículo 2o constitucional, apartado A), fracción II, en los que se presenta un problema de determinación de derecho aplicable en función de criterios subjetivos, tales como la religión y en nuestro caso la pertenencia a una determinada etnia indígena, aunque tal calificación requiera un estudio bastante profundo, para poder determinar quien pertenece a un pueblo o comunidad indígena y quién no. Este reconocimiento, es el origen una serie de problemas a nivel fáctico, que tradicionalmente se han establecido como parte del estudio del derecho internacional privado.