

De los tratados internacionales a las leyes modelo como paradigma de la cooperación internacional

Nuria González Martín*

RESUMEN

El Derecho Internacional Privado (DIPr.) convencional, en general, y el latinoamericano en particular, está asistiendo a una época de grandes cambios. En este trabajo se analiza la Convención o Tratado como la técnica más utilizada para implementar instrumentos internacionales, en concreto en el ámbito privado, en donde ha cobrado un interés especial fórmulas nuevas, bajo los Convenios pragmáticos o de DIPr., para llegar a soluciones comunes a todo el Corpus Convencional, tales como la cooperación internacional entre autoridades centrales. No obstante, el trabajo llega a la conclusión que los Tratados o Convenios se caracterizan por su rigidez y cada vez mayores reticencias a la hora de implementarlos.

En ese sentido, se reflexiona y analiza las ventajas y desventajas del instrumento convencional, *per se*, y se compara con otro instrumento,

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México y Doctora por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Investigadora Titular "C" Definitiva de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. PRIDE "D". Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II. Directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias (AMC); Miembro Numerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP); miembro y Vicepresidenta Segunda Suplente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Profesora de Licenciatura y Posgrado de la UNAM y de la Universidad Iberoamericana, así como profesora invitada de distintas universidades de la República Mexicana y del extranjero. Ha publicado, en torno al área del Derecho Internacional Privado y Comparado, más de 160 contribuciones en el que se destaca 12 libros de propia autoría y/o coautoría y 15 coordinaciones publicadas en el ámbito nacional e internacional. Destaca la colección coordinada bajo el título genérico *Lecciones de derecho internacional privado mexicano* -Parte general, Parte especial y Varia- editada por Porrúa-UNAM entre 2007 y 2009. Entre sus más recientes galardones destaca el Premio Altamirano 2000 y la Distinción Universidad Nacional Jóvenes Académicos, Investigación en Ciencias Sociales 2008.

la ley modelo, como ejemplo orientativo para los legisladores nacionales. ¿Un cambio en el *iter* convencional hacia la ley modelo?, ¿Propuestas de Derecho Internacional Público hacia instrumentos más flexibles que implique la asunción de una efectiva cooperación internacional y de ahí su proyección a los grupos vulnerables?

Palabras clave: Derecho Internacional Privado, instrumentos internacionales, tratados, convenciones, Convenios pragmáticos, ley modelo, cooperación internacional, derechos humanos, grupos vulnerables.

ABSTRACT

The conventional International Private Law (IPrL) in general and Latin American in particular, are witnessing a time of great changes. In this paper, the Convention or the Treaties are analyzed as the most utilized technique to implement international instruments, specifically in the private environment, where new formulas have elicited a special interest under the pragmatic Covenants of the IPrL, to arrive at common solutions for all of the Conventional Corpus, such as the international cooperation among central authorities. Nevertheless, the paper reaches the conclusion that the Treaties or Covenants are marked by their rigidity and increasing reticence when implemented. .

In that light, a reflection is made and the advantages and disadvantages of the conventional instrument *per se* are analyzed, and compared with another instrument, the model Law as an orienting example for national legislators. ¿A change in the conventional *iter* towards the model law? ¿International Public Law Proposals towards more flexible instruments that imply the assumption of an effective international cooperation and hence its projection to vulnerable groups?

Key words: International Private Law, international instruments, treaties, conventions, pragmatic Covenants, Model Law, international cooperation, human rights, vulnerable groups.

Sumario: I. Acerca de la protección de los grupos vulnerables y el papel de la normativa internacional y nacional: A. Normativa internacional; B. Normativa Nacional. II. México y los tratados internacionales. III. ¿Un cambio en el *iter* convencional?. IV. Acerca de la cooperación internacional. V. Proyección: del *iter* convencional de DIPr. a la ley modelo como posible propuesta. VI. Conclusiones: hacia las ventajas que constituye la ley modelo. VII. Referencias: A. Bibliográficas; B. Electrónicas; C. Jurisprudenciales; D. Varias.

I. ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS VULNERABLES Y EL PAPEL DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL

A. Normativa internacional

Cuando visualizamos a nuestros grupos vulnerables, llamados también grupos minoritarios –minoritarios no por el número que lo constituyen sino por la ausencia de poder¹–, casi de inmediato por asociación de ideas se presenta en primera instancia la necesidad, una vez más, de reivindicar, como mínimo, un principio de igualdad y prohibición de discriminación, como principios generales, básicos y fundamentales regulados a nivel internacional, nacional y autonómico o estatal, según la configuración jurídica del Estado². Unos principios torales en el que destacamos como papel primordial aquellos avances relativos a la protección internacional de los derechos humanos³.

Así, en el ámbito universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia,

1 Son también las llamadas minorías pero entendidas en el sentido amplio que nos indica Colette Guillaumin, “Por minoritarios entenderemos, no aquéllos que serían forzosamente menores en número, sino más bien aquéllos que en una sociedad están en estado de ‘menor poder’, sea este poder económico, jurídico, político (...)”. Guillaumin, Colette, “Femmes et théories de la société: Remarques sur les effets théoriques de la colère des opprimées” en Guillaumin, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir*, París, Côté-femmes, p. 219 Cit. por Osborne, Raquel, «Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad», *Papers. Revista de Sociología*, España, Núm. 53, 1997, p. 66. Asimismo, véase Pérez Portilla, Karla, «Aproximaciones al concepto de ‘minoría’» en Valadés, Diego et Gutiérrez Rivas, Rodrigo (Coord.) *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, Instituto Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001, Págs. 245-264; Díaz Muñoz, Eloisa, «El concepto de minoría. Su conexión con la alteración de la estructura de poder estatal», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, julio-diciembre 1995, Núm. 5, Págs. 241-251; Prieto Sanchís, Luis, «Igualdad y minorías» *Ibid.* Págs. 111-128; Velasco Arroyo, Juan Carlos, «Derechos de las minorías en una sociedad democrata multicultural (un esbozo provisional)» *Ibid.*, Págs. 361-381; González Galván, Jorge Alberto; Hernández, María del Pilar et Sánchez-Castañeda, Alfredo, «La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario» en Valadés, Diego et Gutiérrez Rivas, Rodrigo (Coord.) *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001, Págs. 225-243.

2 En el orden internacional, véase la reflexión que realiza Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, Año XXXVIII, Núm. 112, enero-abril 2005, Págs. 325 y ss. En el orden de las entidades federativas, véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La incorporación de los derechos humanos en las Constituciones locales mexicanas”, en Méndez Silva, Ricardo (Coord.), *Derecho y seguridad internacional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005, Págs. 357 y ss.

3 Comité de Derechos Humanos, Observación General Núm. 8, No discriminación, Párr. 1.

deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". En el contexto de la Carta de las Naciones Unidas el concepto de respeto universal de los derechos humanos está indisolublemente asociado al principio de no discriminación y así se proyecta en el resto de los instrumentos internacionales más modernos, así una prueba de ello la tenemos en la recién aprobada *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, en el que los derechos reconocidos en la misma declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo (artículo 43), un instrumento que además reivindica la necesidad urgente de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos.

Por su parte, en el ámbito regional la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana) en su Preámbulo parte de la premisa, en el mismo sentido anterior, que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos"⁴, de igual manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁵, ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado en la Organización de Estados Americanos (OEA).

4 Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Serie A, Núm. 10 (1989), Párrs. 35-45; Comisión Interamericana Derechos Humanos, James Ferry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos de América, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, Informe Anual 1986-1987, Párrs. 46-49, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c. Estados Unidos de América, Informe Núm. 51/01, caso 9903, 4 de abril de 2001. Véase también el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 20. Cit por Dulitzky, Ariel E., "Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos" en Zerbini, Renato, Ribeiro, Leao *et al*, *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensayos em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade: (Liber amicorum Cançado Trindade)*, 6 vols., Porto Alegre, Fabris, 2005.

5 En torno a la participación de México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase el interesante artículo de Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Núm. 9, julio-diciembre 2003, Págs. 3 y ss. Véase, asimismo, García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vo. I y II, 2ª ed., México, UNAM, 2006. Cançado Trindade, Antonio Augusto et Ventura Robles, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª ed., San José, Costa Rica, ACNUR-CORTE IDH, 2005.

De acuerdo a este contexto internacional, se subraya la importancia que tiene la tutela de los derechos humanos a nivel regional, a través por ejemplo de la Declaración Americana, sin importar las fronteras estatales. No obstante, es necesario hacer notar que al igual que su homóloga, la Declaración Universal, por la forma en que se expresó como una mera “declaración” no se consideró jurídicamente obligatoria, pero era indudable su gran valor como instrumento jurídico internacional que guiaba la política de derechos humanos de los Estados de la región, así, los derechos contenidos en la Declaración Americana no contaban con garantías internacionales efectivas de protección en caso de ser violados⁶.

Tenemos entonces que el denominado desarrollo histórico que destaca en el marco jurídico internacional en materia de derechos humanos arranca prácticamente en la segunda mitad del siglo XX, desde la mencionada Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 hasta la Declaración de Viena de 1993 que produjo la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Un período extenso en el que se han adoptado un gran número de tratados que actualmente configuran una red que contiene normas sustantivas y adjetivas, además de sistemas regionales de tutela de dichos derechos. Podemos decir que existe, siguiendo a Manuel Becerra, una estructura jurídica que constituye un orden público internacional, una especie de segundo piso jurídico que apoya o amplía los derechos que los Estados tienen en su interior y en donde encontramos obligaciones para ellos, con un sistema de responsabilidad estatal, es decir, una jerarquía normativa a nivel internacional, en donde los derechos humanos tienen un significado especial⁷.

La normativa internacional, como mencionamos, sin lugar a dudas tiene una misión de gran relevancia al subrayar constantemente la necesidad de cumplir con el compromiso creado por el Estado al concluir y firmar un determinado convenio internacional, ya sea de ámbito universal o regional, y al exigir que estas disposiciones sean parte del derecho interno, del derecho estatal. En este sentido, Gisela Guerra expresa concretamente que “coherentes con la necesidad de respetar y promover los derechos y las características de los pueblos indígenas y personas indígenas, los gobiernos de muchos países, singularmente los de América Latina, realizan

6 Becerra Ramírez, Manuel (Coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México. UNAM. 2007. p. XI.

7 Becerra Ramírez, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México. UNAM. 2006. Págs. 59-60.

esfuerzos por adecuar sus leyes internas a los avances contenidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de los indígenas”⁸.

La cuestión preocupante y que proyectamos en este trabajo es que, por regla general, los instrumentos internacionales que versan sobre temas indígenas, no son vinculantes, representan meras declaraciones de buenas intenciones que no obligan a su cumplimiento y es ahí donde destacamos la necesidad de cambiar de mecanismos, es decir, necesitamos firmar y ratificar instrumentos internacionales que sean vinculantes y además que “aterricen” la práctica cotidiana más demandante; convenios de los denominados en Derecho Internacional Privado (DIPr.) pragmáticos que ubiquen las necesidades reales y las instrumenten en la práctica de dos o más Estados en conexión, o incluso ir más allá, como planteamos en este trabajo, cambiar de técnicas de reglamentaciones más flexibles.

Tenemos claro, y es preciso puntualizarlo, que un tema son las cuestiones de DIPr. y otro, totalmente diferente, las relacionadas con el Derecho Internacional Público (DIPúb.), en las que se verían inmersas la cuestión indígena; al primero le corresponden las situaciones privadas internacionales, es decir, las situaciones entre individuos, situados en un mismo nivel, dando lugar a situaciones horizontales, donde aparece un elemento de extranjería; el segundo, DIPúb., es un sistema jurídico específico de carácter descentralizado en virtud de que la creación, aplicación y resolución de controversias se realiza por los mismos sujetos de derecho internacional.

Querer instaurar una práctica que ha sido, en principio, exitosa en el ámbito del DIPr. necesita acomodar los supuestos de hecho con respecto al DIPúb., así pudiera visualizarse, en el aspecto indígena, en la necesidad de actualizar los mecanismos de recepción interna del Derecho Internacional, abogando no sólo, como acabamos de mencionar, por instrumentos internacionales vinculantes, obligatorios, sino por instrumentos

⁸ Guerra González, Gisela. *Derechos de los pueblos indígenas: legislación en América Latina*. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 1999. Pág. 13. Enumera una serie de reformas que se dieron en América Latina y así tenemos “las reformas constitucionales de Panamá, 1971; Brasil, 1988; Colombia, 1991; El Salvador, 1992; Guatemala, 1993; México, 1992 –y 2001–; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Argentina, 1994; Bolivia, 1994; Ecuador, 1994; en dichas reformas se incluyen elementos distintivos de la diversidad étnica, con la idea central de fortalecer el reconocimiento positivo de los derechos específicos relativos a la identidad, tenencia de la tierra, lengua indígena, educación, procuración y administración de justicia y valoración de las culturas, confirmando el carácter multiétnico y pluricultural de los Estados latinoamericanos”.

internacionales pragmáticos que estipulen concretamente necesidades a cubrir, o simplemente interconexión, con un elemento imprescindible que es la cooperación internacional en general, o la cooperación internacional entre Autoridades Centrales en especial, e incluso más allá abogando por instrumentos más flexibles como son las leyes modelo.

B. Normativa nacional

Por lo que respecta al ámbito nacional y en relación al contexto mexicano, queremos destacar que a raíz de la reforma constitucional de 2001, se dio un giro –no todo lo intenso o profundo que hubiéramos deseado- al principio de igualdad y no discriminación. Una reforma que lejos de cerrar el debate en la materia, lo deja abierto dadas las cuestiones pendientes de solventar.

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001, denominada reforma indígena, en el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1º, se reforma el artículo 2º, se deroga el párrafo primero del artículo 4º, se adicionan un sexto párrafo al artículo 18º y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115º; pretende actualizar e incluso superar una serie de cuestiones de gran relevancia para el país y de gran controversia y discusión⁹.

El artículo 1º, párrafo tercero, constitucional expresa lo siguiente: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o

⁹ En cuanto al debate suscitado, véase Cossío, José Ramón, “La reforma constitucional en materia indígena”, *Documento de Trabajo*, número 21, Departamento Académico de Derecho, ITAM, México, 10 de septiembre de 2001.

En torno al tema de las minorías, véase en Luigi Ferrajoli, una distinción de gran controversia entre Derechos Sociales y Derechos de las minorías:

- a) Dentro del Estado social de derecho todavía no se ha desarrollado una estructura garantista que permita vigilar y corregir las violaciones de los *derechos sociales*. Esta cuestión, suscita un debate de mucha actualidad como es la revaloración de las diversas identidades nacionales y su convivencia dentro de una unidad estatal.
- b) Derecho de las minorías: debe darse un estatuto jurídico diferenciado para ciertas identidades nacionales o minorías y quizá sea la única forma de garantizar la convivencia futura de varios Estados aparentemente consolidados.

Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho...*, *Op. cit.*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha esperado demasiado para pronunciarse acerca de cuestiones pendientes de la “reforma indígena”; véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 173/2002. 10 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Lucila Castelán Rueda. Secretario: Rafael Andrade Bufanda. Los poderes públicos tienen la obligación constitucional de garantizar que todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho sean tratadas igual, sin privilegio, ni favoritismo alguno.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación también se ha manifestado en torno a las cuestiones que incumbe al artículo 2º constitucional reformado.

nacional, el género, la edad, las discapacidades –las capacidades diferentes en su versión original reformada-, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Asimismo, la derogación del párrafo primero del artículo 4º constitucional¹⁰ implica que el mencionado artículo, tras esta reforma, comience diciendo: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. Se instaure como un nuevo concepto para la Carta Magna mexicana de 1917, por un lado, un principio de prohibición de discriminación y por otro lado, se conserva un principio de igualdad. El primero de ellos nos revela una situación de *non facere* del Estado (prohibición de discriminación), el segundo nos indica una situación eminentemente pasiva (proclamación, simplemente, de igualdad de trato)¹¹. ¿No habrá otra opción como bien pudiera ser una actitud activa que implique potenciar niveles de igualdad? La respuesta es afirmativa¹², a través de políticas preferenciales como las acciones positivas o afirmativas¹³ podemos y debemos activar el organigrama jurídico para acabar, de una vez por todas, con todas aquellas situaciones de injusticias que seguimos reclamando a través de la normativa nacional e internacional.

10 Como comentario decir que este artículo 4º tuvo su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992; dicho precepto, en su primer párrafo, contenía una parte de las disposiciones que actualmente tiene el artículo 2.

11 González Martín, Nuria. “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”. En: Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (Coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002. Págs. 89-109.

12 El origen de la *Affirmative Action* o de la acción positiva, tal y como se ha traducido la expresión, hay que situarlo en el sistema jurídico norteamericano. El nacimiento de las acciones positivas se debe a la historia de discriminación racial, y también sexual, en los Estados Unidos de América desde su constitución como nación. “Es una historia por la lucha de los derechos civiles, que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres, lo que justifica la intervención pública para acabar con esa situación y remediar sus efectos” Turner, R. *The Past and Present of Affirmative Action*, New York, Quorum Books, 1991, Pág. 1 y ss. Cit. por Sierra Hernáiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Edit. Consejo Económico y Social, 1999, Págs. 33 y 34.

13 González Martín, Nuria et Chávez Sánchez, Odalinda. *Dos temas torales para los derechos humanos: las acciones positivas y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. México. UNAM-CNDH. 2008; González Martín, Nuria. “La reforma constitucional en materia indígena, el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”. En: Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (Coords.). *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*. México: UNAM, 2002; González Martín, Nuria. “Notas sobre las políticas de acción positiva en los Estados Unidos de América”. En: Jiménez Lara, María José et Franco Rojas, Ricardo (Coords.). *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*. Sevilla: Mergablum, 2002; Santiago Juárez, Mario. *Igualdad y acciones afirmativas*. México. UNAM. 2007.

Se trata de que ante las reiteradas y veladas situaciones de intolerancia, se active de manera fehaciente medios de protección que salvaguarden las garantías individuales.

En este punto, debemos expresar con María Angeles Barrère Unzueta que “ (...) los dogmas, a veces, siguen funcionando como mitos. Viene esto en relación a que, aunque es frecuente que las normas jerárquicamente más altas e importantes de los ordenamientos jurídicos modernos (sean Constituciones o Declaraciones de Derechos) incluyan la prohibición de la discriminación, esto no significa que los ordenamientos en cuestión anulen con ello, en una especie de operación performativa, su condición de instancia discriminatoria y, mucho menos que adquieran una especie de bula o inmunización respecto a posibles normas discriminatorias futuras”¹⁴. Es más, nos continúa diciendo que “ (...) la inclusión y el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio no actúa a modo de alquimia que transforme `coherentemente´ todo el derecho positivo en antidiscriminatorio o, simplemente, en no discriminatorio (...) el derecho positivo no sólo constituye una instancia discriminadora sino que en la medida en que no reconozca y actúe contra discriminaciones sociales, se convierte en una instancia reproductora de discriminación (...) el derecho puede discriminar por comisión y por omisión”¹⁵.

Así, la doctrina más importante en este terreno, reitera, sencillamente, que cualquier Carta Magna que se precie serlo, no debe permanecer anclada en el principio de no discriminación sino que debe seguir avanzando en esa misma línea, promoviendo una legislación que potencie programas destinados a la erradicación de aptitudes discriminatorias¹⁶; programas que fomenten una capacitación laboral; incentivos fiscales para

14 Barrère Unzueta, María Angeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de mujeres*. Civitas, Madrid. 1997. Pág. 34.

15 *Ibid.*

16 El derecho comparado, en especial la situación de los Estados Unidos de América con respecto a su Ley de Derechos Civiles de 1964, nos da muestra de que un sistema de sanciones, coactivas, punitivas no dio resultados a la hora de acabar con actos discriminatorios, sin embargo, incentivos fiscales o incentivos en forma de contratos, realmente lucrativos, con la Administración Pública si fue reacción para “motivar” a las empresas, v.gr., a contratar a individuos de los grupos minoritarios.

En el sistema norteamericano, las medidas de acción positiva son voluntarias para las Administraciones Públicas y el sector privado que deseen emprender planes de este tipo; son obligatorias, en cambio, para aquellas empresas que deseen obtener un contrato del Gobierno Federal y, por último, adquirirán la condición de coercitivas, tanto para el sector público, como privado, si se impone como sanción por un tribunal ante la comisión de una conducta discriminatoria. Véase Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Edit. Consejo Económico y Social, 1999, Pág. 42. Para una mayor información acerca de la constitucionalidad de la acción positiva según su origen público o privado, véase Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo blanch: Valencia, 1999, Pág. 120-152.

aquellas empresas que actúen estableciendo alguna medida activa (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos), sistemas de becas para el acceso a la educación, etcétera.

Para conseguir estas metas mencionadas, debemos hacer uso de todas las herramientas que tenemos en nuestras manos, es decir, para acabar con las innumerables situaciones de discriminación en todos los ámbitos y los sectores, debemos utilizar los instrumentos internacionales firmados y ratificados por nuestros Estados –e incluso derivar en una propuesta de Convenios pragmáticos o la proyección de leyes modelo como veremos más adelante-; de ahí ubicar que éstos tratados, convenios o pactos internacionales son parte de nuestra normativa interna porque así lo determinan las Cartas Magnas, en su inmensa mayoría, así lo determina por ejemplo el artículo 133 de la Constitución mexicana, al determinar el orden jerárquico de sus normas y por último, una cuestión fundamental que es armonizar la normativa internacional con la interna, subrayando también, en este sentido, la necesidad de divulgar y dar a conocer la normativa, nacional e internacional, que positiviza una situación jurídica; en otras palabras, que todos los interlocutores que intervienen en la salvaguarda de nuestros derechos, no desconozcan, porque no hay pretexto de ignorancia, el cúmulo de normas positivas vigentes que regulan una situación jurídica.

Un dato que avala la inquietud de México en la formalización de Tratados es su actitud con respecto al DIPr. que consiste en la importante participación en los distintos foros de codificación internacional. Participación que no ha sido igual en el ámbito universal, tan sólo ha ratificado 5 convenios del Foro de la Conferencia Permanente de La Haya, y en el ámbito regional, México ha ratificado aproximadamente 40 convenios en el foro de la Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (en adelante CIDIP).

La existencia de un sistema plurilegislativo no debe privar a México de participar en un procedimiento inverso *ad extra*, el de la tendencia internacional hacia la armonización o unificación del derecho. Debemos señalar la importancia que supone el hecho de que México no haya sido ajeno a tales procesos y que participa activamente en los distintos foros de codificación internacional, así en la CIDIP, en la Conferencia de La Haya de DIPr., en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho (UNIDROIT).

A partir de los años setenta, México apostó por salir del aislamiento en el que se encontraba y así se unió a la firma de convenios de ámbito interamericano, fundamentalmente. En la actualidad debemos seguir alentando la actividad mexicana en todos los foros, no solamente en la CIDIP, al grado que se firmen y ratifiquen no sólo las convenciones interamericanas, que sin duda son un referente importante, sino las que representan un ámbito más universalizado. De esta manera se asistiría a un proceso de tendencia contrapuestas: por un lado, la unificación internacional y, de otro lado, la descentralización interna, independientemente de acudir a otras técnicas de reglamentación más flexibles como venimos anunciando y que veremos más adelante.

II. MÉXICO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Derivado de todo lo anterior, la activa labor de México en los foros internacionales puede verse complementada con una efectiva interpretación sobre la posición jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento mexicano. Esto se debe a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el sentido de otorgar una jerarquía superior a los tratados internacionales sobre las normas internas, excepto la propia Constitución.¹⁷

Una interpretación muy necesaria porque de la lectura del artículo 133 constitucional no se desprende la superioridad de los tratados, al equipararlos a la Constitución y a las leyes del Congreso de la Unión. La falta de definición de la jerarquía de los tratados se erigía como uno de los principales obstáculos para la aplicación de normas de DIPr. y Derecho Internacional Público.

17 Amparo en revisión 1475/98 promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo de 11 de mayo de 1999 con el rubro: Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Novena Época, Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta Tomo X, noviembre de 1999, tesis, PLXXVII/99, Pág. 46. Véase al respecto Cossio Díaz, J.R., "La nueva jerarquía de los tratados internacionales" *Este País*, Vol. 107, 2000; Siqueiros, J.L., "Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto a la constitución federal", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Vol. 8, 2000, Págs. 111-115; Becerra Ramírez, Manuel; Carpizo, Jorge; Corzo Sosa, Edgar; López-Ayllón, Sergio, "Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (Amparo en revisión 1475/98)", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Núm. 3, julio-diciembre 2000, Págs. 169-208. Un artículo de extremo interés antes de la interpretación jurisprudencial señalada tenemos la crítica al artículo 133 de Péreznieto Castro, L., "El artículo 133 constitucional: una relectura", *Jurídica*, Núm. 25, 1995-II, Págs. 265-298.

Así las cosas, con la tesis aislada del año 1999 lanzada por la Suprema Corte afirmamos que los tratados internacionales (con independencia de su contenido, público, privado, de derechos humanos, etc.) tienen una posición aplicativa infraconstitucional pero supralegal con ciertas puntualizaciones tal y como se desprende de la reiteración de tesis de las sesiones de 12 y 13 de febrero de 2007.¹⁸

En esa fecha, febrero de 2007, se da vista a 14 casos de amparos en revisión, en donde ante Tratados internacionales de diferente naturaleza –derechos humanos y comerciales, tesis de 1999 y 2007 respectivamente,– se ratifica un mismo orden jerárquico, no se analizan los casos concretos, es decir “se mete en un mismo saco” a Tratados referentes a derechos humanos y económicos, y se agrega un factor que es introducir, sin definir, conceptos como leyes generales o constitucionales *vs* leyes federales. La única novedad destacable es que aún ratificando y manteniendo el mismo orden jerárquico establecido por la tesis de 1999, es decir, los Tratados internacionales están en un nivel infraconstitucional pero supralegal, ahora en 2007, el asunto ha vuelto a debatirse pero se introdujo un matiz conforme al cual los tratados y las leyes generales son superiores a las leyes federales. Las primeras, se dijo, preceden a las segundas porque desarrollan normas de la Constitución. En definitiva, la SCJN ratifica la misma jerarquía pero subrayando que Tratados internacionales y leyes generales se encuentran en el mismo nivel.

Si bien es muy aconsejable la firma y ratificación de Convenios, bilaterales y multilaterales, procedentes de cualquier foro de codificación, universal o regional, que dé cobertura y proteja nuestros derechos,

18 Véase la citada tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1999 que resolvía el amparo en revisión 1475/98 del Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo, tesis 192,867 “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal”, y actualmente las sesiones de 12 y 13 de febrero de 2007. Valadés, Diego. “Una saludable reforma”. *El Universal*, México, 28 de febrero de 2007. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/36902.html>. Consultada en septiembre de 2009.

Hay una opinión casi unánime en el sentido de manifestar que el criterio adoptado por la Corte en febrero de 2007 no sólo no aporta nada sino que vuelve a incidir en una discusión que aún no está terminada, poniendo nuevamente en la mesa los términos relativos a leyes generales o constitucionales y leyes federales, no conceptualizados ni en la Constitución ni en las leyes, ni siguiera en la jurisprudencia. La discusión se pierde en la retórica y en lo abstracto y no se centra en el caso o casos concretos. Esta nueva tesis de 2007 de la SCJN agrega problemas para el ordenamiento jurídico nacional porque, tal y como expresa Diego Valadés, a la difícil cuestión del conflicto de normas agrega el de la jerarquía entre iguales. En torno al tema consúltese los diferentes artículos que sobre el tema han escrito Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés, Loretta Ortiz Alhí, Manuel Becerra Ramírez, Edgar Corzo, Segio López-Ayllón, entre otros. Sobre el orden jerárquico y de reciente aparición enlistamos a Pérezcano Díaz, Hugo, “Los Tratados internacionales en el orden jurídico mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Vol. VII, 2007, Págs. 249-279.

estimamos que debe ser una tarea realizada de manera gradual y responsable. Una incorporación que debe ser gradual pues la masiva incorporación podría llevarnos a una saturación que podría producir un efecto contrario al pretendido¹⁹.

La participación de México en foros de codificación internacional e inclusive la firma y ratificación de convenios internacionales se veía claramente bloqueada por la ausencia de definición de la jerarquía de los mismos.

Definitivamente, el afinamiento en el criterio es bienvenido pero la realidad dice que tomará algún tiempo hasta que la doctrina afine conceptos manejados de manera indiscriminada, por ejemplo leyes generales y federales, y hasta que los jueces se familiaricen con la aplicación de tratados en esta materia²⁰.

No es una frivolidad la firma y ratificación de un importante número de tratados internacionales, una cuestión muy criticada a México dada la rapidez y predisposición para firmar instrumentos internacionales; en donde la verdadera frivolidad radica es en su no utilización.

Por todo lo expresado, es de vital importancia acentuar una gradual incorporación de los tratados multilaterales y bilaterales por parte de México o de técnicas de reglamentación que impulsen flexibilización frente a la rigidez convencional que impera.

III. ¿UN CAMBIO EN EL *ITER* CONVENCIONAL?

Acabamos de expresar que en la dinámica diaria y actual convencional se destaca la puesta en marcha de una postura o actitud de instrumentalizar internacionalmente convenciones que se inclinan por la regulación específica y concreta frente a la generalidad y divagación. Esta afirmación la podemos ver con suma claridad en el ámbito del DIPr.

El imparable y constante trasiego transfronterizo con la consiguiente movilidad de personas, capitales, bienes y servicios, conduce, sin lugar a

19 Situación que ocurrió en España en los años 80, donde la firma e incorporación de Convenios de manera desmesurada e incontrolada llevó al desconocimiento y falta de aplicación de Convenios firmados por el Estado español. Muestra de ello fue el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 y el famoso Auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1981, que por primera vez aplicó dicho Convenio que fue ratificado por España en 1977.

20 Si ya es difícil tener el conocimiento preciso de nuestro ordenamiento jurídico interno, imagínense conocer el internacional y entender que éste forma parte de nuestro derecho interno para su aplicación.

dudas, a que el DIPr. convencional dé un “giro” que va en la dirección de adecuarse a las circunstancias que demanda la actualidad.

En primer lugar, es un hecho, el establecimiento de dos categorías o modalidades diferentes de Convenios en DIPr.: los convenios dogmáticos frente a los Convenios pragmáticos o de DIPr. Los primeros son aquellos en los que su objetivo radica principalmente en el reconocimiento o proclamación de derechos, son Convenios que invitan a los Estados Parte a modificar y armonizar sus legislaciones internas con las disposiciones convencionales o a promulgar normas de desarrollo que se integren en sus respectivos ordenamientos jurídicos, *v.gr.* Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 o en el ámbito público la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, pero que realmente no determinan su alcance jurídico. La segunda categoría de convenios, los pragmáticos o de DIPr. son aquellos instrumentos internacionales que ofrecen una respuesta específica de DIPr. a las situaciones internacionales actuales, estos convenios tienden a la unificación de los sistemas nacionales de DIPr. de los Estados participantes, mediante la elaboración de normas que resuelven los problemas de competencia internacional de autoridades, derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones²¹.

Como referencia puntual a los convenios pragmáticos o de DIPr. tenemos que expresar que éstos, en concreto, aportan luces tales como: unidad de objetivos, unidad de principios fundamentales y adecuación de técnicas jurídicas a la evolución socio-jurídica²². Así, hay ejemplos que demuestran que existen fórmulas nuevas o soluciones comunes a todo el Corpus Convencional: 1. La potenciación de la mediación, *v.gr.* en los litigios familiares internacionales; 2. La instauración de definiciones autónomas dirigidas a evitar interpretaciones divergentes o nacionalistas entre los Estados parte; 3. La incorporación, en diferentes etapas del *iter* convencional, de una serie de formularios modelos o estándar que simplifican la aplicación convencional suprimiendo formalidades y costes; y 4. El establecimiento de órganos de seguimiento de los Convenios que tienen doble función: contribuir a la interpretación y aplicación uniforme

21 García Cano, Sandra. “Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor”. En: García Cano, Sandra et Adam Muñoz, María Dolores (Dirs.). *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Madrid: Colex, 2004. Pág. 13.

22 *Ibid.* Págs. 22-25. La autora, en este sentido, expresa que “Esta adecuación de técnicas se observa fundamentalmente en los Convenios de DIPr. o pragmáticos, donde junto a una progresiva búsqueda de soluciones eficientes a las cuestiones clásicas se constata una apuesta decidida por el recurso a la cooperación internacional entre autoridades judiciales y administrativas ... no obstante, dicha adecuación de técnicas no es exclusiva de los Convenios de DIPr., y también se observa en algunos instrumentos dogmáticos”, Pág. 24.

del Convenio y además mejoran, progresivamente, el funcionamiento convencional²³ a través de la cooperación internacional entre autoridades.

No obstante lo anterior, cabe subrayar la existencia, por otra parte, de sombras en el sistema convencional, tanto dogmático como pragmático.

De esta manera comenzamos por poner en tela de juicio la eficacia (jurídico-político) convencional, unida, y así lo manifiesta la doctrina, a las deficiencias que padece el sistema convencional. En ese sentido, como decimos, nos encontramos con obstáculos de voluntad política o simplemente obstáculos formales tales como la ausencia de ratificación de dichos Convenios motivados por razones varias como puede ser el insistir, desafortunadamente, en las diferencias entre sistemas jurídicos que interactúan.

Otras sombras que permean al sistema convencional es, precisamente, las deficiencias estructurales que pueden concretarse en tres fundamentalmente: redacción, recepción o incorporación y aplicación de los Convenios.

En relación a la redacción el mayor obstáculo es la consecución de un compromiso entre los Estados participantes en su elaboración, además de la incorporación de reservas que pueden poner en peligro la universalidad de un convenio determinado.

En cuanto a la recepción o incorporación, hay que subrayar el largo recorrido desde la firma a la ratificación sin dejar de lado la efectiva realización de la reservas mencionadas, además hay que agregarle que en la división que estamos manejando entre convenios dogmáticos y pragmáticos, a los primeros se les da un carácter *self-executing*, lo que exige un desarrollo estatal posterior de sus disposiciones y en relación a los segundos, pragmáticos, son por regla general directamente aplicables lo cual implica por parte de los Estados una actitud positiva previa a la recepción.

No obstante, la aplicación directa de los tratados en el ordenamiento interno sigue siendo un problema grave, dado que los Convenios de DIPr. están planteados para tener efecto directo, al ser aplicados por

23 González Martín, Nuria. *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*. México. UNAM. 2006. s/p. García Cano, Sandra. *Protección del menor y la cooperación internacional entre autoridades*. Madrid. Colex. 2003. s/p.

autoridades administrativas y judiciales estatales en conflictos privados, la interpretación y alcance de los mismos descansa en dichas autoridades²⁴.

Por último, en cuanto al proceso de aplicación convencional, la última sombra estructural enunciada, hay que destacar, en primer término, la necesidad de divulgar e informar sobre la existencia y funcionamiento de estos Convenios en el que hay que comenzar por sus aplicadores, los órganos jurisdiccionales y, por otra parte, incidir en su redacción que afecta de manera paralela a su aplicación, es decir, el recurso convencional a las excepciones de orden público o las denominadas “cláusulas de salvaguardia”, recursos que son “sumamente peligrosos en su aplicación judicial, utilizables desde un punto de vista nacionalista, y que vienen restando eficacia a la obra convencional”²⁵.

Además de todo ello, no se debe dejar de atender las sombras que se derivan de la multiplicidad de instrumentos jurídicos que abordan, en apariencia, un mismo tema, es decir, podemos estar en presencia de una diversidad de instrumentos internacionales en relación a un mismo tema. Por regla general pueden cubrir diferentes parcelas materiales pero no es extraño encontrarse situaciones reguladas por varios instrumentos internacionales. No olvidemos, como acabamos de señalar que el desconocimiento de la diversidad de dichos instrumentos, puede provocar problemas, conflictos, inseguridad jurídica derivados de los propios aplicadores de la normativa convencional internacional²⁶. Puede ocurrir que para un caso concreto, en un mismo Estado o Entidades Federativas, los jueces determinen aplicables Convenios diferentes.

Toda esta incipiente reflexión nos lleva de la mano a realizar una afirmación que puede tener, por supuesto, muchas vertientes y perfiles que habremos de tomar en cuenta, es decir, la proyección del cambio de itinerario convencional a la Ley Modelo que genera, como veremos más adelante, muchas luces que son fundamentales atender.

24 Rábago Dorbecker, Miguel. “Codificación en Derecho internacional privado en México”. En: Cruz Barney, Óscar (Coord.). *La codificación*. México: Porrúa-Iberoamericana, 2006. Pág. 166.

25 García Cano, Sandra, “Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor” en García Cano, Sandra et Adam Muñoz, M^a Dolores (Dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional ... Op. cit.* Pág. 28.

26 No es fácil identificar el Convenio que resulte aplicable en un caso concreto, además de que ante una diversidad de convenciones, en principio aplicables al caso, ¿cuál se debe de aplicar?, y de ahí para solventar la cuestión habría que verificar las cláusulas de compatibilidad incorporadas en los respectivos Convenios en conflicto que tal y como expone García Cano “que por su vaguedad, no suministran criterios claros y definitivos”, García Cano, Sandra, “Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor” en García Cano, Sandra et Adam Muñoz, M^a Dolores (Dir.), *Sustracción internacional de menores ... Op. cit.* Pág. 29.

IV. ACERCA DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Acabamos de plantear, en relación a los Convenios de DIPr. o pragmáticos, una serie de luces y entre ellas traemos a colación en este momento una de las fórmulas nuevas o soluciones comunes al *Corpus Convencional* que es la delegación de las Autoridades Centrales en organismos privados debidamente autorizados que hacen una labor de cooperación internacional precisamente entre Autoridades.

Así, la cooperación internacional entre autoridades (CIA), vinculada tradicionalmente al fenómeno de la “cooperación jurídica internacional” o “asistencia jurídica internacional” tomó un curso, digamos, de expansión al constatarse que, por una parte, se amplía significativamente su objeto, extendiéndose no sólo a aspectos particulares del proceso distintos a su tradicional campo de acción, como son las medidas cautelares o la asistencia jurídica gratuita, sino extrapolándose a sectores cercanos pero distintos al proceso judicial *stricto sensu*, como son las comunicaciones extrajudiciales, por ejemplo²⁷.

Definitivamente hay una evolución de las técnicas de cooperación internacional que han influido en el derecho internacional privado y en el panorama de derecho internacional en general²⁸. En el caso particular del DIPr. precisamente con la creación e instauración de la figura de las autoridades centrales (AACC) en *el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial*, se da paso al establecimiento de estructuras específicas de cooperación entre los Estados parte de un convenio con objeto de alcanzar las respectivas finalidades convencionales²⁹.

Si nos extrapolamos, por ejemplo a la cooperación procesal civil internacional, tenemos tal y como expresa Rábago Dorbecker³⁰ que la

27 García Cano, Sandra. “Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: nueva serie, año XXXVIII, Núm. 112, enero-abril de 2005. Pág. 77.

28 *Ibid.*

29 En este trabajo no abordaremos la evolución y el análisis de las diferentes técnicas de cooperación internacional entre Autoridades Centrales, es decir, la vía diplomática, la vía consular, etcétera, por no ser objeto concreto del mismo. Para ello recomendamos la lectura de García Cano, Sandra, “Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado”. *Op. cit.* Págs. 75-119.

30 Rábago Dorbecker, Miguel. Capítulo VI “Ley aplicable al proceso con elemento extranjero, asistencia judicial internacional y cooperación internacional de autoridades”. En González Martín, Nuria (Coord.). *Lecciones de Derecho internacional privado mexicano. Parte General*. México: Porrúa-UNAM, 2007. s/p.

premisa fundamental es el derecho de todo individuo a tener acceso a la justicia. Debido a la complejidad de los procedimientos internacionales de carácter privado, la cooperación internacional es esencial para garantizar este principio existente en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así las cosas, una primera cuestión que se debe tratar es si los Estados tienen alguna obligación de cooperar en materia civil y mercantil o si es una facultad discrecional o de cortesía internacional.

La Carta de Naciones Unidas en su artículo 1.3 establece como uno de sus propósitos el realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario. Dicho propósito encuentra eco en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente en el artículo 89.X que menciona como principio para dirigir la política exterior por parte del Ejecutivo la cooperación internacional para el desarrollo. Si bien parece muy exagerado afirmar que tales disposiciones imponen una obligación a cooperar con autoridades judiciales y administrativas de otros Estados, sí establecen una declaración de buenas intenciones en esta materia.

Si bien parece que la discusión en torno a la obligación de cooperación resulta más bien teórica que práctica, este principio condiciona el desarrollo normativo tanto interno como convencional. En lo que se refiere al DIPr convencional una política de cooperación activa, implicaría no sólo la celebración de un gran número de tratados en la materia, sino su aplicación por parte de los órganos del Estado, en especial los judiciales. El DIPr autónomo o interno también se verá influenciado por este compromiso de cooperación, ya que una política de cooperación se vería acompañada de medidas legislativas coherentes con la misma. El auge de convenios internacionales tiene su base en el otorgamiento de derechos recíprocos que implican también una mayor eficacia para los actos del Estado participante en el extranjero³¹.

La pregunta sería si la ausencia de cobertura convencional exige un sistema de cooperación de origen legislativo interno unilateral, sin carácter recíproco.

31 Rábago Dorbecker, continuando con su exposición expresa que cabe señalar que esta cooperación no implica una obligación de reconocer la competencia de los tribunales extranjeros (competencia indirecta), ni una obligación de reconocer y ejecutar la decisión (artículo 545 del CFPC). A esta teoría se le denomina de la autonomía del procedimiento de cooperación judicial respecto al proceso principal. La fórmula del CFPC se tomó del artículo 9 de la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias.

Para una parte de la doctrina, la reciprocidad es vista como contraria a la tutela judicial efectiva y por ende con vicios de constitucionalidad³². Si bien es la base de las convenciones internacionales en la materia y de ahí su auge, la reciprocidad puede mermar el acceso a la justicia de las personas que no se encuentran cubiertas por el manto convencional y en los casos en los que la legislación interna exige la reciprocidad para cooperar con autoridades extranjeras. Nuestro sistema no recurre a la prueba de reciprocidad, sin embargo la única mención es en el caso de reconocimiento y ejecución de sentencias en las que si se incluye la reciprocidad negativa. En este caso es la menos gravosa de las pruebas de reciprocidad, ya sea desde el punto de vista probatorio, como desde el punto de vista de promover la cooperación internacional, ya que las acciones negativas podrían ejercer como una presión para reanudar la cooperación³³.

Retornando a los Convenios pragmáticos o de DIPr., éstos llevan implícitos el principio de cooperación internacional y ello implica, como acabamos de ver, un reparto de responsabilidad entre los Estados contratantes, tratando fundamentalmente de perseguir el respeto a los derechos fundamentales, en cualquier nivel, como puede ser el acceso a la justicia como indicamos al inicio de este apartado.

La cooperación internacional lleva implícita, a su vez, una serie de principios que van directamente conectados con esa labor de cooperación, entre ellos destacamos:

1. Control de las formalidades, en el sentido de que a cada Estado, en su ámbito interno, le corresponde señalar las formalidades, administrativas y judiciales, necesarias para poder dar curso al Convenio en sí, con sus especificidades y particularidades, incluso adecuando los procedimientos a las recomendaciones contenidas en las Convenciones.
2. Intervención de autoridades competentes, y en ese contexto tenemos que la Convención de La Haya de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción de menores es el primer convenio realmente especializado en la materia y en donde destaca, precisamente, la cooperación internacional entre Autoridades Centrales, en el que se fundamenta la cooperación recíproca entre

32 Virgós, M, Garcimartín, F. *Derecho procesal civil internacional. Litigación Internacional*. Madrid. Civitas. 2000. Pág. 34.

33 *Ibid.* Pág. 35.

los Estados contratantes, y la idea subyacente es la de promover la confianza y asegurar una relación efectiva de trabajo entre el Estado de origen y el Estado de recepción, sobre la base del respeto mutuo y la observancia de reglas muy estrictas, profesionales y éticas. La realización práctica de estas finalidades impuso la designación de una Autoridad Central por cada Estado contratante, encargada de cumplir las obligaciones que le asigna la Convención.

3. Carácter subsidiario, con el que habrá también que “cooperar” en el sentido expresado por diferentes preceptos y para diferentes situaciones en interés del bien protegido jurídico.
4. Igualdad en el trato; en el que se subraya la necesidad de gozar de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes en ambos Estados o entre los Estados que interactúen.
5. Certeza y seguridad jurídica con respecto a los procedimientos.
6. Rapidez en los procedimientos, con la idea de que no se menoscaben, en el *iter*, el interés y bienestar del grupo protegido; y así un largo etcétera que se determinará para los casos concretos que se pretendan resguardar.

V. PROYECCIÓN: DEL *ITER* CONVENCIONAL DE DIPR. A LA LEY MODELO COMO POSIBLE PROPUESTA

En DIPr., de su normativa convencional regional, podemos extraer dos notas de manera muy particularizada: la primera es la especialización temática que guía los trabajos del foro de codificación de la CIDIP. Tras el abandono de la idea de una codificación omnicompreensiva se dedica al estudio de temas concretos y especializados. Asistimos a una codificación caracterizada por la focalización temática. Ahora bien, y a pesar de lo anterior, la doctrina ha señalado varias dificultades en “la fase de codificación idealista” de este foro como la escasez de trabajos preparatorios, amplias agendas para cortas sesiones, peso de los factores políticos, predominio de los intereses particulares estatales, etcétera; ante esta situación, la doctrina propone que “para subsanar estas dificultades y facilitar la aplicación de las convenciones interamericanas debería crearse una jurisdicción especial o por lo menos, una sala especial de un tribunal ya existente (superior) que cuente con jueces preparados y que puedan desarrollar y uniformar

modernas soluciones consagradas en las convenciones”.³⁴ Propuesta que estimamos, actualmente, de difícil implementación.

La segunda nota es la visualización de dos etapas, a saber, una primera etapa donde la unificación se hace a través de Convenios (CIDIP Capítulos del I a V) y una segunda etapa donde la unificación deja de lado esta herramienta y se decanta por el uso de la Ley Modelo³⁵. Se observa de este modo un cambio en el *modus operandi* de la CIDIP el cual va de la utilización de técnicas de codificación “duras” o “rígidas”, tal y como la denominamos cuando nos referimos a las convenciones o tratados, a técnicas de codificación “blandas”, es decir, leyes modelo³⁶. Cambio que puede venir motivado por los defectos congénitos que los instrumentos convencionales presentan y que pueden llegar a ser superados por otros instrumentos que igualmente persiguen y consiguen la unificación del Derecho.

En este sentido encontramos las Leyes Modelo que vienen a representar un instrumento que supera ciertas deficiencias que llevan, en principio, implícitos los instrumentos convencionales.

Llegados a este momento, para poder visualizar correctamente la afirmación anterior, por un lado tenemos luces o ventajas de los tratados o convenios internacionales que se pueden resumir en:

1. La firma y ratificación de los Convenios permite saber de antemano las reglas de juego existentes en varios Estados. Además de unificar o superar no sólo las fronteras estatales sino también las familias jurídicas existentes que interactúan;

34 Maekelt.T. De, *et al.*, *Derecho Internacional Privado, Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*. 2 Vol. Caracas. U.C.V. 2000. Pág. 106.

35 Una Ley Modelo cumple objetivos diferentes de acuerdo a la organización jurídica y política de un país y de esta manera se puede dividir dichos objetivos en: 1. Ser un ejemplo a seguir en una determinada materia en las normas jurídicas nacionales; 2. Representación ideal de la organización jurídica; 3. Uniformidad normativa y de aplicación en donde destacamos que la existencia de jurisprudencia nacional aplicando dichas normas puede posibilitar la obtención de uniformidad en la solución de conflictos jurídicos conocidos por tribunales de justicia nacionales. Véase como ejemplo en la sección información la “Propuesta de Ley Modelo de acceso y división equitativa de beneficios producto de los recursos genéticos y la utilización de la tecnología genética” de Peña-Neira, Sergio. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*. México: Nueva Serie, Año XL, Núm. 121, enero-abril 2008.

36 Fernández Arroyo, D.P.: “La CIDIP VI: ¿cambio de paradigma en la codificación interamericana de Derecho Internacional Privado?” En: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*. México: Núm. 14, octubre 2003, Pág. 170.

2. Alta calidad técnica al estar realizados por expertos en la materia sobre la que versa dicho instrumento;

Por otro lado las sombras o inconvenientes de los tratados o convenciones se concretan en:

1. Anclaje a un determinado contexto social-político y económico;
2. La difícil modificación (y por ende adaptación) de su contenido;
3. La complejidad en su compatibilidad; en este sentido, cuando son varios los instrumentos convencionales que regulan un mismo supuesto de hecho (procedan o no del mismo foro de codificación) debemos averiguar la compatibilidad que existe entre ellos en orden a su aplicación;
4. La realización de reservas y/o declaraciones interpretativas. Ambas figuras hacen que se relaje en algunos puntos la pretendida unificación del derecho.

Por lo que toca a las características de las leyes modelo tenemos:

1. La Ley Modelo, elaborada por expertos, de igual calidad técnica que las Convenciones, se incorporan y positivizan en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados como parte de su normativa autónoma, común. De esta forma el cambio y evolución que llega a representar estos instrumentos mejoran las expectativas y la calidad “de vida” de las Convenciones.
2. Sostenemos, en este orden de ideas, que una Ley Modelo no requiere ratificación por parte de los Estados interesados; ni un número determinado de ratificaciones para que ésta entre en juego.³⁷ En este sentido estos instrumentos se lanzan con el propósito de ser tenidos en cuenta a la hora de modificar y/o legislar sobre una determinada materia.
3. Se originan como *soft law*³⁸ para su eventual aceptación e incorporación por aquellos Estados que gusten y quieran.

³⁷ *Ibid.* Pág. 158.

³⁸ Normas no vinculantes para los Estados.

4. Además su anclaje a una realidad superada es más difícil desde que el poder legislativo de cada uno de los Estados que decidieron acogerla puede introducirle tantas modificaciones como estime oportunas y en el momento en que crea que es conveniente por no responder a las necesidades que impone la actualidad. Lo anterior no requiere de consenso ni de mayorías ni propicia responsabilidad internacional.

VI. CONCLUSIONES: HACIA LAS VENTAJAS QUE CONSTITUYE LA LEY MODELO

Definitivamente hay un cambio en la metodología empleada en los foros de codificación que tradicionalmente han optado por tratados o convenciones como forma única para instrumentar la normativa internacional. El instrumento convencional, tal y como hemos venido expresando, adolece de muchos inconvenientes, como por ejemplo versar sobre los intereses estatales y, como no, su difícil incorporación en la normativa interna³⁹, aunque esta afirmación será matizada en breve.

Estamos ante un cambio, de paradigma si así lo quieren nombrar, que tiende hacia nuevas metodologías como son las recomendaciones, las guías de buena conducta y, muy especialmente, la ley modelo o el contrato modelo, reglas todas ellas mucho más flexibles que la vía convencional⁴⁰.

En ese sentido, tenemos que:

1. La Ley Modelo no es un instrumento vinculante, sino un “modelo” de ley que los Estados Miembros podrán:
 - Adoptar en su legislación interna;
 - Adaptar la legislación interna a los preceptos contenidos en la ley modelo, o
 - Simplemente considerarla para reformas posteriores a su propia ley⁴¹.

³⁹ Todo ello sin entrar en el tema de que el Estado sigue siendo actor único, sin darle su papel a los actores no estatales.

⁴⁰ Rábago Dorbecker, Miguel, “Codificación del derecho internacional privado en México” en Cruz Barney, Óscar (Coord.), *La codificación ... Op. cit.* Pág. 186.

⁴¹ Siqueiros, José Luis. “La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)”. En: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*. México: Núm. 11, mayo 2002, Pág. 16.

2. La Ley Modelo implementa, por regla general, la normativa convencional ya existente y, en ese sentido, continuará con el trabajo que en diversos ámbitos han desarrollado diversos organismos internacionales.
3. La Ley Modelo auxiliará a Estados nacionales a desarrollar una normativa jurídica nacional coherente con las necesidades del país y coherente con el sistema jurídico nacional, además de cumplir con el objetivo de que las leyes nacionales sean claras y transparentes.
4. La Ley modelo, en materia de cooperación internacional, puede fungir un gran papel desde el momento que propicia, sin lugar a dudas, la comunicación necesaria, ágil y veraz para interactuar entre Estados.
5. La Ley Modelo permite tener una guía, conceptos generales o específicos con los cuales dialogar y llegar a acuerdos entre los que propongan algún anteproyecto de ley relativo a la materia ya atendida por dicha ley modelo⁴².
6. Toda las bondades que venimos presentando en torno a la Ley Modelo son certeras y atinadas, ya que evitamos una técnica rígida como el Convenio internacional, o simplemente soslayamos la necesidad de ratificación con la consecuente ralentización del proceso de adopción y ya no digamos el uso o abuso del recurso a la reserva que realiza cada Estado dada la celeridad, normalmente, con la que se da la aprobación de los textos interamericanos. En ese sentido, podríamos tener elementos contundentes de los enunciados para posicionarnos a favor del cambio de metodología, como es no obviar el carácter obsoleto que rápidamente cobra instrumentos internacionales con materias tan dinámicas como las que presenta el DIPr., o los derechos que se demandan por parte de los grupos vulnerables, es decir, en función de la materia regulada cobra un interés especial desviar la técnica de reglamentación internacional del *iter* convencional hacia la Ley Modelo o viceversa, además de atender la situación del momento y las circunstancias que rodean la negociación de un determinada materia a nivel internacional.

42 Peña-Neira, Sergio, "Propuesta de Ley-Modelo de acceso y división ... *Op. cit.*

7. Otra cuestión es la dinámica que han tenido las convenciones interamericanas. A pesar de la falta de ratificación, en términos generales, de los instrumentos interamericanos, se ha visto palpablemente que sus normas han influido notablemente en la normativa nacional de los Estados miembros y ello se traduce, sin lugar a dudas y aunque parezca una contradicción, a que la normativa convencional, con todo su protocolo y requisitos, ha fungido como ley modelo en multitud de supuestos. De esta manera tenemos como por ejemplo la normativa convencional de la CIDIP, ha sido un modelo para la normativa nacional con un efecto de evolución y modernización⁴³.

Para finalizar, hay que expresar que existen otras reglas de codificación, tal y como enunciamos, pero destaca una por su gran importancia como es la *lex mercatoria*. La aplicación de la misma depende, en gran medida, de la laxitud del derecho estatal al aplicar la autonomía de la voluntad, o en la medida en que los tribunales arbitrales decidan sin tener un ordenamiento jurídico de base o de manera deslocalizada, la autonomía de la voluntad no necesariamente implica una mayor tendencia hacia la armonización o unificación del DIPr.⁴⁴

La tendencia deriva hacia la elaboración de instrumentos que se ocupan con mayor profundidad a temas sustanciales mediante la preparación de leyes modelo o de estudios de derecho uniforme⁴⁵, en el que se aprueba recomendar a los Estados Miembros divulgar el texto y promover su utilización en el ámbito interamericano⁴⁶.

43 Samtleben, J. "Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea". En: *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado*. Madrid: 1993, Pág. 302.

44 Rábago Dorbecker, Miguel, "Codificación del derecho internacional privado en México", en Cruz Barney, Óscar (Coord.), *La codificación ... Op. cit.* Pág. 190. Por otra parte, no hay que dejar de decir que "las normas que normalmente se identifican como pertenecientes a la *lex mercatoria* son 'introducidas' en los instrumentos internacionales elaborados por organizaciones intergubernamentales o cuando éstos reconocen la eficacia de aquéllas, per se o a través de la voluntad de las partes". Fernández Arroyo, Diego P., "La CIDIP VI: ¿Cambio de paradigma en la codificación ... Op. cit. Pág. 154.

45 Se abre, pues, un amplio abanico de posibilidades entre distintos mecanismos jurídicos –leyes modelo, guías jurídicas, leyes uniformes– que ya se han ensayado con éxito en otros foros multilaterales, v. gr. UNCITRAL. De hecho, en el documento preparado por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional, de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos (OEA), CJI/doc.7/95 de 16 de agosto de 1995, en la definición de "instrumentos jurídicos", se incluye a las leyes modelo. Siqueiros, José Luis. "El desarrollo del derecho internacional privado en el ámbito interamericano". En: Comité Jurídico Interamericano. *Curso de derecho internacional*, XXV, 1998, Secretaría General, Washington: 1999, Pág. 53.

46 Siqueiros, José Luis. "La Sexta Conferencia Especializada Interamericana Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)". *Op. cit.* Pág. 25.

VII. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

1. Barrère Unzueta, María Angeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de mujeres*. Civitas, Madrid. 1997.
2. Becerra Ramírez, Manuel (Coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México. UNAM. 2007.
3. Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México. UNAM. 2006.
4. Fernández Arroyo, D.P.: "La CIDIP VI: ¿cambio de paradigma en la codificación interamericana de Derecho Internacional Privado?" En: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*. México: Núm. 14, octubre 2003.
5. García Cano, Sandra. "Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005.
6. _____. "Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor". En: García Cano, Sandra et Adam Muñoz, María Dolores (Dirs.). *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Madrid: Colex, 2004.
7. _____. *Protección del menor y la cooperación internacional entre autoridades*. Madrid. Colex. 2003.
8. González Martín, Nuria et Chávez Sánchez, Odalinda. *Dos temas torales para los derechos humanos: las acciones positivas y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. México. UNAM-CNDH. 2008.
9. González Martín, Nuria. *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*. México. UNAM. 2006.

10. _____. “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”. En: Carbonell, Miguel et Pérez Portilla, Karla (Coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.
11. _____. “Notas sobre las políticas de acción positiva en los Estados Unidos de América”. En: Jiménez Lara, María José et Franco Rojas, Ricardo (Coords.). *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*. Sevilla: Mergablum, 2002.
12. Guerra González, Gisela. *Derechos de los pueblos indígenas: legislación en América Latina*. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 1999.
13. Maekelt, Tatiana de, et al., *Derecho Internacional Privado, Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*. 2 Vol. Caracas. U.C.V. 2000.
14. Peña-Neira, Sergio. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*. México: Nueva Serie, Año XL, Núm. 121, enero-abril 2008.
15. Rábago Dorbecker, Miguel. Capítulo VI “Ley aplicable al proceso con elemento extranjero, asistencia judicial internacional y cooperación internacional de autoridades”. En González Martín, Nuria (Coord.). *Lecciones de Derecho internacional privado mexicano. Parte General*. México: Porrúa-UNAM, 2007.
16. _____. “Codificación en Derecho internacional privado en México”. En: Cruz Barney, Óscar (Coord.). *La codificación*. México: Porrúa-Iberoamericana, 2006.
17. Samtleben, J. “Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea”. En: *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado*. Madrid: 1993.
18. Santiago Juárez, Mario. *Igualdad y acciones afirmativas*. México. UNAM. 2007.
19. Siqueiros, José Luis. “La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)”. En: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*. México: Núm. 11, mayo 2002.

20. _____. "El desarrollo del derecho internacional privado en el ámbito interamericano". En: Comité Jurídico Interamericano. *Curso de derecho internacional*, XXV, 1998, Secretaria General, Washington: 1999.

21. Virgós, M, Garcimartín, F. *Derecho procesal civil internacional. Litigación Internacional*. Madrid. Civitas. 2000.

B. Electrónicas

1. Valadés, Diego. "Una saludable reforma". *El Universal*, México, 28 de febrero de 2007. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/36902.html>. Consultada en septiembre de 2009.

C. Jurisprudenciales

1. Amparo en revisión 1475/98 promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo de 11 de mayo de 1999 con el rubro: Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Novena Época, Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta Tomo X, noviembre de 1999, tesis, PLXXVII/99.

D. Otras referencias

1. Comité de Derechos Humanos, Observación General Núm. 8, No discriminación, Párr. 1.