

AÑO 8, NÚMERO 14, ENERO - JUNIO 2024

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

EDITORA INVITADA:

YARITZA PÉREZ-PACHECO

14 | Centro de Investigaciones
JURÍDICAS / UACJ

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

Juan Ignacio Camargo Nassar
Rector

Daniel Constandse Cortez
Secretario General

Antonio de la Mora Covarrubias
Director General de Servicios Académicos

Jesús Meza Vega
Director General de Comunicación Universitaria

Alonso Morales Muñoz
Director del Instituto de Ciencias Sociales y Administración

Revista Especializada en Investigación Jurídica

EDITORES RESPONSABLES
Wendolyne Nava González
Javier Ignacio Camargo Nassar

EDITORA INVITADA
Yaritza Pérez-Pacheco

COMITÉ EDITORIAL
Diego Barría Traverso (Universidad Santiago de Chile)
José Antonio Estévez (Universidad de Barcelona, España)
Salvador Martí (Universidad de Girona, España)
Jaime Fernando Cárdenas Gracia (Universidad Nacional Autónoma de México)
Jorge Alberto González Galván (Universidad Nacional Autónoma de México)
Fernando Barrientos (Universidad Autónoma de Guanajuato, México)
Manuel Bermúdez Tapia (Universidad Privada de San Juan Bautista, Perú)
Ares Nahim Mejía Alcántara (Universidad Nacional Autónoma de México)
Gisselle De la Cruz Hermida (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)
Hugo Manuel Camarillo Hinojoza (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México)
Gerardo González Rentería (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México)
Carlos Alberto Martínez Beltrán (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México)

Revista Especializada en Investigación Jurídica

Año 8, Número 14, es una publicación semestral, electrónica, indexada, arbitrada por pares nacionales e internacionales de publicación continua, editada por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas, con recursos propios. Av. Universidad y H. Colegio Militar (zona Chamizal) s/n, CP. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México, Tel. (656) 6883800, extensión 3656. Página web: <http://reij.uacj.mx>; Correo electrónico: reij@uacj.mx. Editores responsables: Wendolyne Nava González y Javier Ignacio Camargo Nassar. Reserva de uso exclusivo No. 04-2021-053118361700-203, otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor. ISSN:2448-8739. Responsable de la última actualización de este número: La Dirección General de Difusión Cultural y Divulgación Científica, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Tel. (656) 6881824, ext. 1974. Las opiniones expresadas en los artículos son responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total de los contenidos e imágenes, siempre y cuando se cite la fuente.

AÑO 8, NÚMERO 14 · ENERO - JUNIO 2024

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas

...

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

5

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Panorama general de la normativa procesal mexicana relacionada con los problemas de tráfico jurídico internacional

Jorge Alberto Silva, Academia Mexicana de Derecho Inter
ORCID: 0000-0003-0809-5916

8

La cooperación procesal internacional en los procesos concursales en México

Rosa M. Rojas Vértiz, Escuela Libre de Derecho
ORCID: 0000-0001-7806-7393

22

Los matrimonios por conveniencia en España: un viejo problema sin aparente solución

Alfonso Ortega Giménez,
Universidad Miguel Hernández de Elche, Alicante
ORCID: 0000-0002-8313-2070

42

Análisis del artículo 666 del nuevo Código de Procedimientos Civiles y Familiares mexicano en relación con los procesos de carácter internacional sobre niñas, niños y adolescentes.

María Virginia Aguilar, Universidad Nacional Autónoma de México
ORCID: 0000-0002-6988-8445

60

La sociedad comercial digital y la e-Lex Mercatoria

Israel Cedillo Lazcano, Universidad de las Américas, Puebla, México.
ORCID:0000-0001-8268-8440

71

PRESENTACIÓN

Damos la bienvenida a la edición número 14 de la *Revista Especializada en Investigación Jurídica* de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. En esta ocasión, los artículos son el producto de una selección de cinco ponencias presentadas en el XLVI Seminario Nacional de la Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado, celebrado en noviembre de 2023, en Cholula, Puebla, los cuales destacan por su contribución a la ciencia jurídica. Los académicos y expertos que contribuyen en este número han realizado un trabajo riguroso para ofrecer a nuestros lectores perspectivas fundamentadas sobre los desafíos legales de nuestra sociedad.

El primer artículo, “Panorama general de la normatividad procesal mexicana relacionada con los problemas de tráfico jurídico internacional”, de Jorge Alberto Silva, ofrece un detallado análisis de la normatividad procesal en México, especialmente en el ámbito del derecho civil y familiar, enfocándose en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. El artículo examina la evolución legislativa y las implicaciones prácticas de estas normativas en el tráfico jurídico internacional, destacando la importancia de una regulación adecuada para abordar los desafíos actuales en el ámbito procesal internacional.

El segundo artículo, “La cooperación procesal internacional en los procesos concursales en México”, de Rosa María Rojas Vértiz, analiza la modernización de la regulación de los concursos de acreedores en México, introducida por el Código Nacional de Procedimientos Civiles

y Familiares. El artículo destaca la importancia de incorporar las leyes modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza y sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias relacionadas con casos de insolvencia, para proporcionar al código las herramientas necesarias para resolver adecuadamente procedimientos de insolvencia con elementos transfronterizos. La autora argumenta la necesidad de estas incorporaciones para mejorar la eficacia de los procesos concursales en contextos internacionales.

El tercer artículo, “Los matrimonios por conveniencia en España: un viejo problema sin aparente solución”, de Alfonso Ortega Giménez, aborda un fenómeno creciente en España relacionado con los matrimonios por conveniencia. Estos matrimonios, celebrados principalmente con el fin de obtener beneficios en materia de nacionalidad y extranjería, constituyen un fraude a las normas legales. El autor examina la doctrina registral y la jurisprudencia española reciente para definir y caracterizar estos matrimonios, analizar sus indicios, efectos y las posibles formas de combatirlos. Concluye que los matrimonios por conveniencia son una realidad en aumento en España y que los tribunales han comenzado a responder con medidas legales para anular estos enlaces fraudulentos.

El cuarto artículo, “Análisis del artículo 666 del nuevo Código de Procedimientos Civiles y Familiares mexicano en relación con los procesos de carácter internacional sobre niñas, niños y adolescentes”, de María Virginia Aguilar, examina la importancia de la defensa especializada en el ámbito del derecho familiar e internacional en México, con un enfoque particular en la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tal y como se establece en el artículo 666 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. El estudio destaca la necesidad crítica de una especialización legal obligatoria que se alinee con tratados internacionales y la legislación nacional para abordar las lagunas legales y los desafíos interpretativos presentes en la legislación actual. La autora concluye que una formación especializada es indispensable para garantizar la protección efectiva de los derechos de los menores en situaciones transfronterizas.

Finalmente, el quinto artículo, “La Sociedad Comercial Digital y la e-Lex Mercatoria”, de Israel Cedillo Lazcano, aborda la evolución de los mercados digitales y la necesidad de un conjunto de normas dinámicas que respondan a las necesidades endógenas de estos mercados. El autor analiza el concepto de *e-lex mercatoria* como un paradigma transicional que permite a los mercados digitales autoestructurarse y autorregularse. Examina cómo estos mecanismos de autoestructuración complementan el marco jurídico vigente y promueven su evolución, destacando la importancia de una regulación adecuada para mantener la salud y dinamismo de los mercados digitales.

Como siempre, la *Revista Especializada en Investigación Jurídica* se compromete a mantener los más altos estándares de calidad académica y a promover el diálogo y el intercambio de ideas en el ámbito jurídico. Agradezco la invitación que me hiciera la Dra. Wendolyne Nava González, Editora en Jefe, para colaborar en este número, el cual esperamos sea una contribución al avance del conocimiento jurídico y genere un impacto positivo en la comunidad académica y profesional.

No podemos dejar de agradecer a todos los autores, revisores y colaboradores que han hecho posible la publicación de este número. Su dedicación y compromiso son fundamentales para el éxito de nuestra revista y para mantenerla como un referente en la investigación jurídica.

Las y los invitamos a leer las contribuciones de este número y disfrutar de los valiosos aportes que ofrecen los autores. Estamos seguros de que encontrarán una lectura estimulante y enriquecedora para su desarrollo académico y profesional.

Dra. Yaritza Pérez Pacheco
Editora invitada



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

DOI: <http://dx.doi.org/10.209883/reij.2024.1.1>

FECHA DE RECEPCIÓN: 06 de noviembre 2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 07 de marzo 2024

Panorama general de la normatividad procesal mexicana relacionada con los problemas de tráfico jurídico internacional

Overview of mexican Procedural Normativity Related to international legal traffic issues

RESUMEN

El presente documento procura mostrar un panorama de la normatividad procesal asociada con las relaciones internacionales, especialmente el apartado del derecho civil y el familiar, principalmente, la nueva codificación procesal civil y familiar mexicana. Se trata de un bosquejo de esta parte del mismo.²

Palabras clave: Derecho procesal, tráfico jurídico internacional, código nacional

ABSTRACT

This document seeks to show an overview of the procedural regulations associated with international relations, especially the section of civil and family law, mainly, the new mexican civil and family procedural codification. This is a sketch of this part of it.

Keywords: Procedural law, international legal traffic, national code

1 Profesor Jubilado de Derecho de los conflictos y Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado. Promotor de la AMEDIP e investigador nacional Conahcyt. ORCID: 0000-0003-0809-5916.

2 Gran parte de lo que aquí proporciono se encuentra en la obra de González, N. y Silva, J. A. (2023) *Comentarios a la normatividad procesal en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*. Tirant Lo Blanch. Igualmente, la temática puede consultarse en Silva, J. A. (2011). *Derecho internacional sobre el proceso*. Porrúa.

INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido por los abogados, en México contamos ahora con un nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCyF) que sustituye a los 32 códigos de las entidades federativas, así como al Código Federal de Procedimiento Civiles (CFPC), al igual que otros tantos códigos de procedimientos familiares que surgieron.

Todo comenzó con la reforma constitucional que le atribuyó competencia legislativa al Congreso de la Unión para expedir un código como el que ahora tenemos. Se le otorgó al Congreso un periodo de seis meses para realizar el cambio, pero, se terminó el gobierno que lo aprobó y el actual no hizo nada, sino hasta después de demandas contra el mismo gobierno federal para que cumplierse con su tarea. Hubo algunos diputados que elaboraron proyectos, pero ninguno prosperó. Finalmente, debido a la orden del Poder Judicial de expedir el código, se formó uno que fue encabezado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (Conatrib).

Este proyecto de Conatrib funcionó como el mecanismo que activó la obligación de elaborar un código. Era semejante al CFPC con algunos cambios, ya que se suprimieron algunas disposiciones procesales de naturaleza internacional que ya venían de las reformas de 1988, omitió toda la temática competencial internacional. A partir de la orden del Poder Judicial, y el desacato constitucional en que ya se había incurrido, el Senado tuvo que acelerar el proceso para cumplir con la obligación. Ante la problemática y falta de un proyecto bien estructurado, se decidió convocar a un parlamento abierto, escuchando a diversos sectores de la sociedad para reunir

ideas, reorientarse en la temática y elaborar un proyecto oficial. Concurrieron ideas de diversos tipos, una de ellas de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, que proporcionó una propuesta completa sobre la normatividad procesal en su enfoque constitucional, de la que carecía el proyecto de Conatrib.

Mientras tanto, el Senado pidió prórrogas al Poder Judicial para contar con un proyecto. Al concluir los trabajos del parlamento abierto, el Senado, para conformar el proyecto final, designó a varias personas para revisar las ideas y propuestas recibidas durante varios meses para que elaboraran un proyecto (Grupo Técnico Revisor del Senado). A partir de las conclusiones del grupo de trabajo, y sin ajuste alguno por parte de los legisladores, lo habido conformó el proyecto que entró al Senado y luego a la Cámara de Diputados, agregándosele únicamente una Exposición de Motivos, y sin discusión alguna el proyecto fue aprobado por unanimidad.

Finalmente, el Libro Décimo del citado código fue obra exclusiva de la Academia, salvo algunos ajustes, enmiendas y eliminaciones que el Grupo Técnico Revisor realizó. Hay otros apartados en el CNPCyF que fueron propuestos por la Academia, pero quedaron alojados en otros libros del código. En general, podemos decir que un 80% de las propuestas de la Academia fueron tomadas en cuenta. Ciertamente, el código adolece de diversos elementos

que debieron tomarse en cuenta, otros, que solo son repetición del pasado, varias contradicciones y hasta con repeticiones de textos.

En el campo procesal, propio del internacional, se logró introducir temas relacionados con la competencia internacional, normatividad conflictual internacional, conocimiento del derecho extranjero, medios para conocerlo, disposiciones propias de la cooperación internacional, etcétera. Se retomó del derecho convencional internacional diversas disposiciones que, en opinión de varios jueces, eran desconocidas.³ El viejo ambiente exclusivista de la *lex processualis fori* y la *lex decisoria litis*, ceden, aunque parcialmente, ante las realidades del mundo actual.

Cabe agregar que las disposiciones de este código solo son operantes en materia procesal, ya que el apartado de derecho sustantivo queda en las entidades federativas. Además, que para la entrada en vigor, habrá que pasar por una *vacatio legis* amplia.

ESTRUCTURA DEL LIBRO DÉCIMO

El Libro Décimo se denomina “De los procesos de carácter internacional”, que van desde el artículo 1116 al 1191. Total, 75 artículos. A los que hay que agregar los que están diseminados en varios libros,

³ La mayor parte de los artículos en este código son casi transcripción de textos del libro de Silva, J. A. (2011). *Derecho internacional sobre el proceso*. Porrúa.

entre otros, los artículos 1, 181, 266, 267, 318, 587, 696, 798, 805, relacionados con temas como fuentes de la normatividad internacional, honorarios de abogados, aplicación del derecho extranjero, documentos, notificaciones o emplazamientos, testamentos, sucesiones. Temas que obviamente debieron haber quedado en el Libro Décimo, pero que por algunos desacuerdos en el Grupo Técnico Revisor, fueron alojados en otros apartados, incluso con cambios.

Cabe destacar que gran parte de la normatividad internacional quedó albergada en un apartado más unido y coherente. Lo poco que había en los viejos códigos se encontraba desperdigado a lo largo de cada texto, la mayoría solo se ubicaba en el derecho convencional internacional, operante únicamente para países signantes.

En la nueva codificación, diversas disposiciones del derecho convencional internacional fueron incorporadas como parte del derecho de fuente interna, se les dio difusión a las ya previstas frente a otros países; el hecho es que solo en unas cuantas entidades federativas se habían acogido. Por desgracia, quedaron elementos desacreditados y fuera de época, como la exigencia de reciprocidad (Silva, 2022) o la introducción de sentencias extranjeras por medio de exhorto. De igual manera, se minimizaron o eliminaron algunas propuestas de la Academia, como es el caso de las reglas de competencia exclusiva, las de

competencia abusiva, competencias exorbitantes, gestación por sustitución, algunas disposiciones sobre derecho familiar, se fusionó para una sola ley el acto matrimonial con patrimonio matrimonial, etcétera.

FUENTES DE LA NORMATIVIDAD PROCESAL INTERNACIONAL

Las fuentes de la normatividad internacional son abordadas en diferentes disposiciones de la codificación. Entre otras: la Constitución política, a propósito de los derechos humanos y los tratados o convenios internacionales (art. 1). Reiterando convenios y tratados internacionales, el presente código renueva el interés superior de niñas, niños y adolescentes, así como con perspectiva de género (art. 5); pueblos y comunidades indígenas (arts. 6 y 135); envío de exhortos al extranjero (art. 226); excepciones para comparecer a juicio (art. 289, fracc. III); legalización de documentos (art. 314); órdenes de protección hacia la mujer (art. 576); restitución de menores (arts. 641 y 1151); adopción de menores (arts. 653 y 1018, fracc. I); participación de cónsules extranjeros en casos de sucesión *mortis causae* (art. 696); procedimientos (arts. 1116, 1129, 1130, 1145); tratamiento de sentencias extranjeras (art. 1183); documentos y pruebas (art. 1139).

Al lado de estas, encontramos algunas directivas como las que asientan que en el sistema de impartición de justicia se ten-

derá a la solución de la controversia sobre los formalismos procesales, frente a la que impone la *lex proccesualis fori*, salvo disposición en contrario.

En cierta forma perdura un enfoque formalista, aunque al momento de aplicarse el derecho se procura hacer presente la función creadora de los jueces al interpretar la normatividad procesal.

COMPETENCIA INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO

Un tema que para muchos era asunto del derecho internacional público, y casi desconocido entre los abogados, fue el de la competencia del Estrado mexicano para conocer, resolver, ejecutar y cooperar en el ámbito internacional. A diferencia de códigos anteriores que no parecían diferenciar la competencia del estado mexicano y de sus órganos de gobierno, el actual resalta esa diferencia. La competencia del estado, previsto en el derecho convencional internacional, fue llevado a la nueva codificación. Ni siquiera el Proyecto de ley del Senado tomó en cuenta la normatividad competencial.⁴ Presento algunas de las disposiciones que sobre competencia internacional acoge el nuevo código:

Determina foros de competencia internacional para designar al estado mexica-

no como competente para conocer de un asunto de tráfico jurídico internacional.

Por lo general, se sostiene el foro domiciliar en casos de derecho de familia (*v.g.*, matrimonio, divorcio, efectos del matrimonio), bienes, se fijan reglas sobre litisconsorcio, acciones derivadas de un hecho ilícito. Pero en el caso de niñas, niños y adolescentes, se acoge el foro de la residencia habitual.

Tratándose de sucesiones se sigue el foro tradicional: último domicilio del *de cuius*. Pero se establece una regla especial: “Si una persona hubiese tenido domicilio en el territorio nacional y falleció en el extranjero y no se hubiese iniciado el procedimiento sucesorio en el extranjero dentro de los siguientes tres meses a partir de la fecha de su fallecimiento, será competente la autoridad jurisdiccional nacional”.⁵

⁴ Proyecto de los senadores Ricardo Monreal Ávila y Julio Menchaca Salazar, de 30 de noviembre de 2021.

⁵ Se ha tomado en cuenta que hay mexicanos que fallecen en Estados Unidos de América y dejaron algún bien en México (objeto o materia de la sucesión), caso en el que normalmente quedan varios herederos en México. La práctica nos muestra que hay personas herederas que, aunque residen en Estados Unidos de América, prefieren no reclamar nada de los bienes que pudieran ser de su pertenencia y que quedan en México. Por lo general, cuando hay algún inmueble (generalmente, con un valor pequeño), y hay varios herederos o legatarios que se encuentran en Estados Unidos de América, estos prefieren no participar en la sucesión (tal vez para no gastar y evitar tener dificultades con la familia). Piensan que lo que les podría corresponder es menor al gasto que tendrían que hacer (*v.g.*, pago de abogados, traslados, notarios y “pérdida” de tiempo). Aunque se les ha tratado de convencer para que renuncien a sus derechos y se continúe con la sucesión en México. Por lo general, estos herederos, aunque vivían en una situación precaria en México, en la actualidad disponen de ciertos bienes, fruto de

Al eliminarse las reglas de competencia exclusiva, que ya estaban en la vieja codificación, y con lo que tendrán problemas nuestros jueces, en el caso de foros renunciables se admite la autonomía de la voluntad para elegir el foro deseado. En general, se receptan en el derecho de fuente interna las disposiciones del Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro. Se rechaza esa elección en algunas hipótesis como en el caso de cuestiones alimenticias, capacidad de las personas físicas, responsabilidad extracontractual, derechos reales sobre bienes ubicados en el territorio mexicano, validez de las inscripciones en los registros públicos, y demás establecidos en las leyes nacionales.

Ante el temor de una denegación de justicia en el ámbito internacional (diversos foros de la comunidad internacional se declaran incompetentes), México podrá asumir la competencia para conocer y decidir.

Se fijan reglas para determinar la competencia en los casos de reconversión de una demanda.

En el caso de que un asunto ya estuviese bajo los tribunales de otro estado, al igual que en México (litispendencia internacional), se fijan reglas claras para establecer la competencia.

su trabajo y esfuerzo, y no desean reclamar sus derechos sucesorios.

DERECHO PROBATORIO EN LA ESFERA INTERNACIONAL

En el tema probatorio, se acata, en lo posible, lo ya establecido en la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia Civil o Comercial; el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Cabe decir que el derecho de fuente interna, sobre todo el de la mayoría de los códigos de las entidades federativas, ni siquiera tomaba en cuenta estas fuentes.

Los medios probatorios principales son la documental y la testimonial, pero también se enfatiza en ciertos objetos probatorios como paso a explicar.

a) Prueba documental

Algunas de las disposiciones sobre la temática son las siguientes:

Se reconocen los documentos públicos provenientes del extranjero, aunque, ante las dudas, se dejó la posibilidad de realizar cotejos.

Se admiten documentos firmados en forma autógrafa o electrónica, simple o avanzada.

Se reiteró la hipótesis que indica que la obligación de exhibir documentos y bienes en procedimientos que se sigan en el extranjero, no comprenderá

la de exhibir documentos o copias de documentos identificados por características genéricas, esto para evitar la toma en consideración del *pre-trial discovery of documents* (Siqueiros, 1988-1989, p. 14), del que ya daba cuenta la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

Se continúa con el reconocimiento de documentos apostillados o legalizados.

b) Declaraciones testimoniales

Algunas de las disposiciones sobre la temática son las siguientes:

Las declaraciones testimoniales podrán realizarse acorde con la normatividad procesal extranjera, a menos que con ello se vulneren derechos humanos.

Tratándose de documentos existentes en archivos oficiales bajo el control de funcionarios del gobierno mexicano, así como declaraciones de estos funcionarios, no se podrá desahogar prueba testimonial con respecto a sus actuaciones en su calidad de funcionarios.⁶

⁶ Como decía el Prof. García Moreno, según la codificación abrogada, expresaba que: "... uno de los vicios o abusos que con más frecuencia se venía dando (hasta antes de la codificación) es que muchos juicios en contra del gobierno mexicano o empresas paraestatales, que se ventilaban ante cortes norteamericanas, se requería a aquellos para que exhibieran archivos enteros o demasiadas copias de documentos que se encontraban en archivos públi-

Tratándose de sentencias, laudos arbitrales o resoluciones jurisdiccionales que únicamente vayan a utilizarse como prueba, será suficiente que las mismas llenen los requisitos necesarios para ser consideradas como documentos auténticos.

Cuando la sentencia no evidencie los requisitos anteriores, la autoridad jurisdiccional requerida podrá solicitar otros medios de prueba para constatar que se cumplen tales.

c) Pruebas periciales

Se podrá ordenar el desahogo de dictámenes o pruebas periciales a cargo de expertos mexicanos o extranjeros, esto es, no restringiéndose a expertos mexicanos.

d) Prueba del estado civil

El estado civil o análogo se acreditará mediante documento, salvo que dejaren de existir los registros o constancias, se admitirá cualquier medio de prueba que acredite dicho estado, lo que se encontraba en las codificaciones anteriores (Silva, 2003, 2017).

La nueva disposición torna en nimias o innecesarias las prescripciones de las entidades federativas que exigían que el estado civil adquirido en el extranjero tenía que volverse a registrar en México (SJF,

cos, y como la mayoría de las veces era imposible acceder a tan absurda petición el resultado era una sentencia condenatoria" (García, V. C, 1989, p. 354) (García, 1991, p. 37).

20159). La Convención de Naciones Unidas sobre Consentimiento para contraer Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro no obliga a tener que registrar un matrimonio extranjero. Disposición que desde antes ya había confirmado un tribunal colegiado (Tercera Sala, AD 2862/72, registro: 240399).

SUCESIONES EN LA ESFERA INTERNACIONAL

En el procedimiento de sucesión *mortis causae* de personas extranjeras, se dará a los cónsules o agentes consulares, la intervención que les conceda la ley, los tratados o los usos internacionales. De manera que se deberá tomar en cuenta lo prescrito por diversos convenios internacionales, entre otros, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, al igual que otro sinnúmero de convenios internacionales.

En el caso de los testamentos otorgados en país extranjero, serán declarados válidos por la autoridad jurisdiccional competente cuando hayan sido formulados de conformidad con las leyes del país en que se otorgue y no contravengan al orden público mexicano, siguiendo las reglas de aplicación e interpretación que contempla la legislación sustantiva de cada entidad federativa (Silva, 2002).

Se reitera la participación de los notarios en el trámite de la sucesión, pero hace énfasis en testamentos consulares, de los que solo se conocían por medio de los con-

venios internacionales. Ahora la disposición se hace presente en una ley de fuente interna.

Tratándose de sucesiones de personas extranjeras, las autoridades jurisdiccionales y notariales nacionales deberán avisar a la Secretaría de Relaciones Exteriores para todos los efectos legales y consulares a que haya lugar.

En realidad, no es mucho lo que se ha avanzado en el tema sucesorio. Aún suele dominar la exclusividad y desconfianza hacia lo extranjero, siguiendo el adagio *lex non valet extra territorium*.

DERECHO DE FAMILIA EN LA ESFERA INTERNACIONAL

En el derecho de familia se acogen diversas disposiciones en su reglamentación; todas, derivadas del derecho convencional internacional. Muchas de las cuales ni siquiera habían sido tomadas por el derecho de fuente interna.

Destaca el derecho de visita y custodia de niñas, niños y adolescentes cuyos padres radiquen en países diferentes.

Se enfatiza, igualmente, en la restitución internacional, para lo cual se le dedican varios artículos, bastante amplios, que cubren las problemáticas habidas con algunos jueces mexicanos frente a los convenios internacionales.⁷

⁷ Los tribunales judiciales han abordado en esta temática, tal vez la más sobresaliente tratándose de

De forma análoga a lo previsto en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la codificación prescribe que el juez del Estado donde se encuentre un menor sustraído ilegalmente adoptará, según su *lex fori*, las medidas adecuadas para asegurar su custodia o guarda provisional, incluso para impedir la salida del menor del territorio.

Destaca, sobremanera, que toda resolución relacionada con niñas, niños y adolescentes deberá velarse por su interés superior.

ORDEN JURÍDICO DESIGNADO PARA REGULAR UN SUPUESTO

Propio del Derecho Internacional Privado se reitera que la naturaleza del derecho extranjero que es y debe calificarse como derecho y no como hecho, como lo hacía la mayoría de las codificaciones de las entidades federativas, salvo en lo prescrito por el CFPC que, tras las reformas de 1987-88, dejó la calificativa de hechos por la de derecho (Barrios, 1989, pp. 55-56).⁸

Destaca el hecho de que la mayoría de las entidades federativas habían sido omisas en la toma en consideración de la nor-

matividad de un supuesto normativo por el derecho extranjero. Ahora, al menos en el apartado procesal, habrá que tomarlo en cuenta; no así en el ámbito sustantivo, pues las entidades federativas continúan siendo las competentes para esta normatividad.

De igual forma, se dejó atrás la carga de probar el derecho extranjero, que recaía en las partes del proceso para obligar al juez a realizar lo necesario para conocerlo, siguiendo con ello las pautas del derecho convencional internacional.

Además, por derecho extranjero debe entenderse no solo aquel que se encuentra en leyes o códigos generales y abstractos, sino también en actos y decisiones de autoridad extranjera de naturaleza concreta y personal, como es el caso de una sentencia, por ejemplo. Esto es, una sentencia, además de *derivar de un orden jurídico*, también es *parte de ese orden o sistema jurídico* en que se inserta. Cuando se reconoce una sentencia extranjera, un matrimonio o una adopción extranjera, también se reconoce una parte del orden jurídico extranjero.

El nuevo código comprende varias hipótesis en que la normatividad procesal extranjera podrá ser tomada en cuenta, lo que raramente podría ocurrir en las abrogadas codificaciones.

problemas internacionales. Ha ocurrido lo mismo con la doctrina de los juristas (González, 2021, 2022).

8 Según la clasificación de Dante Barrios de Angelis, el derecho extranjero, concebido como derecho, puede considerarse según dos modalidades: a) como aquel que es propio, debido a la incorporación (el derecho extranjero lo es solo porque el juez lo incorpora o acepta como derecho) y b) considerarlo simplemente como derecho.

CONOCIMIENTO DEL DERECHO EXTRANJERO

No basta que un código o una ley afirme que en ciertos supuestos normativos debe tomarse en cuenta el derecho extranjero, es necesario saber cómo podrá conocerse. Se recepta en el derecho de fuente interna la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero. Algo que la nueva codificación toma en cuenta.

Ahora, el conocimiento, texto, alcance, sentido y vigencia del derecho extranjero, escrito o no escrito, deberá realizarse en forma oficiosa por la autoridad jurisdiccional nacional, pudiendo los interesados allegarle a la autoridad jurisdiccional datos o elementos para su conocimiento.

Por sentido y alcance legal del derecho extranjero se entenderá el resultado de la interpretación del derecho y normas extranjeras y de su aplicabilidad al caso concreto. El sentido implica la calificación del supuesto, así como el significado de lo contenido en la disposición extranjera, mientras que el alcance comprende los datos o campos sobre los que aplica o se abstiene de su aplicación. Se hará el mismo análisis tratándose de usos, costumbres, tradiciones o valores culturales extranjeros, sin embargo, estos sí se calificarán como hechos sujetos a prueba.

A diferencia de las codificaciones abrogadas se reglamenta un procedimiento sencillo para que un juez mexicano pueda

conocer el derecho extranjero, evitando las complicadas formas empleadas por la mayoría de las entidades federativas. En forma similar, se establecen reglas para dar a conocer el derecho mexicano a las autoridades extranjeras que lo soliciten. En realidad, se trata de disposiciones que ya preveía el derecho convencional internacional.

Complementa la codificación la posibilidad de realizar una audiencia preliminar, en la que se procure su conocimiento.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL PROCESO

La cooperación internacional, que salvo lo previsto en el derecho convencional internacional y las reformas de 1988 solía pensarse solo por medio de exhortos, queda ampliamente regulada en la nueva codificación.

Se establecen reglas sobre la cooperación que pueden otorgar los miembros del servicio exterior, especialmente cónsules mexicanos acreditados en el extranjero. Se trata de un tema ya previsto en los convenios internacionales, pero ahora como disposición de fuente interna.

Se prevé la posibilidad de otorgar cooperación sin necesidad de exhortos, como en ciertos casos para preconstituir pruebas para un proceso extranjero o para realizar notificaciones o emplazamientos para un proceso en el extranjero.

Destaca, igualmente, que ahora se incluyen las videoconferencias para un proceso en el extranjero. Me detengo con algunas de estas disposiciones.

a) Exhortos o cartas rogatorias

Se reglamentan ampliamente los procedimientos de *exequatur* y las dos posibles soluciones a que ese procedimiento puede conducir: denegar la cooperación u homologar la solicitud, para luego acceder a la cooperación.

Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser presentadas a la autoridad jurisdiccional competente por las propias partes interesadas, vía judicial, vía consular, agentes diplomáticos o por la autoridad competente del Estado requirente. Si mediara la participación de particulares en cualquier acto de traslado o presentación de un exhorto o carta rogatoria, sin participación de los conductos oficiales, se requerirá de la legalización o apostillamiento, según corresponda.

Se establecen medios para el traslado de exhortos (envío y recepción) y entrega de resultados, lo que se llama devolver el exhorto. Medios casi desconocidos, salvo en los convenios internacionales. Por desgracia, aún se sigue confiando en que sea una de las partes la que haga el traslado.

b) Vía de transmisión en zonas fronterizas

Las autoridades nacionales jurisdiccionales de ciudades fronterizas que requieran enviar o recibir cartas rogatorias, podrán

diligenciarlas a través de sus servidores públicos adscritos, en caso de que el Estado requerido lo tenga previsto en su legislación.

Lo anterior no requerirá de legalización ni apostillamiento, únicamente deberá obrar constancia del nombre y cargo del personal que realice la diligencia.

La autoridad nacional fronteriza deberá cerciorarse de la autenticidad del exhorto o carta rogatoria, por el medio de comunicación que estime más idóneo (Silva, 2011, pp. 527 y ss) (Silva, 2016, 2016-b).

c) Notificaciones y emplazamientos

Las notificaciones y emplazamientos provenientes del extranjero, para la federación y sus dependencias, las entidades federativas y los municipios, se harán por conducto de las autoridades federales que resulten competentes por razón del domicilio o residencia de aquéllas.

Se rechaza el empleo de *comissioners* o notificaciones por medio de edictos o carteles (Amparo Civil en revisión, 461, 1936). Se exige que la notificación que se haga en México debe ser en forma personal. Se rechazan las notificaciones ficticias.

Se reglamenta la hipótesis que supone una persona extranjera, que tenga su domicilio en el extranjero pero que actúe en México por medio de un representante (*v.g.*, abogado), se entenderá que este debe ser el que responda a las demandas en contra de la persona, acorde con la ley mexicana.

En el caso del plazo concedido a una persona domiciliada en el extranjero para contestar una demanda seguida ante tribunales mexicanos, nunca podrá ser menor de veinte días hábiles.

De igual forma, cuando un tribunal extranjero conceda un plazo a una persona residente en México para que conteste una demanda seguida en el extranjero, si fue notificada en territorio mexicano, ese plazo deberá ser similar o mayor, al que se refiere el párrafo anterior.

Se concretiza la llamada cláusula Calvo, que incluye la condición de agotar los recursos locales por parte de los extranjeros. La disposición ha entendido que cabe agregar la obligación del extranjero de renunciar a la solicitud de protección diplomática.

En el caso de que se hubiese iniciado un proceso en México y se demuestre que una parte hubiese recurrido a la protección diplomática de su Estado, el juez estará en posibilidad de suspender el proceso.

Se establecen medios y requisitos para ejecutar medidas cautelares ordenadas desde el extranjero. Tema nuevo que México no acogió en su momento suscribiendo la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares.

d) Medios preparatorios para preconstituir una prueba y para realizar notificaciones y emplazamientos

Dentro de los mecanismos de cooperación internacional destaca la posibilidad de que México coopere, sin necesidad de exhorto para proporcionar pruebas para un proceso que se va a iniciar en el extranjero (preconstituir una prueba), así como para realizar notificaciones y emplazamientos en forma más breve y sencilla.

Cuando un proceso que tenga lugar en el extranjero podrá prepararse solicitando la declaración de testigos, peritos u otras declaraciones para ser practicadas en territorio mexicano. La parte interesada al solicitar la diligencia citará los hechos sobre los cuales se hará el examen.

La parte legítima podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional nacional actos de emplazamiento, notificación o de recepción de pruebas, para ser utilizados en procesos en el extranjero sin que se requiera exhorto para su trámite, a través de los procedimientos de jurisdicción voluntaria y medios preparatorios a juicio previstos en este código, según corresponda.

e) Empleo de videoconferencias

En el derecho cooperacional se agregan las videoconferencias (Silva, 2017-b).

Procederán cuando medie solicitud del Estado requirente y sea técnicamente realizable. La preparación de la videoconferencia podrá iniciarse por medio de

correo electrónico o cualquier otra tecnología que permita la transmisión de la solicitud, siempre que se remita de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste. Se establecerá día, hora y lugar de la misma.

f) Reconocimiento de sentencias extranjeras

Llama la atención la diversidad de disposiciones para conocer y validar una sentencia extranjera. Ya no es necesario un exhorto para reconocerlas, sino solo cuando requieran de ejecución coactiva.

Se establece que los acuerdos o transacciones judiciales entre las partes (contratos por su naturaleza), sancionados por una autoridad jurisdiccional extranjera, podrán reconocerse como sentencias firmes cuando se acredite que en el país de origen se le otorgue dicho carácter. Para esto, deberá presentarse una certificación de la autoridad jurisdiccional del Estado de origen, haciendo constar que la transacción judicial o una parte de ella es ejecutoria como lo es una resolución judicial en el Estado de origen.

De igual forma, si alguna parte de una sentencia no se pudiera reconocer, por ejemplo, por vulnerar el orden público mexicano, se podrá ejecutar aquella parte que sea admisible. No cabe el rechazo total.

CONCLUSIONES

Finalmente, la codificación procesal internacional de fuente interna ha sido llevada a un código de procedimientos civiles y familiares, quedando pendiente la reglamentación comercial. Todo esto ha sido logrado, en gran medida, por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado.

La nueva normatividad amplía la codificación y hace factible la toma en consideración del derecho convencional internacional, ignorado en muchas ocasiones por las autoridades mexicanas. Cambia, además, el sentido y prácticas habidas en varias entidades federativas que tendían a una *lex fori*.

REFERENCIAS

- Amparo Civil en Revisión 461/36. (3 de julio 1936). Semanario Judicial de la Federación, registro: 358315. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/358315>.
- Amparo directo 2862/72. (26 de marzo 1973). Semanario Judicial de la Federación. (Ernesto Sólis López). <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/240399>
- Barrios de Angelis, D. (1989). *El proceso civil, comercial y penal de América Latina*. De Palma, Buenos Aires.
- García, V. C. (1989). Reformas de 1988 en materia de cooperación procesal internacional [Ponencia] *Duodécimo Seminario Nacional de*

- Derecho Internacional Privado, Memoria*, México, UNAM.
- García, V. C. (1991). *Derecho conflictual*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González, N. (2021). Capítulo 3: Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: excepción de grave riesgo a través de la jurisprudencia mexicana. En T. G. Rodríguez y S. Treviño Fernández (Eds.). *Criterios de interpretación del Convenio de La Haya de 1980. Avances y desafíos en materia de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes* (pp. 73-124). Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- González, N. (2022) Sustracción y adopción internacional de niñas, niños y adolescentes. En A. M. Ibarra Olguín y S. C. Treviño Fernández (Coords.). *Curso de derecho y familia* (pp. 561-594). Suprema Corte de Justicia-Centro de Estudios Constitucionales.
- Silva, J. A. (2002). Algunas notas sobre el reconocimiento del testamento extranjero en México. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LI, núm. 236.
- Silva, J. A. (2003). El registro de los actos acreditativos del estado civil adquirido en el extranjero: algunas notas de la regulación mexicana. *Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México.
- Silva, J. A. (2011). *Derecho internacional sobre el proceso*. Porrúa.
- Silva, J. A. (2016). Exhorto fronterizo. Algunas experiencias en la zona fronteriza Ciudad Juárez-El Paso. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 147.
- Silva, J. A. (2016-b). *Reconocimiento y ejecución de sentencias de Estados Unidos de América en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Silva, J. A. (2017). Capacidad y estado civil en las relaciones de tráfico jurídico interestatal. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 37.
- Silva, J. A. (2017-b). Cooperación judicial internacional por medio de videoconferencias. Un juicio crítico sobre el convenio y Protocolo Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia. En V. Rojas Amandi (Coord.). *Desarrollos modernos del derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch.
- Silva, J. A. (2022). Cláusula de reciprocidad en el proyecto de código nacional de procedimientos civiles y familiares. [Ponencia en extenso] *XL Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*. México.
- Siqueiros, J. L. (1988-89). La cooperación procesal internacional. *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 19.



La cooperación procesal internacional en los procesos concursales en México

The international procedural cooperation in bankruptcy proceedings in Mexico

RESUMEN

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de México ha modernizado la regulación del concurso de acreedores, introduciendo la posibilidad de que se lleve a cabo una renegociación extrajudicial entre el deudor y sus acreedores para la aprobación de un plan de pagos, o de que el plan de pagos se apruebe en forma mayoritaria en un proceso judicial o pueda incluso ser impuesto por el juez, otorgando un descargo de obligaciones a la persona deudora. No obstante, hace falta la incorporación de las leyes modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza y sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia para que el código tenga las herramientas necesarias para resolver en forma adecuada procedimientos de insolvencia con elementos transfronterizos. Este artículo explica por qué es conveniente y necesaria su incorporación.

Palabras clave: Insolvencia, cooperación procesal internacional, derecho concursal, insolvencia transfronteriza, leyes modelo.

ABSTRACT

The National Code for Civil and Family Law Proceedings has modernized insolvency proceedings for non-businesspersons, introducing out-of-court workouts and ruling out the requirement for unanimous approval in court proceedings, even allowing the judge to impose the payment plan if no agreement takes place, with the possibility of discharge to the debtor. However, the adoption of the United Nations Commission on

¹ Abogada por la Escuela Libre de Derecho especialista en financiamientos, garantías, reestructuraciones de créditos y concursos, con una maestría en Derecho Comercial y Corporativo por The London School of Economics and Political Science, con un doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de medio tiempo en el ITAM, profesora de posgrado en la Escuela Libre de Derecho y miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. ORCID: 0000-0001-7806-7393.

LA COOPERACIÓN PROCESAL

INTERNACIONAL EN LOS PROCESOS CONCURSALES EN MÉXICO

International Trade Law (UNCITRAL) model laws of cross-border insolvency and on recognition and enforcement of insolvency-related judgments is necessary to provide the code with adequate tools for an efficient administration of insolvency proceedings with cross-border elements. This article explains the convenience of incorporating these provisions into the national code.

Keywords: Insolvency cross-border insolvency, cooperation with foreign courts, Model laws

INTRODUCCIÓN

Los procesos concursales han sido letra muerta en los códigos de procedimientos civiles mexicanos. Se estudian en la asignatura de derecho procesal civil como un procedimiento especial más y su poca utilización ha ocasionado que no se tenga experiencia sobre las reglas de derecho internacional privado que les serían aplicables. Los convenios internacionales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras y elección de foro excluyen a la materia concursal de su ámbito de aplicación. Por si no fuera poco, las normas internas sobre cooperación procesal internacional contenidas en los códigos de procedimientos civiles, no resultan idóneas para las peculiaridades de los procesos concursales. Ello motivó a que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) creara un Grupo de trabajo V enfocado en hacer recomendaciones, guías legislativas y leyes modelo aplicables a procesos concursales transfronterizos. Sin embargo, las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, adoptada por la CNUDMI desde 1997, solo han sido incorporadas para los comerciantes en el Título Décimo Segundo de la Ley de Concursos Mercantiles, y no se han incorpora-

do a los códigos de procedimientos civiles. Este artículo tiene por objeto analizar y argumentar por qué es necesario incorporar las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza a la regulación del Concurso de Acreedores en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. La metodología que se utilizará es el análisis documental de la legislación civil, tanto sustantiva como adjetiva que está vigente en la Ciudad de México, así como el análisis documental de la poca doctrina que existe sobre la materia y de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza adoptada por la CNUDMI con sus guías interpretativas. Este artículo se dividirá en cuatro partes: la *primera*, abordará las peculiaridades de los procedimientos concursales; la *segunda*, la modernización del concurso civil en México; la *tercera*, esbozará algunos elementos esenciales de las leyes modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia; y la *cuarta* parte expondrá algunas razones por las cuales las normas internas sobre cooperación procesal internacional no se consideran idóneas para los procesos concursales, y por qué conviene adoptar las leyes modelo de la CNUDMI también para los procesos concursales en materia civil.

EL CONCURSO CIVIL COMO JUICIO UNIVERSAL

Un aspecto fundamental de los procesos concursales es que son juicios universales

que, por lo tanto, involucran todo el patrimonio del deudor (Méjan, 2015, p. 6). La tecnología, la diversidad de los medios de comunicación y la facilidad para acceder a ellos en décadas recientes ha vuelto más complejos los procesos concursales, porque cada vez es más fácil que una persona adquiera bienes o servicios de proveedores de otros países con un *click* en internet o en alguna aplicación del teléfono celular. Cuando el proveedor de los bienes o servicios incurre en una falta de liquidez o tiene dificultades para cumplir con sus obligaciones a su vencimiento puede iniciar un proceso concursal, al cual deben comparecer todos sus acreedores y debe involucrar todos sus bienes y adeudos. Sin embargo, si los acreedores están en una jurisdicción distinta a la del proceso concursal les puede resultar complicado y oneroso comparecer, por lo que pueden optar por iniciar un proceso concursal en su jurisdicción. Con mayor razón lo pueden hacer si el deudor tiene una sucursal o algún establecimiento en esa jurisdicción o si en su jurisdicción el deudor tiene bienes que los acreedores puedan embargar para pagarse. Es posible que los contratos celebrados hayan establecido como jurisdicción competente la ubicación de los acreedores, o que las leyes del país de que se trate así lo establezcan en protección de los consumidores.

Esa situación, que puede considerarse una buena estrategia para el cobro en

una relación bilateral, resulta desastrosa en un proceso concursal que por su naturaleza debe ser universal. Los procesos concursales han evolucionado en décadas recientes para dejar de ser una quiebra que solo tiene por objeto la liquidación y venta de todos los bienes del deudor para distribuir el producto de la venta entre los acreedores, para convertirse en procedimientos dirigidos a la “recuperación de empresas” (Veytia, 2009, p. 165) viables. El derecho ha tenido que reconocer que las dificultades financieras no necesariamente derivan de una mala administración o de negligencia, sino que pueden derivar de factores ajenos al deudor, como fue el caso de la pandemia que se vivió recientemente. Puede ser más beneficioso tanto para el deudor, como para sus trabajadores, proveedores, acreedores y para la sociedad misma mantener en operación empresas viables que pueden seguir siendo productivas, pero que están pasando por una mala racha, que liquidarlas declararías irremediabilmente en quiebra (Ley de Concursos Mercantiles, 2000, art. 1). Para ello, el derecho concursal ha diseñado diversas herramientas que incentivan a las partes a sentarse a negociar y a lograr acuerdos que logren la permanencia de la empresa en el mercado. Esas herramientas deben estar dirigidas a respetar ciertos principios, como la maximización del valor de los bienes y la equidad en el tratamiento a los acreedores. Para lograr-

lo conviene mantener en operación a la empresa y evitar su desmantelamiento (The World Bank, 2021).

Esos principios, que son fundamentales en el derecho concursal, se pierden si se permite que se abran varios procesos de concurso independientes en diversas jurisdicciones respecto del mismo deudor. Si se abren diversos procedimientos y los mismos no están coordinados: se divide el patrimonio, se pierde la equidad en el trato a los acreedores porque se pagarán mejor los que estén ubicados en donde el deudor tiene más y mejores bienes –dando oportunidad al deudor de manipular tanto el monto como el orden y prioridad de pago dependiendo del lugar en que sitúe sus bienes–, y se pierde la posibilidad de reorganizar y salvar la empresa puesto que cada tribunal tomará decisiones independientes respecto de los acreedores, adeudos y bienes que tiene a su alcance (Westbrook, 2000, p. 2284). Justo estos resultados de la multiplicidad de procesos y la falta de coordinación entre ellos fue lo que ocasionó que se creara el Grupo de trabajo V en la CNUDMI para diseñar los principios y objetivos que debían perseguirse en los casos de insolvencia transfronteriza, cada vez más frecuentes (CNUDMI, 2013, pp. 23-26).

Si bien es más común y visible la problemática en el caso de empresas multinacionales, también se presenta en empresas más pequeñas y en concursos de personas

no comerciantes. Tan es así que uno de los dos únicos casos en que se han aplicado las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza incorporadas a la Ley de Concursos Mercantiles fue un concurso de personas físicas (Cuarto Juzgado de Distrito en materia Civil, 29/2001).

LA MODERNIZACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONCURSO CIVIL

El hecho de que el concurso civil sea un proceso poco utilizado en México solo demuestra que su regulación no ha servido para resolver los problemas de insolvencia de las personas no comerciantes. No es para menos: según se puede ver en los artículos 738 al 768 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es un procedimiento de quiebra exclusivamente dirigido a la distribución de los bienes del deudor entre sus acreedores, priva al deudor de su capacidad de ejercicio, no proporciona incentivos a las partes para una renegociación de los adeudos o para la elaboración de un plan de pagos, no toma en cuenta la satisfacción de las necesidades básicas del deudor, y además deja al deudor indefinidamente obligado al pago de los adeudos no satisfechos con los bienes que adquiriera en el futuro. ¿Quién en su sano juicio puede estar interesado en someterse a un procedimiento con esas características?

Un procedimiento moderno de insolvencia permite y facilita la renegociación

de créditos, se asegura que las personas deudoras retengan los recursos que necesitan para su subsistencia y los ayuda a rehabilitarse proporcionándoles una salida a los problemas ocasionados por el sobreendeudamiento, con la posibilidad de liberarse de algunos adeudos que exceden a su capacidad de pago, lo que se conoce como *discharge*. Todo ello constituye un incentivo importante para que los deudores insolventes sigan siendo productivos, en lugar de esconderse de sus acreedores y refugiarse en la informalidad, lo que a su vez los condena a una forma de exclusión social (The World Bank, 2014, pp. 19-45).

Procedimientos con esas características han sido implementados por los sistemas jurídicos de derecho anglosajón desde el siglo XIX con éxito, lo que se ve reflejado en el alto número de procedimientos que se inician anualmente. Tan solo en los Estados Unidos de América durante el año que transcurrió del 1.º de julio de 2022 al 30 de junio de 2023 se iniciaron 418 724 procedimientos, de los cuales solo 15 724 fueron de comerciantes, y 403 000 fueron de no comerciantes (United States Courts, 2023). Por otra parte, 77 676 consumidores iniciaron su procedimiento de insolvencia en Canadá durante el año que terminó el 31 de enero de 2023 (Government of Canada, 2023). En Inglaterra y Gales durante el año que transcurrió del tercer trimestre de 2022 al segundo trimestre de 2023 se iniciaron 112 395 procedimientos de insol-

vencia de personas físicas (Government of United Kingdom, 2023).

Los países con tradición civilista han sido más renuentes a modernizar sus sistemas y adoptar el descargo de obligaciones. Dinamarca fue el primer país europeo en adoptar un sistema de insolvencia especial para consumidores (Kilborn, 2009). En América Latina se podría decir que Colombia fue el primer país en adoptar un régimen especial en la ley 1562 de 2012, ya que la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento de la República de Chile (Ley 20.720) entró en vigor el 10 de octubre de 2014, mientras que en los Estados Unidos de América la ley de quiebras aprobada en 1898 ya preveía la posibilidad de que deudores personas físicas no comerciantes pudieran obtener un descargo de su deuda (Rojas Vértiz, 2021, p. 33). Sin embargo, a partir de la crisis hipotecaria de 2008 – que derivó de la bursatilización de créditos hipotecarios en los Estados Unidos de América–, la Comisión Europea, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo tuvieron que reconocer que las recesiones derivadas de deuda por consumo conllevan una lenta recuperación de la economía, por lo que recomendaron a los países europeos la introducción de un descargo de obligaciones a sus procedimientos de insolvencia para personas físicas para permitirles una recuperación. La presión de esos organismos ocasionó que España, Portugal y Grecia modernizaran

sus sistemas de insolvencia para incluir un descargo de obligaciones, que Bélgica, Dinamarca, Inglaterra, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Latvia, Luxemburgo, Polonia, Suecia, Eslovaquia, Eslovenia y Suecia realizaran ajustes a sus sistemas para permitir una segunda oportunidad a sus deudores, y que Hungría, Italia, Chipre, Lituania, Rumania y Rusia regularan por primera procedimientos modernos para personas físicas (Ramsay, 2017, pp. 2-7).

Ese fenómeno se ha extendido por todo el mundo, y América Latina no ha sido la excepción. Como se anticipó, Colombia publicó el 12 de junio de 2012 la ley 1562 que regula un procedimiento especial de insolvencia para personas físicas no comerciantes (Ley 1562, 2012). La ley entró en vigor a finales de dicho año. Las estadísticas señalan que en 2022 se iniciaron 4365 procedimientos de personas físicas no comerciantes (Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición, s.f.). Por su parte, Chile publicó la ley 20.720 el 9 de enero de 2014, que también regula procedimientos especiales para personas físicas no comerciantes, y el 10 de mayo de 2023 publicó la ley 21.563, que hizo algunas modificaciones a los procedimientos con base en la experiencia adquirida en su aplicación. La Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento de Chile informa, en su Boletín Estadístico del 1.º de enero al 31 de

julio de 2023, que en ese periodo de solo 6 meses se iniciaron 1722 procedimientos de insolvencia.

En México finalmente se ha decidido modernizar el procedimiento de concurso civil en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. El procedimiento regulado en el Título Segundo del Libro Quinto denominado “Del Concurso de Acreedores” establece dos procedimientos alternativos: un procedimiento extrajudicial que se puede llevar ante mediadores públicos o privados, y un proceso judicial, en el que el juez estará auxiliado de un mediador. El objetivo de ambos procedimientos es revisar el activo y pasivo de la persona deudora, para plantear a los acreedores una renegociación del pasivo que atienda a la capacidad de pago de la persona deudora y que permita la mayor recuperación posible a los acreedores. La renegociación incluye la elaboración de un plan de pagos que la persona deudora se compromete a cumplir, y solo en caso de que lo cumpla podrá obtener el descargo de algunas de sus obligaciones en los términos establecidos en el convenio, o en la sentencia que podrá dictar el juez si las partes no llegan a un acuerdo. En el procedimiento extrajudicial el convenio requiere el consentimiento unánime de los acreedores y del deudor para ser aprobado. En el proceso judicial basta la aprobación de los acreedores que representen la mitad más uno y que sus créditos repre-

senten por lo menos las tres quintas partes del pasivo reconocido a los acreedores comunes y a aquellos acreedores garantizados que suscriban el convenio, en su caso, según lo establece el artículo 845. Si no se logra la aprobación por esa mayoría de acreedores, el juez tiene la facultad de imponer el plan de pagos.

LA COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Al margen de que, como se analizará en el apartado siguiente, los tratados internacionales sobre derecho internacional privado tradicionalmente excluyen a la materia concursal de su ámbito de aplicación, la CNUDMI ha considerado que las reglas de los tratados sobre cooperación procesal internacional y la normativa interna de los países son inapropiadas para los procesos de insolvencia (CNUDMI, 2013, pp. 23, 24 y 68). Fue en 1995 que la CNUDMI decidió elaborar un instrumento jurídico para la insolvencia transfronteriza, lo que encomendó al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de Insolvencia (CNUDMI, 2013, p. 25).

A partir de dichos trabajos, la CNUDMI aprobó en 1997 la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza con su guía para su incorporación al derecho interno, revisada y extendida con criterios para su interpretación en 2013 (en lo sucesivo, la Guía MLCBI). La Guía MLCBI señala que

la expansión mundial del comercio y las inversiones han aumentado progresivamente los casos de insolvencia transfronteriza, sin embargo, los países no tienen la normativa adecuada para atender en forma eficiente ese tipo de asuntos, lo que da lugar a soluciones jurídicas inadecuadas que dificultan los objetivos de los procedimientos de insolvencia: la rehabilitación del deudor, la administración equitativa y eficiente de los procesos concursales, la protección y la maximización del valor de los bienes que conforman la masa. Todo lo cual ocasiona una falta de predecibilidad que afecta la seguridad jurídica en los negocios internacionales. La Guía MLCBI agrega que cada vez son más frecuentes los casos en que se ocultan bienes o se envían al extranjero en fraude de acreedores, lo que afecta gravemente a los procedimientos; por ello a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza se le incorporaron herramientas para combatir esos casos (CNUDMI, 2013, p. 23).

La Guía MLCBI explica que la aplicación de la normativa interna de los países, la doctrina de la cortesía internacional, la reciprocidad, el *exequatur* y las cartas rogatorias, entre otros, no proporcionan el grado de fiabilidad que se requiere para una cooperación internacional eficiente en procedimientos de insolvencia. Esas figuras jurídicas no son idóneas para solicitar el reconocimiento de una resolución de apertura de un procedimiento colecti-

vo, ni el reconocimiento de procedimientos extranjeros en marcha, ni tienen por objeto dar acceso a los tribunales a los representantes de procedimientos extranjeros (CNUDMI, 2013, pp. 23-24). Lograr reorganizar a una empresa o rehabilitar a una persona deudora con múltiples procedimientos que se llevan en forma separada en distintas jurisdicciones, evitar el desvío de los bienes y dar un trato equitativo a los acreedores requiere de una estrecha comunicación entre los tribunales y los representantes de los múltiples procedimientos. Por ello, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza contiene diversas normas encaminadas a una comunicación efectiva, directa y constante entre los distintos tribunales a cargo de los procesos de insolvencia de una misma persona deudora, para poder llevar a buen puerto los procedimientos de insolvencia (CNUDMI, 2013, p. 24).

En particular, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza busca establecer mecanismos eficaces para: (1) la cooperación entre tribunales, (2) mayor seguridad jurídica en el comercio y las inversiones, (3) una administración equitativa y eficiente de los procesos concursales, (4) la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor, y (5) facilitar la reorganización de la empresa deudora (CNUDMI, 2013, p. 3).

Asimismo, persigue cuatro objetivos principales: (1) el acceso de los represen-

tantes y acreedores de procedimientos de insolvencia extranjeros a los procesos de insolvencia de la misma persona deudora que se lleven en tribunales de otros Estados; (2) el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros y las órdenes judiciales que se dicten en esos procedimientos; (3) el otorgamiento de medidas cautelares en apoyo a procedimientos de insolvencia extranjeros; y (4) la cooperación entre tribunales de distintas jurisdicciones y la coordinación de procedimientos de insolvencia paralelos (CNUDMI, 2013, p. 29).

La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza parte de la doctrina denominada Universalismo Modificado. Jay L. Westbrook ha sido uno de sus mayores exponentes. Esa teoría es una versión moderada del Universalismo. El Universalismo expone que, debido a la naturaleza universal de los procesos de insolvencia, lo ideal sería que un solo tribunal se hiciera cargo del proceso de insolvencia con efectos extraterritoriales, pues solo así podría asegurarse la comprensión en el procedimiento de todos los bienes, derechos y obligaciones del deudor, independientemente de la jurisdicción en que se encuentren. De esa manera también podría asegurarse el tratamiento equitativo a todos los acreedores y se facilitaría la reorganización de la persona deudora o la elaboración de un plan de pagos y reestructuración de créditos, evitando el desmantelamiento y liquida-

ción del patrimonio en procedimientos aislados y separados. El Universalismo fue muy criticado. Entre otras cosas, se consideró que la soberanía de los Estados dificultaría que este Universalismo pudiera implementarse en forma adecuada, que los Estados no estarían dispuestos a acatar todas las medidas u órdenes judiciales extranjeras, que los Estados estarían más interesados en defender sus políticas públicas y en proteger a los acreedores locales y, que sería muy oneroso para estos litigar en otras jurisdicciones. Ello dio lugar a construir el Universalismo Modificado. La experiencia que se tuvo en las últimas décadas del siglo XX con los procedimientos de insolvencia transfronterizos puso en evidencia que procedimientos independientes con ausencia de coordinación facilitaban los actos en fraude acreedores, el tratamiento inequitativo a los acreedores y demeritaban los intentos de reorganización, reestructuración y conservación de la masa (Westbrook, 2000, pp. 2276-2292).

El Universalismo Modificado atempera los problemas del Universalismo porque admite la posibilidad de que se abran varios procedimientos de insolvencia en lugar de solo uno; sin embargo, con la finalidad de poner un orden designa a uno de los procesos como el principal y da flexibilidad a las jurisdicciones extranjeras para evaluar si acatan o no las órdenes del tribunal que lleva el juicio principal. Los procedimientos que lleguen a abrirse en

otras jurisdicciones se considerarán no principales, solo tendrán efectos locales y se buscará que estén coordinados con el principal en todo momento (Westbrook, 2000, pp. 2298-2299; Pottow, 2006, pp. 1919-1921; Rojas Vértiz, 2021, pp. 496-497; CNUDMI, 2013, arts. 28 al 30).

Definir la jurisdicción del proceso principal es uno de los aspectos fundamentales en la insolvencia transfronteriza, porque será la jurisdicción del proceso principal la que aplicará su ley sustantiva y adjetiva al procedimiento, y sus resoluciones deberán hacerse efectivas en las otras jurisdicciones en las que el deudor tenga bienes, sucursales o acreedores, salvo que el tribunal receptor considere que la resolución es contraria a su orden interno o puede ser perjudicial para las partes en su jurisdicción. La jurisdicción del proceso principal debe ser la del Centro Principal de Intereses (COMI) de la persona deudora. El artículo 16 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza establece una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que el COMI de la persona deudora está en su domicilio social si se trata de una persona moral, o en su residencia habitual, si se trata de una persona física. La Guía MLCBI enumera diversos factores que pueden tomarse en cuenta para determinar el COMI de la persona deudora cuando su domicilio social no coincide con su administración central. Los jueces pueden libremente determinar el COMI con base

en las pruebas aportadas por las partes (CNUDMI, 2013, pp. 74-78).

La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza solo es aplicable a procedimientos colectivos –ya sea judiciales o administrativos– con arreglo a leyes de insolvencia, en virtud de los cuales los bienes y negocios de la persona deudora queden sujetos al control o supervisión de un tribunal para su reorganización o liquidación (CNUDMI, 2013, art. 2-c). El representante extranjero es la persona designada en el procedimiento para administrar la reorganización o liquidación del patrimonio de la persona deudora (CNUDMI, 2013, art. 2-d). La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza establece en su artículo 9 que “todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente” ante un tribunal del Estado extranjero. El representante extranjero también está legitimado para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el tribunal extranjero (CNUDMI, 2013, art. 11), y para solicitar al tribunal el reconocimiento de un procedimiento extranjero. Para ello bastará que acompañe a su solicitud de reconocimiento una copia certificada de la resolución de apertura del procedimiento extranjero y de su nombramiento traducidos al idioma del tribunal receptor. A falta de dicha resolución, el reconocimiento del procedimiento extranjero puede solicitarse con un certificado o alguna prueba admisible

de la existencia del procedimiento y el nombramiento del representante (CNUDMI, 2013, art. 15).

El representante extranjero también debe acompañar una declaración en la que informe al tribunal de todos los procedimientos de insolvencia sobre la persona deudora de que tenga conocimiento (CNUDMI, 2013, art. 15). La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza exceptúa a los documentos de legalización. El artículo 16 faculta al tribunal receptor a presumir que los documentos presentados por el representante extranjero son auténticos, estén o no legalizados. Asimismo, el artículo 17 señala que “se otorgará reconocimiento” a un procedimiento extranjero que cumpla con la definición de procedimiento extranjero contenida en la ley, si la persona que lo solicita es un representante extranjero, según fue definido en el artículo 2 de la ley, y la solicitud cumple con los requisitos establecidos.

En su artículo 19, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza sostiene que desde que el representante extranjero presente la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante podrá solicitar al tribunal receptor medidas cautelares provisionales “necesarias y urgentes” para proteger los bienes de la persona deudora o los intereses de los acreedores, como las siguientes: (1) detener los actos de ejecución en contra de los bienes, (2) impedir la venta o gravamen

de los bienes, (3) encomendar la administración o venta de los bienes que sean perecederos o susceptibles de devaluación para preservar su valor, (4) requerir información, la presentación de pruebas o el testimonio de testigos respecto de los bienes, negocios, derechos y obligaciones de la persona deudora, así como (5) conceder cualquier otra medida cautelar que sea susceptible de otorgarse conforme al derecho de la jurisdicción del tribunal receptor. El tribunal receptor podrá negar esas medidas cuando afecten el desarrollo del proceso concursal que se esté llevando en su jurisdicción, en su caso, si es un proceso principal (CNUDMI, 2013, art. 19).

La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza establece que el reconocimiento de un procedimiento extranjero tendrá como efectos automáticos: (1) el que se detengan todos los juicios y procedimientos en contra de la persona deudora, así como los actos de ejecución respecto de sus bienes, y tampoco podrán iniciarse nuevos juicios o procedimientos en su contra –salvo en la medida necesaria para preservar algún derecho–; así como (2) que se suspenda el derecho de la persona deudora de disponer o gravar sus bienes (CNUDMI, 2013, art. 20). El representante extranjero podrá a partir de ese momento participar en cualquier juicio o procedimiento seguido en relación con la persona deudora en la jurisdicción de que se trate (CNUDMI, 2013, arts. 12 y 24). El ar-

título 14 establece que las notificaciones a los acreedores extranjeros no requerirán de cartas rogatorias o formalidades similares.

Una vez reconocido el procedimiento extranjero, el tribunal que reconoció dicho procedimiento puede ordenar en su jurisdicción todas las medidas cautelares mencionadas en los párrafos anteriores que por algún motivo no hayan surtido efectos o no hayan sido ordenadas. Podrá también encomendar al representante extranjero o a alguna otra persona la administración o venta de los bienes de la persona deudora que se encuentren en su jurisdicción y la distribución del producto de su venta, prorrogar cualquier medida cautelar que haya sido dictada, y conceder cualquier otra medida susceptible de otorgamiento (CNUDMI, 2013, art. 21). Todo lo anterior, asegurándose de que estén protegidos los derechos de los acreedores y de la persona deudora, en el entendido de que el tribunal puede en todo momento modificar o dejar sin efecto las medidas cautelares ordenadas (CNUDMI, 2013, art. 22).

El Capítulo IV de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza se denomina “Cooperación con Tribunales y Representantes Extranjeros”, y tiene por objeto promover la comunicación abierta entre los tribunales y los representantes extranjeros. Establece que el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales y representantes extranje-

ros, y que está facultado para ponerse en comunicación directa con ambos, o para recabar información o asistencia de los mismos (CNUMDI, 2013, art. 25). La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza también faculta a las personas encargadas de la administración de los procedimientos de insolvencia –que en México podrían ser mediadores, conciliadores o síndicos– a tener comunicación directa y cooperar con los tribunales y representante extranjeros, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal (CNUDMI, 2013, p. 26).

Finalmente, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza establece que el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituye una presunción *iuris tantum* de que la persona deudora es insolvente (CNUDMI, 2013, art. 31), y para garantizar la equidad en el tratamiento a los acreedores comunes, señala que un acreedor que haya percibido el pago de algún crédito en algún procedimiento extranjero no puede volver a percibir un pago por el mismo crédito en un procedimiento con arreglo a las leyes de otro país en tanto el resto de los acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al pago percibido por ese acreedor (CNUDMI, 2013, art. 32).

Al 29 de agosto de 2023, 61 jurisdicciones han incorporado las normas de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza a su derecho interno (CNUDMI, Situación

actual). En años recientes, la CNUDMI aprobó otras dos leyes modelo que son complementarias de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza. En 2018 aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia con la Guía para su incorporación al derecho interno, y en 2019 aprobó la Ley Modelo sobre la insolvencia de Grupos de Empresas. Sus normas todavía no han sido incorporadas al derecho interno de los Estados miembros (CNUDMI, Textos y situación, Insolvencia).

LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR LAS LEYES MODELO DE LA CNUDMI SOBRE INSOLVENCIA AL CONCURSO DE ACREEDORES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

La Ley de Concursos Mercantiles incorporó desde su origen las disposiciones de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza en su Título Décimo Segundo. México fue de los primeros países en incorporar a su derecho interno esas normas (CNUDMI, Situación actual), sin embargo, solo son aplicables a comerciantes (LCM, art. 1). El artículo 4, fracción II, de la Ley de Concursos Mercantiles define a los comerciantes como las personas físicas o morales que tengan ese carácter conforme al Código de Comercio. Por su parte, el artículo 3 del Código de Comercio reputa

comerciantes a quienes hacen del comercio su ocupación ordinaria, a las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles y a las sociedades extranjeras que realicen actos de comercio en la república mexicana. De ahí que las normas de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza no son aplicables a los concursos de acreedores que se lleven con base en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, pues es un procedimiento para no comerciantes.

Los tratados internacionales celebrados y vigentes sobre derecho internacional privado, que impliquen ejecución coactiva, excluyen a la materia concursal de su ámbito de aplicación. Poco se ha dicho o escrito sobre el tema. Los argumentos más recurrentes para dicha exclusión son en referencia a que se trata de una materia especializada con reglas especiales y que su aplicación excede al ámbito privado, pues engloba todas las relaciones jurídicas de la persona deudora, incluyendo a personas de derecho público, como puede ser la autoridad hacendaria, relaciones laborales y de otra naturaleza.

Solo por mencionar algunos ejemplos, el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el 28 de agosto de 1987, establece textualmente que la convención no rige en mate-

ria de “e. Quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos”. Por su parte, el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, publicada en el DOF el 20 de febrero de 1978, señala que la convención no se aplicará a actos que impliquen ejecución coactiva.

De manera similar, el artículo 3, inciso 2(c) del Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, publicado en el DOF el 5 de marzo de 1992, a su vez establece que “Quedan excluidas del ámbito de este Convenio: (c) Quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos”. El artículo 2, inciso 1.e) del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, publicado en el DOF el 19 de junio de 2007, excluye también del ámbito de su aplicación “la insolvencia, los convenios entre insolvente y acreedores y materias análogas”.

En forma similar, el artículo 2, inciso 1(e) de la Convención del 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial de la Haya, que todavía no está en vigor en México, también establece que la Convención “no se aplicará a las siguientes materias: (e) la insolvencia, los concordatos, la resolución de entidades financieras y materias análogas”. En su artículo 8 agrega que una decisión sobre una cuestión preliminar que verse sobre una materia excluida de la

aplicación de la Convención no será reconocida ni ejecutada, y que el reconocimiento y ejecución de una sentencia sobre una materia a la que la Convención no aplica podrá ser denegada.

Descartados los convenios internacionales y las normas de las leyes modelo adoptadas por la CNUDMI para el tema de insolvencia, solo queda el derecho interno, que en el caso particular lo será el Libro Décimo del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, denominado *De los Procesos de Carácter Internacional*. Contiene diversas normas de derecho internacional privado aplicables a asuntos en materia civil y familiar. Sin embargo, las normas son aplicables esencialmente a relaciones jurídicas bilaterales. Le hacen falta disposiciones especiales para procedimientos concursales que mitiguen los problemas que fueron descritos en los apartados anteriores de este artículo. Varios de esos problemas se presentan en mayor medida en procedimientos empresariales, pero también se presentan casos que involucran diversas jurisdicciones en procedimientos concursales de personas físicas no comerciantes y de personas jurídicas civiles, y por ello conviene incorporar al derecho interno normas que contribuyan a una administración eficiente de los procedimientos de insolvencia de personas no comerciantes.

Las leyes modelo de la CNUDMI elaboradas por el Grupo de trabajo V sobre insolvencia no distinguen entre comerciantes y

no comerciantes, o entre procesos mercantiles y civiles. Si bien la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas está especialmente elaborada para consorcios empresariales, no se puede decir lo mismo de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y de la Ley Modelo sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias relacionados con Casos de Insolvencia. Ambas son aplicables a comerciantes y no comerciantes. Son los sistemas jurídicos, esencialmente de tradición civilista, los que hacen esa distinción, que muchas veces solo entorpece la administración de justicia. Varias de las jurisdicciones que han adoptado la ley modelo, principalmente de derecho anglosajón, aplican indistintamente las normas de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza a procesos comerciales y no comerciales. En el caso de México es necesario incorporar las normas de las Leyes Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias relacionados con Casos de Insolvencia a nuestro Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Al ser ambas leyes modelo complementarias, algunas normas se repiten, por lo que lo más conveniente es incorporar el texto consolidado que está en la página de internet de la CNUDMI.

No en vano la Comisión decidió conformar un grupo de trabajo especializado en insolvencia para redactar una ley mode-

lo que atienda a todas las peculiaridades de los procedimientos concursales. Son muchas y muy diversas las cuestiones que requieren de atención en los procedimientos concursales transfronterizos. Resulta cada vez más común que se abran procedimientos en diversas jurisdicciones respecto de una misma persona deudora. Dichos procedimientos se registrarán, naturalmente, por diversas leyes sustantivas y adjetivas, pero todos tienen la misma finalidad e inciden en el mismo patrimonio: el pago a los acreedores con los bienes de la persona deudora, independientemente de su localización. Por lo tanto, es esencial que los jueces y las personas que están a cargo de la administración de los procedimientos estén en constante comunicación. No se trata solo de hacer efectiva una sentencia, de requerir el desahogo de una prueba o de solicitar información sobre el derecho de otro Estado. Es decir, no se trata de actos aislados que puedan contribuir a la solución de un conflicto, sino de procedimientos que deben llevarse en forma conjunta para encontrar una solución común: la rehabilitación del deudor y el mayor pago posible a los acreedores.

La falta de coordinación en los procedimientos puede frustrar los objetivos de los procedimientos concursales. Puede ocasionar que algunos de los acreedores logren pagarse y otros no obtengan nada, que se disponga de bienes que podrían ser esenciales para la firma de un conve-

nio de reestructuración de la deuda, que se ignoren las necesidades básicas para la subsistencia de la persona deudora y de su familia, que deliberadamente se beneficien a algunas partes en perjuicio de las otras, o que se realicen actos en fraude de acreedores (CNUDMI, 2013, pp. 20-22). Por ello, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza regula el reconocimiento de *procedimientos* extranjeros, no solo de una resolución o de algunos elementos, sino de los procedimientos enteros, con la finalidad de que las partes diversas tengan conocimiento de lo que está pasando en los demás y establezcan comunicación directa para resolver los aspectos que sean comunes (CNUDMI, 2013, pp. 26-27).

En el mismo tenor, regula la facultad de los representantes extranjeros de poder comparecer directamente ante los tribunales de los diversos países en que se estén llevando procedimientos paralelos, y la comunicación directa entre los jueces que llevan los procedimientos paralelos. En los casos *In re Maxwell Communications, Inc.* (citado en Westbrook, 2000) y *In re Nortel Networks Inc.*, hubo comunicación directa entre jueces, incluso vía telefónica, y en el caso de Nortel incluso se dio la celebración de audiencias conjuntas por tribunales de Canadá y de los Estados Unidos de América (Newbould, 2018). También se han elaborado diversos protocolos para regular la comunicación entre tribunales y representantes de diversas ju-

risdicciones. En el caso de LATAM Airlines Group S. A., por primera vez tribunales de América Latina (el 2º juzgado civil de Santiago de Chile y la Superintendencia de Sociedades de Colombia) suscribieron un Protocolo de Cooperación y Comunicación Transfronteriza entre Tribunales. Desde 2016 se constituyó la Red Judicial de Insolvencia (JIN), que tiene por objeto desarrollar las mejores prácticas y facilitar la comunicación y cooperación entre tribunales en procedimientos de insolvencia transfronteriza. Dicha red emitió unos lineamientos con aspectos esenciales para la comunicación entre tribunales y para la celebración de audiencias conjuntas que pueden ser consultados en la página de internet de la red.

Lograr los objetivos de los procedimientos concursales requiere de mucha coordinación entre tribunales extranjeros y de inmediatez en las decisiones y órdenes judiciales, que en la práctica se ven obstaculizadas por las cartas rogatorias, la legalización de documentos, el *exequátur* o incidentes de homologación de sentencias, entre otras formalidades. Por ello, las leyes modelo de la CNUDMI sobre insolvencia han prescindido de las formalidades que tradicionalmente se requieren para la cooperación procesal internacional. Para evitar la frustración de la consecución de los objetivos de los concursos de acreedores de personas no comerciantes que tengan elementos transfronterizos conviene

valorar la incorporación al Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de un capítulo con el texto consolidado de las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia.

CONCLUSIÓN

Desde hace 23 años el ordenamiento mexicano llevó a cabo una reforma profunda en los procesos concursales de las empresas, sociedades mercantiles y comerciantes en la Ley de Concursos Mercantiles, al proveer de herramientas –perfectibles– para tratar de evitar la quiebra procurando una reestructuración de créditos o una reorganización con la ayuda de especialistas. Desde un inicio esa ley adoptó en su texto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza para proporcionar a los comerciantes herramientas ágiles y descartar todo tipo de formalidades que puedan interferir con una reestructuración o reorganización exitosa. Sin embargo, la gran cantidad de personas físicas consumidores que habitan en el país han quedado en el olvido. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares ha dado un paso importante al modernizar las reglas aplicables al concurso de acreedores de las personas deudoras no comerciantes. Dicho código les da la oportunidad de renegociar sus créditos en lugar de acudir irremediablemente a la quiebra, desmantelamiento y venta de su patrimonio. Sin embargo,

cuando la persona deudora tenga bienes o acreedores en el extranjero enfrentará numerosas dificultades para que su proceso llegue a buen término a falta de normas adecuadas que le permitan al juez implementar las órdenes judiciales nacionales en el extranjero o viceversa. Por ello, se requieren incorporar al Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares las normas de las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia, y en la medida en que pudiera ser aplicable, la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas.

REFERENCIAS

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2013). Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación. https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2018). Ley Modelo sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias relacionados con Casos de Insolvencia. <https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Situación Actual de la Ley Modelo sobre la

- Insolvencia Transfronteriza, https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status
- Government of Canada. (2023). Insolvency Statistics in Canada-January 2023, Table 2: BIA Insolvencias Filed by Consumers, <https://ised-isde.canada.ca/site/office-superintendent-bankruptcy/en/statistics-and-research/insolvency-statistics-canada-january-2023#t2>
- Government of United Kingdom. (2023). The Insolvency Service. National Statistics. Commentary-Individual Insolvency Statistics April to June 2023. <https://www.gov.uk/government/statistics/individual-insolvency-statistics-april-to-june-2023/commentary-individual-insolvency-statistics-april-to-june-2023#individual-insolvency-in-england-and-wales>
- Judicial Insolvency Network. (2018). *Guidelines for Communication and Cooperation between Courts in Cross-Border Insolvency Matters* (JIN Guidelines). <https://www.jin-global.org/jin-guidelines.html>
- Kilborn, Jason J. (2009). Twenty-five years of consumer bankruptcy in continental Europe: Internalizing negative externalities and humanizing justice in Denmark. *International Insolvency Review*, 18, 155-156.
- Méjan, Luis Manuel C. (2015). *Concursos Mercantiles. Ayuda de memoria* (2.ª ed.) Oxford.
- Newbould, Frank. (2018, 13 de marzo), Key note speaker [conferencia]. *III Members meeting*.
- Pottow, J. (2006). Greed and Pride in International Bankruptcy: The Problems of and Proposed Solutions to Local Interests. *Michigan Law Review*, 104, 1919-1921.
- Ramsay, I. (2017). *Personal Insolvency in the 21st Century. A Comparative Analysis of the US and Europe*. Hart Publishing, 2-7.
- Rojas Vértiz, R. (2021). *La insolvencia de las personas físicas en México*. Tirant Lo Blanch, 33.
- Rojas Vértiz, R. (2021). Internacionalización del Derecho Concursal. En G. Hinojosa, (Comp.). *TODO Concursal*, Wolters Kluwer.
- Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición. (s. f.) *Estadísticas Insolvencia. Solicitudes de Insolvencia por año*. <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/EstadisticaSolvencia>
- Superintendencia de insolvencia y reemprendimiento. (2023). *Boletín Estadístico 1 de enero al 31 de julio de 2023*. <https://www.superir.gob.cl/wp-content/uploads/2023/08/Boletin-Estadistico-Mensual-Julio-2023.pdf>
- The World Bank, Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, 2021, 7-8.
- The World Bank, Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, 2014, Washington, D.C., 19-45.
- United States Courts. (2023). *Bankruptcy Filings Rise 10 Percent*. <https://www.uscourts.gov/news/2023/07/31/bankruptcy-filings-rise-10-percent>
- Veytia, H. (2009). El hoyo negro donde se deja el derecho extranjero para aterrizar a otro derecho nacional, o el punto en donde se desprende totalmente de cualquier sobera-

nía estatal. En N. González (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano Varia*, México, Editorial Porrúa-UNAM.

Westbrook, J. L. (2000). "A Global Solution to Multinational Default". *Michigan Law Review*. No. 98.

Legislación

Código de Comercio, *Diario Oficial* (Órgano Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos), 4 junio 1887, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *Diario Oficial* (Órgano Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos), 1 de septiembre 1932, <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/49957fa44895e47b5d07dc04eac15ab5315f011d.pdf>

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (Libro Décimo), Congreso de la Unión, *DOF*, 7 junio 2023, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf>

Ley de Concursos Mercantiles. (12 de mayo de 2000). *Diario Oficial de la Federación*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCM.pdf>

Ley 1562 de 2012. Congreso de la República de Colombia. Título VI. Insolvencia de la Persona Natural No Comerciante, *Diario Oficial*, https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=48365

Ley de Concursos Mercantiles (LCM), Congreso de la Unión, *DOF*, 12 mayo 2000.

Ley de Insolvencia y Reemprendimiento de la República de Chile (Ley 20.720). Congreso Nacional de Chile, 09 de enero 2014, <http://www.superir.gob.cl/ley-n-20-720/>

Ley 20.720. (10 de octubre 2014). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?pidNorma=1058072>

Sentencias y documentos judiciales

Incidente de Reconocimiento de Procedimientos Extranjeros de Quiebra y Solicitud de Cooperación Procesal Internacional 29/2001 del conocimiento del Cuarto Juzgado de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México.

Protocolo de comunicaciones transfronterizas entre tribunales. Expediente 20641. Superintendencia de Sociedades de la República de Colombia.

Protocolo de Cooperación y Comunicación Transfronteriza entre Tribunales. Causa-Rol: C-8553-2020. 2º Juzgado Civil de Santiago, República de Chile.

Tratados Internacionales

Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjera, 24 de mayo de 1984, <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-50.html>

Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, 30 enero 1975, https://oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conv_interame_exhort_carta_roгато.pdf

Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 1992, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4654081&fecha=05/03/1992#gsc.tab=0

Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, 30 de junio 2005, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=98>

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial, 1958, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>



Los matrimonios por conveniencia en España: un viejo problema sin aparente solución

Convenience marriages in Spain: an old problem with no apparent solution

RESUMEN

Un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que comienza a tener bastante importancia en España —que ha pasado de ser un país de emigración al extranjero, a ser un país receptor de ciudadanos que llegan de otros países para vivir aquí—, es el problema de los denominados “matrimonios de conveniencia”. Mediante este tipo de enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio ni asumir los derechos y las obligaciones que se derivan del mismo, sino que su verdadero objetivo es obtener determinados “beneficios” en materia de nacionalidad y extranjería (adquisición veloz y privilegiada de la nacionalidad española, obtención de un permiso de residencia en España, reagrupamiento familiar, etcétera). Consecuentemente, estos “matrimonios” son una forma de fraude a las normas de extranjería y nacionalidad. Por ello, este trabajo busca concretar, desde la perspectiva de la doctrina registral y de la jurisprudencia española más reciente, qué se entiende por matrimonio por conveniencia, para así poder detenerse en el examen de los indicios de todo matrimonio por conveniencia, en los efectos de estos matrimonios y, finalmente, en las posibles formas de combatirlos. A través del estudio de sus rasgos y elementos más característicos, sus principales fines, así como sus indicios de existencia, sus consecuencias y, finalmente, la formas de combatir este tipo de matrimonios, se ha llegado a la conclusión que: 1) Los llamados matrimonios por conveniencia son una realidad en creciente aumento en España; 2) los tribunales españoles no han sido indiferentes a este fenómeno; y 3) las consecuencias jurídicas que se aplican a este tipo de enlaces pasan por lo civil, registral y administrativo.

Palabras clave: matrimonio de conveniencia, nacionalidad española, extranjero, inmigración.

ABSTRACT

¹ Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante)-España. ORCID: 0000-0002-8313-2070.

LOS MATRIMONIOS POR CONVENIENCIA

EN ESPAÑA: UN VIEJO PROBLEMA SIN APARENTE SOLUCIÓN

A very common phenomenon in countries subject to heavy immigration and one that is starting to become quite important in Spain, which has gone from being a country of emigration abroad to a country that receives citizens who come from other countries to live here, is the problem of so-called “marriages of convenience”. Through this type of marriage, the real aim is not to contract a marriage or to assume the rights and obligations that derive from marriage, but rather to obtain certain “benefits” in terms of nationality and foreigners (rapid and privileged acquisition of spanish nationality, obtaining a residence permit in Spain, family reunification, etc.). Consequently, these “marriages” are a form of fraud against the rules on Aliens and Nationality. For this reason, this paper attempts to specify, from the perspective of the most recent Spanish registry doctrine and case law, what is understood by marriage of convenience, to examine the indications of all marriages of convenience, the effects of these marriages and, finally, the possible ways of combating them. Through the study of their most characteristic features and elements, their main purposes, as well as their signs of existence, their consequences, and, finally, the ways of combating this type of marriage, it has been concluded that: 1) so-called marriages of convenience are a growing reality in Spain; 2) the Spanish courts have not been indifferent to this phenomenon; and 3) the legal consequences that apply to this type of marriage are civil, registry and administrative.

Keywords: Marriage of convenience, spanish nationality, foreigner, immigration.

PLANTEAMIENTO

Durante la actual década la proliferación de los matrimonios mixtos en España ha ido en aumento y según los datos estadísticos publicados por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2021,² se celebraron un total de 15,648 matrimonios en los que, al menos, un

² Según los datos que arroja el Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?tpx=36155>

cónyuge era extranjero. En el mismo año la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) —hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública— revisó más de 280 expedientes que fueron recurridos por parejas a las que no se les permitió inscribir su matrimonio celebrado en el extranjero o que no obtuvieron autorización para casarse al constatarse datos objetivos que apuntan a la ausencia de consentimiento matrimonial. Un repaso al último boletín mensual de este organismo muestra más de cincuenta resoluciones en las que se rechazan casos que se entiende que son “matrimonios simulados”, con los que se busca, fundamentalmente, acelerar la adquisición de la nacionalidad española, obtener una autorización de residencia o lograr la reagrupación familiar.

En este tipo de matrimonios, denominados “matrimonios por conveniencia”, ninguno de los contrayentes tiene como fin convivir y hacer una vida en común (Arenas, 2007, p. 17). La simulación del matrimonio tiene lugar cuando a las declaraciones formales de los contrayentes, de querer contraer matrimonio el uno con el otro, se superpone un pacto privado, en cuya virtud ambos excluyen la causa típica del negocio matrimonial, que consistente en la instauración de una plena comunidad de vida tendencialmente perpetua entre dos personas, asumiendo estas las obligaciones conyugales establecidas en los artículos 67 y 68 del Código

Civil (CC). Por el acuerdo simulado, los contrayentes convienen entre sí en no adquirir el estatus de cónyuge, por lo que habrá un supuesto de divergencia consciente entre la voluntad real y la declarada ante el funcionario autorizante, dando lugar a una falta de consentimiento que provocará la nulidad del matrimonio, según lo establecido en el artículo 45 del CC (Ortega, 2020, pp. 1-23).

Los tribunales españoles no han sido indiferentes a este fenómeno y en los últimos años han analizado objetivamente las características de estos matrimonios: los elementos para determinar su nulidad, la determinación de los indicios y la falta de consentimiento real que se da con frecuencia en estos casos.

La sentencia 254/2017, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (TSJ MU) habla del concepto de matrimonio por conveniencia mencionando lo establecido en la Resolución del Consejo, de 4 de diciembre de 1997: se entenderá por matrimonio fraudulento el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, una autorización de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro (TSJ MU, 2017). En este sentido,

las autoridades competentes creen que mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende y, generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la entrada o regulación en territorio nacional u obtener con facilidad la nacionalidad del contrayente.

Por ello, resulta “atractivo” para los extranjeros “forzar” dichos matrimonios para así poder disfrutar de las mencionadas ventajas, siendo una forma de fraude a las normas de extranjería y nacionalidad (Audit, 2000, p. 547).

Así las cosas, en el presente trabajo se busca concretar, desde la perspectiva de la doctrina registral y de la jurisprudencia española más reciente, previo estudio de sus rasgos y elementos más característicos, sus principales fines, así como sus indicios de existencia, sus consecuencias; qué se entiende por matrimonio por conveniencia, para así, poder detenerse en el examen de los indicios de todo matrimonio por conveniencia, en los efectos de estos matrimonios y, finalmente, en las posibles formas de combatirlos.

LOS MATRIMONIOS POR CONVENIENCIA: RASGOS CARACTERÍSTICOS

El principal rasgo definitorio de los matrimonios de conveniencia es la falta de voluntad de cumplir con los derechos y

obligaciones inherentes a esta institución jurídica, lo que se denomina como simulación o reserva mental por la ausencia del consentimiento matrimonial, uno de los requisitos esenciales.³ Aunque su modalidad más frecuente son los matrimonios mixtos, es decir, un enlace entre un contrayente extranjero y un contrayente español también es posible que se celebren estos matrimonios en fraude de ley cuando uno de los contrayentes está a punto de adquirir la nacionalidad española, lo que le permite al otro venir a España. Como señala la STSJ MU 254/2017: “El verdadero objetivo de estos matrimonios de complacencia es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería” (STSJ MU, 2017). Al respecto, la sentencia 279/2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP BCN), en un caso de un presunto “matrimonio de conveniencia” señala que: “el consentimiento de los contrayentes no se emitió con el verdadero propósito de crear una comunidad de vida conyugal, sino para aprovechar

³ El crecimiento de los denominados “matrimonios de conveniencia” llevó a la DGRN a dictar la Instrucción del 9 de enero de 1995, sobre el Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el Extranjero. Con esta Instrucción, el instructor del expediente practica un interrogatorio por separado, y de modo reservado, para cerciorarse de la verdadera intención matrimonial o, en su caso, para descubrir posibles fraudes. Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (BOE núm. 21, de 25 de enero de 1995).

las ventajas de la apariencia matrimonial” (SAP BCN, 2020a).

En este sentido, los principales fines que se pretenden conseguir a través de estos matrimonios son:⁴

- Adquisición acelerada de la nacionalidad española: con el único requisito de un año de residencia en España por parte del cónyuge extranjero siempre que la misma sea “legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición” (art. 22.2 y 22.3 del CC).
- Autorización de residencia en España: el cónyuge extranjero nacional de un Estado no miembro de la Unión Europea (UE) ni del Espacio Económico Europeo (EEE) tiene el derecho a residir en España con la condición de que los cónyuges no estén separados de derecho sin que sea necesario que mantengan un “vínculo de convivencia estable y permanente” (véase, art. 2 del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero y sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2004).
- Reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados: los matrimonios de complacencia que son en realidad matrimonios simulados entre extranjero y español o bien entre extranjeros buscan, además de los dos beneficios previamente mencionados, reagrupar a la familia nuclear del extranjero,

amparándose en lo establecido en la Directiva 2003/86/CE y la Ley Orgánica de 4/2000 de 11 de enero y su reglamento de desarrollo (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

Por tanto, conforme a las previsiones de las DGRN y de la Fiscalía General del Estado, se presumen “matrimonios por conveniencia”, los siguientes (Salvador, 2003, pp. 261-262):

- Aquellos matrimonios celebrados en España entre nacionales de Estados miembros de la UE, con nacionales de terceros Estados en situación irregular;
- Aquellos matrimonios celebrados en España entre nacionales de Estados no miembros de la UE, cuando uno de los contrayentes se encuentra legalmente en el país y el otro contrayente está en situación irregular; y,
- Aquellos matrimonios celebrados en un país extranjero conforme a la ley del lugar de celebración cuando uno de los contrayentes es español y el otro contrayente es nacional de un tercer Estado no miembro de la UE.

Como señala la STSJ MU 254/2017, la respuesta jurídica a estos “matrimonios por conveniencia” es la de declararlos nulos, ante la falta de consentimiento matrimonial (STSJ MU, 2017). Así, los matrimonios

⁴ Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006.

de conveniencia “son aquellos cuyo objetivo no es el de fundar una familia sino el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial en claro fraude de ley” (García, 2016a, pp. 13-23).

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS MATRIMONIOS POR CONVENIENCIA

a) Falta de consentimiento

Uno de los elementos que determina jurídicamente la conveniencia de un matrimonio es la falta de consentimiento matrimonial, es decir, falta de voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo tanto los derechos y obligaciones que esta institución jurídica requiere, como el matrimonio en sí mismo. Por esto se dice que se trata de un matrimonio cuyo consentimiento es simulado, por una o por ambas partes. Como señala la SAP BCN 279/2020: “La falta de verdadero consentimiento matrimonial no suele constatarse habitualmente a través de pruebas directas de la voluntad simulada pues es lógico el interés de los implicados en mantener ocultas sus intenciones íntimas” (SAP BCN, 2020a). En la misma línea se pronuncia la SAP BCN 11855/ 2020 (SAP BCN, 2020b).

Al respecto se pronuncia la SAP BCN 80/2000, señalando que: “Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, lo cual es consecuencia de la exigencia de los requisitos

del matrimonio y en concreto, lo establecido en el artículo 45 del mismo Código Civil que señala que: ‘no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial’” (SAP Barcelona, 2020c).

Por otro lado, la sentencia 2078/2020 de la Audiencia Provincial de Cádiz (SAP CA), señala que: “como todo fraude, los matrimonios de complacencia rara vez presentan una prueba directa de su comisión, pues por su propia naturaleza siempre se revisten de una apariencia de legalidad” (SAP CA, 2000).

El artículo 45 del CC exige un “consentimiento matrimonial”, esto es, un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, por lo que el fin práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un *consortium omnis vitae*. Ese consentimiento debe recaer sobre el conjunto de derechos y deberes de los cónyuges que se describen en los artículos 67 y 68 del CC y son los deberes de respeto, ayuda mutua, actuar en interés de la familia, convivencia, colaboración familiar, fidelidad y socorro mutuo, así lo recoge la sentencia 11890/2020 de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de octubre de 2020 (SAP M, 2020).

Y se entiende por ausencia total de consentimiento matrimonial, tal y como afirma la sentencia 41/2015 de la AP CA, la simulación o reserva mental “exigiendo

prueba plena de que la única y exclusiva razón para prestar el consentimiento matrimonial es ajena a la voluntad de crear una sociedad de convivencia personal entre los cónyuges” (SAP CA, 2015).

b) Inexistencia o falsedad en la causa

Otro de los elementos característicos de este tipo de enlaces es la inexistencia o falsedad de la causa de este, aunque el problema en este sentido radica en su dificultad probatoria. La inexistencia o falsedad de la causa reside en el hecho de que uno de los contrayentes busca beneficiarse de las ventajas o fines antes citados mientras que el otro acepta contraer matrimonio en fraude de ley a cambio de un precio. Es lo que se aprecia en la SAP M 11890/2020, en la que el tribunal señala que: “Nos encontramos ante un fraude de ley (art. 6.4 del CC), pues bajo el paraguas normativo que autoriza el matrimonio y que permite adquirir la residencia por razón de vínculo familiar, Dña. Florinda habría pretendido un fin distinto, la regularización de su situación en España, incurriendo claramente en un fraude de ley” (SAP M, 2020).

Sobre la apariencia de legalidad de un “matrimonio por conveniencia”, la SAP CA 2078/2020 señala que estos enlaces son nulos, y esa nulidad impide que puedan inscribirse o autorizarse por parte de los Encargados de los Registros Civiles españoles, como autoridades del foro, los matrimonios celebrados o que pretendan

celebrarse bien contra la voluntad de uno o de ambos contrayentes, bien sin el consentimiento real de los mismos o de alguno de ellos, como sucede en los supuestos de simulación (SAP CA, 2020).

c) Elemento de extranjería

Para determinar la existencia de un “matrimonio por conveniencia”, es preciso que exista un elemento de extranjería, siendo necesario que uno de los dos contrayentes tenga nacionalidad española y que el otro sea extranjero. Igualmente, se deben incluir aquellos matrimonios en los que ambos contrayentes son extranjeros siempre y cuando uno de ellos esté en proceso de obtener la residencia o nacionalidad española.

d) La simulación y la reserva mental

Por otro lado, conviene distinguir, dentro de los matrimonios de complacencia, los casos de simulación y reserva mental. La reserva mental se diferencia de la simulación en que en la primera sólo el consentimiento de uno de los cónyuges es fraudulento, no el de ambos; se trata, por tanto, de un consentimiento simulado o aparente por parte de uno de ellos con el objetivo de perseguir un fin oculto y distinto al del matrimonio en sí mismo. Al respecto la jurisprudencia ha establecido las principales características de la reserva mental entre las que destacan que: “i) la gestación consciente en el fuero interno de uno de

los contrayentes de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado y lo manifestado, ii) el secreto y desconocimiento para la otra parte, que conlleva un engaño a ésta, y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental, iii) la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide la voluntad negocial declarada, no querida realmente” (SAP GU, 2013).

No obstante, debido a la gran dificultad probatoria de la reserva mental, al tratarse de la voluntad interna de uno de los cónyuges, la jurisprudencia incide en la prueba de presunciones para poder determinar la verdadera voluntad del contrayente, investigando tanto los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio (SAP IBA, 2008). Tal y como manifiesta la sentencia 14144/2019 de la AP Barcelona, “es fundamental probar la situación de reserva mental y ausencia de consentimiento al acto que se está celebrando” (SAP BCN, 2019).

Por otra parte, en estos matrimonios es destacable la simulación; ésta, a diferencia de la reserva mental, no es unilateral, sino que ambos contrayentes, de forma consciente, simulan un acuerdo excluyendo los fines del matrimonio, faltando, por tanto, el consentimiento matrimonial

que se ha estudiado anteriormente, incurriendo en fraude de ley (SAP VA, 2002). Al igual que ocurre en la reserva mental, en la simulación también destaca la dificultad probatoria. Por ello, la jurisprudencia incide en la prueba de presunciones para demostrar la simulación del matrimonio analizando primordialmente “la falta de conocimiento o trato anterior a la celebración del enlace por los cónyuges y la falta de convivencia posterior” (SAP CR, 2012).

En la sentencia 309/2021 de la Audiencia Provincial de Sevilla (SAP SE, 2021), el tribunal señala que: “Aun aceptando las dificultades prácticas de la prueba de la simulación, de lo actuado se deduce la existencia de una verdadera voluntad encubierta en los contrayentes (con una discordancia entre la real y la manifestada), que lleva a la plena convicción de este Tribunal de una falta de consentimiento matrimonial determinante de su nulidad; es decir, que el matrimonio de referencia es nulo por simulación y celebrado en fraude de ley con el único propósito de conseguir los beneficios que la institución matrimonial generaba a Doña Ruth para la obtención de la tarjeta de residencia familiar” (SAP SE, 2021).

INDICIOS DE LA EXISTENCIA DE UN MATRIMONIO POR CONVENIENCIA

La dificultad probatoria de los matrimonios por conveniencia ha sido analizada,

continuamente, por diversa doctrina y jurisprudencia, los cuales han establecido protocolos de actuación en caso de matrimonio de extranjeros o nacional y extranjeros celebrados en España. Al respecto se ha de subrayar que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha reiterado que en tanto las pruebas directas prueban concluyentemente el hecho, las indirectas o indiciarias no son, por regla general, por sí mismas, suficientes para probar el hecho a demostrar, aunque acompañadas de otros indicios permiten formar la convicción judicial sobre la verosimilitud del hecho, así lo señala el TS en sentencias de 23 de enero y de 24 de noviembre de 1993; en el mismo sentido lo señalan las SSTs de 16 de septiembre y de 21 de octubre de 1996; sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2016.

Por otro lado, la jurisdicción menor de la SAP M, también se ha pronunciado al respecto señalando que:

Para apreciar o no la existencia de simulación en los matrimonios los tribunales pueden tener en cuenta todos los medios admitidos en Derecho, incluso las presunciones. Dado que la prueba de la simulación, por definición, es muy difícil, al no existir pruebas directas, siendo la voluntad de los simuladores precisamente ocultar su verdadera intención al celebrar matrimonio, a decidirse frecuentemente a la prueba de presuncio-

nes, para cuyo éxito es necesario que entre el hecho demostrado y el que se pretende deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (SAP M, 2000).

De esta forma, la DGRN⁵ ha dado a conocer una serie de orientaciones y reglas con el fin de evitar la proliferación de “matrimonios por conveniencia”:

- El desconocimiento de circunstancias personales y familiares del otro contratante, deducidas de la audiencia por separado ante el Encargado del Registro Civil.⁶
- Las discrepancias entre las declaraciones de ambos contrayentes, en la audien-

5 Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2006).

6 Así, p. ej., la Resolución de la DGRN de 21 de septiembre de 2011, una mujer de nacionalidad española y un hombre de nacionalidad nigeriana, presentan escrito ante el Registro Civil de Murcia, para iniciar expediente en solicitud de autorización para contraer matrimonio civil. Ratificados los solicitantes, se procede a celebrar las entrevistas en audiencia privada. El Ministerio Fiscal se opone a la autorización del matrimonio y el encargado del Registro Civil resuelve mediante auto denegando la autorización del enlace. De las audiencias, se puede observar que ambos contrayentes no comparten una lengua común, pues ambos declaran que ella solo habla español y que está estudiando inglés, mientras que él apenas se expresa en español. Por otro lado, es patente el desconocimiento mutuo de circunstancias personales importantes, como que él desconoce la fecha y el lugar de nacimiento de ella, no está seguro de su primer apellido y desconoce el segundo. Por parte de ella, no expresa correctamente ni el nombre ni el apellido de su pareja, además desconoce el nombre del padre y los hermanos de él.

cia por separado ante el Encargado del Registro Civil, sobre hechos tales como el día en que se conocieron, la forma en que se conocieron, la profesión, la existencia de hijos anteriores al matrimonio u otras circunstancias personales y familiares.⁷

– La superficialidad de la relación, consecuencia de haberse conocido a través de un intermediario, o unos días antes de la celebración del matrimonio.⁸

– La imposibilidad de comunicación a través de una lengua común.⁹

– La situación de irregularidad del contrayente extranjero.¹⁰

– La diferencia notable de edad.¹¹

– Las confesiones de los contrayentes, que supongan una confesión de la simulación del matrimonio.¹²

Si bien es cierto que los indicios llevan a afirmar que, si se está ante un “matrimonio por conveniencia”, será el Encargado

7 Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 19 de junio de 1999, en la que se probó que los contrayentes se conocieron personalmente cuatro días antes de la boda y antes por medio de unas amigas de ella que viven en España; antes de conocerse personalmente ya habían decidido la boda por teléfono; ella desconoce el domicilio de su esposo, cuál fue su profesión, el lugar de su nacimiento, el nombre de su madre y los nombres y edades de sus hermanos; él por su parte tampoco supo decir el nombre de su suegra, el domicilio de su esposa y su número de teléfono.

8 Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 23 de marzo de 1996, en la que se consideró “matrimonio de conveniencia” el caso de aquellos contrayentes que se conocieron por teléfono y sólo se vieron tres días antes de la celebración del matrimonio; que uno y otro ignoraban datos elementales sobre la vida de cada uno; que ella nunca había viajado a España; que él era la primera vez que había viajado a la República Dominicana y, sin conocer a la interesada, vino provisto de certificado de nacimiento y de la fe de soltería, y que el mismo no recuerda incluso cuándo y dónde había sido celebrado el matrimonio.

9 Así, p. ej., la Resolución de la DGRN de 21 de julio de 2011, donde una mujer de doble nacionalidad, española y colombiana junto a un hombre de nacionalidad japonesa, solicitan ante el consulado español en Tokio una autorización para contraer matrimonio civil. Previo informe desfavorable por parte del Ministerio Fiscal, la encargada del Registro deniega la autorización por falta de consentimiento matrimonial. De las entrevistas celebradas en audiencia privada se concluye que la pareja no tiene una len-

gua común, ya que ambos han reconocido que solo hablan la lengua de sus países de origen respectivamente, español ella y japonés él.

10 Así, p. ej., la Resolución de la DGRN, de 5 de diciembre de 1996, relativa a un expediente para contraer matrimonio civil entre cubano y española, cuya celebración fue denegada por el Encargado del Registro Civil, por entender que no existe verdadero consentimiento matrimonial sino la intención de obtener por parte del contrayente la residencia española.

11 Así, p. ej., la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2012, mediante escrito civil presentado en el Registro Civil de Algeciras, un hombre de nacionalidad española y una mujer de nacionalidad paraguaya, inician expediente de solicitud de autorización para contraer matrimonio civil. Ratificados los interesados, comparece un testigo elegido por el instructor entre los propuestos por los solicitantes, dicho testigo declara que tiene el pleno convencimiento de que el matrimonio no incurre en prohibición legal alguna. Se celebran las entrevistas en audiencia reservada. El Ministerio Fiscal informa de manera desfavorable sobre las entrevistas y el encargado del Registro resuelve dictando auto que deniega la autorización del matrimonio proyectado. De las audiencias reservadas se desprende un desconocimiento mutuo de información personal, el interesado desconoce el nombre completo de la interesada, también desconoce la fecha y el lugar de nacimiento de la interesada, desconocen, además, el número de hermanos de ambos y circunstancias de los mismos, a ello hay que sumar la gran diferencia de edad entre ambos, 52 años.

12 Así, p. ej., en la Resolución de la DGRN, de 25 de junio de 1997, se señala que el contrayente extranjero, al conocer que la contrayente española era invidente, le participa al Encargado del Registro Civil “que era igual, aunque fuese una vieja, que lo que deseaba era salir de su país”.

del Registro Civil la autoridad competente para decidir sobre la celebración o inscripción de un matrimonio. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo contencioso administrativo señala que:

Al no haber prueba directa de la simulación o de la voluntad encubierta de las partes es necesario que la prueba de presunciones acredite un alto grado de convicción racional de la existencia de fraude de ley (STS, 2014).

Como señala la SAP BCN 14144/2019:

...la inexistencia de prueba directa de la simulación y de la verdadera voluntad encubierta de las partes obliga a que la prueba de presunciones conduzca a un alto grado de convicción racional, pues, dada la presunción general de buena fe y el carácter fundamental del *ius nubendi*, la existencia de fraude de ley solo podrá apreciarse cuando este conste de manera inequívoca por existir entre los hechos base demostrados y aquel que se trata de deducir un enlace preciso, directo y unívoco según las reglas del criterio humano, que excluya cualquier duda razonable (SAP BCN, 2019).

CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN DE UN MATRIMONIO POR CONVENIENCIA

Entre las consecuencias que pueden llegar a tener la apreciación de estos enlaces están las consecuencias civiles, registrales y de carácter administrativo (García, 2016b, pp. 107-114):

- En el ámbito civil, tal y como señala el artículo 45 del CC, que a su vez cita el artículo 73 del mismo cuerpo legal señalando que: “es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”, la principal consecuencia civil que reporta este tipo de matrimonios celebrados en fraude de ley es la privación de la nacionalidad española (= tal y como recoge el artículo 25.2 del CC “La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años”).
- Las consecuencias registrales consisten en la cancelación de los asientos registrales cuando el matrimonio se haya declarado como fraudulento con poste-

rrioridad a su inscripción en el Registro Civil.

- Respecto a las consecuencias administrativas, la Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en su artículo 53.2 apartado b) establece como infracción grave el hecho de “contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito” y castiga esta conducta con una multa de 501 a 10.000 euros (art. 55.1 apartado b).

En cuanto a la autorización de residencia, el artículo 28 de la ley de extranjería establece que la revocación de la autorización de residencia conlleva una orden de salida obligatoria del territorio nacional al no tener cobertura legal de permanencia.¹³

Finalmente, cabe destacar que los “matrimonios por conveniencia”, en principio, no tienen consecuencias penales pues no constituyen por sí solos hechos delictivos. Destaca, en este sentido, la *Memoria Fisca-*

lía de Extranjería 2014 a cuyo tenor indica que: “desde una perspectiva penal, las fiscalías territoriales insisten en la dificultad de perseguir criminalmente estas conductas si no existe falsedad en los documentos presentados ante el Registro Civil para la celebración del matrimonio” (Ministerio Fiscal, 2014, p. 19). En el mismo sentido, la sentencia 261/2017 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo establece que:

...los matrimonios de complacencia, los matrimonios interesados o los matrimonios de conveniencia no pueden dar lugar a falsedad alguna, ni en el celebrante ni en los contrayentes, aunque uno y otro conozcan y consientan las particularidades del acuerdo, del interés o de la ventaja que se quiere obtener con tal unión. Podrá tratarse de un ilícito civil con consecuencias civiles y matrimoniales, más nunca llegar a la incriminación de tal conducta en el contexto del Código Penal (STS, 2017).

Sin embargo, si los interesados en simular dicho matrimonio incurriesen en falsificación de documentos, o bien se tratase de un grupo organizado con este fin, sería un delito.

FORMAS DE COMBATIR LOS “MATRIMONIOS POR CONVENIENCIA”

Para determinar las formas de combatir este tipo de matrimonios se deberá de acu-

¹³ Vid. Artículo 28.3 de Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “La salida será obligatoria en los siguientes supuestos: c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España”.

dir a las instrucciones de la DGRN de 9 de enero de 1995 y de 31 de enero de 2006, las cuales recogen medidas *ex ante* y *ex post* para evitar que se celebren matrimonios fraudulentos o para evitar que, una vez celebrados, se inscriban los mismos en el Registro Civil. Así, las medidas a adoptar pasan por las siguientes: a) la prueba de la simulación en expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio y; b) la prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero.

a) La prueba de la simulación en expediente matrimonial previo a la autorización del matrimonio

La Instrucción de 9 de enero de 1995 establece como requisito a los matrimonios celebrados ante una autoridad española entre contrayente español y contrayente con domicilio en el extranjero, que se tramite un expediente previo con el objetivo de verificar el consentimiento matrimonial de ambos. Se trata, por tanto, de un medio de control preventivo y previo a la celebración del matrimonio, a través del cual se verifica la capacidad matrimonial de ambos contrayentes, especialmente lo relativo al consentimiento matrimonial de ambos (arts. 245 y 247 Reglamento del Registro Civil).

Este expediente será el resultado de interrogar a cada uno de los contrayentes, es

decir, una audiencia personal, reservada y por separado, para descubrir sus verdaderas intenciones, tal como estableció la instrucción: “Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes” (BOE, 1995, p. 2).

Se puede observar, a lo largo de toda la instrucción, la importancia que se le otorga a este trámite de audiencia, recalando que el interrogatorio no sea simple, escueto y banal, es decir, un mero trámite, sino que sea completo y preciso, pues es el medio a través del cual el instructor decidirá acerca de la existencia o no de fraude. Algunas de las preguntas a realizar son las intenciones de vida en común de los contrayentes, hijos que desearían tener, desde cuándo dura la relación, cómo piensan organizar la convivencia común. En este mismo sentido, destaca la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, estableciendo que los Estados miembros tienen el derecho a comprobar si se trata de un matrimonio simulado antes de su celebración.

b) La prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero

Uno de los principales problemas que acarrea el expediente previo como medio para

detectar matrimonios simulados es que el mismo solo es necesario cuando el matrimonio se celebra en España, por lo que hay multitud de matrimonios de complacencia celebrados en el extranjero. Por ello, la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 ha establecido un medio de control para la inscripción de matrimonios en el Registro Civil cuando estos se han celebrado en el extranjero, omitiendo, por tanto, el requisito del expediente previo. Es conveniente recordar que la presunción de legalidad y el principio de concordancia con la realidad exigen que los hechos que se inscriban en el Registro Civil español sean válidos y eficaces.

Para ello, el Encargado del Registro Civil deberá comprobar los requisitos legales, tanto objetivos como subjetivos, exigidos para la válida celebración del matrimonio, siempre que existan dudas sobre la legalidad de este. Así lo establece el artículo 256 del Reglamento del Registro Civil, el cual instituye que se deberá comprobar tanto la capacidad de los contrayentes como la validez de su consentimiento matrimonial ante autoridad extranjera, así como que el matrimonio se haya celebrado conforme a la ley española o extranjera según corresponda.

Para llevar a cabo este control el Encargado debe adoptar medidas similares a las previstas en la Instrucción de 1995 tal como establece la presente instrucción de 2006: “análogas medidas deben adoptarse

cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*” (BOE, 2006, p. 6336). Igualmente establece la instrucción que “si el matrimonio consta por certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración, requiere que por medio de la calificación de ese documento y de las declaraciones complementarias oportunas se llegue a la convicción de que no hay dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española” (BOE, 2006, p. 6336).

CONCLUSIONES

Primera.- Los llamados matrimonios por conveniencia son una realidad en creciente aumento en España

Se trata enlaces matrimoniales donde lo que se pretende es exclusivamente facilitar la entrada y estancia en territorio español de ciudadanos extranjeros; en este tipo de enlaces concurren aparentemente todos los elementos esenciales del matrimonio. Nos encontramos ante matrimonios simulados celebrados normalmente entre extranjeros y españoles, o entre extranjeros. Son “matrimonios” en los que no concurre un verdadero “consentimiento matrimonial”. Por tanto, no son “verdaderos matrimonios”, sino negocios jurídicos simulados o “matrimonios meramente aparentes”, como señala la DGRN, pues no existe un verdadero consentimiento ma-

rimonial, ya que son sólo el medio a través del cual se procuran ventajas legales en el sector del derecho de extranjería y de la nacionalidad.

Las instrucciones dadas por el Ministerio de Justicia al personal de los Registros Civiles para detectar estos matrimonios por conveniencia no dejan de ser medidas de sentido común, que difícilmente pueden garantizar que disminuyan el número de estos matrimonios fraudulentos. Si el Juez encargado del Registro Civil llega a la convicción de que los interesados están actuando en fraude a la ley, beneficiándose de las consecuencias legales del matrimonio, ante la falta de verdadero consentimiento matrimonial, dicho matrimonio será declarado nulo por simulación y al extranjero en cuestión se le aplicará la sanción correspondiente, prevista en la legislación de extranjería.

Segunda.- Los tribunales españoles no han sido indiferentes al fenómeno de los matrimonios por conveniencia

En los años recientes se han pronunciado respecto a los matrimonios por conveniencia en repetidas ocasiones, analizado objetivamente las características de estos matrimonios, los elementos para determinar su nulidad, la determinación de los indicios y la falta de consentimiento real en este tipo de enlaces.

Tercera.- Matrimonios de conveniencia = consecuencias civiles, registrales y de carácter administrativo

Una vez detectada la simulación del matrimonio, las consecuencias jurídicas que se aplican pasan por lo civil, registral y administrativo. En el ámbito civil, aplicando lo establecido en el CC, este tipo de matrimonios serán “nulos” por haberse celebrado sin un consentimiento real; por otro lado, esta consecuencia civil se traduce en la privación al acceso de la nacionalidad española tal y como recoge el artículo 25.2 del CC. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal, de oficio, o a instancia de parte, en virtud de denuncia. Las consecuencias registrales consisten en la cancelación de los asientos registrales cuando el matrimonio se haya declarado como fraudulento con posterioridad a su inscripción en el Registro Civil. Respecto a las consecuencias administrativas, la Ley 4/2000 en su artículo 53.2 b. establece como infracción grave el hecho de contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, y sanciona esta conducta con una multa de 501 a 10,000 euros. Otra consecuencia administrativa es en la autorización de residencia, ya que el artículo 28 de la ley de extranjería establece la revocación de la autorización de

residencia que conlleva una orden de salida obligatoria del territorio nacional.

En definitiva, no se deberá de olvidar que, en la práctica, el fin principal de los matrimonios por conveniencia es obtener dinero a cambio de acelerar la obtención de la nacionalidad española, una autorización de residencia y reagrupar a sus familiares extranjeros. Se suele celebrar entre un ciudadano extranjero y otro ciudadano nacional, siendo el extranjero el que paga un precio al ciudadano nacional. Sin embargo, celebran el contrato de nupcias con varios elementos condicionales: contraer matrimonio con el acuerdo, expreso o tácito, de que nunca habrá convivencia matrimonial, ni voluntad de formar una familiar, instándose la separación judicial o divorcio pasado el año u otro plazo: por un lado, se adquiere la nacionalidad española aplicándose el 22.2 del Código Civil: tras un año de residencia en España, el sujeto extranjero adquiere la nacionalidad española, siempre que sea una residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición; y, por otro lado, se logra la autorización de residencia en España, siempre que los cónyuges no estén separados de hecho. No es necesario que los extranjeros tengan un vínculo de convivencia estable y permanente con sus cónyuges españoles. Sin duda, este negocio jurídico se constituye en fraude de ley porque busca burlar una norma jurídica

para obtener un resultado distinto al del supuesto de hecho.

REFERENCIAS

- Arenas, R. (2007). Algunos problemas relativos al reconocimiento matrimonial en los supuestos internacionales. Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr. <http://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimonios-convenidos1def2.pdf>
- Audit, B. (2000). *Droit International privé*, Economista, 3ª edición.
- Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. DOUE núm. 251, de 3 de octubre de 2003.
- García, V. (2016a). La problemática de los matrimonios de conveniencia. Dimensión nacional e internacional del fenómeno. *Vlex*, 13-23.
- García, V. (2016b). Consecuencias de la apreciación de un matrimonio como de conveniencia. *Vlex*, 107-114.
- Instituto Nacional de Estadística (2022). https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&menu=ultiDatos&idp=1254735573002
- Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero. BOE núm. 21, de 25 de enero de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-1943-consolidado.pdf>

- Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia. *BOE* núm. 41, de 17 de febrero de 2006. <https://www.boe.es/boe/dias/2006/02/17/pdfs/A06330-06338.pdf>
- Ministerio Fiscal (2014). *Memoria Fiscalía de Extranjería 2014* (Versión 1.1), <https://tinyurl.com/2c2bpm7p>
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *BOE* núm. 10, de 12 de enero del 2000.
- Ortega, A. (2020), A vueltas con los “matrimonios de conveniencia” en España: Comentario de las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2019 y 29 de enero de 2020. *Diario La Ley* (9618), 1-23.
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/02/16/240/con>
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 2011.
- Salvador, S. (2003). Registro Civil, inmigración y matrimonio. En VV. AA., *Derecho registral internacional*, Iprolex (257-357).
- SAP BCN (16 de julio 2020a). Sentencia 279/2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP BCN), de 16 de julio de 2020. Audiencia Provincial de Barcelona. <https://vlex.es/vid/847647527>
- SAP BCN (19 noviembre 2019). Sentencia 14144/2019. Audiencia Provincial de Barcelona. Ponente: Ana María Hortensia García Esquiús. <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2019/12/dipr-matrimonio-sap-barcelona-18c2aa-19-noviembre-2019.pdf>
- SAP BCN (27 de noviembre 2020b). Sentencia 11855/2020. Audiencia Provincial de Barcelona. Ponente: Vicente Ataulfo Ballesta Bernal. <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2021/01/DIPr-matrimonio-SAP-Barcelona-12a-27-noviembre-2020.pdf>
- SAP BCN 80/2020 (29 de enero de 2020c). Audiencia Provincial de Barcelona. Ponente María Dolores Viñas Maestre. <https://vlex.es/vid/840810411>
- SAP CA (23 de noviembre 2020). Sentencia 2078/2020. Audiencia Provincial de Cádiz. Ponente: Angel Luis Sanabria Parejo. <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2021/02/DIPr-matrimonio-SAP-Cadiz-5a-23-noiembere-2020.pdf>
- SAP Cádiz (26 enero 2015). Sentencia 41/2015. Audiencia Provincial de Cádiz. Ponente:

- Angel Luis Sanabria Parejo. <https://vlex.es/vid/561617630>
- SAP CR (5 de diciembre 2012). Sentencia 298/2012. Audiencia Provincial de Ciudad Real.
- SAP GU 39/2013. (08 febrero 2013). Audiencia Provincial de Guadalajara. Ponente José Aurelio Navarro Guillén. <https://vlex.es/vid/427959330>
- SAP IBA 177/2008 (20 mayo 2008). Audiencia Provincial de Baleares. Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández. <https://vlex.es/vid/nulidad-matrimonial-44404631>
- SAP M (2 de octubre 2020). Sentencia 11890/2020. Audiencia Provincial de Madrid. Ponente Emilia Marta Sánchez Alonso. <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2021/01/DIPr-matrimonio-SAP-Madrid-22a-2-octubre-2020.pdf>
- SAP SE 309/2021. (15 de junio 2021) Audiencia Provincial de Sevilla. Ponente: Rafael Márquez Romero. https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H-4sIAAAAAAEABXKvQqAIBRA4afj-Wq-BLXfKqdnar3oJQRT86fmz4YMznE6u-4bot2sMkJyXI90HJFI_y7_iyJTcnEUPA8wIALQHkrsTLtcWS8Y4P587CJ6ZqqPN-BiXOgirYO_gCTofNZZAAAAA==WKE
- SAP VA 499/2002. (2 octubre 2002). Audiencia Provincial de Valencia.
- STS (10 de junio de 2004). Sala Tercera. Boletín Oficial del Estado: lunes 23 de agosto de 2004, Núm. 203. <https://www.boe.es/boe/dias/2004/08/23/pdfs/A29591-29592.pdf>
- STS 228/2014. (23 julio 2014). Tribunal Supremo-Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona. <https://vlex.es/vid/523370982>
- STS 261/2017 (6 de abril 2017). Tribunal supremo de Justicia-Segunda Sala. <https://vlex.es/vid/678191733>
- STSJ MU 254/2017 (7 de julio 2017). Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, <https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action>



doi: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2024.1.4>

FECHA DE RECEPCIÓN: 02 octubre 2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 14 marzo 2024

Análisis del artículo 666 del nuevo Código de Procedimientos Civiles y Familiares mexicano en relación con los procesos de carácter internacional sobre niñas, niños y adolescentes

Analysis of Article 666 of the new Mexican Code of Civil and Family Procedures concerning international processes concerning girls, boys, and adolescents

RESUMEN

En este artículo se examina la importancia de la defensa especializada en el ámbito del derecho familiar e internacional en México, con un enfoque particular en la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tal y como se establece en el artículo 666 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Ante el crecimiento de los casos de sustracción internacional y las complejidades inherentes a los procedimientos de restitución y adopción que involucran a extranjeros o mexicanos residentes en el extranjero, en este estudio se destaca la necesidad crítica de una especialización legal obligatoria que se alinee con tratados internacionales y la legislación nacional. Utilizando un enfoque cualitativo, la investigación se basa en el análisis normativo y doctrinario, revisión de tratados internacionales y consulta de fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, para abordar las lagunas legales y los desafíos interpretativos presentes en la legislación actual. Los hallazgos revelan una falta de especificidad en el Código sobre los tratados aplicables y los procedimientos a seguir, subrayando la urgencia de formar profesionales del derecho altamente especializados en estas materias. La conclusión enfatiza que tal especialización, respaldada por instituciones académicas como la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, es indispensable para garantizar la protección efectiva de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en situaciones transfronterizas, promoviendo así la coherencia legal y la justicia en el ámbito familiar internacional.

Palabras clave: defensa especializada; derecho familiar internacional; protección de menores.

¹ Abogada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) con Especialidad en Derechos Humanos. Profesora de Asignatura "A" en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Correo: maviaguilar@hotmail.com; orcid: 0000-0002-6988-8445.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 666 DEL

NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES MEXICANO EN RELACIÓN CON
LOS PROCESOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL SOBRE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

ABSTRACT

This article examines the critical importance of specialized legal defense within the realms of family and international law in Mexico, specifically focusing on the protection of the rights of girls, boys, and adolescents, as mandated by Article 666 of the National Code of Civil and Family Procedures. In the face of escalating cases of international child abduction and the inherent complexities of restitution and adoption procedures involving foreigners or Mexican residents abroad, this study underscores the pressing need for mandatory legal specialization aligned with international treaties and national legislation. Employing a qualitative approach, the research is grounded in normative and doctrinal analysis, review of international treaties, and consultation of doctrinal and jurisprudential sources, addressing the legal gaps and interpretative challenges present in current legislation. Findings reveal a lack of specificity in the Code regarding applicable treaties and procedural steps, highlighting the urgency of training highly specialized legal professionals in these areas. The conclusion emphasizes that such specialization, supported by academic institutions like the AMEDIP, is indispensable for ensuring the effective protection of girls, boys, and adolescents rights in cross-border situations, thus promoting legal coherence and justice in international family matters.

Keywords: child protection; international family law; specialized defense.

INTRODUCCIÓN

El 7 de junio de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Este Código, que entra en un periodo de *vacatio legis* de cuatro años, establece como plazo máximo para su adopción, por parte del Gobierno Federal y las treinta y dos entidades federativas de la República Mexicana, el 1.º de abril de 2027, conforme lo dispone el artículo 2.º transitorio del Código.

El propósito de este trabajo es analizar el artículo 666, ubicado en el “Título Tercero Del Juicio Oral Familiar” del “Libro Cuarto De la Justicia Familiar” de este Código, con especial atención en el enfoque que otorga a los procedimientos en materia de niñas, niños y adolescentes. A partir de este Código, se hace imperativa una defensa especializada en estos casos.

Adicionalmente, se examinarán ejemplos que ilustran la necesidad de una defensa especializada en materia de familias multiculturales, enmarcados en el “Libro Décimo De los Procesos de Carácter Internacional” del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (arts. 1116-1191). Los operadores jurídicos deberán ser aún más especializados y con una preparación y conocimiento adicionales sobre tratados internacionales, dado que los procesos que involucran a menores en materia internacional tienen mayor trascendencia en cuanto a sus efectos y si se desconoce la materia de derecho internacional privado en todos sus conceptos, puede traer más complicaciones que soluciones.

En concreto, este análisis se centrará en el procedimiento de “Restitución Nacional de Niñas, Niños y Adolescentes” (arts. 629-641); en la disposición sobre la competencia en caso de restitución de niñas, niños y adolescentes en procesos de carácter internacional (art. 1117 fracc. III); y en lo relativo a la cooperación cuando intervengan

niñas, niños y adolescentes en procesos de restitución internacional (arts. 1150-1161). Estos artículos justifican la importancia de que jueces, magistrados y abogados, en general, que atiendan asuntos que involucren a niñas, niños y adolescentes cuenten con la preparación adecuada, la cual la puede proporcionar la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (Amedip).

La relevancia de este estudio se fundamenta, en gran medida, en que el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares incorpora diversos artículos que fueron objeto de análisis previo en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado elaborado por académicos de la Amedip y socializado en varios seminarios nacionales organizados por esta Academia. Es importante destacar que, gracias al trabajo y las contribuciones de académicos como Ligia C. González Lozano, Jorge Alberto Silva Silva, el magistrado Gregorio Cervera Rivero y Rosa María Rojas, entre otros, que participaron directamente en el grupo redactor, fue posible enriquecer significativamente el Libro Décimo. Cabe hacer notar las múltiples aportaciones de la Amedip a la normativa internacional a lo largo de los años, incluyendo las reformas del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1988.

El propósito de este artículo es examinar la relevancia de la defensa especializada en el ámbito del derecho familiar e inter-

nacional en México, centrándose específicamente en la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Para cumplir con este objetivo, el trabajo se estructurará de la siguiente manera: primero, se hará una breve descripción de la metodología, luego se incluirá el estado del arte del tema a investigar y, finalmente, se incluirán los resultados del análisis realizado y las conclusiones a las que se llegaron.

METODOLOGÍA

Este estudio adopta un enfoque cualitativo y descriptivo, centrado en el análisis normativo e interpretativo del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, con énfasis especial en el artículo 666 y otras disposiciones relacionadas con la defensa especializada en asuntos familiares internacionales que involucran a menores, como los artículos 641 y 653. La finalidad de esta fase fue identificar las bases legales que sustentan la necesidad de una defensa especializada en el ámbito de los menores y en contextos internacionales.

Se llevó a cabo una revisión de los tratados internacionales de los cuales México es parte, con el objetivo de comprender su aplicación y relevancia en el contexto del nuevo Código. Este análisis buscó clarificar las implicaciones de dichos tratados en la práctica legal y la administración de justicia en casos que involucran a menores en escenarios internacionales.

Basándose en los hallazgos de las fases anteriores, se evaluó la necesidad de una defensa especializada para abordar adecuadamente los casos de menores en contextos familiares internacionales. Se tomó en consideración la complejidad y especificidad de estos casos, así como los desafíos interpretativos y aplicativos derivados de la interacción entre el derecho nacional y los tratados internacionales. Para enriquecer el análisis y asegurar una perspectiva amplia y fundamentada, se revisó la literatura reciente en la materia, en la cual académicos y profesionales del derecho familiar internacional, incluyendo miembros de la Amedip y otros expertos, han analizado las problemáticas en torno a la restitución internacional de menores.

Integrando los conocimientos adquiridos a lo largo de las fases anteriores, se desarrolló una propuesta concreta para abordar la necesidad identificada de una defensa especializada. Esta propuesta contempla el papel crucial de instituciones académicas y profesionales en la formación, investigación y certificación de especialistas en derecho internacional privado y derecho de familia internacional, enfocándose en la protección de menores.

El estudio se apoya en una metodología sistemática para abordar una cuestión de profunda relevancia social y jurídica, enfatizando la importancia de una formación especializada en el contexto de la

legislación nacional e internacional sobre la protección de menores.

MARCO TEÓRICO

Inicio este análisis con referencia al contenido del artículo 666, que a la letra dice: “En todo momento las partes deberán contar con una defensa técnica, efectiva y tratándose de asuntos que afecten derechos de la infancia además la defensa será especializada...”. Esta disposición introduce por primera vez la exigencia de que los operadores jurídicos relacionados con la infancia tengan una preparación especializada, aplicable a todos los asuntos, tanto nacionales como internacionales, relacionados con la protección y atención de niñas, niños y adolescentes. Esta especialización debe ser particularmente rigurosa, dada la naturaleza de los asuntos a tratar.

La necesidad de tal especialización surge ante el vasto panorama educativo en México. Para el ciclo académico 2022-2023 el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A. C. (CEEAD) reporta más de 2000 instituciones de educación superior (IES) con programas activos de Licenciatura en Derecho, de las cuales 199 son IES públicas y 1920 son IES privadas (CEEAD, 2022, p. 8). Ante este universo y considerando que, al menos una quinta parte de los egresados se dedica al litigio, incluidos asuntos relacionados con menores, se hace necesario que se comprometan con la especialización en estos asuntos.

Se hace referencia precisamente al uso de las convenciones y tratados de los que México es parte, porque su implementación requiere de conocimiento exhaustivo de sus textos y de una preparación técnica. Esta especialización no solo es necesaria para jueces y magistrados, quienes cuentan con una jurisdicción concentrada desde su creación en 2011, en la Ciudad de México (Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, 2019), sino también para los demás operadores jurídicos, incluidos los abogados postulantes.

Gracias a la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, establecida el 15 de enero de 2010 (Conatrib, 2023), ha sido constante

la capacitación de los jueces que intervienen en los casos de restitución de menores, cuando han sido trasladados o retenidos ilícitamente por sus padres, en infracción a los derechos de custodia y visita ejercidos por ambos o por alguno de ellos. (Cervera, 2014, p. 68)

Esta Red se crea en respuesta a la iniciativa de los jueces mexicanos integrantes de la Red Internacional de Jueces de La Haya sobre la Protección Internacional de Niños, bajo el auspicio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Gallegos, 2021, p. 297).

Aquí nacen varias preguntas: ¿es suficiente la formación académica en Dere-

cho para alcanzar esta especialización? De no ser así, ¿qué entidades deberían encargarse de proporcionar y reconocer esta formación especializada en Derecho Internacional Privado o en el área internacional? Podrían ser la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la Barra Mexicana de Abogados, la Barra Nacional de Abogados o la Amedip.

Dicha especialización tiene la finalidad de obtener un sello de garantía que confirme que el abogado que tenga un asunto internacional, en el que estén involucrados niñas, niños y adolescentes, maneje adecuadamente la documentación y los procedimientos supranacionales, promoviendo la armonización de los procesos en lugar de entorpecerlos. Esto implica un profundo conocimiento de las reglas de conflicto, cooperación procesal internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, y el manejo eficaz de las convenciones y tratados internacionales pertinentes: cobro internacional de alimentos, adopciones internacionales, sustracciones internacionales y, en general, de la forma de aprovechar la implementación de los documentos internacionales que complementan la legislación interna y que, al ser ratificados por México, forman parte de nuestro derecho subjetivo.

La motivación para que la Amedip se encargue de la preparación y certificación especializada en materia de derecho

internacional privado radica en su objeto social (art. cuarto):

promover y estimular el estudio, la investigación y la difusión del derecho internacional privado, del derecho comparado y de aquellas disciplinas relacionadas; fomentar y dignificar la cátedra en dichas áreas; y coadyuvar al conocimiento, estudio y solución de aquellos problemas que les son propios. (Amedip, 2017)

Además, existe un grupo de académicos especializados y la infraestructura necesaria para ofrecer formación y certificación mediante cursos, diplomados, escuelas de verano y otros formatos educativos, posiblemente con el aval de instituciones como la UNAM o la Secretaría de Educación Pública (SEP).

Esta especialidad es necesaria en los asuntos que involucren menores y desde un punto de vista científico, con la seriedad y el reconocimiento de este sector de la sociedad, sobre todo en materia internacional.

RESULTADOS

Los redactores del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares han realizado una excelente labor con la inclusión del procedimiento de “Restitución nacional de niñas, niños y adolescentes”. Este añadido constituye un acier-

to notable y responde a una necesidad urgente frente al incremento alarmante del fenómeno de sustracción de menores a nivel nacional. La transposición de este mecanismo del ámbito internacional, específicamente del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya de 1980), aunque necesaria, da lugar a que se incluyan conceptos que en el propio documento internacional o no existen o, en el caso de que existan, se aplican de forma equivocada y van a provocar un problema mayor, porque está mal comprendido.

De inicio, el tema lo tratan como: “El procedimiento de restitución nacional tiene como finalidad tutelar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a no ser trasladados de manera ilegal de su domicilio habitual” (art. 629). No como el problema causado por sustracción o retención de menores, cuya ilicitud nace cuando es contrario a los derechos de custodia o de visita del padre que queda atrás en una decisión unilateral de uno de los progenitores al trasladar al menor fuera del lugar de su residencia habitual, con lo que afectan el *statu quo* en el que venía viviendo el niño, niña o adolescente, como lo establece el Convenio de La Haya de 1980, cuyo fondo es evitar los daños causados a los niños por el trastorno de la continuidad de su vida diaria en el lugar de su residencia habitual.

Se identifica una problemática específica en la variabilidad con la que se abordan conceptos como “domicilio habitual” (art. 629), “residencia habitual” (art. 630) y el “lugar en donde se encuentren”, que trata sobre la competencia “en caso de restitución de niñas, niños y adolescentes” (art. 1117 fracc. III). Aquí el comentario es obligado. La confusión generada por el uso indistinto de términos como “domicilio” o “residencia habitual” o “el lugar en donde se encuentren”, conduce a una problemática significativa para su resolución.

A continuación, se explicará la problemática. El momento y lugar específicos donde se produce la sustracción o retención de un menor, fundamentales para iniciar la solicitud de restitución, corresponden al periodo inmediatamente anterior a dicho traslado o retención ilícita. En otras palabras, tal como lo especifica el convenio internacional: “este convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita el lugar de su residencia habitual”.

El dilema surge porque el punto de regreso debe coincidir con la residencia habitual del menor,

para el logro de los dos objetivos esenciales del instrumento, que como se ha precisado, son obtener la inmediata restitución del menor a su lugar de residencia

habitual (si es que no se actualiza alguna excepción para ello) y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados parte. (Amparo Directo en Revisión 444/2018, 2018, párr. 123)

Por consiguiente, los otros puntos de contacto nombrados, ya sean “domicilio”, “residencia habitual” o “el lugar en donde se encuentren”, no deben ser considerados como equivalentes o suplementarios de la residencia habitual. Esta distinción resulta crucial para evitar confusiones al determinar tanto la competencia del juez como el momento y lugar en el que se pretenda efectuar la restitución del menor. La razón yace en que estos términos poseen significados jurídicos diferenciados y, por ende, no deben ser interpretados como sinónimos.

El Convenio de La Haya de 1980 enfatiza que la “residencia habitual” es un concepto fáctico y flexible, como el concepto del interés superior del niño, que debe ser interpretado caso por caso, lo cual añade una capa de complejidad en su aplicación judicial. Este aspecto resulta fundamental para determinar la jurisdicción competente y como punto de conflicto para decidir sobre la restitución del menor a su entorno de vida constante.

De hecho, el concepto de “residencia habitual” no se asocia directamente con

el origen, la nacionalidad, el domicilio, la adaptación o la estabilidad de los padres; sin embargo, puede estar vinculado a cualquiera de estos conceptos. Esta ambigüedad representa un desafío significativo para los jueces, quienes deben determinar en primera instancia si tal lugar de residencia habitual existió y, posteriormente, decidir si el menor debe ser retornado a dicho lugar. Por lo tanto, es necesario reconocer la complejidad inherente a este concepto.

El concepto de “residencia habitual” es distinto al de “domicilio”, ya que, por ejemplo, en México está establecido con una temporalidad exacta por ser un concepto estrictamente jurídico. Pero es diferente el tiempo y el concepto de país en país. Lo que para el Reino Unido se conoce como domicilio de origen, para Estados Unidos puede ser el domicilio de elección, y existen otros conceptos al respecto, como los domicilios de dependencia que se usan en otras naciones, pero que crean inseguridad legal al ser tan variables. Además, en el contexto del derecho internacional privado se pueden presentar problemáticas relacionadas con la calificación, dada su inexactitud.

En realidad, el concepto de “residencia habitual”, es uno de los temas de estudio más profundo, junto con el concepto de custodia en el estudio del Convenio de La Haya de 1980, porque trae profundas distinciones de lugar en lugar y, además, tiene

que ver con situaciones variadas en temporalidad, definición y edad, que nos lleva a revisar múltiples posibilidades antes de establecer si hubo o no una infracción para los derechos entre los padres y para los derechos del niño, y que tiene relación desde la intención de los padres hasta la realidad fáctica de la decisión unilateral del progenitor que traslada a su hijo fuera del lugar donde residían constantemente antes de ese movimiento. Se tendrá que reconocer que esta residencia habitual de un niño es el lugar donde tenía su centro de vida de manera constante, pues puede ser un niño recién nacido que vive con sus padres en algún lugar por voluntad de estos u otro de mayor tiempo y estabilidad, pero tiene que ver con su propia existencia.

Recientemente la doctora Mayela Celis, una de las académicas de número de la Amedip, en su tesis doctoral, ofrece un análisis exhaustivo del Convenio de La Haya de 1980, en atención a los cuarenta años de haberse firmado este documento —actualmente son cuarenta y tres años—, donde dilucida que el concepto de residencia habitual es muy cercano a los Convenios de La Haya, al afirmar:

El término de ‘residencia habitual’ ...es un concepto profundamente establecido en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Conferencia de la Haya o HCCH) y actualmente es el punto de conexión predilecto... a fin de alcan-

zar uniformidad en la interpretación de la residencia habitual a manera global con respecto al Convenio de La Haya de 1980. (Celis, 2023, pp. 255-256)

La doctora Celis (2023) menciona los motivos por los cuales se establece dicha predilección y en muchas de sus referencias explica que con este punto de contacto, se evitan rígidas reglas jurídicas. En realidad, se hace un estudio de las diferencias que se deben reconocer entre los puntos de contacto de domicilio y nacionalidad, que eran muy usuales en el siglo pasado, pero que no trataré por ser un tema autónomo que solamente la doctora estudió y documentó en casi cien páginas.

PROPUESTA Y CONCLUSIONES

La implementación de una defensa especializada en la materia familiar y, especial, en cuestiones relacionadas con menores surge como una necesidad imperativa, tal como lo refiere el artículo 666 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Esta especialización adquiere una relevancia crítica en el contexto de asuntos internacionales y en la aplicación de tratados internacionales ratificados por México, ejemplificado por los artícu-

los 641² y 653³ del mencionado Código. Estas disposiciones subrayan la regulación de solicitudes de restitución internacional y procedimientos de adopción, involucrando partes extranjeras o residentes en el extranjero, respectivamente, dentro de marcos establecidos por tratados internacionales y legislación nacional.

Una limitación notable del Código, se observa en la falta de especificidad respecto a cuál o cuáles son los tratados a que se refieren, cuál es o debería ser el aplicable, cuál es el trámite inicial, si este es administrativo para llenar las formas y si este debe continuar de forma judicial, y al final de cada caso cómo se debe ejecutar, si tiene una continuidad internacional para su validez en otro país, cuál será la autoridad de apoyo en la búsqueda de los menores y si se va a evitar hacer los trámites que los diferentes convenios especifican, para que una autoridad central de cada país facilite la implementación del documento, pues en los casos de adopciones y sustracciones estas autoridades son obligadas para el trámite inicial y final.

2 Artículo 641. “Las solicitudes de restitución internacional de niñas, niños o adolescentes se regirán conforme a las disposiciones previstas en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, y por este Código Nacional”.

3 Artículo 653. “En los casos de adopción en los que intervengan extranjeros o mexicanos con residencia en otro país, el procedimiento se llevará a cabo según lo dispuesto por el capítulo de procedimientos internacionales de este Código Nacional, los tratados internacionales y la legislación aplicable en cada entidad federativa”.

Ante esta situación se observa que la exigencia de una defensa especializada en casos de familia que involucran a menores en el ámbito internacional no solo es necesaria, sino que debe ser obligatoria. La formación y acreditación de dicha especialización deben ser responsabilidad de entidades capacitadas para ofrecer educación, realizar investigaciones y proveer certificaciones, tal como se establece en los estatutos de la Amedip.

REFERENCIAS

- Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C. (Amedip). (2017). Estatuto Orgánico de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C., aprobado el 26/06/1997. Última reforma: 04/09/2021. <https://amedip.org/estatuto-organico/>
- Amparo Directo en Revisión 444/2018 (2018, 31 de octubre). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. <https://tinyurl.com/27zbd9c2>
- Celis Aguilar, M. M. (2023). *Sustracción internacional de menores: Estudio jurisprudencial, doctrinal y crítico del Convenio de La Haya. Aspectos clave y soluciones a los problemas de aplicación*. Dykinson, S. L.
- Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A. C. (CEEAD). (2022). Informe Anual 2022. https://media.ceead.org.mx/biblioteca/informes-anales-y-boletines/Informe_Anuar-2022-DIGITAL.pdf

Cervera Rivero, O. G. (2014). Gregorio: Funcionamiento de la Red Judicial Mexicana de Protección a la Niñez. *Revista Perspectiva Jurídica UP*, 2, 63-103. https://www.edkpublicaciones.com/up/pdf/Perspectiva_Juridica_02.pdf

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, Congreso de la Unión. DOF, 7 de junio de 2023. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf>

Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (Conatrib). (2023). Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez. <https://conatrib.org.mx/red-cooperacion-judicial-ninez/#:~:text=La%20Red%20Mexicana%20de%20Cooperaci%C3%B3n,internacional%20y%20adopci%C3%B3n%20de%20menores>

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sus-tracción Internacional de Menores (1980, 25 de octubre). Decreto promulgatorio de la Convención en México, que se publicó en el DOF, 6 de marzo de 1992. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

Gallegos López, M. M. (2021). Retrospectiva de la Red Mexicana de Cooperación Nacional para la Protección de la Niñez. *Revista Ex Legibus*, 8, 291-300. <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/article/view/79>

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (2019, 21 de marzo). Dialogan en SRE sobre restitución internacional de menores. https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/presidente_21032019_3/



La Sociedad Comercial Digital y la e-Lex Mercatoria

The Digital Commercial Society and the e-Lex Mercatoria

RESUMEN

Los mercados, como mecanismos informacionales dinámicos, no son estáticos y, ciertamente no existen en aislamiento. Evolucionan atendiendo las necesidades endógenas de las economías de las cuales son partes integrales. Sin embargo, estas necesidades no son homogéneas y van a ser fuente de constantes controversias que, de no ser atendidas debidamente, pueden poner en riesgo las dinámicas saludables de los mercados donde se suscitan. Para hacer frente a lo anterior, se ha dependido de un conjunto de normas que emergen y se complementan de elementos consuetudinarios que han permitido el desarrollo de una Sociedad Comercial. Sobre este concepto que surge de las plumas de autores como Adam Smith y David Hume, se argumenta que los mercados son sistemas dinámicos que dependen del dinamismo de sus reglas de transición. Para el caso concreto de la Sociedad Comercial Digital el elemento transicional puede ser identificado en la denominada *e-lex mercatoria*, la cual puede ser identificada con los mecanismos desarrollados por el mercado para atender, de forma casi inmediata, las necesidades de los usuarios. En virtud de lo anterior, se busca analizar y discutir sobre como estos esfuerzos de auto estructuración y autorregulación dan forma a esquemas que complementan al marco jurídico vigente a la vez que fomentan su evolución.

Palabras clave: *lex mercatoria*, economía digital, comercio electrónico, derecho internacional privado, cadenas de valor.

¹ Profesor de Derecho Bancario y de Propiedad Intelectual y Tecnologías de la Información en la Universidad de las Américas, Puebla, México. Correo electrónico: cedillo.israel@gmail.com; ORCID: 0000-0001-8268-8440.

LA SOCIEDAD COMERCIAL DIGITAL

Y LA E-LEX MERCATORIA

ABSTRACT

Markets, as informational dynamic systems, are not static and, certainly, they do not exist in isolation. They evolve addressing the endogenous needs found within the economies in which they are found. However, these needs are not homogeneous and they will be a constant source of controversies that, if they are not addressed appropriately, can put in danger the healthy dynamics of their respective markets. To face this risk, we have relied on a set of norms that have been complemented with consuetudinary elements, which have fostered the development of a Commercial Society. On this concept, which emerged from the pens of authors, such as Adam Smith and David Hume, it has been argued that our markets are dynamic systems that depend on the dynamism of their rules of transition. For the specific case of the Digital Commercial Society, the transitional element can be related to the denominated e-lex mercatoria, which can be associated with the mechanisms developed within the market to address, on an immediate basis, the users' needs. Accordingly, this paper aims to foster the thought and the discussion on the efforts of self-structuration and self-regulation that configure those schemes that complement our legal frameworks in force, while they foster their evolution.

Keywords: *lex mercatoria*, digital economy, e-commerce, private international law, value chains.

INTRODUCCIÓN

La naturaleza jurídica de las relaciones comerciales que parten de las descripciones antropológicas y arqueológicas descritas por autores como Bronislaw Malinowski (1966) y Michael E. Smith (2004), y que incluyen a las desarrolladas bajo modelos como el denominado Machine-To-Machine (M2M), ha sido definida por un número creciente de complejidades que se desprenden de las asimetrías cualitativas que definen a los elementos constitutivos de los mercados. Su entendimiento ha re-

querido de esfuerzos multidisciplinarios entre la antropología, la economía y el derecho, como se observa en las relaciones argumentativas que uno puede verificar entre los equilibrios que se desprenden del trabajo de Arrow y Debreu (1954), y las fricciones descritas por Hohfeld (1914). De dichas relaciones se ha buscado dar respuesta a cuestionamientos relativos a si existe o no una *lex mercatoria*, como argumentaba Sir Francis Mann (1987), o si es posible automatizar las relaciones comerciales, incluyendo la resolución de controversias, a través de contratos inteligentes.

Como se puede apreciar a través de las reglas del comercio marítimo y sus diversos instrumentos de papel asociados a las reglas de propiedad descritas por Sir William Blackstone, el Derecho Internacional Privado (DIP) posee numerosos elementos solemnes e incluso diplomáticos a través de figuras como el comity.² Todos estos elementos basados en el entendimiento y en los razonamientos humanos desarrollados desde tiempos inmemoriales, los cuales asentaron las bases para el desarrollo de la “Sociedad Comercial”.

2 “Comity”, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition that one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws”. Ver *Hilton v Guyot* [1895] 159 U.S. 113 (US), p.p. 163-164.

Tomando como punto de partida el referido concepto que surge de las plumas de autores como Adam Smith (1997) y David Hume (1997), se hará evidente el rol que juega el Derecho en el desarrollo de la individualidad que, a su vez, se traduce en constantes fricciones y procesos de innovación, atendiendo las necesidades endógenas de los mercados en el pasado, el presente y —ciertamente— en el futuro. Con base en lo anterior, se argumentará que los mercados pueden ser entendidos como sistemas dinámicos en donde las reglas de transición serán definidas por los esfuerzos de autoestructuración y autorregulación fomentados por los agentes económicos que buscan atender las referidas necesidades que emergen del entorno cambiante que rodea a cada sistema.

En el contexto particular de *Big Data*, estos esfuerzos son caracterizados por su creciente velocidad y por las asimetrías informacionales que tienden a ser acentuadas por la complejidad atribuida a las nuevas infraestructuras tecnológicas que dan forma a nuestros mercados digitales. Ante estas nuevas fuentes de fricciones, se identifica como un elemento transicional del sistema al paradigma conocido como *e-lex mercatoria*. Este paradigma nos presenta una serie de prácticas y mecanismos —como se presenta más adelante— que permiten atender, de forma casi inmediata, las fuentes de fricciones que se presentan en nuestros mercados, en ausencia ya

sea de una regulación o de una solución apropiada al espíritu de los tiempos.

MARCO CONCEPTUAL

A continuación, se hará un breve análisis de los principales conceptos que sustentan esta investigación.

La Sociedad Comercial

El concepto de la Sociedad Comercial no representa una novedad. Su origen puede ser identificado en la transición entre los siglos XVII y XVIII, particularmente en el contexto de la Ilustración Escocesa, la cual fue desarrollada como un intento deliberado para mejorar las instituciones sociales y económicas de la época (Berry, 2015, p. 1).

Con esta idea en mente, surge la pregunta ¿por qué se ha elegido este marcador temporal para analizar la evolución de la economía digital y su impacto en el DIP? Bien, este paradigma surgió del entendimiento de que una de las influencias más poderosas en la grandeza y prosperidad de un Estado y, consecuentemente, en la felicidad de sus ciudadanos es la fuerza dinámica del comercio (Goode, 2016, p. 3).

Consecuentemente, se puede inferir que este paradigma social, a su vez, fue el resultado del colapso del modelo feudal cuando cada individuo empezó a recibir mayor certeza sobre su libertad de empresa y sobre su propiedad privada, pudiendo así incorporarse como miembro de una

sociedad mercantil donde cada uno de sus miembros podía —y puede— comerciar libremente entre ellos bajo el amparo de la ley (Smith, 1997, pp. 475-487; Hume, 1997, pp. 385-397; Norman, 2018, p. 296), como se establecía en obras como *De iure Regni apud Scotos Dialogus* (Buchanan, 1750, pp. 72-73).

Por supuesto, la sociedad comercial no sería posible en ausencia de externalidades, mercados y fuerzas innovadoras como se aprecia en el célebre modelo de Arrow-Debreu (1954, pp. 265-290). Así, para enfrentar estas imperfecciones (Smith, 1982, pp. 98-99), el desarrollo del comercio internacional debió evolucionar a través del diseño y despliegue de contratos escritos, estables y creíbles (Pistor, 2013, pp. 315-330), innovaciones financieras, e incluso derechos de propiedad intelectual con la finalidad de hacer frente al problema de bienes públicos, la Ley de Gresham, entre otros desafíos, en diferentes tiempos y contextos.

Ahora, los cambios tecnológicos modifican los factores de producción, así como su relación con el propio proceso productivo; después de todo, los mercados no son instituciones estáticas. Los mercados son mecanismos diseñados para el descubrimiento y desarrollo de nuevas demandas endógenas (Heertje, 1988, pp. 1-13) que emergen como *inputs* de nuestros sistemas sociales dinámicos.

Sistemas dinámicos

Tomando como base la teoría de sistemas dinámicos (Angeles, 2014, p. 1) la cual, a su vez, es el pilar del desarrollo de las tecnologías que han emergido bajo la denominada Cuarta Revolución Industrial para configurar nuestra Sociedad Comercial Digital, se puede definir a un sistema social dinámico como un conjunto complejo de interconexiones de individuos e instituciones, compuesto de tres elementos primordiales: 1) un estado, 2) un *input*, y 2) un *output*. El dinamismo que da su nombre a este modelo se basa en el dinamismo de las reglas de transición que permiten a cada sociedad fluir de un estado presente a uno futuro. En el mundo del Derecho a estas reglas de transición las conocemos como normas.

Al igual que en el caso de la Ilustración Escocesa, donde varios autores desarrollaron un modelo de desarrollo social basado en 4 etapas: 1) cazadores, 2) pastores, 3) granjeros, 4) comerciantes (Berry, 2015, p. 38); en este contexto, se puede atestiguar el surgimiento de una nueva generación de comerciantes que empiezan a extender los principios e instituciones que han configurado a nuestra economía real al mundo digital, a través del desarrollo de nuevas formas de colaboración creativa e incluso nuevas expresiones dinerarias para atender las nuevas necesidades endógenas de la Sociedad Comercial Digital. Evidentemente, lo anterior no sería po-

sible en ausencia de la diseminación de conocimiento y la difusión de innovaciones entre pares bajo nuevos paradigmas participativos como es la figura conocida como “contenido generado por usuarios”. Este último ha permitido a nodos individuales distribuidos alrededor del mundo ser partícipes activos del desarrollo, colaboración, calificación y de distribución de contenidos digitales y aplicaciones (OECD, 2007).

Ante lo aquí planteado podemos definir a la “Sociedad Comercial Digital” como la quinta etapa del “progreso natural” de los sistemas sociales dinámicos en la cual un gran número de necesidades endógenas son atendidas —de forma casi inmediata— a través del desarrollo y la interoperabilidad de sistemas creados sobre una base colectiva. En otras palabras, es posible argumentar que cada individuo que cuenta con acceso a un nodo dentro de una red en el marco de la red de redes es un potencial comerciante digital, como se aprecia en el caso *Kamenova* (2018).

Por supuesto, el control que esta nueva generación de comerciantes ejerce sobre el Internet va más allá de los avisos de remoción de contenidos bajo el uso consuetudinario del DMCA que se emplean activamente en las redes sociales, e incluso es posible asegurar que han dado forma al Internet mismo al crear sistemas de aplicación de normas y solución de controversias de forma paralela a la ley (Suzor, 2019,

p. 60). A pesar de este hecho, la forma en que la red de redes es administrada se encuentra sustancialmente subestudiada dado que su estructura tiende a ser analizada bajo la luz del rol del Derecho Internacional Público y de los propios intermediarios en el proceso de desarrollo de estándares que soporta la evolución de los entornos digitales (Harcourt, *et al.*, 2020, p. 1).

Sin embargo, si se quiere entender la evolución de la Sociedad Comercial Digital, se tiene que prestar atención a las Cadenas Globales de Valor (CGV), las cuales se encuentran constituidas como redes de *stakeholders* que están unidos en la planeación, producción y distribución de productos y servicios a través de diversas jurisdicciones. Es importante destacar que estas redes están constituidas sobre una jerarquía de relaciones que son definidas por diversos instrumentos contractuales (Cox y Wartembe, 2018, pp. 17-40).

La economía de Big Data y la Sociedad Comercial Digital

La principal diferencia entre los mercados convencionales y los dataficados es el rol de la información que fluye a través de las infraestructuras que constituyen las redes, que a su vez configuran a la red de redes. La estructura de estas redes está diseñada para llevar a cabo el tratamiento de un gran volumen de información en tiempo real que no podría ser tratada efi-

cientemente por medios analógicos, configurando así las necesidades endógenas de la Sociedad Comercial Digital representadas por las cuatro “V” de *Big Data*: volumen, variedad, velocidad y veracidad. Ahora, como en todo modelo económico, este sistema necesita de una multiplicidad de jugadores con características muy particulares como se puede apreciar en el contenido del Digital Millennium Copyright Act (DMCA), de 1998, los artículos 19.1 y 20.88 del T-MEC y 114 Bis de la Ley Federal del Derecho de Autor, donde sobresale el rol creciente de las CGV.

Ahora, en el contexto del comercio digital, esta complejidad se acentúa por 1) la imposibilidad de acordar y establecer definiciones comunes en la taxonomía de diversos elementos infraestructurales y modelos de generación y distribución de contenidos como es el Internet de las Cosas (IoT), y 2) el carácter transnacional de estas aplicaciones y tecnologías, cuyas CGV se extienden y operan a través de diversas jurisdicciones en una sola línea temporal (Noto La Diega, 2023, pp. 16-18). Lo anterior genera un conflicto entre la naturaleza transnacional y descentralizada de Internet y el marco jurídico vigente en cada nación, esto es, de las reglas de transición de cada sistema social (Kohl, 2007, pp. 4-8).

Ambos problemas encuentran su punto de partida en el hecho de que los marcos jurídicos, con sus respectivas definicio-

nes, han sido diseñados bajo un esquema territorial en apego al paradigma del Estado-Nación post-Westfaliano. Desde un primer punto de partida, es posible argumentar que los elementos que constituyen a los mercados digitales pueden ser atendidos aplicando los principios de neutralidad tecnológica, analogía funcional y preservación de derechos preexistentes encontrados en instrumentos como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional publicada en 1996. Sin embargo, la mayoría de los análisis que adoptan y plantean esta perspectiva marginan un tema que casi no se discute en el marco de los análisis jurídicos: el elemento de la “V” de velocidad.

Lo anterior no quiere decir que el referido argumento sea incorrecto, más bien, es posible argumentar que se trata de un planteamiento que necesita refinamiento. La velocidad de procesamiento de información en nuestros dispositivos se ha incrementado drásticamente.

RESULTADOS

Actualmente, se mide la capacidad de nuestras computadoras en billones de cálculos por segundo, y —como se puede anticipar bajo el potencial del cómputo cuántico— todavía hay margen para incrementar ese número (Mayer-Schönberger y Ramge, 20108, p. 8). Esto significa que las necesidades endógenas al interior

de cada mercado pueden ser satisfechas de forma inmediata, ya sea a través de la atención de las solicitudes y órdenes de pago emitidas por los usuarios en tiempo real, o incluso la generación inmediata de software “hecho en casa” a través de aplicaciones inteligentes como DevOps.

Ciertamente, este nuevo escenario presenta muchas oportunidades y todos se han visto beneficiados de lo anterior, particularmente en el contexto de la crisis global definida por la COVID-19. Sin embargo, el creciente número de nodos y la velocidad que define la atención de la demanda de productos y servicios en los mercados digitales traen aparejados un incremento sustancial en el volumen de controversias y en la necesidad de atender las mismas de forma inmediata con la finalidad de mantener el dinamismo que define a los referidos mercados.

El elemento del debido proceso y la confianza en las resoluciones siguen siendo una gran interrogante. En el pasado, las controversias eran atendidas por tribunales que aplicaban un parámetro normativo estable y predecible para garantizar los derechos de las partes bajo el Imperio de la Ley que surgió de las necesidades de la sociedad comercial. A pesar de ello, podemos colegir que los tribunales, en su versión tradicional, no van a jugar un rol preponderante en el futuro de la economía digital (Suzor, 2019, p. 7). Después de todo, su dinamismo obstaculiza la generación

de reglas específicas que puedan tener aplicación general.

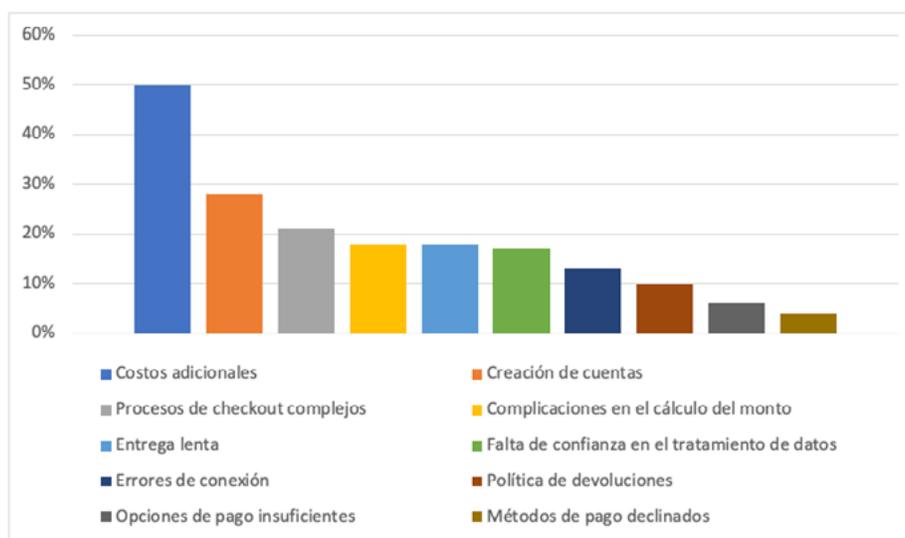
Ante ello, se ha podido apreciar la difusión de sistemas alternativos de solución de controversias (ampliamente difundidos en los términos y condiciones de las plataformas de comercio electrónico) y el empleo de sistemas de quejas automatizados y semiautomatizados, que buscan atender y dar solución a las fricciones descritas por Hohfeld (1914) que emergen de las interacciones que se llevan a cabo en los nuevos entornos digitales. Entre dichos mecanismos se puede hacer referencia a la presentación de formatos de quejas iniciales, selección de partes neutrales para mediar en controversias, procesos de administración de evidencias, foros de discusiones y quejas, entre otros (Abedi, *et al.*, 2019).

El dinamismo de dichas medidas es muy importante, ya que el incremento en materia de tiempo, complejidad y procesos tiende a traducirse en la cancelación de transacciones como se aprecia en la Figura 1 (Chung y Yu, 2021, p. 19).

En el marco de la resolución de controversias, los usuarios son influidos por la percepción de haber experimentado tres tipos de “justicia” (Chung y Yu, 2021, pp. 24-25):

1. Justicia Distributiva: La percepción de que la plataforma ha dado solución al problema de forma justa y equitativa.
2. Justicia Procedimental: La percepción de que los términos y condiciones están estructurados de forma adecuada para dar solución a los problemas.

Figura 1. Razones para cancelar una transacción



Fuente: Tomado de “Consumer trust in the digital economy: The case for online dispute resolution” por Chung y Yu, 2021.

3. Justicia Interaccional: la manera en que la queja fue atendida por la plataforma.

De dichos elementos es posible colegir que los intermediarios en Internet se han convertido en el medio preferido para aplicar la ley en línea dado que son capaces de influir —a bajo costo— a un número creciente de usuarios, aunque, como seguro se puede argumentar, esta eficiencia siempre se da a costa del debido proceso (Suzor, 2019, p. 7). Después de todo, todavía se tiene que lidiar con una serie de problemas asociados a la configuración de lo que Frank Pasquale (2015) denomina la sociedad de las cajas negras.

Hay que considerar que los resultados positivos arriba enunciados se centran en percepciones de los usuarios y, en muchas ocasiones, se ignoran los elementos sustanciales que dan forma a la solución presentada. Por ejemplo, los términos y condiciones tienden a ser generados como parte integral del proceso de autoestructuración de los mercados que nos ocupan, por lo que su estabilidad y predictibilidad tiende a ser cuestionada, particularmente cuando uno se da cuenta que dichos instrumentos tienden a hacer descripciones de la tecnología pasada que no se ajusta a la realidad, se diluye el rol de proveedores infraestructurales que constituyen las CGV que soportan al servicio, o que replican los contenidos de documentos simila-

res aplicables a otras jurisdicciones (Noto La Diega y Walden, 2016, p. 2).

Lo anterior refleja, nuevamente, la necesidad de incorporar velocidad en el establecimiento de las reglas de interacción y en la atención a las fricciones derivadas de la misma.

EL RENACIMIENTO DE LA E-LEX MERCATORIA

Cuando nos detenemos a pensar en la velocidad necesaria para concretar las relaciones comerciales —y atender las controversias que derivan de las mismas— es inevitable pensar que este elemento fue requerido en otro esquema de gobernanza controvertido: la *lex mercatoria* medieval. Bajo este paradigma, los comerciantes introdujeron derechos y conceptos como “precio justo” y *ex aequo et bono* (Trakman, 2003, p. 268). Estas figuras fueron administradas de forma expedita y eficiente por tribunales constituidos en las rutas y centros comerciales donde los propios comerciantes actuaban como jueces, antes de que dicho paradigma se volviera redundante a través de la adopción de los usos y costumbres comerciales al *common law* (Goode, 2016, p. 3).

Consecuentemente, los tribunales marítimos, las cortes de las ferias y burgos y otros tribunales comerciales de la Edad Media resolvían las disputas que involucraban a diversas partes provenientes de diversas jurisdicciones e incluso me-

dios de pago diversos. Sus decisiones no se encontraban fundadas en derecho doméstico, sino en una ley uniforme y universal cuya aplicación era similar a la *lex naturae*, basada en códigos mercantiles y costumbres como los Rollos de Oléron y la Carta Mercatoria de 1303, los cuales reflejaban las necesidades endógenas de la comunidad comercial internacional que constituía un sistema dinámico diferenciado de los propios principados, reinos y, eventualmente, Estados (Baker, 1979, pp. 296-297; Trakman, 2003, p. 271-272).

A pesar de lo anterior, autores como Sir Francis Mann (1987, p. 448) han argumentado que la existencia de dicha figura es dudosa dado que muchos de sus instrumentos y acciones representativas dependían de un reconocimiento soberano. En el marco de la Sociedad Comercial Digital se han encontrado diversas fuentes que identifican el espíritu de dicha figura en el software de uso libre (Marrella y Yoo, 2007, p. 808). Sin embargo, a pesar de lo interesante que resulta dicho análisis, se topa con el propio argumento de Mann (1987), ya que su ejecución depende de sobremanera en la regulación del licenciamiento y el reconocimiento de las transacciones como se verifica en casos como *Jacobsen v Katzer* (2008, p. 1381).

Se considera que dicha figura sí puede ser identificada en nuestra sociedad comercial a través de los elementos de autoestructuración de las CGV que soportan

las aplicaciones, productos y servicios que dan nombre a la Cuarta Revolución Industrial. Como se puede inferir de las interacciones comerciales cotidianas, los estándares de interacción se basan en elementos infraestructurales que apenas empiezan a ser comprendidos por legisladores y reguladores alrededor del mundo, quienes empiezan a generar instrumentos normativos en colaboración con la propia industria. Es decir, los parámetros de interacción encuentran su fuente en las prácticas desarrolladas por el propio gremio de comerciantes digitales. Este último punto es de gran relevancia. Muchos de los análisis desarrollados en materia de comercio electrónico siguen siendo estructurados alrededor de las demandas de la Tercera Revolución Industrial que definió a la segunda mitad del siglo XX y que derivaron en el diseño de instrumentos como las *Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce* de 2000 y las *Recommendations on Consumer Dispute Resolution and Redress* de 2007.

El uso de tecnologías como *Machine Learning* y contratos inteligentes se desarrolla de forma colectiva a través de repositorios como GitHub, lo cual, por una parte, facilita el establecimiento de reglas comunitarias y transparentes, generalmente aceptadas entre los comerciantes digitales, a la vez que introducen asimetrías masivas de información en las interacciones que nos ocupan. Como se acredita en *Bertrand*

vs. Ott, los consumidores son la parte más vulnerable en las interacciones comerciales dado que no son actores especializados en el contexto de los mercados en que se desenvuelven. Es decir, los usuarios no forman parte del proceso de autoestructuración de los referidos mercados, por lo que el diseño y operación de las normas de interacción escapa a su comprensión y su satisfacción se restringe a la velocidad de atención provista por “tribunales” constituidos entre pares como en el caso de Kleros.³

Asimismo, las CGV empiezan a automatizarse a través de largos *pipelines* de datos multijurisdiccionales que involucran a múltiples *stakeholders* encargados de tratar diversas etapas de la interacción—incluyendo la resolución de controversias—, lo cual puede involucrar problemas al momento de determinar la competencia de los tribunales y la legislación aplicable en el caso de que alguno de los elementos de la CGV enfrente riesgos de carácter operacional y afecte los intereses de las partes involucradas. La situación se complica si consideramos que, en el marco de una mala administración de riesgos operacionales, se automatizan completamente tratamientos y acciones que -por su naturaleza- debiesen ser analógicos, aprovechando las asimetrías que afectan a usuarios, supervisores, reguladores y legisladores por igual.

³ Ver <https://kleros.io/>

CONCLUSIONES

A lo largo de la historia comercial de Internet ha existido una demanda de mejores términos y condiciones, así como para diseñar y desplegar políticas que faciliten las interacciones dentro de este espacio (Suzor, 2019, p. 7). Por supuesto, lo anterior no ha sido una tarea sencilla y no se anticipa que lo sea en el futuro con la llegada del cómputo cuántico que, ciertamente, acelerará la demanda endógena de velocidad que requieren los sistemas dinámicos en la Sociedad Comercial Digital. En el marco del comercio internacional “tradicional”, la definición y regulación de las relaciones multijurisdiccionales han sido complejas debido a que alrededor del mundo encontramos múltiples sistemas sociales dinámicos, lo cual dificulta sustancialmente la homologación de sus respectivas reglas de transición. Lo anterior se verifica en las diversas leyes modelo y legislaciones que han buscado insertar principios generales para atender problemas como son la selección de foro en las interacciones comerciales internacionales, considerando elementos como la naturaleza de la transacción y los activos involucrados.

En el contexto de la Sociedad Comercial Digital, el DIP enfrenta el problema de que las reglas de transición de los sistemas dinámicos que constituyen su materia de estudio y atención no se restringen a las leyes que emergen del poder legislativo ni

a las prácticas comerciales que se constituyeron desde tiempos inmemoriales. Aunado a esta base, ahora, debemos adicionar un nuevo conjunto de reglas de transición correspondientes: 1) a los sistemas sociales dinámicos que configuran la economía descentralizada entre pares, y 2) los sistemas dinámicos que dan forma a las tecnologías empleadas para soportar la constitución y operación de las aplicaciones empleadas en los ecosistemas de comercio digital.

Para tal efecto hemos empleado el término e-lex mercatoria, no para hacer referencia a las prácticas medievales, sino para invitar a los académicos y practicantes del DIP y materias afines a ser innovadores en la creación de reglas que permitan dar certeza a la nueva sociedad comercial. Dicho lo anterior, en la mayoría de las ocasiones, se suele dejar en una posición marginal al DIP y sus reglas consideradas anacrónicas, cuando en realidad es una rama del derecho igual de importante —o más— que el propio Derecho Informático, dado que el DIP no solo se preocupa por la simple determinación de la jurisdicción, sino también con los componentes de las interacciones comerciales que han configurado a nuestros mercados a lo largo de la historia económica del mundo. Es el DIP el que crea las reglas como la prueba Zippo derivada de Zippo Manufacturing v Zippo Dot Com, y es el DIP el que deberá establecer el parámetro de las reglas de in-

teracción en las relaciones que fluyen a lo largo de nuestras CGV, para así incorporar estos usos como se dio en el pasado con la propia configuración del *common law*.

REFERENCIAS

- Abedi, F., Zeleznikow, J., & Brien, C. (2019). Developing regulatory standards for the concept of security in online dispute resolution systems. *Computer Law & Security Review*, 35, 1-8.
- Angeles, J. (2014). *Fundamentals of robotic mechanical systems: Theory, methods, and algorithms*. Springer.
- Arrow, K. J., & Debreu, G. (1954). Existence of an equilibrium for a competitive economy. *Econometrica*, 22, 265-290.
- Baker, J. H. (1979). The law merchant and the common law before 1700. *Cambridge Law Journal*, 38, 295-322.
- Berry, C. J. (2015). *The idea of commercial society in the Scottish Enlightenment*. Edinburgh University Press.
- Buchanan, G. (1750). *De Jure Regni apud Scotos Dialogus*. Ronerti Urie.
- Chung, A., & Yu, Y. (2021). Consumer trust in the digital economy: The case for online dispute resolution. *UNCTAD Research Papers*, 15, 1-36.
- Cox, R. W., & Wartembe, M. (2018). The politics of global value chains. En R. Kiggins (Ed.), *The political economy of robots: Prospects for prosperity and peace in the automated 21st century* (pp. 17-40). Palgrave Macmillan.

- Goode, R. (2016). *Goode on commercial law*. Penguin Books.
- Harcourt, A., Christou, G., & Simpson, S. (2020). *Global standard-setting in Internet governance*. Oxford University Press.
- Heertje, A. (1988). Technical and financial innovation. En A. Heertje (Ed.), *Innovation, technology, and finance* (pp. 1-13). Basil Blackwell.
- Hohfeld, W. (1914). Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, 16, 16-59.
- Hume, D. (1997). Of commerce. In A. Broadie (Ed.), *The Scottish Enlightenment: An anthology* (pp. 387-397). Canongate Books.
- Kohl, U. (2007). *Jurisdiction and the Internet: Regulatory competence over online activity*. Cambridge University Press.
- Malinowski, B. (1966). *Argonauts of the Western Pacific: An account of native enterprise and adventure in the archipelagos of Melanesian New Guinea*. Routledge & Kegan Paul.
- Mann, F. A. (1987). The proper law in the conflict of laws. *The International and Comparative Law Quarterly*, 36, 437-453.
- Marrella, F., & Yoo, C. S. (2007). Is open source software the new Lex Mercatoria. *Virginia Journal of International Law*, 47, 808-837.
- Mayer-Schönberger, V., & Ramge, T. (2018). *Reinventing capitalism in the age of big data*. John Murray.
- Norman, J. (2018). *Adam Smith: What he thought, and why it matters*. Allen Lane.
- Noto La Diega, G. (2023). *Internet of Things and the law: Legal strategies for consumer-centric smart technologies*. Routledge.
- Noto La Diega, G., & Walden, I. (2016). Contracting for the 'Internet of Things': Looking into the Nest. *European Journal of Law and Technology*, 7, 1-21.
- Organization for Economic Cooperation and Development. (2007). Participative web: User-created content. <https://www.oecd.org/sti/38393115.pdf>
- Pasquale, F. (2015). *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Pistor, K. (2013). A legal theory of finance. *Journal of Comparative Economics*, 41, 315-330.
- Smith, A. (1982). *Lectures on jurisprudence*. Liberty Fund.
- Smith, A. (1997). The origin and development of our property rights. In A. Broadie (Ed.), *The Scottish Enlightenment: An anthology* (pp. 478-487). Canongate Books.
- Smith, M. E. (2004). The archaeology of ancient state economies. *Annual Review of Anthropology*, 33, 73-102.
- Suzor, N. P. (2019). *Lawless: The secret rules that govern our digital lives*. Cambridge University Press.
- Trakman, L. E. (2003). From the medieval law merchant to E-merchant law. *The University of Toronto Law Journal*, 53, 265-304.

Casos

Bertrand v. Ott. (1978). ECR, 150/77 (EU). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61977CJ0150>

Evelina Kamenova v Okrazhna prokuratura-Varna [2018] C-105/17 (UE). <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-105/17>

Hilton v Guyot [1895] 159 U.S. 113 (US). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/159/113/>

Jacobsen v Katzer [2008] 535 F.3d 1373 (US). <https://casetext.com/case/jacobsen-v-katzer>

Instrumentos Normativos

Digital Millennium Copyright Act (DMCA), <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

Ley Federal del Derecho de Autor. Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996. Última reforma publicada DOF 01-07-2020. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFDA.pdf>

OECD (2000). Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce. <https://www.oecd-ilibrary.org/>

docserver/9789264081109-en-fr.pdf?expires=1713487837&id=id&accname=guest&checksum=33DB4CD42D7C2F836F6CF-26DA53C366D

OECD (2024). Recommendations on Consumer Dispute Resolution and Redress. <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/185/185.en.pdf>

Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), <https://www.gob.mx/t-mec/acciones-y-programas/textos-finales-del-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec-202730?state=published>

UNICTRAL (1996). Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf