

EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL Y LOS TRATADOS

Carlos Gabuardi Arreola*.

Introducción. 1. El Reto del Derecho ante la Internacionalización. 2. Antecedentes comparativos sobre el Derecho Mercantil Internacional. 3. ¿Qué es el Derecho Mercantil Internacional? 4. Clasificación de las principales fuentes de las obligaciones mercantiles internacionales. 5. Los Tratados Internacionales. 6. Conclusión. 7. Bibliografía. 8. Apéndices: 1.- Artículo 133 de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos. 2.- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 3.- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 4.- Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

Introducción.

Esta intervención se ubica dentro del contexto del ciclo de actualización sobre Derecho Mercantil Internacional que ha sido organizado por la División de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Monterrey y la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, A.C.

Nuestro propósito en esta ocasión es el de plantear algunas interrogantes y puntos de interés sobre esta temática; y al efecto, hemos considerado que el enfoque del Derecho Comparado es el que nos permitirá obtener el máximo provecho de las reflexiones que se irán haciendo a lo largo de este seminario.

Particularmente, en este estudio habremos de referirnos al reto que enfrenta el Derecho ante el fenómeno de la globalización de las relaciones internacionales; después habremos de referirnos al concepto del Derecho Mercantil Internacional y a las obligaciones mercantiles internacionales; en un último apartado haremos algunas consideraciones sobre el Derecho de los Tratados y finalmente, presentaremos algunas de nuestras conclusiones.

* Director del Departamento de Derecho. División de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Monterrey.

La principal finalidad de este ensayo es la de invitar a la reflexión y al análisis, si logramos sembrar estas inquietudes habremos logrado nuestro cometido.

1. El Reto del Derecho ante la Internacionalización.

Aunque el fenómeno jurídico está íntimamente ligado al dinamismo y complejidad de la actividad humana, debe reconocerse que por su propia naturaleza, el Derecho sufre de una especie de desfase constante y sistemático que lo mantiene con un cierto rezago respecto a la realidad fáctica, ya que los requerimientos de ese mismo acontecer respecto a la agilidad y dinamismo con que se realizan las actividades de intercambio en todos los ámbitos.

Entre otras muchas razones, este desfase puede ser atribuido a las siguientes causas:

1.- La imposibilidad manifiesta para prever y regular lo que se desconoce, pues aunque normalmente las formulaciones normativas se hacen para operar en el futuro, la exigencia y necesidad de esas disposiciones son planteadas por requerimientos empíricos.

2.- Estos requerimientos surgen al manifestarse lo insuficiente de los planteamientos jurídicos ya existentes; una vez que son confrontados con las situaciones generadas por la cambiante y dinámica realidad.

3.- El proceso de confrontar el marco jurídico con la realidad existente debe generar una crítica doctrinaria y jurisprudencial que apunte hacia soluciones más adecuadas a la evolución de la actividad humana.

4.- La instrumentación formal de leyes materiales y de las nuevas soluciones es tardía, pues normalmente esto implica una modificación y cambio al *status quo*.

5.- Habida la implementación formal de las soluciones, debe gestarse una adecuación de la idiosincrasia y de la cultura de los juristas (funcionarios, jueces, postulantes, consultores, profesores, investigadores, etc.) en relación a los nuevos planteamientos y a la nueva normatividad.

6.- Durante el transcurso de estos acontecimientos, los imperativos prácticos habrán superado la nueva normatividad; por lo que el proceso de confrontación crítica deberá de ser tan constante como los cambios que los motivan y les dan origen.

Por su parte, el fácil acceso a los medios de comunicación y la agilidad de los mismos, han marcado un impulso sin precedente en todos los ámbitos de las relaciones internacionales y a larga distancia; tanto a nivel público como privado.

Este fenómeno, que es propio de nuestro tiempo, ha dejado sentir sus efectos más sensibles en el ámbito de las relaciones económicas y comerciales.

En México, esta situación ha cobrado una mayor importancia y trascendencia a raíz de la apertura hacia el mercado internacional, de modo que al haber más activi-

dad, necesariamente hay más problemas que resolver; y de igual manera, el grado y complejidad de los mismos resulta ser mayor cada día.

Sin embargo, en nuestro país, el marco del Derecho Internacional Privado había quedado anquilosado en una legislación de claro corte decimonónico, aun cuando puedan citarse importantes excepciones a este panorama general.

Así, no fue sino hasta mediados de la década de los ochenta cuando efectivamente puede hablarse de una modernización del marco del Derecho Internacional Privado.

Como lo hemos comentado, este nuevo marco jurídico se está dando en un momento histórico en que México se ha incorporado al GATT (Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio), dinamizando un proceso de apertura al comercio internacional y hacia la inversión económica extranjera directa; lo cual, necesariamente debe implicar muchos e importantes cambios de fondo, de forma y de actitud en relación con el marco jurídico doméstico e internacional.

En consecuencia, es de suyo importante que procedamos a familiarizarnos con este nuevo orden; haciéndose urgente el penetrar en el estudio de sus alcances y trascendencias tanto teóricas como prácticas; pues estas modificaciones no solo implican una nueva conceptualización de las instituciones jurídicas, sino que también conllevan a una necesaria adecuación de la mentalidad, actitud e idiosincracia de los juristas que habrán de estudiar, confrontar, cuestionar o aplicar las mismas.

Todos estos planteamientos son los que nos llevan a justificar la necesidad de un trabajo como el que ahora desarrollamos.

Así, hemos dividido este estudio de tal modo que habremos de referirnos al concepto y contenido del Derecho Mercantil Internacional; al Derecho de los Tratados Internacionales; a los conflictos entre las normas de los tratados y las normas de Derecho interno; para, finalmente, concluir haciendo referencia a las adecuaciones y modificaciones que se hace necesario contemplar en relación al marco jurídico vigente.

2. Antecedentes comparativos sobre el Derecho Mercantil Internacional.

Históricamente, el Derecho Mercantil aparece en Europa durante la Edad Media, siendo entonces cuando se afirma como un Derecho autónomo cuyo propósito es el de atender a las necesidades del intercambio comercial entre las distintas plazas y mercados⁽¹⁾.

(1) Cfr. Rocco, Alfredo, *Principio de Derecho Mercantil*, México, Editorial Nacional, S.A. 1947. (Traducción de la Revista de Derecho Privado. Prólogo a la edición española de Joaquín Garrigues) P. 9. Ascarelli, Tulio, *Derecho Mercantil, parte general*, México, Distribuidores Porrúa Hermanos y Cia., 1940. (Biblioteca jurídica dirigida por el Lic. Alberto Vázquez del Mercado; traducción de Felipe de J. Tena; notas al Derecho Mexicano por el Dr. Joaquín Rodríguez Rodríguez) P. 4. Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades Derecho de la empresa. Sociedades*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1989, p. 3.

El Derecho Mercantil quedó consolidado en un momento histórico en que en Europa prevalecía la disgregación social y política; y en la que la costumbre adquirió una grandísima importancia, junto y por encima del Estado⁽²⁾; y más específicamente, debe decirse que en razón de las constantes y activas relaciones en el ámbito de intercambio comercial entre las distintas ciudades medievales; ya que los usos y prácticas que constituían el Derecho Comercial, trascendían incluso al ámbito territorial en que dichas ciudades ejercían su jurisdicción.

Sin embargo, esta nota de universalidad que durante el medioevo caracterizó al Derecho Mercantil, se vio gravemente menguada con la aparición del Estado moderno y de las codificaciones nacionales, pues “con la formación de los grandes Estados nacionales y con la constitución en cada uno de ellos de un fuerte poder central, el Derecho Mercantil comenzó a ser disciplinado por el Estado, a través de las ‘ordenanzas’.

Desapareció entonces la unidad del Derecho Mercantil Europeo, anteriormente sometido a una disciplina substancialmente uniforme en todos los países civilizados”⁽³⁾.

Así, al recapacitar sobre la aparición del fenómeno de la codificación y al ubicarlo en el contexto de la evolución histórica del Derecho Mercantil, nos llama la atención el hecho señalado por Asscarelli cuando menciona que el Derecho Mercantil fue codificado en la mayor parte de los países europeos, excepto en los anglosajones⁽⁴⁾.

Pero, ¿por qué la codificación no se dió también en el mundo anglosajón?

Esta explicación puede ser encontrada al repasar el origen y evolución de la familia jurídica del Common Law, respecto a lo cual, René David apunta:

Debemos señalar, sin embargo, un suceso importante en la segunda mitad del siglo XVIII: la absorción del Derecho Mercantil por el Common Law. Hasta entonces, el Derecho Mercantil había sido considerado en Inglaterra como un cuerpo extraño, internacional por naturaleza, y cuya aplicación debía estar reservada a los propios comerciantes (*merchants*). Sin embargo, las jurisdicciones mercantiles de antaño fueron perdiendo su autonomía; la evolución se consuma en la segunda mitad del siglo XVIII, al producirse la unificación de lo que nosotros llamamos Derecho Civil y el Derecho Mercantil: éste queda integrado en el Common Law y sus instituciones dejan de constituir un privilegio de la clase comerciante⁽⁵⁾.

(2) Cfr. Rocco, Alfredo, Loc. Cit. p. 10.

(3) Idem.

(4) Cuando usemos la expresión “Common Law” con mayúsculas estaremos haciendo referencia de la familia jurídica originaria de Inglaterra, cuando usemos la misma expresión en minúsculas estaremos haciendo referencia al sistema de acciones procesales a las que se puede recurrir para solicitar justicia ante los tribunales pertenecientes a esa tradición jurídica.

(5) David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. (Derecho Comparado)*, España, Aguilar, S.A. p. 275. (Traducción de la segunda edición francesa por Pedro Bravo Gala).

Para comprender la gran importancia de este suceso, conviene recordar que en cada una de las familias jurídicas contemporáneas se tiene una muy distinta percepción cultural respecto a la naturaleza del fenómeno jurídico⁽⁶⁾ y que cada vez que hay una relación entre ambas tradiciones jurídicas, en realidad estaremos enfrentando un encuentro o choque cultural.

Efectivamente, hasta antes del siglo XVIII el Common Law y el Derecho Mercantil eran dos productos culturales de naturaleza jurídica distinta, pero que operaban independientemente el uno del otro; a mediados del siglo XVIII el Derecho Mercantil se incorporó y fusionó al Common Law, por lo que a partir de entonces el Derecho Mercantil desapareció en Inglaterra como una categoría autónoma e independiente de la jurisdicción del common law.

La fusión entre ambos sistemas jurídicos no fue sencilla, pues había importantes puntos sustantivos en los que el common law y las costumbres mercantiles eran profundamente distintas⁽⁷⁾, y aunque poco a poco se fueron salvando las diferencias, se fue dando origen a reglas sustantivas modificadas por el tremendo peso del common law.

Sin embargo, la modificación de las reglas sustantivas no fue la consecuencia más trascendente de la fusión entre ambos sistemas; sino que al desaparecer la jurisdicción especial de los comerciantes, en la concepción eminentemente procesalista de los juristas del Common Law, se había derribado la primera barrera que les permitía distinguir al Derecho Mercantil como una rama autónoma⁽⁸⁾.

La siguiente consecuencia, fue la de asimilar y analizar la problemática mercantil bajo la óptica y los métodos de razonamiento del Common Law: el Derecho Mer-

(6) "Algunos ven al Derecho como un conjunto de reglas que muestran a los súbditos cómo conducirse, mientras que otros lo visualizan como un medio para resolver conflictos. En otras palabras, para algunos el Derecho es un camino para la organización de una sociedad verdaderamente justa, mientras que otros conceptúan al Derecho solamente desde la perspectiva de los remedios (derechos procesales de acción) que éste otorga, entendiéndolo como un medio para constreñir, cuyo propósito es el de imponer cierta conducta" David, René, "Introduction", "The legal Systems of the world their comparison and unification", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume II, Chapter 1 (The different conceptions of the Law) concluded in January 1972, Published in 1975.

(7) Weir, Tony, "The Common Law System", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume II, Chapter 2, (Structure and Divisions of the Law). Completed 24 December 1971. Sobre este particular, el autor señala cuatro reglas del Common Law cuya aplicación obstaculizaría las transacciones comerciales: La regla de la privacidad (privacy), la regla de la contraprestación (consideration), la regla que prohíbe la transferencia de derechos contractuales y la de que nadie puede transmitir con mejor derecho que el que él tiene. p. 106 y 107.

(8) Excepcionalmente en algunos países de la familia del Common Law como Singapur y Ceylán mantiene una jurisdicción especial para asuntos mercantiles, pero esto sucedía porque los comerciantes ingleses deseaban que en el extranjero hubiera leyes con las que ellos estuvieran familiarizados y que además les fueran favorables. Otro caso es el que se encuentra una jurisdicción independiente en materia mercantil en los Estados Unidos de América, pero esto sucede únicamente para regular el comercio interestatal, por lo que cabe aclarar que asuntos de la misma naturaleza pero que sólo trasciendan a nivel estatal no quedarían comprendidos en la categoría de asuntos mercantiles. Weir, Tony, "Loc. Cit." pp. 112 y 113.

cantil se convirtió en una mera excepción de los principios generales del Derecho de los Contratos, aplicado a transacciones especiales de carácter mercantil⁽⁹⁾.

Creemos que las siguientes palabras de Schlesinger sobre lo que para un jurista del Common Law implica el término Derecho Mercantil, nos puede resultar muy ilustrativo.

En los escritos legales, o para propósitos de agrupación curricular de materias, los académicos ingleses o americanos, ocasionalmente, pueden considerar práctico utilizar el término "Derecho Mercantil". Pero éste no es un término especializado que indique una dicotomía básica entre dos conjuntos de reglas positivas, en la que la operación de una de ellas predica la calidad mercantil de las partes o de sus actos⁽¹⁰⁾.

En este momento, nos parece oportuno advertir la diferencia que existe entre la actividad comercial como contenido material de regulación jurídica y el Derecho Mercantil como categoría jurídica, según la concepción prevaleciente en los Derechos de la familia Romano-germánica.

Así, aun cuando existe una íntima relación entre la actividad económica del comercio y el contenido conceptual del Derecho Mercantil, debe quedar claro que no toda la actividad comercial se encuentra regulada por el Derecho Mercantil y que por otra parte, la normatividad del Derecho Mercantil comprende muchos aspectos y situaciones que en sentido estricto no tienen un contenido propio de la actividad económica del comercio⁽¹¹⁾.

Esta distinción, se consagró de manera más rígida con la aparición de las codificaciones nacionales y con la fusión del Derecho Mercantil y el common law.

Para el jurista del mundo Romano-germánico, el Derecho Mercantil es una rama del Derecho susceptible de ser ordenada y sistematizada en un código; mientras que para el jurista del Common Law el régimen jurídico de la actividad económica del comercio se encuentra comprendida dentro del conjunto ordinario de reglas de derecho que forman su sistema legal.

3. *¿Qué es el Derecho Mercantil Internacional?*

Según hemos visto, en sus orígenes históricos el Derecho Mercantil prevalecía de una manera universal y de un modo autónomo e independiente de las legislaciones

(9) Idem, p. 104.

(10) Weir, Tony, Loc. Cit. p. 104. Citando a Schlesinger, "The Uniform Commercial Code in the Light of Comparative Law": I, Inter-American Law Review, p. 40.

(11) Cfr. Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, México, 7a. edición, Editorial Porrúa, S.A., 1979. T. I. pp. 5 a 28.

de los diferentes lugares; posteriormente, cuando en Inglaterra se fusionó al Common Law y cuando en el continente europeo sucumbió a las corrientes codificadoras, la conceptualización del Derecho Mercantil tomó derroteros distintos en ambos mundos.

Ante esta situación nos preguntamos: ¿Qué es el Derecho Mercantil Internacional?

En realidad, aunque parezca una solución simplista, la respuesta no puede ser única, pues ésta dependerá de aquello que se conceptualice como Derecho Mercantil y de lo que se entienda que es la internacionalidad del mismo. Lo cual, variará según el contexto en el que nos ubiquemos.

En consecuencia, en los países donde el Derecho Mercantil no es una rama autónoma, éste será aquel conjunto de reglas que se aplican a la actividad económica del comercio internacional; y por otra parte, en aquellos países en los que el Derecho Mercantil sí es una rama autónoma⁽¹²⁾, este concepto hará referencia a todos aquellos aspectos y situaciones que quedan comprendidos en esta categoría, la del Derecho Mercantil, y que de alguna manera implican la presencia de un conflicto de leyes, la aplicación de un Derecho extranjero o bien de las normas de un tratado internacional, así como en aquellos casos en que la situación jurídica regulada se da en, o entre diferentes países.

Por su parte, Barrera Graf habla de la existencia de un “Derecho Mercantil Internacional” regido por usos del comercio internacional y por normas codificadas por dichos órganos internacionales...” agregando que “la labor legislativa de todos estos cuerpos es enorme y de creciente importancia y da origen a una nueva Ley Mercatoria”⁽¹³⁾.

Ahora bien, dada la diversidad de concepciones existentes respecto al contenido del Derecho Mercantil Internacional, y toda vez que éste sólo puede ser conceptualizado como una categoría jurídica autónoma a la luz de la óptica de la familia Romano-germánica, creemos que por el momento, es mucho más apropiado referirnos al “Marco Jurídico de las Operaciones Comerciales Internacionales”.

No obstante, reconocemos que el término “Derecho Mercantil Internacional” es una expresión generalmente aceptada y que normalmente se usa de manera convencional para hacer referencia a ese mismo “Marco Jurídico de las Operaciones Comerciales Internacionales” y que por extensión puede ser aplicado a ciertas áreas que por razones históricas o culturales puedan comprenderse bajo ese concepto.

(12) En la concepción Romano-germánica, el Derecho Mercantil es una de las grandes subdivisiones del Derecho Privado y se considera como un Derecho especial y autónomo (es decir independiente del Derecho general que es el Derecho Civil), profesional (en cuanto regula las relaciones entre los comerciantes), que también regula ciertos actos que se consideran como mercantiles *per se* (es decir objetivamente mercantiles) y que adopta las normas del Derecho Civil como de carácter supletorio.

(13) Barrera Graf, Jorge, Loc. Cit. p. 39.

Sin embargo, consideramos que el uso indiscriminado de este término, el de “Derecho Mercantil Internacional” puede ser origen de errores, y de desaciertos de interpretación, pues aunque hay muchas áreas o sectores en lo que los contenidos materiales de regulación coincidirían bajo los diversos enfoques, inevitablemente, el enfrentamiento cultural quedará planteado en el momento mismo en que cada jurista inicie su análisis conforme a la percepción que le marque su propia tradición.

Al efecto, me parece conveniente ilustrar esta situación refiriéndome a la situación planteada en el artículo 1 fracción de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. (D.O. 17 de marzo de 1988), en donde se señala:

3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrá en cuenta ni la nacionalidad de las partes *ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato* (El subrayado es mío).

De este modo, el hecho de que la Convención se desembarace de la distinción entre la naturaleza civil o comercial de un contrato, le llamará mucho la atención a un jurista formado en nuestra tradición Romano-germánica⁽¹⁴⁾, pero será totalmente irrelevante para un jurista formado en la tradición del Common Law⁽¹⁵⁾.

4. Clasificación de las principales fuentes de las obligaciones mercantiles internacionales.

En este apartado pretendemos establecer algunos lineamientos que nos puedan auxiliar para clasificar las que consideramos como las principales fuentes de las obligaciones comerciales internacionales.

(14) “...la Convención no distingue entre la compraventa civil y la mercantil (artículo 1, inciso 3), nuestro Derecho sí lo hace, y se reserva a cada una de las entidades de la Federación (a sus respectivos códigos civiles), la reglamentación de la compraventa de ese carácter y a la legislación mercantil la venta comercial”. Barrera Graf, Jorge. “La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el Derecho Mexicano. Estudio comparativo”, Anuario Jurídico X, 1983. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 141. Pedro Labariega hace un comentario similar proponiendo que las reglas mercantiles se extiendan a las operaciones civiles. (Labariega W. Pedro A. “Las obligaciones del vendedor en el Derecho Positivo Mexicano y en la Convención de Viena sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Estudio Comparativo”. Anuario Jurídico X, 1983. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 190.

(15) “En tales casos —aquellos que son celebrados tanto por ciudadanos privados como por comerciantes— el estudio del Common Law evitará hacer reglas distintas para los dos casos, a pesar de que perfectamente puede ocurrir que las mismas reglas sean aplicadas de modo distinto. ...la diferencia entre Derecho Civil y Derecho Mercantil simplemente no es percibida o, por no ser mencionada, en realidad es oscura. (Weir, Tony, Loc. Cit. pp. 110 y 111).

1.- Los hechos y actos jurídicos.

Los hechos y actos jurídicos, sean lícitos o ilícitos son otra fuente de las obligaciones internacionales.

Normalmente estos tipos de situaciones se dan cuando un hecho o un acto jurídico ocurre en un país y, por alguna razón o circunstancia, las consecuencias de éste tienen que reclamarse o trascienden en otro país, o cuando la solución del asunto reclama la aplicación de un derecho extranjero o las normas de un tratado internacional.

2.- La voluntad.

Naturalmente, la voluntad es una de las principales formas de contraer obligaciones, ya sean domésticas o internacionales.

En este sentido, también en el ámbito de las obligaciones internacionales opera el principio *pacta sunt servanda* y el de la llamada autonomía de la voluntad, es decir que cada quien se obliga en la medida y en los términos que desea hacerlo, quedando jurídicamente obligado a cumplir esos mismos compromisos.

Quien se obliga puede hacerlo mediante una declaración unilateral de la voluntad, tal como sucedería al suscribir títulos de crédito, licitaciones, convocatorias, etc.; o bien puede hacerlo mediante la celebración de contratos o convenios.

En ambas situaciones, lo que conviene cuidar son las limitaciones a la autonomía de la voluntad, las cuales se pueden expresar ya sea mediante limitaciones⁽¹⁶⁾, o mediante disposiciones imperativas que se apliquen aun cuando la voluntad se haya manifestado de manera distinta o cuando estas mismas disposiciones le otorguen mayor valor a expresiones del quehacer o de la práctica, que a las propias declaraciones de voluntad⁽¹⁷⁾.

3.- La Ley (*lato sensu*).

Cuando hablamos de la ley (*lato sensu*) hacemos referencia tanto al derecho doméstico como a los tratados internacionales.

En el Derecho Internacional Privado, el papel de esta fuente consiste básicamente en establecer los términos en que se reconocen los efectos de los hechos, actos,

(16) Consideramos que los principales límites a la autonomía de la voluntad son el orden público y el fraude a la ley.

(17) Para ilustrar esta situación podemos citar el artículo 29 fracción 2 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías que dice: "Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos" (el subrayado es mío).

convenios y contratos celebrados en el extranjero o de aquellos que habrán de surtir sus efectos en el extranjero; así como en determinar las reglas conforme a las que se reconocerá y se aplicará un Derecho extranjero.

Por otra parte, la ley (*lato sensu*), también nos auxiliará para suplir la deficiencia de la voluntad de los obligados cuando ésta se hubiere manifestado de manera deficiente; o bien para determinar el alcance de aquellos hechos y actos jurídicos en los efectos de los mismos no son una consecuencia directa de la voluntad de los participantes.

Ahora bien, por la gran importancia que tiene la ley (*lato sensu*) en la determinación del régimen jurídico de las operaciones comerciales internacionales, y por la trascendente problemática que se plantea en su aplicación práctica, consideramos que valdría la pena detenernos un poco más en este tema.

5. *Los Tratados Internacionales.*

Los tratados internacionales son una de las principales fuentes del Derecho Internacional; según el artículo 2, inciso 1, apartado a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (D.O. 14 de febrero de 1975), "Se entiende por 'tratado' a un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

Los efectos de un tratado internacional, se surgen en dos ámbitos o esferas diferentes; la primera concierne a los derechos y obligaciones adquiridos por los Estados como sujetos de Derecho Internacional Público respecto de otros Estados soberanos de la comunidad internacional.

En esta rama, que se ha dado en llamar como el Derecho de los tratados, se comprenden temas como el relativo a la capacidad de los sujetos que los firman; a su suscripción, perfeccionamiento y reservas; lo relativo a su validez; a su interpretación, a sus efectos respecto a las partes y respecto a terceros; y lo referente a su revisión y terminación⁽¹⁸⁾.

En este apartado, nuestro propósito no es el de incursionar en esta rama del Derecho Internacional Público, sino que nuestro enfoque será mas bien desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, es decir, nos interesará saber cuáles son los efectos que se producen en nuestro Derecho interno y en la regulación de las relaciones internacionales de carácter privado tras la publicación de un tratado interna-

(18) Parry, Clive, "Derecho de los Tratados", *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Segunda reimpresión de la primera edición española, Fondo de Cultura Económica, 1981. (Editado por Max Sorensen) pp. 199 a 259.

cional, que previamente ha sido suscrito por el Presidente y que ha sido debidamente ratificado por el Senado.

Sobre este particular, el artículo 133 de nuestra Constitución Federal señala: "Esta Constitución, las leyes de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión".

De la lectura de este artículo, se desprende claramente que la Constitución es la norma jurídica de más alta jerarquía en nuestro país; el problema empieza en el segundo nivel jerárquico.

Para ilustrar esa situación, nos permitiremos citar parcialmente la nota explicativa a este artículo 133, según aparece en la obra "Derechos del Pueblo Mexicano":

De acuerdo con este precepto, el rango superior dentro del orden jurídico corresponde a la Constitución, a cuyos mandamientos deben ajustarse al resto de las mencionadas disposiciones. Igual rango adquieren los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, en los términos de los artículos 76 fracción I, y 89 fracción X, siempre y cuando dichos tratados no contravengan el Código Fundamental. Las leyes federales y las locales, por su parte, según lo dispuesto en los artículos 41, 73, 74, 75 y 76, *rigen en ámbitos distintos*, y en tanto unas y otras se ajusten a la Constitución, *tendrán igual grado de validez*". (Los subrayados son míos)⁽¹⁹⁾.

Al leer esta nota, nuestra primera reacción es recordar las reflexiones del jurista Ernest Frankenstein, las cuales son citadas por el maestro Felipe de J. Tena, en su libro de Derecho Mercantil:

...no hay dominio más discutido, no hay rama del Derecho más confusa, que el Derecho Internacional Privado. No solamente cada país tiene sus propios principios, su propio Derecho Internacional, sino que no existe ninguno cuyo Derecho Internacional Privado no esté lleno de problemas sin resolver, frente a los cuales el profano nada comprende y el técnico encuéntrase a menudo en un verdadero estado de desesperación... La doctrina dominante considera esta situación anárquica como un destino irrevocable, y discute, cuando más de una manera oportunista, cómo puede ponerse en orden...⁽²⁰⁾.

(19) XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, *Derechos del Pueblo*, México, s.e., 1967. Tomo VIII (antecedentes y evolución de los artículos 107 a 136 constitucionales) p. 937.

(20) Frankenstein, Ernest. "Una doctrina moderna de Derecho Internacional Privado", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, T. IV, 1933. (Traducción del Lic. Ernesto Trigueros Saravia). Citado por: Tena, Felipe de Jesús. *Derecho Mercantil Mexicano, con exclusión del marítimo*, 5a. edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1967. p. 577.

Aunque nuestra opinión no es tan dramática como la de Frankenstein; en realidad el campo del Derecho Internacional Privado es un campo fértil para el desarrollo de la investigación jurídica, tanto teórica como práctica; en donde las preguntas y las dudas son, por mucho, más abundantes que las respuestas y soluciones ya encontradas.

Veamos, en primer lugar ¿qué significa la expresión "...las leyes que de ella emanen?" No todo mundo está de acuerdo en que esa expresión hace referencia indiscriminada a todas las leyes federales y estatales; sólo sobre este particular hay tantos criterios como el mismo número de autores⁽²¹⁾.

Por otro lado, las leyes emanadas de la constitución, cualquiera que éstas sean, no necesariamente rigen en ámbitos distintos de los tratados, sino que con cierta frecuencia rigen en ámbitos coincidentes, y desafortunadamente, es frecuente que las disposiciones de unas y otras no siempre sean en el mismo sentido.

Igualmente, se ubica claramente un conflicto entre normas jurídicas de naturaleza distinta; que son producidas por órganos y procedimientos diferentes; que es muy probable que respondan a orígenes filosóficos diversos; que pueden tener un contenido diverso, sino es que opuesto, aun cuando se dirijan a los mismos individuos; y que por lo demás ostentan la misma jerarquía constitucional.

Esto plantea otro problema de carácter evidentemente pragmático, es decir, ante un caso dado ¿cuál de las normas de igual jerarquía, pero de diferente contenido, es la que habría que aplicar?

Aunque normalmente, en la práctica del litigio internacional encontramos muchos ejemplos de estas situaciones; he elegido un caso que aun cuando no se refiere a la materia mercantil, me ha parecido muy ilustrativo.

De esta forma, encontramos que el artículo 7 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (D.O. 21 de septiembre de 1984), establece que:

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenga una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

Por su parte, aunque la fracción I del artículo 13 del Código Civil Federal contiene una disposición que adopta el espíritu del artículo antes transcrito, encontramos que la fracción II del mismo artículo 13 contiene una excepción, a manera de

(21) Carpizo, Jorge. "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Estudios Constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, p. 41. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G; Estudios doctrinales 48). En este interesante estudio se encuentra una amplia exposición de algunas de las más importantes posiciones de la doctrina mexicana sobre esta problemática.

regla especial, que se aplicará en asuntos del estado y capacidad de las personas, la cual ha quedado redactada como se lee a continuación: “El estado y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio”.

Esta norma de excepción no se encuentra contenida en la Convención Interamericana que hemos venido citando, de donde nos podemos preguntar: ¿en materia del estado civil de las personas físicas qué ley habría que aplicar, la ley del lugar donde se contrajo el estado o la ley del lugar de su domicilio?

Todo lo anterior, nos invita a cuestionarnos sobre las diversas implicaciones que puede tener el manejo cotidiano de asuntos en materia de Derecho Internacional Privado y en particular, de asuntos de Derecho Mercantil Internacional; problemas como los relativos a la interpretación de esas mismas normas, de su integración, de la supletoriedad, etc.

6. Conclusión.

Según se ha establecido en este trabajo, el estudio de lo que hemos dado por llamar “Marco Jurídico de las Operaciones Comerciales Internacionales” plantea diversos problemas que necesariamente deben ser abordados mediante el método comparativo.

Desde luego, la situación anteriormente mencionada está íntimamente ligada a la problemática de la aplicación de los tratados internacionales a la luz del Derecho interno.

Todo esto, nos plantea dos retos de igual urgencia e importancia, el primero que se refiere a la necesidad de adecuar y armonizar el Derecho interno para hacerlo compatible con los principios del Derecho Internacional Privado que rigen en el mundo de nuestros días; y el segundo, que consiste, precisamente, en determinar cuáles son las áreas y campos específicos por donde deben iniciarse estos cambios.

De nuevo, creo que estas respuestas las podemos encontrar en los múltiples ejemplos que contiene el Derecho Comparado.

Son muchos los problemas a resolver:

1.- El de las fuentes del Derecho Internacional Privado y su compatibilidad con el Derecho doméstico.

2.- La necesidad de atenuar el rígido principio del territorialismo.

3.- La necesidad de otorgar mayor discrecionalidad a los jueces; así como, ante los nuevos planteamientos, reforzar la capacitación del Poder Judicial.

Como estos cuestionamientos quedan muchos que aún deben ser planteados y resueltos, algunos otros que incluso ni siquiera hemos detectado, por lo cual, deseamos concluir citando algunas de las palabras anotadas por René David en su artículo “El renacimiento de la idea del Jus Gentium: una proposición francesa”.

La unificación internacional del Derecho en una cierta época ha sido visto como una quimera. Los juristas del siglo diecinueve, positivistas encantados por la idea de la soberanía nacional y profesantes del culto exclusivo de la ley, han perdido de vista la fe en la idea del Derecho Natural consecuentemente la del *Jus Gentium*; la nacionalización del Derecho no le ha dejado ningún lugar en su espíritu para la idea de un *Jus Commune* que desborde el cuadro de los Estados Particulares.

Los tiempos han cambiado, en un mundo nuevo donde las relaciones internacionales de todas las especies han adquirido una importancia sin lugar a duda creciente, parece haber una necesidad de que la soberanía nacional arregle sus límites, los estados mantienen una competencia natural para regular a quien pase sobre su territorio, pero es necesario lograr un acuerdo entre ellos para regular las cuestiones que tienen implicaciones internacionales. La idea misma del Derecho, si hemos de admitir esta proposición, requiere ser revisada; el Derecho no puede ser confundido con la ley, obra de una autoridad estatal; en aquello que concierne a los asuntos internacionales, al menos todos deben admitir que él puede derivar de otras fuentes. Proclamar que no hay otro Derecho que aquél resultante de la ley estatal, es asimilar el Derecho y la fuerza, a pesar del esfuerzo de todos los siglos por distinguir entre las dos cosas; se rechaza en el plano jurídico la idea de comunidad de naciones, lo cual se impone con evidencia sobre el plano político, así como sobre el plano económico; se desea fundar un seudo Derecho Internacional sobre el egoísmo de los estados, sin preocupación de la coexistencia pacífica que es la condición misma para la supervivencia de nuestro mundo; se traspone en el plan internacional, la concepción individualista que sobre el plano de los derechos internos ha sido reconocida como nefasta, y que es falseada, porque el derecho está hecho para regular los derechos de los hombres no para consagrar el egoísmo de los individuos⁽²²⁾.

Apéndice I.

Artículo 133 de la Constitución General de la República.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

(22) David, René. "Renaissance de l'idée de *Jus Gentium*: une proposition Française", *Le Droit Comparé, Droits d'hier, Droits de demain*, Paris, Economica, 1982, p. 319.