

# EL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL

---

Tesis que para obtener el grado de doctor en derecho presenta

*Tonatiuh García Castillo*

Bajo la dirección del doctor Miguel Rábago Dorbecker

Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Universidad Nacional Autónoma de México  
2006



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# INDICE

## PREFACIO

## INTRODUCCIÓN

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| La sociedad global.....              | 11 |
| La visión legal preglobal .....      | 28 |
| El derecho en la globalización ..... | 35 |

# CAPÍTULO I

## RELACIÓN ENTRE DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

|   |    |
|---|----|
| 1.1 Conceptos previos.....  | 40 |
| 1.1.1 ¿Orden o sistema jurídico?.....   | 41 |
| 1.1.2 El sistema y su entorno .....   | 43 |
| 1.1.3 Subsistemas .....   | 43 |
| 1.1.4 Elementos y relaciones.....   | 44 |
| 1.1.5 La frontera de un sistema legal .....   | 46 |
| 1.1.6 Otros términos .....  | 51 |
| 1.2 La frontera del sistema legal estatal.....  | 52 |
| 1.2.1 El efecto de los límites hacia el interior del sistema legal<br>nacional .....  | 55 |
| 1.2.2 El efecto de los límites hacia el exterior del sistema legal<br>nacional .....  | 57 |
| 1.2.2.1 La postura tradicional, Vattel .....  | 57 |
| 1.2.2.2 ¿Un tercer orden jurídico? .....  | 59 |
| 1.2.2.3 La postura kantiana .....   | 64 |
| 1.3 Los poderes de los órganos del sistema jurídico para realizar<br>contratos.....   | 68 |
| 1.3.1 Poder regulativo vs. poder legislativo .....                                    | 73 |
| 1.4 La pertenencia de una disposición legal a un sistema<br>jurídico particular ..... | 77 |
| 1.4.1 Criterio genético: fuentes del derecho .....                                    | 79 |
| 1.4.2 Criterio deductivo.....   | 83 |
| 1.4.3 Un tercer criterio, incorporación.....  | 84 |
| 1.4.3.1 La respuesta de Ross.....   | 84 |
| 1.4.3.2 La propuesta de Raz .....   | 91 |
| 1.4.3.3 Nuestra propuesta .....   | 92 |

|   |    |
|---|----|
| 1.5 La institucionalidad del derecho (el movimiento constitucional) ..... | 95 |
|---|----|

## CAPÍTULO II

### TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

|  |     |
|--|-----|
| 2.1 Problemática .....   | 99  |
| 2.2 Terminología .....   | 100 |
| 2.3 Procedimiento jurídico convencional vs. norma jurídica convencional ...                    | 102 |
| 2.4 La convención como norma jurídica .....  | 105 |
| 2.4.1 El convenio: derecho subjetivo o derecho objetivo .....                                  | 109 |
| 2.4.2 La norma convencional .....  | 111 |
| 2.4.2.1 Deber jurídico .....   | 118 |
| 2.4.2.2 Derecho reflejo .....  | 118 |
| 2.4.2.3 Responsabilidad .....  | 122 |
| 2.4.2.4 Facultad de exigir la responsabilidad .....  | 125 |
| 2.4.3 Pacta sunt servanda (el papel de la grundlegung) .....                                   | 129 |
| 2.4.3.1 Rebus sic stantibus .....  | 135 |
| 2.4.4 Ámbitos de vigencia de la norma convencional .....                                       | 138 |
| 2.4.4.1 Ámbito material (los límites a la autonomía de la voluntad) .....                      | 139 |
| 2.4.4.2 Ámbito personal .....  | 145 |
| 2.4.4.3 Ámbito temporal .....  | 148 |
| 2.4.4.4 Ámbito territorial .....   | 150 |
| 2.4.5 Clases de normas convencionales .....  | 152 |
| 2.5 El convenio como procedimiento .....   | 156 |
| 2.5.1 La voluntad convencional .....   | 156 |
| 2.5.2 El objeto de la convención .....   | 158 |
| 2.5.3 La conclusión del procedimiento que crea la norma convencional .....                     | 159 |
| 2.5.4 El procedimiento convencional como procedimiento nouménico, no fenoménico .....          | 162 |
| 2.5.5 Características exigidas a las partes que intervienen en la creación del consensus ..... | 165 |
| 2.5.5.1 Personalidad .....   | 165 |
| 2.5.5.2 Órgano del sistema jurídico .....  | 167 |
| 2.5.5.3 Libertad e igualdad .....  | 169 |
| 2.5.6 Elementos esenciales de la convención .....  | 172 |
| 2.6 La lex contractus en los convenios internacionales .....                                   | 173 |
| 2.6.1 Antecedentes históricos .....  | 173 |
| 2.6.2 ¿Cuál es la lex contractus de un convenio internacional                                  |     |

|  |     |
|--|-----|
| o transnacional? .....                   | 178 |
| 2.6.3 Lex voluntatis.....                | 179 |
| 2.6.4 ¿Unicidad de la grundlegung? ..... | 196 |

## CAPÍTULO III

### FIGURAS LEGALES ALREDEDOR DEL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL

|  |     |
|--|-----|
| 3.1 Actos de imperio vs. actos de gestión .....                        | 204 |
| 3.2 El contrato administrativo .....                                   | 209 |
| 3.2.1 Provisión de bien o de servicio público .....                    | 213 |
| 3.2.2 Explotación de bienes del dominio estatal.....                   | 215 |
| 3.2.3 La obra pública .....  | 217 |
| 3.2.4 La naturaleza del contrato administrativo .....                  | 218 |
| 3.3 Otras figuras alrededor del contrato de estado internacional ..... | 229 |
| 3.3.1 Protección diplomática.....                                      | 230 |
| 3.3.2 Doctrina calvo .....   | 239 |
| 3.3.3 Acciones legales ante terceras jurisdicciones .....              | 242 |
| 3.3.4 La facultad expropiatoria .....                                  | 252 |
| 3.3.5 Los tratados bilaterales de inversión .....                      | 270 |

## CAPÍTULO IV

### EL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL

|  |     |
|--|-----|
| 4.1 El punto de vista tradicional.....   | 281 |
| 4.1.1 Compromiso entre sujetos y objetos del derecho internacional .....             | 287 |
| 4.1.2 La autonomía de la voluntad en CEI.....  | 290 |
| 4.2 Facultades nacionales limitadas por el derecho internacional.....                | 291 |
| 4.3 Los objetivos del contrato de estado internacional.....                          | 292 |
| 4.4 Las partes.....  | 296 |
| 4.4.1 El Estado .....  | 296 |
| 4.4.2 Operador extranjero.....   | 300 |
| 4.5 Norma convencional. Estructura del contrato estatal, principios y cláusulas..... | 305 |
| 4.5.1 Principio de autonomía de la voluntad.....                                     | 305 |
| 4.5.1.1 Lo comercial .....   | 305 |
| 4.5.1.2 Lo internacional .....   | 306 |
| 4.5.1.3 Libertad e igualdad .....  | 307 |
| 4.5.2 Pacta sunt servanda .....  | 308 |
| 4.5.3 Principio de usos y prácticas .....  | 312 |
| 4.5.4 Buena fe y trato justo.....  | 314 |
| 4.5.5 Principio de independencia de las cláusulas .....                              | 317 |

|  |            |
|--|------------|
| 4.5.6 Hardship .....                                     | 319        |
| 4.5.7 Cláusulas interpretativas .....                    | 323        |
| 4.5.8 Cláusula de integridad o fusión .....              | 326        |
| 4.5.9 Cláusula de términos deliberadamente abiertos..... | 327        |
| 4.5.10 Cláusula de elección de ley aplicable .....       | 328        |
| 4.5.11 Cláusulas arbitrales .....                        | 333        |
| 4.5.12 Cláusulas de estabilización .....                 | 337        |
| 4.6 Vida del contrato .....                              | 345        |
| 4.6.1 No ejecución .....                                 | 345        |
| 4.6.2 Remedios .....                                     | 352        |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>                                 | <b>360</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>                                 | <b>363</b> |

## PREFACIO

El presente trabajo parte de la pérdida de autonomía de decisión de los gobiernos, la unificación de los mercados en un sistema económico único de dimensión mundial, la superación de las barreras geográficas, la merma de las prácticas políticas convencionales, la aparición de nuevos órdenes normativos al lado del tradicionalmente regido por el derecho nacional, el derecho conflictual y el derecho internacional clásico; el agotamiento paradigmático del repertorio de categorías, conceptos, procedimientos y teorías, constituido a la luz del Estado-nación y del principio de soberanía.

En esta lucha de teorías legales, se enmarca el tema de la presente investigación. Partimos de que “*el contrato es el principal instrumento de la globalización jurídica*”.<sup>1</sup> Ante la impotente potestad legislativa estatal para asumir un mundo en constante cambio que expande los mercados a niveles planetarios, se advierte el rol extraordinariamente significativo que tiene el contrato en tanto instrumento de globalización y fuente normativa principal de la sociedad mercantil mundial. El tema de la presente investigación se enmarca en el derecho que rige los contratos en la globalización, el llamado derecho internacional de contratos.<sup>2</sup>

Para efectos de este trabajo debemos distinguir tres tipos de contratos:<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Rivera, Julio César, “El derecho privado en los espacios económicos (Unión Europea, MERCOSUR, Área de Libre Comercio de las Américas)”, en *Revista latinoamericana de derecho*, año II, núm. 3, enero-junio, UNAM, México, 2005, pp. 264-265.

<sup>2</sup> Fatouros, A., “International law and the internationalized contract”, *The American Journal of International Law*, vol 74, no. 1, Enero 1980, p. 139.

Al respecto podemos decir que los contratos son una especie de sistema privado de creación de derecho. Este sistema privado de creación de derecho puede existir transnacionalmente, sin soberanía que resuelva disputas entre las partes, y mientras los tribunales de cada Estado esten disponibles y preparados para reconocer y aplicar las decisiones de los otros, puede llegarse a un derecho comercial global. *cfr.* Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 121-122.

<sup>3</sup> Feller, A.H., *The Mexican claims commissions. 1923-1934. A study in the law and procedure of international tribunals*, Nueva York, MacMillan Company, 1935, p. 173.

1. El celebrado entre dos Estados, que de acuerdo con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que simplemente incorpora el derecho consuetudinario en la materia, puede tener los nombres de tratado, convenio, protocolo, entendimiento o cualquier otro.
2. El celebrado entre agentes privados de diferentes nacionalidades con efectos en diferentes países, denominados en este trabajo como contratos transnacionales.

Estos contratos se caracterizan por tener efectos en distintos países, por lo que surgen conflictos de soberanías, es decir, conflicto de leyes a aplicar. En estos casos, el problema, en palabras de Niboyet, es que “cada país posee su propio sistema para solucionar los conflictos de leyes... y que no existe un conjunto de reglas cuya observancia sea obligatoria para todos los Estados”.<sup>4</sup>

3. El celebrado entre un Estado y un inversionista de nacionalidad extranjera,<sup>5</sup> mismo que es el tema del presente estudio. Para referirse a este tipo de convenio la doctrina normalmente ha utilizado el término “*State Contract*” o “*International Contract*”, entre otros muchos. Cabe señalar que respecto a este tipo de contrato, no existen mayores estudios en nuestro país, a pesar de la enorme importancia que siempre ha tenido.

Los pactos internacionales del primer tipo han sido ampliamente estudiados por el derecho internacional. En virtud de las conclusiones alcanzadas en el capítulo que estudia la relación entre el derecho nacional y el internacional, así como el capítulo referente a la teoría general del contrato, recurriremos con frecuencia a los principios establecidos por el derecho internacional general a este tipo de pactos y los aplicamos a los del tercer tipo; la justificación para ello esperamos quede clara al final de los dos capítulos que se señalan.

---

<sup>4</sup> Niboyet, J.P., *Principios de derecho internacional privado*, (trad. Andrés Rodríguez), México, Editora Nacional, 1969, p. 38

<sup>5</sup> Los cuales pueden tomar muchas formas: Join Venture, Leyes expedidas *ad hoc*, contratos celebrados bajo la sombra de Acuerdos Bilaterales de Inversión entre Estados o Tratados de Libre Comercio, entre muchos otros.



En cuanto al contrato transnacional, los estudiosos del derecho mercantil, ante la exigencia de resolver los problemas que plantea, acudieron a la analogía medieval de la *lex mercatoria*. La utilización de dicha analogía ha tenido lugar por dos caminos. Por un lado se ha entendido a la *lex mercatoria* como un sistema legal nuevo que regula los mercados globales sin importar si invade las competencias de los sistemas jurídicos nacionales o el internacional. Esta propuesta, sin duda, es revolucionaria y debe ser considerada seriamente.<sup>6</sup>

No obstante, la postura anterior no es la común, tradicionalmente se ha entendido a la *lex mercatoria* como una ley que sobrevive al lado del derecho internacional y los derechos nacionales, respetando el ámbito de aplicación de cada una de ellos.<sup>7</sup> En este sentido la interpretación de la *lex mercatoria* está enjaulada en la teoría jurídica tradicional y resulta de poca utilidad. Entendida así, resulta ineficaz para resolver los problemas de la red comercial mundial, por estar limitada a los supuestos jurídicos del derecho estatal: reciprocidades entre los que contratan, simetrías entre los que negocian, relaciones sustentadas en la buena fe y continuo trato comercial entre desconocidos; sinalagmas sin vinculación a un sistema legal que se sobreponga a las partes contratantes. Esta segunda acepción de la *lex mercatoria*, no obstante buscar separarse del derecho conflictual, continúa anclada al dogma soberano, y por ello es un recurso que está todavía muy lejos de ofrecer una solución real al *commercium* mundial que resulta cada vez más interdependiente, integrado, único.

La dificultad que como sociedad mundial enfrentamos, es lograr que la unificación se sustente en la equidad y el derecho; no en el arbitrio de los poderosos. La solución, por tanto, debe partir de la necesidad insoslayable de una conexión lógica e imprescindible entre todos los sistemas jurídicos que hasta hoy

---

<sup>6</sup> Una definición en el sentido señalado es la siguiente: “un derecho creado por el rango empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales que se establecen dentro de la unidad económica de los mercados”. Rivera, Julio César, *op. cit.*, nota 1, p. 263.

<sup>7</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis & Carrascosa González, Javier, *Curso de contratación internacional*, Madrid, Editorial COLEX, 2003, pp. 50 y ss.

día se conciben dispersos, apartados, aislados: los nacionales, el internacional público y la *lex mercatoria*, por mencionar algunos ejemplos. Dicha conexión tiene que ir más allá del reconocimiento de jurisdicciones soberanas y reclama modificar los supuestos jurídicos de inicio para todo análisis.

En cuanto al tercer tipo de contrato, si utilizamos la traducción literal de “contrato internacional”, el objeto de estudio tenderá a confundirse con los contratos que denominamos transnacionales, como los de compraventa de mercaderías entre dos privados de distinta nacionalidad. Por otro lado, si utilizamos la traducción literal de “contrato de Estado”, puede confundirse con el celebrado entre un Estado y un privado de su misma nacionalidad,<sup>8</sup> dejando fuera el problema que a nosotros nos interesa, esto es, la relación legal *no nacional* que nace entre un Estado y un inversionista extranjero.

Cuando se celebra un contrato entre un Estado y uno de sus súbditos la teoría francesa le denomina “contrato administrativo”; dicho término es ampliamente utilizado por los juristas mexicanos debido a la influencia de Francia en nuestra cultura jurídica. Si se nos permite la licencia, el objeto del presente estudio es un “contrato administrativo internacional”; sin embargo, el derecho administrativo ha sido incapaz de abordar el tema debido a que para dicha disciplina “los actos de carácter internacional no se imputan a la Administración Pública interior, sino al Estado en cuanto sujeto de relaciones internacionales, no estando sometidas por dicha razón al derecho administrativo, sino, más bien, a la Constitución y al derecho internacional”.<sup>9</sup>

La teoría del contrato administrativo, elaborada bajo el esquema soberano, es poco amigable en sus conceptos cuando se pretende aplicarla a fenómenos como el pacto celebrado entre un inversionista extranjero y un Estado huésped para desarrollar un proyecto de inversión. El tamaño y costo del proyecto requiere

---

<sup>8</sup> Se ha utilizado el término “contrato del Estado” para referir el convenio celebrado entre un Estado y un privado de su propia nacionalidad. Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo. contratos*, México, Porrúa- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003, p. 109.

<sup>9</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5ª ed., Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1991, t. I, p. 30.

frecuentemente que los arreglos sean de largo plazo para asegurar recuperar costos y la diferencia de intereses entre las partes y las capacidades son grandes y cambian a lo largo del tiempo.<sup>10</sup> Ejemplo de dichas categorías poco amigables del contrato administrativo son los binomios: derecho público/derecho privado y soberano/súbdito. Ya que el propósito del presente estudio es abordar los problemas desde la perspectiva del derecho internacional en el mundo global,<sup>11</sup> hemos optado por llamarle “contrato de Estado internacional” (CEI).

En el CEI el inversionista extranjero ha padecido una terrible inseguridad en la relación legal que nace al contratar con el Estado huésped. Si dicha relación se enmarca en el sistema jurídico del Estado, éste, en uso de facultades soberanas, está tentado a tomar acciones unilaterales en perjuicio del inversionista. El Estado huésped por su parte tiene plena justificación; desde su perspectiva, sostiene que debe prevalecer el interés general nacional por sobre cualquier interés particular extranjero.

La conciliación de intereses entre extranjero y Estado ha llevado a que las partes busquen fórmulas que logren cierta seguridad para los privados no nacionales y un margen de cierta discreción a los Estados. Uno de los métodos para conciliar dichos intereses se basó en evitar que la relación fuera regida por el sistema legal del Estado huésped.

Para lo anterior, se retomó la teoría de la autonomía de voluntad contractual de los contratos transnacionales. Desde el punto de vista del Estado huésped,

---

<sup>10</sup> Vagts, Detlev, “Dispute resolution mechanisms in international business”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, vol III, t. 203, 1987, p. 28.

<sup>11</sup> Se ha señalado con extrañeza que “en la reflexión teórica y analítica sobre la racionalidad normativa que ha surgido con el fenómeno de la globalización, una de las tendencias en el ámbito jurídico ha sido utilizar los conceptos del derecho internacional como marco de referencia para la identificación del perfil de la cultura, de las regulaciones y de las instituciones jurídicas surgidas con la transnacionalización de los mercados”. *cfr.* Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 127. Desde nuestra perspectiva, y esperamos quede claro con el desarrollo de este trabajo, la tendencia a utilizar el derecho internacional para explicar los fenómenos de globalización y transnacionalización de mercados, requiere dejar de utilizar el derecho internacional de tipo vatteliano y redefinir un nuevo derecho internacional para el mundo global.

vincular dicha relación legal a un sistema jurídico de cualquier otro Estado hubiera significado una cesión soberana insostenible.<sup>12</sup> La solución fue entonces, que el vínculo legal entre el contratista extranjero y el Estado huésped no estuviera regido por legislación alguna de otro Estado.

Para que el contrato no quedara en el vacío se pensó en “internacionalizarlo”, de forma que la relación legal entre el Estado huésped y el inversionista extranjero quedara regulada por el derecho internacional (de manera similar al derecho internacional de tratados entre Estados). Un efecto inmediato fue brindar derecho de acción ante un tribunal internacional, *ius standing*, al particular extranjero para que en arbitraje internacional pudiera reclamar al Estado huésped el incumplimiento de sus obligaciones.

Podemos señalar que el tema del contrato de Estado aborda varias cuestiones difíciles del derecho internacional: su indefinición respecto a si forma parte del derecho internacional público o privado, la cuestión de quiénes son sujetos de derecho internacional y los límites de la competencia nacional.<sup>13</sup>

Un punto importante a subrayar, es que el tema del contrato de Estado internacional (CEI) presentado en este trabajo no toma al derecho internacional tal como está estructurado actualmente y extrapola sin más los conceptos, categorías, y principios a la relación entre un Estado y un privado, un soberano y un súbdito. Desde nuestra perspectiva un intento de dicha naturaleza está condenado al fracaso. En el capítulo dedicado a la relación existente y que debe existir, en el mundo global, entre los sistemas jurídicos nacional e internacional, nos adherimos a nuevas lecturas del derecho internacional y nos basamos en ellas a lo largo de la presente investigación. Estas lecturas se alejan de la tradición vatteliana de comunidades entre pares soberanos y se acerca a la tradición

---

<sup>12</sup> “En este caso en un Estado soberano que no puede presumirse haya hecho la sustancia de su deuda y la validez de sus obligaciones aceptadas por el mismo al respecto, sujetas a cualquier ley que no sea la propia.” *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment no. 14, Julio 12, 1929, Serie A, Nos. 20/21. pp. 5-89, en la página 42.

<sup>13</sup> *cf.* Weil, Prosper, “Contrats entre Etats et particuliers”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, vol III, t. 128, 1969, p. 102.

kantiana de una comunidad mundial universal,<sup>14</sup> donde conviven Estados, empresas y seres humanos.<sup>15</sup>

Algunos autores han sostenido que el derecho internacional público ha retomado fuerza como argumento discursivo en la economía global por que carece de coerción organizada y porque sus conceptos y categorías han evolucionado en la perspectiva de la *composición* de intereses, la garantía de coexistencia y estrategias de cooperación, en vez de la *imposición* de una determinada voluntad.<sup>16</sup> Esto es verdad para el derecho internacional positivo, si nos quedamos en ese paradigma conceptual no iremos muy lejos para alcanzar la comunidad mundial que la sociedad reclama. Requerimos revoluciones en las representaciones morales,<sup>17</sup> *Eunomia*,<sup>18</sup> *pactum subjectionis*.<sup>19</sup>

Dicho lo anterior cabe expresar los cuestionamientos de la presente investigación: ¿Cuál es el sistema legal que rige el contrato de Estado internacional? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de Estado internacional? ¿Existe un sistema jurídico especial que regule al contrato de Estado internacional diferente al sistema legal nacional o al internacional? ¿Qué relación existe entre el sistema jurídico que regula el contrato de Estado internacional y el derecho internacional? ¿Qué relación existe entre el sistema jurídico que regula el contrato de Estado internacional y los derechos nacionales? ¿Qué relación existe entre el sistema jurídico que regula el contrato de Estado internacional y la llamada *lex*

---

<sup>14</sup> Simma, Bruno y Paulus Andreas, "The 'international community': facing the challenge of globalization", en *European Journal of International Law*, vol. 19, 1998, No. 2, <http://www-ejil.org/journal/Vol19/No2/art2.html>.

<sup>15</sup> Rigaux, François, "Hans Kelsen on international law", en *European Journal of International Law*, vol. 19, 1998, No. 2, <http://www-ejil.org/journal/Vol19/No2/art2.html>.

<sup>16</sup> Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 128-129

<sup>17</sup> Habermas, Jürgen, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, (trad, Manuel Jiménez Redondo), Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 26.

<sup>18</sup> Allott, Philip, *Eunomia. New order for a new world*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. XXVII.

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, p. 178.

*mercatoria*? ¿Cuáles son los alcances y límites del sistema jurídico que regula el contrato de Estado internacional? ¿Cuáles son los elementos del contrato de Estado internacional de acuerdo al sistema jurídico que lo regula?

La presente investigación se ubica por tanto en la discusión de la relación existente entre el derecho internacional y los derechos nacionales u otros tipos de derecho, como la *lex mercatoria*. En cuanto a la materia, y desde el punto de vista del derecho nacional, el tema es parte de la llamada regulación de la inversión extranjera; según el derecho internacional, se trata de la regulación de los flujos de inversión por el sistema internacional, desde esta perspectiva el tema forma parte del derecho internacional de contratos;<sup>20</sup> este último forma parte del derecho internacional consuetudinario, constituye un fragmento de la nueva aproximación al derecho internacional general, se opone al derecho internacional de tipo vatteliano y se acerca al derecho internacional de tipo kantiano.

Nuestro trabajo trata de la contratación internacional en general y en particular del contrato de Estado internacional. Debido a que en el *commercium* internacional confluyen intereses particulares de los contratantes y de la sociedad internacional, situación que ha sido ignorada por las leyes nacionales, y el derecho internacional general, partimos de las exigencias de la comunidad mercantil mundial y de ahí hacemos propuestas para la discusión legal. Consideramos que el orden jurídico debe tomar conocimiento de unos y otros intereses y establecer el régimen legal más conveniente a todos.

Desde esta perspectiva el presente esfuerzo busca dar una explicación coherente a la realidad global. Un punto adicional es necesario. Si bien se enfoca en las necesidades, se deja el cómo para otros trabajos.

El trabajo se integra de 5 secciones. En la introducción se ubica al CEI en el contexto de la globalización. Se distingue al proceso globalizador de los procesos de internacionalización. Se analiza la relación que guarda la globalización con las teorías del Estado nacional, en particular la teoría soberana. Se describe la visión legal internacional anterior al proceso globalizador y la necesidad de nuevas explicaciones conceptuales a partir de este último fenómeno.

---

<sup>20</sup> Fatouros, A.A., *op. cit.*, nota 2, p 139.

En una segunda sección se analiza la relación entre los sistemas jurídicos nacionales y el internacional. Se parte del supuesto de que para poder entender la norma contractual que constituye el CEI es necesario ubicarla en el sistema legal al que pertenece. Al ser el CEI un contrato relacionado a diversos sistemas legales, en esta sección se busca explicar la relación entre dichos sistemas legales para después ubicar al CEI en cada uno de ellos.

La tercera sección analiza la confusión entre el procedimiento contractual y la naturaleza de la norma contractual en general. Esta sección y la anterior constituyen el marco teórico de la investigación.

La cuarta sección analiza diversas figuras legales relacionadas al CEI. En efecto, el CEI, al ser un vehículo para canalizar inversión extranjera a un país, se encuentra vinculado a diversas instituciones relacionadas con el derecho internacional de la inversión extranjera. Por otro lado, la mayor parte de las veces el CEI cobra vida mediante instituciones de derecho nacional. En esta sección se analiza la diferencia entre actos de imperio y gestión, se diferencia al CEI del contrato administrativo, se explica la relación que guarda con las teorías de expropiación, protección diplomática, doctrina Calvo, jurisdicción ante terceros países, tratados de protección a la inversión.

La sección final analiza el CEI en su vertiente de proceso contractual y norma. Discute la desigualdad legal de las partes y su diversa naturaleza, los objetivos que se pretenden con este tipo de contratos, los principios que le rigen y las cláusulas que le integran. En esta sección se discute la teoría tradicional sobre CEI y se propone, a lo largo de la misma, nuevas aproximaciones que en nuestro parecer explican mejor el fenómeno. Finalmente se describen las consecuencias legales durante la vida del contrato de la ejecución del mismo y los remedios en caso de incumplimiento.

Cabe advertir que a lo largo del trabajo muchos términos se conservan en el idioma en que generalmente son utilizados por la doctrina, la traducción al español muchas veces no existe, es impropia o simplemente no se usa en el foro. Las citas de las resoluciones de los diversos tribunales nacionales o internacionales siguen

la nomenclatura utilizada por cada Corte. Si bien ello significa heterogeneidad en el trabajo, ayudará a los lectores interesados en un caso, a su rápida localización.



## INTRODUCCIÓN

### LA SOCIEDAD GLOBAL

La sociedad contemporánea se encuentra inmersa en un reflujo de fuerzas que ante nuestros ojos aparecen contradictorias. Unas son integradoras, otras divisoras; el juego de todas ellas genera procesos dialécticos: homogeneización vs. heterogeneización; localismo y regionalismo vs. mundialización; globalización económica vs. insuficiencia de globalización político-jurídica; globalización de la cultura vs. demandas de autonomía e identidad; frente a estos ímpetus existen al menos dos escenarios. Uno puede ser el que los localismos triunfen sobre la idea unificadora; otro que la globalización se imponga a los reclamos localistas. El resultado final del proceso nadie lo sabe y parece impredecible.<sup>21</sup>

Frente a estos dos escenarios desearíamos que las mareas migratorias, los flujos de inversión extranjera, el comercio transfronterizo, la criminalidad transnacional, las repercusiones del cambio climático mundial, el incontenible avance tecnológico así como lo cada vez más veloces medios de comunicación, lleven a romper las barreras legales soberanas por que creemos que esa es la única forma de lograr la armonía mundial.

No es pertinente hablar de la globalización como si fuese un fenómeno unitario; la experiencia globalizadora es un conjunto de procesos, entre ellos destacan la decreciente efectividad de las decisiones políticas en los procesos económicos; el surgimiento y consolidación de nuevas estructuras de decisión sociales, paralelas a las estatales, que operan en tiempo real con alcance planetario; alteraciones en la organización empresarial; el cambio competitivo interno y externo sobre sectores, regiones, países y continentes; la universalización de los derechos humanos; uniformidad de prácticas comerciales a nivel mundial; estandarización en los procesos mercantiles de contratación; desregulación de mercados; la interconexión e integración del sistema financiero; interpenetración de los

---

<sup>21</sup> Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, p. 391.

problemas de seguridad a escala global; reasignación geográfica de las inversiones productivas; la creciente volatilidad de los flujos de capital; proliferación de los movimientos migratorios; radicales cambios respecto a la división internacional del trabajo; y, finalmente, la aparición de una estructura político-económica multipolar que supone nuevas fuentes de conflicto, solución de controversias y cooperación en el desarrollo del sistema mundial.<sup>22</sup>

El fenómeno globalizador es polifacético; existe una globalización de la información, de las drogas, de las enfermedades, de la ecología, de la economía, todas ellas se mueven a distintos ritmos.<sup>23</sup> Estas globalizaciones, aunque se suceden a sus propios ritmos, en campos diversos y con efectos propios, se encuentran interrelacionadas. De todos estos procesos uno tiene especial relevancia: la globalización económica. Discutamos un poco este fenómeno.

El surgimiento de la teoría económica tiene lugar al distinguirse su tema de estudio de la *summa* que era el conocimiento medieval y antiguo. Esta separación tuvo lugar con la aparición del capitalismo,<sup>24</sup> fenómeno que nace con el mundo moderno,<sup>25</sup> con “la empresa duradera y racional, la contabilidad racional, la técnica

---

<sup>22</sup> Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 49

<sup>23</sup> *cfr. Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 254.

<sup>24</sup> “Los caracteres esenciales de la sociedad capitalista tal como la conocemos en la actualidad son no solamente la expansión del gran comercio internacional sino también el florecimiento de la gran industria, el triunfo de las grandes fuerzas financieras. En una palabra, la reunión de todos estos fenómenos es lo que constituye verdaderamente el capitalismo moderno... Los orígenes más lejanos de este régimen nos remontan más allá de la época en que, en las regiones económicamente más activas –Italia y los Países Bajos–, el capitalismo comienza a ejercer su imperio sobre la industria: queremos referirnos al siglo XIII. Hay que advertir que se trata todavía, casi exclusivamente, de un capitalismo comercial, que ya comienza, sin embargo, a ‘controlar’ las actividades industriales”. Sée, Henri, *Orígenes del capitalismo moderno*, México, 4ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 10 y ss.

<sup>25</sup> El mundo moderno, o si se quiere ser menos soberbio, la cultura moderna, surge de la lucha contra lo que Troeltsch llama la “cultura eclesiástica”, *cfr. Troeltsch, E., El protestantismo y el mundo moderno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 14. La cultura eclesiástica reposaba en la creencia, en una revelación divina absoluta y directa y en la organización de esta revelación en el instituto de salvación y de educación que era la Iglesia. La modernidad al romper con la cultura eclesiástica busca sustituirla por ideas engendradas autónoma y racionalmente, cuya

racional, el derecho racional; a todo esto había de añadir la ideología racional, racionalización de la vida, la ética racional de la economía".<sup>26</sup>

---

validez ya no se funden en la fe, sino en su fuerza persuasiva, lo que trajo como consecuencia inmediata un individualismo creciente de las convicciones, actitudes, teorías y fines prácticos. Este pensamiento para tener la solidez que había perdido al negar la revelación y la teología, debía huir de lo subjetivo y encontrar lo objetivo, de aquí el carácter cientificista-naturalista-racionalista que exige al conocimiento la cultura moderna.

La modernidad retomó la idea judeocristiana de un fin trascendente, la noción de una meta, de un estar en este mundo por y para algo, *cfr.* Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, México, UNAM, 1990, p. 109. La modernidad tomó también la idea cristiana de que para llegar a ese fin era necesario tener libertad de distinguir lo bueno de lo malo, la luz de las tinieblas; era necesario el libre albedrío. La consecuencia era que el hombre podría decidir su destino, hacer su historia. En esta historia la modernidad insertó su peculiaridad al hacerla optimista; no era sólo recorrer una brecha; era la idea misma del progreso. Todas estas ideas, sin embargo, giran alrededor de una sola que caracteriza a la modernidad, un arraigamiento fuerte y profundo del individualismo. Se dio una "revolución copernicana" al colocar en el centro del universo no a Dios sino al hombre.

La modernidad no es únicamente una forma de concebir al mundo (no sólo es cultura); es sobre todo una forma de vivirlo. Al mundo moderno (utilizamos el término más amplio de modernidad y el más estrecho de moderno y modernismo como sinónimos) se le añaden otras características que le dieron forma. Éstas son circunstancias y relaciones puramente fácticas (históricas).

Una de ellas fue el contacto con mundos no cristianos producto de las cruzadas, primero, y del espíritu de aventura y sed de riqueza, después.

Otra circunstancia fáctica fue la aparición del capitalismo y de su axiología. Es precisamente por la aparición del capitalismo, y la actitud del hombre dentro de él, que se ha dicho que lo que denota la vida del hombre moderno es su actividad económica privada; como actividad autónoma de las demás esferas de la vida social, como asunto puramente privado. *cfr.* Córdova, Arnaldo, *Sociedad y Estado en el mundo moderno*, México, Grijalbo, 1976, p. 24.

Otro elemento real del mundo moderno es la aparición de los Estados nacionales, que surgen en todas las épocas como estados absolutistas. El tratar de ver Estados en todos los tiempos y lugares de la historia humana es distorsionar la realidad y enfocar con ojos modernos otros tiempos. *cfr.* Roses, Wenceslao, "Algunas consideraciones sobre el vicio del modernismo en la historia antigua", en *Cuadernos Americanos*, Año XVI, Vol. XCVI, Num. 6, 1957, pp. 86-103.

<sup>26</sup> Weber, Max, *Historia económica general*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 298.

Los primeros estudiosos de la ciencia económica buscaron impulsar el desarrollo de las naciones y el bienestar de sus pueblos en la competencia que implicaba el comercio exterior.<sup>27</sup> Los primeros modelos económicos suponían economías cerradas,<sup>28</sup> es decir, aquellas donde los mercados de bienes, financieros y de factores se circunscriben al interior de un Estado nacional,<sup>29</sup> de forma que los movimientos en las tasas salariales no implicaban ajustes en el nivel de población al estar, en el modelo, excluida la migración; las diferencias en tasas de interés, simplemente se veían reflejadas en la inversión nacional, sin implicar mayores flujos de inversión extranjera y consecuente movimiento en la política monetaria que afectara el nivel de empleo y producto. Los ajustes al equilibrio en el modelo, al ser economías cerradas y no poder darse entre las naciones, tenían que efectuarse a lo largo del tiempo, de forma intertemporal. Un incremento en el déficit gubernamental implicaba disminución en la inversión privada a través del incremento en el ahorro, explicación sugerida por David Ricardo, al prever posteriores aumentos en impuestos o mayor emisión de dinero y crecimiento inflacionario para cubrir dicho déficit. Sin embargo, el incremento en el ahorro y el ajuste en la inversión corrían a través del tiempo, no se daba de manera inmediata, dando lugar por tanto a efectos de corto y largo plazo.<sup>30</sup> En una palabra, bajo economías cerradas muchas variables pasaban a ser constantes de manera que no había por qué preocuparse por las mismas, al menos en el corto plazo.

---

<sup>27</sup> Mun, Thomas, *La Riqueza de Inglaterra por el comercio exterior*, (1664), México, Fondo de Cultura Económica, 1954, pp. 50 y ss.

<sup>28</sup> Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, (1776) México, Fondo de Cultura Económica, 1958, pp. 52 y ss; Ricardo, David, *Principios de economía política y tributación*, (1817) México, Fondo de Cultura Económica, 1959, pp. 53 y ss.

<sup>29</sup> Una economía se cierra si existen tarifas al comercio exterior, cuotas de tráfico de mercancías, controles de capital y controles de flujos migratorios. No obstante dichos controles formales la economía puede estar abierta frente a la ineficacia de los mismos. *cfr.* Blanchard, Olivier, *Macroeconomics*, New Jersey, Prentice Hall, 1997, pp. 205 y ss.

<sup>30</sup> Keynes, John, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, (1936), México, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., 1ª reimpresión, 1956, pp. 282 y ss.

Cabe señalar que el modelo reflejaba fielmente la realidad de Antonio Cournot, Adam Smith, David Ricardo, y hasta de John Keynes. El escenario social, político, económico y cultural era identificado con los Estados-nación y se percibía el poder de los mismos de fijar objetivos y llevar a cabo políticas públicas para alcanzarlos. Las decisiones de los Estados eran libres, autónomas y soberanas mientras que el contexto internacional era una simple extensión natural de esas realidades primarias.<sup>31</sup>

Lo anterior no quiere decir que los teóricos económicos no se hayan cuestionado nunca los supuestos de cerradura de las economías nacionales. Desde Hume se reconocieron los efectos de los flujos de capital internacional en los procesos inflacionarios y por lo tanto desde muy temprano se señaló la incapacidad de las políticas nacionales para influir en los niveles de empleo y producto.

No obstante, la visión soberana nubló la razón y cuando los supuestos sobre la cerradura de la economía se relajaron la discusión pasó de lo razonable a lo justificativo. Sentimientos nacionalistas y patrióticos<sup>32</sup> se mezclaron con explicaciones románticas concibiendo al mundo de la siguiente manera: “la economía de cada país menos desarrollado se convierte en tributaria y subordinada de los centros industriales del mundo... la inversión privada extranjera explota los recursos naturales con un mínimo de manufactura. En el curso de más de un siglo los países receptores de inversiones extranjeras destinadas a la producción de artículos primarios para la exportación no han recibido los tan destacados beneficios de la especialización internacional. Los escasos beneficios obtenidos han tenido un costo nacional exagerado. A cambio de su contribución

---

<sup>31</sup> “Mientras que la teoría económica general trata los problemas de una economía individual cerrada, la economía internacional trata los problemas de dos o más economías abiertas”. Chacholiades, Miltiades, *Economía internacional*, México, McGraw Hill, 1981, p. 3.

<sup>32</sup> Para un estudio del juego político que tuvieron en el surgimiento del Estado la mezcla de las ideas de libertad, nación y el martirio por la nación (patriotismo) véase: Chabod, Federico, *La idea de nación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp 19 y ss.

han obtenido un desarrollo económico deformado y altamente subordinado al exterior”.<sup>33</sup>

Los Estados soberanos buscaron crear economías cerradas, la inmadurez de los mercados financieros permitieron escenarios con trampa de liquidez;<sup>34</sup> en este contexto, si un Estado quería incrementar el nivel de empleo no tenía más que subir el gasto público y mantener el nivel de impuestos –es decir financiar el gasto a través de emisión de deuda o incremento en la masa monetaria– de manera que se reactivara la producción sin que el incremento del gasto gubernamental sustituyera la inversión privada como componente de producto nacional. La política pública consistente en incrementar el gasto gubernamental financiado con emisión de deuda pública era altamente eficaz en incrementar el producto, siempre y cuando los movimientos en tasas de interés fueran contenidos; mercados cerrados de flujos de inversión extranjera de portafolio o directa aseguraban el resultado.

En economías cerradas las políticas públicas eran altamente eficaces en guiar la economía de los Estados. Así por ejemplo, tal fue el papel del Estado en el desarrollo de la economía que en el caso de México “las fuerzas productivas y en general la economía de mercado parecen haber sido creados por el Estado constituido como entidad nacional”. De manera similar la inexistencia o falta de integración de los mercados era explicada como carencia de poder político: “la causa fundamental de que en buena parte del siglo XIX privara la anarquía en las actividades productivas... residió en la falta de un poder político suficientemente fuerte como para imponerse en todos los niveles de la vida social”.<sup>35</sup>

El escenario de economías cerradas y trampa de liquidez pronto dejó de tener lugar. Cuando los agentes generan expectativas adaptativas o racionales, que surgen en periodos inflacionarios, las tasas de interés se ajustan inmediatamente

---

<sup>33</sup> Torres Gaytán, Ricardo, *Teoría del comercio internacional*, México, Siglo XXI, 1972, p. 199.

<sup>34</sup> Keynes, John, *op. cit.*, nota 30, pp. 167 y ss.

<sup>35</sup> Córdova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Era, S.A., 1972, pp. 9 y 10.

a los cambios en el gasto gubernamental.<sup>36</sup> Puede ser el caso de que existan retrasos, pero tarde que temprano la inflación y consecuentemente el poder adquisitivo de la población paga los platos rotos o bien mayores impuestos financiarán los excesos de los gobiernos.

Cabe señalar que todos estos detalles estuvieron presentes en la discusión económica desde David Ricardo y que posteriormente fueron subrayados por la escuela austriaca<sup>37</sup> y por la llamada escuela liberal;<sup>38</sup> sin embargo, el despotismo de los Estados se impuso y cerrando las economías pudo operar bajo justificaciones keynesianas intercambiando inflación por desempleo en el corto plazo.

A partir de la Segunda Guerra Mundial el escenario mundial cambió radicalmente. A partir de los años cincuenta se observó un fuerte crecimiento en el comercio de bienes y descubrimiento de nuevas tecnologías que sentaron las bases para que en los setenta y principios de los ochenta se diera el escenario de la globalización de los mercados financieros. A fines de los ochenta y durante la década de los noventa fuimos testigos un desarrollo de los flujos internacionales de inversión y tecnología sin precedentes.<sup>39</sup>

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial dos necesidades parecían claras. Por un lado era imperativo no incurrir en el error de la Primera Guerra Mundial de castigar al vencido;<sup>40</sup> de esta forma, se buscó reconstruir a todos los países afectados por la guerra. Por otro lado, era indispensable rediseñar el sistema

---

<sup>36</sup> Begg, David, *La revolución de las expectativas racionales en la macroeconomía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 24 y ss.

<sup>37</sup> Hayek, Frederich, *La desnacionalización del dinero*, Barcelona, Planeta–Agostini, 1994, pp. 102 y ss.

<sup>38</sup> Hahn Frank, *Dinero e inflación*, Barcelona, Bosch, 1983, pp. 57 y ss.

<sup>39</sup> Michalski, Wolfgang, “¿Son compatibles el multilateralismo y el regionalismo?”, en México: Transición económica y comercio exterior, México, Banco Nacional de Comercio Exterior, 1997, pp. 416 y ss.

<sup>40</sup> Keynes hizo un fuerte ataque al Tratado de Versalles que impuso a Alemania como castigo fuertes pagos a los países vencedores en la Primera Guerra Mundial. *cfr.* Keynes, John, *The economic consequences of the peace*, 1920.

financiero internacional ya que los medios de pago en francos-oro se habían desplomado con las guerras y la crisis de 1929. Dos negociaciones fueron básicas: El Acuerdo de Bretton Woods y el Acuerdo General de Aranceles y Comercio.

De la convención de la Naciones Unidas en Bretton Woods surgieron dos instituciones básicas: el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, mejor conocido como Banco Mundial.<sup>41</sup> No es lugar para analizar el contenido ni la trascendencia de los acuerdos ni de las instituciones nacidas de ellos, pero baste decir que a partir de dicho momento el supuesto de las economías cerradas dejó de ser válido.

Eventos posteriores, como las guerras de Corea y Vietnam; el descubrimiento de enormes reservas petroleras en el Medio Oriente, la lucha con el bloque soviético, favorecieron el desarrollo de los mercados de capitales en Europa; un ejemplo de ello fue la aparición de los eurodólares. El exceso de oferta monetaria a nivel mundial significó el principio de la privatización de la deuda externa de Latino América, las presiones de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) fueron el detonador de las crisis financieras mexicana y latinoamericana de principios de los años ochenta.<sup>42</sup> Frente a la dependencia externa de los flujos de capital los modelos de economías cerradas que postulaban el déficit gubernamental como el antídoto al subdesarrollo y al alto nivel de desempleo, pasaron al cajón de lo inservible.

Aunque los flujos financieros han existido desde hace algún tiempo, la velocidad de los mismos es novedosa y las otrora típicas bolsas de valores de gritones, han sido sustituidas por mercados bursátiles en línea. El sistema financiero aprovechó la expansión tecnológica en el área de la informática. Su red de operaciones, el bajo costo de transmisión, la rapidez en el procesamiento de datos, posibilitó la interconexión de todo el sistema financiero mundial. El

---

<sup>41</sup> Ashworth, William, *Breve historia de la economía internacional desde 1850*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 311 y ss.

<sup>42</sup> Aldcroft, Derek, *Historia de la economía europea, 1914-1980*, Barcelona, Grijalbo, 1989, pp. 294 y ss.



desarrollo de las telecomunicaciones convirtió al mundo contemporáneo en una gran bolsa de valores. El proceso apenas comienza y la integración de los mercados bursátiles apenas se consolida.<sup>43</sup>

Los procesos de integración informática, financiera y económica han acabado con la soberanía de todos los Estados. Las decisiones de políticas públicas se han visto afectadas al menos en las siguientes áreas fundamentales: 1) política fiscal, dado que las crisis financieras y los ataques especulativos demostraron que una de sus principales causas había sido el desorbitado déficit fiscal;<sup>44</sup> 2) reforma tributaria enfocada al cobro de impuestos sobre la renta en vez de al consumo con el fin de evitar distorsiones indeseables en la elección de los agentes económicos;<sup>45</sup> 3) liberalización financiera como una forma de hacer llegar fondos para el crecimiento nacional;<sup>46</sup> 4) reformas cambiarias a tipos de cambio flexibles para efecto de aislar las economías nacionales de las crisis financieras externas;<sup>47</sup> 5) liberalización comercial como forma de crear mercados, fortalecerlos o integrarlos y de esta forma elevar el bienestar de los consumidores;<sup>48</sup> 6) mejora al ambiente de la inversión extranjera directa y de portafolios con el fin de atraer capital, recursos y tecnología para el desarrollo; 7) desregulación para efecto de favorecer, en general, los procesos de inversión;<sup>49</sup> 8) canalización del gasto

---

<sup>43</sup> Herman, Timothy, *Inversión en la globalización*, México, Bolsa Mexicana de Valores, 1998, pp. 7 y ss.

<sup>44</sup> Giavazzi, Francesco y Pagano Marco, "Confidence crises and public debt management", en Dornbusch, Rudiger, *Public Debt Management: Theory and History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 125-143.

<sup>45</sup> Stiglitz, Joseph, *La economía del sector público*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 683 y ss.

<sup>46</sup> Manrique Campos, Irma, "Reforma financiera: innovación, desregulación y crisis" en *Arquitectura de la crisis financiera*, México, UNAM, 2000, pp. 79 y ss.

<sup>47</sup> Blanco, Herminio, "Un modelo de los ataques especulativos contra el peso mexicano", en *Estudios económicos*, vol. 1, México, Colegio de México, 1986, pp. 128-146.

<sup>48</sup> Lipsey, Richard, "El libre comercio entre países desiguales", en *Estudios económicos*, vol. 6, México, Colegio de México, 1991, pp. 23-32.

<sup>49</sup> Yutaka, Harada, "Desregulación y diferencia de precios", en Akio, Ozono (Comp.) *La economía japonesa en una época de transición*, Barcelona, Círculo Internacional de Editores, 1995, pp. 191-204.

gubernamental a programas prioritarios, desatendiendo sectores que la iniciativa privada administra con mayor eficiencia, este punto implicó una gran reforma privatizadora.

En cuanto a la desregulación caben dos acotaciones. Por un lado, y como Michel Aglietta lo concluyó en su trabajo *Accumulation et regulation du capitalisme en longue période. Exemple des États-Unis (1870-1970)*, el marco regulatorio es explicación del desarrollo económico y las crisis económicas.<sup>50</sup>

Por otro lado, muchas veces desregulación no significa menor regulación sino una redefinición de la misma. De esta forma el Estado ha reubicado sus esfuerzos reguladores y en México, por ejemplo, la desregulación implicó la creación de ciertos órganos de gobierno para vigilar el buen funcionamiento de los mercados,<sup>51</sup> tales como la Comisión Federal de Competencia (CFC), que busca consolidar el escenario regulatorio para el buen funcionamiento de los mercados por sí mismos. De esta forma, las nuevas legislaciones en materia de competencia económica llevan al mínimo el uso de instrumentos de control directo sobre los agentes económicos, como fijación de precios y control de la oferta. La premisa es que buscar el funcionamiento eficiente de los mercados mediante intervención estatal no es contradicción del modelo liberal, sino condición de funcionamiento del mismo. Bajo la tradición liberal la participación estatal no está excluida, sino dirigida a garantizar el sistema económico mismo: “El Estado surge en primer lugar para definir y salvaguardar los derechos de propiedad privada; en segundo lugar, el régimen liberal requiere de un sistema legal designado tanto a preservar la competencia económica como a hacerla operar tan bien como sea posible”.<sup>52</sup> Desde la perspectiva liberal más pura el esfuerzo regulador se reubica en el lugar en el que siempre tuvo que estar. Para la escuela liberal la intervención en la

---

<sup>50</sup> Guillemin, Hervé & Maule, Martine, *Le marché du travail, salaires et emploi dans les théories économiques*, Paris, Eyrolles, 1993, pp. 159 y ss.

<sup>51</sup> Desde otra perspectiva se trata de establecer mercados administrados. *cf.* Quintana, Adriano, Elvia, Arcelia, *El comercio exterior de México. Marco jurídico, estructura y política*, México, Porrúa, 2003, pp. 128 y ss.

<sup>52</sup> Hayek, F.A., *The road to serfdom*, Londres, Routledge, 1944, p. 28.

economía solamente creó caos en los mercados. Desde este punto de vista, la regulación no debe ser intervencionista sino condicionista.<sup>53</sup>

Pareciera que la teoría liberal se impone, no obstante, existen reposicionamientos generados por la globalización. Frente a cada una de las características del liberalismo y el derecho que le acompaña encontramos nuevas características: abstracción vs. pragmatismo; subjetivismo vs. descentralización del sujeto; universalismo vs. relativismo; unidad de razón vs. pluralidad de racionalidades; axiomatización vs. lógicas eclécticas; simplicidad vs. complejidad; sociedad civil/Estado vs. reposicionamiento de la sociedad civil, y seguridad vs. riesgo.<sup>54</sup>

Bajo estos nuevos escenarios globalizadores el crecimiento de los flujos internacionales de capital, tiene lugar con independencia del crecimiento de la economía real. En este aspecto, si bien, el sustento real de la economía monetaria nunca estuvo muy claro en la teoría económica, de forma que un supuesto principal del modelo es la inexistencia del dinero,<sup>55</sup> hoy día no queda duda de que ambas pueden vivir con total independencia, sobre todo cuando la producción real ha dejado de estar compuesta por bienes tangibles para constituirse con servicios financieros, de telecomunicación, asesorías, entre otros.

Hoy día, con economías abiertas, un incremento en el gasto público que no se refleje en un incremento de las tasas impositivas sino que se financie con deuda, significa una caída en el precio de los bonos gubernamentales debido a la mayor oferta de los mismos que, bajo rendimientos constantes, implica un incremento en las tasas de interés. Este incremento en los réditos tiene varias repercusiones. En primer lugar conlleva una disminución en el monto de la inversión privada

---

<sup>53</sup> Morand, Charles Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, Librerie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, pp. 209 y ss.

<sup>54</sup> Arnaud, André Jean, "De la globalisation au postmodernisme en droit", en *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Librerie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, pp. 147 y ss.

<sup>55</sup> Arrow, Kenneth y Hahn, Frank, *Análisis general competitivo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 32.

(*crowding out*) y ello significa una caída en el nivel de empleo y producto, resultado contrario al que se llegaba con economías cerradas. Por otro lado, al estar integrados los mercados de capital y bajo tasas de cambio flexibles, el incremento en la tasa de interés implica un flujo mayor de capital extranjero, lo que deriva en una mayor demanda de la moneda nacional con su consecuente apreciación y el posterior decremento de exportaciones, la caída en la producción y el nivel de empleo.

Bajo economías abiertas la mejor opción de los Estados es mantener finanzas sanas. De esta forma “más y más gobiernos se han convertido en administradores de las economías nacionales, [y] son pagados para usar la maquinaria legislativa y ejecutiva tan eficientemente como sea posible y atender el bienestar material de los ciudadanos, que garantice mantener a flote el barco estatal y quedar a la cabeza de sus más cercanos rivales en lo económico y lo político. El proceso político tradicional ha declinado su importancia en relación a otros subsistemas de la sociedad, no sólo los económicos, sino también en relación a los subsistemas de formación de opinión y valores en general. En estas sociedades, las elecciones se tornan, más y más, como un proceso de selección entre equipos de administración alternativos... un pasaje ritual humillante, en vez de una seria confrontación de programas alternativos políticos”.<sup>56</sup>

En este punto se propone distinguir globalización de internacionalización. Comúnmente el término internacionalización ha sido entendido dentro del contexto del derecho internacional vatteliano, como un medio que posibilita satisfacer intereses nacionales en el ámbito internacional. La internacionalización vatteliana implica cooperación entre Estados soberanos mientras que la esencia de la globalización (internacionalización kantiana) mina y erosiona soberanía.

Estructuralmente el juego productivo ha cambiado. El contenido del valor de las mercancías se encuentra hoy día incorporado en el conocimiento y servicio otorgado. En el ámbito de la sociedad contemporánea el eje, estructura y base de los poderes económico, político y cultural residen esencialmente en la generación, control, procesamiento, agregación de valor y velocidad de extensión de la

---

<sup>56</sup> Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XIII.

información técnica-especializada. La nueva producción se consolida a partir de la emergencia de nuevos tipos de organizaciones sociales de producción –la industria basada en la ciencia– y de la consecuente obsolescencia del paradigma técnico-industrial basado en los conceptos tayloristas de dirección y en los métodos fordistas de trabajo forjados en la primera mitad del siglo XX.<sup>57</sup>

Con la globalización el paradigma es el de la “especialización flexible de la producción y el trabajo”.<sup>58</sup> Se reduce el peso de la participación de los materiales en la composición del precio final de los productos y servicios, y aumenta el contenido de información y conocimiento al abrir el camino a una nueva geografía de conexiones, sistemas, centros de procesamiento y control. Este nuevo paradigma provocó una revolución en el comercio internacional, llevando al declive de las sinergias asociadas a complementos inherentes al funcionamiento de las economías nacionales en cuanto a sistemas. Antes de él, la competencia comercial internacional estaba fuertemente condicionada por el control de las materias primas estratégicas, como petróleo y minerales. Con el advenimiento del nuevo paradigma, la competencia ha pasado a concentrarse básicamente en torno al control de las tecnologías de procesos, lo que relativizó las ventajas comparativas de los países pobres que contaban con amplias reservas energéticas y grandes extensiones territoriales.<sup>59</sup>

En la medida en que la interpenetración de las estructuras empresariales, la interconexión de los sistemas financieros y la formación de los grandes bloques comerciales regionales se convierten en efectivos centros de poder, el sistema político deja de ser el *locus* natural de organización de la sociedad. En lugar de un orden soberanamente producido, lo que se tiene es un orden generado por los

---

<sup>57</sup> Coriat, Benjamín, *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, México, Siglo XXI, 1982, p. 204.

<sup>58</sup> “Entendemos por empleo flexible toda forma de trabajo que no sea de tiempo completo y no tenga una duración indefinida. A veces se conoce con el nombre de empleo atípico, empleo eventual o empleo precario”. Ozaki, Muneto, *Negociar la flexibilidad. Función de los interlocutores sociales y del Estado*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2000, p. 6.

<sup>59</sup> Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 83.

agentes económicos. Se trata de un orden que se organiza cada vez mas a sí mismo y se auto regula.

Bajo esta perspectiva integradora, problemas de falta de abasto, bajo nivel de empleo y falta de inversión, son resultado de una falla en el mercado, no del Estado. La solución es, desde luego, crear el mercado o integrar mercados de forma que las necesidades se satisfagan.<sup>60</sup> Por otro lado, la integración y generación de mercados quita discrecionalidad al gobernante. Cuanto mayor es la integración de mercados, menor la capacidad de coordinación de los gobiernos.

La globalización, como el gran proceso generador e integrador de mercados, tiende a trascender los límites y controles impuestos por el Estado, a sustituir la política por el mercado como instancia máxima de regulación social, haciendo realidad las conclusiones de los economistas liberales en cuanto a la imposibilidad de controlar la economía desde el gobierno.<sup>61</sup>

La globalización económica aunque parte importante del proceso globalizador, no lo es todo, sino una simple sección de un fenómeno multifactorial y polifacético.<sup>62</sup> Esta multiplicidad de fuerzas que constituyen al mundo global pueden ser entendidas como la creación, configuración, multiplicación e incremento en la complejidad interna de muchas redes: financiera, comercial, de inversión, telecomunicaciones, transporte, información, terrorista, criminal, entre otras. Dichas redes se generan y se tornan complejas, adquieren vida propia. Desde este punto de vista, el sistema de redes convierte al proceso globalizador en un proceso sistémico altamente complejo,<sup>63</sup> un sistema de sistemas en

---

<sup>60</sup> García Castillo, Tonatiuh, *Ley federal de competencia económica. Comentarios, concordancia y jurisprudencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, pp. 68 y ss.

<sup>61</sup> Leijnhufvud, Axel, "¿Qué le ha sucedido a la economía keynesiana?", en *Estudios Económicos*, vol. 2, México, Colegio de México, 1987, pp. 65-79.

<sup>62</sup> Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 29.

<sup>63</sup> Grün, Ernesto, *La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético, 2004*, <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/global.html>.

continua interacción.<sup>64</sup> Cabe tener presente que en la red global, como en toda red, característica básica es que lo que sucede en una parte de la misma tiene efectos en todo el resto.<sup>65</sup>

El proceso de globalización genera una nueva forma social: la sociedad red, organización en subredes con nodos variables, donde los conceptos de espacio y tiempo se redimensionan. Esta redefinición de espacios y tiempos llega a un punto crucial en las llamadas inversiones *off shore* realizadas día a día a través de cualquier computadora conectada a la red mundial de Internet. Los tiempos solares y lunares no tienen relevancia alguna para los tiempos de inversión. Las lejanías y las distancias son insignificantes a la comunicación satelital.

Las subredes del proceso globalizador adoptan muchas formas, las distintas redes inician su conformación a nivel regional y de ahí se integran a otras que las hacen globales, aprovechando las sinergias internas de ellas.<sup>66</sup> Las formas son muchas, desde los tratados de libre comercio hasta estructuras más sofisticadas como la Unión Europea, considerada ya como un Estado-red con soberanía de geometría variable<sup>67</sup>, que tiene como característica precisamente la cesión de soberanía por parte de los Estados miembros.<sup>68</sup>

Suponiendo que la universalización del pensamiento sea un fenómeno ineludible, existen dos vertientes por los que puede tener lugar: bajo la enseña de la opresión y la violencia o por el camino de la equidad y la paz. La “ye” en el camino es entre un imperio mundial o una democracia internacional.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1997, p. 69.

<sup>65</sup> García Tonatíuh, “Derecho penal internacional vs. Derecho internacional penal”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, No. 4, 2002, p. 83.

<sup>66</sup> Michalski, Wolfgang, *op. cit.*, nota 39, pp. 416 y ss.

<sup>67</sup> No obstante lo ambicioso de esta organización intergubernamental, está llena de la atmósfera pasada de moda del absolutismo gubernamental. Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XIII

<sup>68</sup> De Prada García, Aurelio, “Apuntes para una teoría glocal del derecho”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. núm. 5-2002, <http://www.uv.es/CEFD/5/prada.html>.

<sup>69</sup> Ferrajoli, Luigi, “¿Gobierno mundial o democracia internacional?” en *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 81 y ss.

El papel del jurista es fundamental para que la humanidad siga una u otra vía. No obstante, frente a la tendencia globalizadora la teoría jurídica permanece atónita y pasmada, limitada en su entender y propuestas por los “confines estatalistas”.<sup>70</sup> En el caso del derecho que siempre suele ir a la zaga de los fenómenos económicos y sociales puede decirse que recién nos encontramos en los prolegómenos del proceso globalizador.

Ante la red global el discurso jurídico se conserva desconectado. Los ojos de los abogados, inmersos en el paradigma soberano, continúan con propuestas autorreferenciales, es decir, propuestas que se justifican a sí mismas, al margen del contraste con las exigencias de la sociedad real.<sup>71</sup> Los juristas continúan percibiendo a la sociedad mundial no como una gran red integrada y única, sino como una multitud de sistemas jurídicos nacionales diferenciados, que perviven como islas en un gran fango, sin conexión entre unas y otras, más allá de la que ha sido negociada a través del reconocimiento de los Estados mismos.

Hoy por hoy, resulta obligado a la teoría legal modificar el paisaje de pirámides soberanas frente al fenómeno de la globalización. Los nuevos procesos generados por la revolución tecnológica y la reestructuración del capitalismo conllevan una dinámica de progresiva interdependencia política y cultural entre las diversas sociedades de forma que la cotidianeidad en el sur de Chiapas resulta cada vez más influida por hechos y acontecimientos del norte de Francia, de igual forma sucesos globales influyen localmente y, viceversa, las prácticas y decisiones de los grupos y comunidades locales tienen importantes repercusiones globales.

La globalización es un proceso de desnacionalización de mercados, leyes y política,<sup>72</sup> un proceso de interpenetración de pueblos e individuos.<sup>73</sup> La

---

<sup>70</sup> Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, p. 43.

<sup>71</sup> López-Portillo Vargas, Ernesto, “La reforma a la seguridad y la justicia”, en *Nexus*, México, año 26, vol. XXVII, núm. 323, noviembre 2004, p. 22

<sup>72</sup> Grün, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, o en Internet en: <http://www.intermediacion.com/cibernetica.html>.

<sup>73</sup> Decimos que existe “penetración” cuando un sistema pone a disposición de otro sistema su propia complejidad, de forma que en la penetración nace otro sistema. Si la penetración es



globalización desaparece las fronteras nacionales y unifica países y hemisferios no sólo por medio de acuerdos económicos y comerciales, sino sobre todo por la consolidación cultural mundial facilitada por los medios de comunicación. Inclusive en materia política, que comúnmente se ha considerado como propia y exclusiva de la esfera interna de los Estados, la misma no puede ser entendida como una actividad puramente local, sino como una actividad con dimensión global.<sup>74</sup>

El Estado fue una realidad territorial y la regla en el mundo de hoy es la desterritorialización de la riqueza, el poder y la información. Puede afirmarse que la modificación de las relaciones clásicas entre política y economía, ha alterado el escenario en el que el Estado y el mercado estuvieron actuando, donde el equilibrio entre poder económico y poder político había sido obtenido mediante la hegemonía de los Estados. Hoy, por primera vez, la economía ha logrado su independencia respecto a la política, lo cual no quiere decir que por el momento haya roto los vínculos, ya que las instituciones jurídicas y estatales siguen sosteniendo el funcionamiento del mercado, merced a la actuación de las leyes y de los tribunales, probablemente hasta que el contrato y el arbitraje lleguen a sustituirlas como mecanismo privilegiado.<sup>75</sup>

La mundialización productiva del capitalismo que se despliega ante nuestros ojos no es sólo la aparición de una nueva era histórica de carácter global, sino ante todo es una revolución en los supuestos de todos los modelos sociales, una ruptura epistemológica. El cambio de contexto mundial, para poder ser explicado

---

recíproca entonces hablamos de “interpenetración”. En este último caso el sistema receptor ejerce también una influencia retroactiva sobre la formación de estructuras del sistema penetrador. Dos sistemas que se interpenetran juegan el papel de entorno el uno para el otro. Los fenómenos sociales, la relación de un ser humano con otro, y la relación de un ser humano con la sociedad, además de ser intersistemáticas, son también relaciones de interpenetración. *cfr.* Luhmman, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos Editorial, 1991, pp. 199 y ss.

<sup>74</sup> *cfr.* Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 25

<sup>75</sup> González-Posada Martínez, Elías, “Las reglas jurídicas de la globalización”, <http://www.der.uva.es/trabajo/regjur.doc>

de manera satisfactoria, necesariamente implica modificaciones en la forma de pensar.

## LA VISIÓN LEGAL PREGLOBAL

El sistema jurídico nacional se formó, a través de la eliminación y absorción de los ordenamientos legales de la Edad Media, por medio de un proceso de monopolización de la producción jurídica y la solución de controversias. La tendencia a identificar el fenómeno legal con el derecho estatal, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coercitivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno.<sup>76</sup>

El Estado generó su propia explicación legal: la visión de un mundo de Estados soberanos. Esta visión de la sociedad mundial fue propuesta por Vattel, una sociedad de Estados independientes considerados, a pesar de las obvias diferencias, como iguales:

*“Ya que los hombres son por naturaleza iguales, y sus derechos individuales y obligaciones las mismas, pues surgen igualmente de la naturaleza, las Naciones, compuestas de hombres y que pueden ser consideradas como muchas personas libres viviendo juntas en un estado natural, son por esencia iguales y poseen por naturaleza las mismas obligaciones y derechos. La fuerza o debilidad, en este caso, no valen nada. Un enano es tan hombre como lo es un gigante; una pequeña república no es menos soberana que el más poderoso reino”.<sup>77</sup>*

---

<sup>76</sup> Raz, Joseph, “The identity of legal systems”, en *The authority of law. Essays on law and morality*, Oxford, OUP, 1979, p. 99

<sup>77</sup> Vattel E., *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law applied to the conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns* (1758), Washington, Editor C.G. Fenwick, 1916, p. 7. El mismo postulado “Naciones consideradas como personas individuales libres viviendo en un estado de naturaleza” se encuentra en Wolf, C, *The Law of Nations according to a Scientific Method*, (1749/1764), Oxford, Oxford University Press, 1934, p. 9.

La igualdad soberana de los Estados representa el punto de partida de la doctrina legal del mundo moderno y sustenta una comunidad constituida primariamente por los que tienen una personalidad legal uniforme. La soberanía e igualdad de entre Estados significa, *prima facie*, jurisdicción sobre un territorio definido, deber de no intervención en el área que es exclusivamente jurisdicción de otro Estado y surgimiento de obligaciones legales únicamente con base en el consentimiento del obligado.<sup>78</sup>

La comunidad de Estados europeos que emergieron entre el descubrimiento de América y la Reforma religiosa, desarrolló reglas de convivencia multifacéticas y complejas. Este sistema de reglas es el que Vattel conceptualizó y es referido como el derecho internacional “clásico” o “positivo”. Este esquema de derecho internacional constituyó la estructura legal para la convivencia de una sociedad que tuvo lugar desde la paz de Westfalia a la Primera Guerra Mundial, comunidad basada en relaciones sinalagmáticas, reciprocidades, y reconocimiento de soberanías.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 5<sup>th</sup> ed., 1998, p. 289. Véase también la Declaración de Principios de Derecho Internacional Referente a las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre Estados de acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas, Asamblea General, 1970, Resolución 2625 (XXV).

<sup>79</sup> Jellinek señaló que entre el derecho nacional e internacional existe una diferencia fundamental; para el maestro de Heidelberg en el derecho internacional no existen relaciones de subordinación sino solamente de coordinación, debido a que quienes crean el derecho y quienes son obligados por el mismo son las mismas personas, es decir, los Estados. Para Jellinek el derecho internacional, al carecer de *imperium*, presentaba las características de la anarquía. Jellinek, Georg, *L'Etat moderne et son droit*, (trad. de Georges Fardis), Paris, V. Girard & E. Brière, 1911, t. I, pp. 560, 564.

En este sentido se ha dicho que el derecho internacional regula relaciones horizontales y no verticales. La idea que subyace detrás de esta visión es que el derecho internacional es la formalización de las relaciones interestatales de carácter diplomático. Este tipo de relaciones se basa en: a) una sociedad internacional compuesta de Estados soberanos cuya estructura interna o sistema político es irrelevante para las normas legales internacionales, y b) acuerdo general de que la materia internacional es competencia de los gobiernos. Friedman, W, “Some impacts of social organization on international law”, Bufalo, Nueva York, *American journal of International law*, 3 de Julio 1956, vol., 50, p. 475.

Este derecho internacional vatteliano se complementó a su vez por el llamado derecho de conflicto de leyes o derecho internacional privado, que no era otra cosa que *“la proyección en el espacio... de las diversas instituciones jurídicas de derecho interno... [la manera de]... determinar el imperio respectivo de las leyes en el espacio,... [la forma de] ... averiguar si una relación jurídica está sometida al imperio de una u otra ley,... [y para ello la fijación de principios para] ... investigar, necesariamente, a qué legislador, o lo que es lo mismo, a qué soberanía corresponde su reglamentación... [pues] ... la solución de los conflictos de leyes pretende siempre como base un conflicto de soberanías”*.<sup>80</sup>

El derecho internacional positivo era el marco para regular la convivencia de las relaciones de las naciones soberanas entre sí y pretendía dos cosas irresolubles de manera simultánea: el respeto a la soberanía de los Estados y al mismo tiempo imponer un mínimo de orden para la convivencia internacional. El derecho internacional privado no era más que las normas del derecho estatal soberano, al aplicar una norma legal extranjera a un caso concreto: el de relaciones jurídicas privadas con efectos extranacionales. Bajo este esquema legal, cada soberanía se consideraba independiente en su territorio, *“no permitiendo en él la aplicación de las leyes extranjeras más que en la medida que consideraba conveniente. Los límites fijados por ella a este respecto... [estaban]...*

---

No obstante, las anteriores explicaciones confunden al derecho (law) con la sociedad que pretende regular (fact). Todo sistema jurídico verdadero supone lo que Habermas ha llamado *“la revolución en el mundo de las representaciones morales”*, esto es, el establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yergue sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos”. *cf.* Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

Así Kelsen señalaba que la relación de superioridad e inferioridad que se da en todo sistema jurídico no se refiere a la realidad entre los integrantes del sistema jurídico (soberano vs. súbditos), sino entre éstos, por una parte, y el orden que regula su conducta, por la otra. Esta subordinación nouménica se da inclusive en la moral, donde los individuos cuya conducta está regulada por las normas morales, se hallan tan sujetos a éstas, tan *“inferiores”* a ellas, como los que están sometidos al sistema jurídico. *cf.* Kelsen, Hans, *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, México, Editora Nacional, 1974, pp. 89-90.

<sup>80</sup> Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, pp. 15, 199 y 224.

*poderosamente influidos por esta doble consideración: 1ª, que las leyes de las demás soberanías [eran] para ella leyes extranjeras [es decir no eran leyes reconocidas por el sistema legal nacional]; 2ª, que ... no existía una autoridad superior para asegurar en los diversos países una solución uniforme de los conflictos [en virtud de que cada nación era soberana]”.*<sup>81</sup>

Derecho internacional positivo y derecho conflictual: dos caras de la misma moneda, dos explicaciones legales derivadas del choque de sociedades consideradas independientes, dos teorías que emergen para explicar la colisión de sistemas jurídicos nacionales que mutuamente se reconocen, pero que al mismo tiempo se diferencian; explicaciones que nacen del conflicto de soberanías que pretende resolverse cuando se reconocen una a la otra como independientes, separadas y simplemente vinculadas por la cortesía y la conveniencia. En todo esto privaba la idea cómica de que todas las naciones deberían comunicarse unas a las otras a través una pequeña elite de gente llamada diplomáticos.<sup>82</sup>

El esquema anterior es lógico en la sociedad preglobal, es decir, cuando el climax del paradigma estatal tuvo lugar a fines del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX. Dicha época fue caracterizada por la planificación estatal, por la intervención gubernamental, por mayor regulación de los mercados, por la utilización del derecho como un instrumento de control, gestión y dirección, por la participación directa del sector público como agente controlador de los mercados, planificador del crecimiento económico, determinante del desarrollo, y financiador de los negocios.

Tristes sucesos acaecidos en los siglos XIX y XX, como la guerra de Crimea, el empleo de armas químicas, la utilización de granadas de fragmentación, uso de armas de destrucción en masa, la violencia inconmensurada de la Primera Guerra Mundial, el gran número de civiles muertos en los conflictos desde la Segunda Guerra Mundial, el genocidio nazi, la segregación palestina, la aparición de regímenes totalitarios, el apartheid, han llevado a cuestionar a la sociedad mundial global, si un derecho que deja a la libre decisión de los Estados sus relaciones con

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>82</sup> Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XIV.

sus súbditos no obstante los masacre,<sup>83</sup> un sistema legal que justifica el uso de la guerra como otra forma de resolver los problemas internacionales,<sup>84</sup> que deja crecer el nivel de armas bajo el argumento de la legítima defensa,<sup>85</sup> sea un derecho sensato, un orden legal adecuado a la convivencia humana, un régimen jurídico que permita la sobrevivencia de la humanidad. De igual manera cabe cuestionar si las reglas del derecho conflictual son capaces de garantizar un mínimo de respeto al ser humano sin importar su condición de nacional o extranjero respecto al Estado soberano.<sup>86</sup>

El mundo global reclama una revolución en el paradigma del derecho internacional positivo y del derecho conflictual. “Una primera aproximación, puramente intuitiva, nos puede sugerir que la ‘globalización del derecho’ es el término que designa el proceso que conduce a la uniformidad y, en última instancia, a la unificación del derecho en todo el mundo”.<sup>87</sup> El proceso que se

---

<sup>83</sup> “El Tribunal Internacional ha sido constituido para conocer no sólo de delitos de naturaleza puramente nacional. Estos son crímenes de una naturaleza universal real, perfectamente reconocidos en derecho internacional como violaciones graves al derecho internacional humanitario, y trascienden el interés de cualquier Estado aislado... no puede haber objeción de que un tribunal internacional apropiadamente constituido juzgue estos crímenes a nombre de la comunidad internacional”. *Prosecutor v Dusko Tadic AKA Dule*, Decision on the defence motion on jurisdiction, Yugoslavia, International Tribunal for the Former, 1995.

<sup>84</sup> “La guerra no es solamente un acto meramente político, sino un instrumento político real, una continuación de la política comercial que se lleva a cabo por otros medios” Clausewitz, *On War* (Von Kriege) (1832), Londres, Penguin Books, 1968, p. 119 .

<sup>85</sup> “En derecho internacional no existen reglas, otras que las aceptadas por el Estado en cuestión, por tratado o de otra manera, por las cuales el nivel de armamentos de un Estado soberano pueda ser limitado” *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, Nicaragua v. US, International Court of Justice, 1986, p. 269.

<sup>86</sup> En este sentido Niboyet sostenía que “Negar a un Estado el derecho de determinar en su territorio con absoluta independencia los derechos de que han de gozar los extranjeros, sin preocuparse de las legislaciones de los demás países, implicaría una restricción de la soberanía del mismo en lo que ella tiene de más sagrado. Conviene, sin embargo, asegurar al extranjero el mínimo de derechos exigido por el respeto a las reglas del derecho de gentes”. Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, p. 4.

<sup>87</sup> López Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 64. p. 69.

sucede sin mayor duda es la desnacionalización. Se ha mencionado que dicho proceso se puede dar en dos vertientes, por el lado de la globalización y por el de la armonización. El primero implica la revolución de las representaciones morales de Habermas<sup>88</sup> a nivel mundial, total rompimiento con el paradigma soberano. El segundo es la transformación parcial de los sistemas jurídicos nacionales para no dejar de ser soberanos, a través de la reducción de las diferencias entre los distintos ordenamientos,<sup>89</sup> la internacionalización entendida como cooperación entre Estados soberanos.

Creemos que el mundo global reclama cambios en las representaciones morales. Diversas mutaciones han tenido lugar: la firma del tratado Kellogg-Briand (renuncia a la guerra como recurso para resolver los conflictos internacionales) y el reconocimiento de su contenido en el derecho internacional consuetudinario de forma que sea oponible a cualquier Estado;<sup>90</sup> el nacimiento de conceptos como *jus cogens*<sup>91</sup> y el reconocimiento de obligaciones debidas a toda la comunidad mundial, *erga omnes*;<sup>92</sup> la consideración de ciertos hechos delictivos como violaciones en perjuicio de la comunidad jurídica universal, tales como el genocidio, agresión o apartheid.<sup>93</sup> Todo ello es muestra de una visión del derecho bajo nuevas aproximaciones, una lucha por constituir un sistema legal internacional integrado, global, vertical y no horizontal, basado en subordinaciones

---

<sup>88</sup> El establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yergue sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos". *cf.* Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

<sup>89</sup> Risset, Arthur, "The UNIDROIT Principles of international commercial contracts. An introduction to chapter seven: Non-Performance", en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM-UP, 1998, p. 117.

<sup>90</sup> Se distingue normalmente entre derecho internacional particular, es decir aquel que nace de la suscripción de tratados y que vincula "en particular" a los Estados que los suscriben, y el derecho internacional general, aquel que nace por costumbre y que vincula a todos los Estados, con independencia de que le reconozcan o no.

<sup>91</sup> *Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion, International Court of Justice (ICJ), 1996.

<sup>92</sup> *Barcelona Traction, Light and Power*, Belgium v. Spain, ICJ, 1970.

<sup>93</sup> *Prosecutor v Dusko Tadic AKA Dule*, *op. cit.*, nota 83.

y no en coordinaciones, la creación de un buen orden social basado en el derecho, *Eunomia*.<sup>94</sup>

Una de las facetas más conocidas de este proceso de redefinición del derecho internacional, es el cuestionamiento de la soberanía del Estado-nación, la fragilización de su autoridad, el agotamiento del equilibrio de poderes al interior de dicho Estado y la pérdida de autonomía de su aparato burocrático, lo que se revela por el modo en cómo se sitúa en la confrontación entre los distintos sectores económicos (públicos o privados) más directamente afectados. Los sectores vinculados a las fuerzas económicas extranjeras presionan al Estado utilizando los medios de persuasión, presión, negociación, confrontación, y veto de que disponen. Estos sectores, al estar situados en posiciones clave del sistema productivo, tienen gran poder sustantivo de influencia en la formulación, establecimiento y ejecución de políticas públicas. Sus presiones se dirigen a mejorar y ampliar las condiciones de “competitividad sistémica”, reivindicando la eliminación de las trabas que bloquean la apertura comercial, así como la desregulación de los mercados, la adopción de programas de desestatización, la “flexibilización de la legislación laboral” y el establecimiento de otros proyectos de “deslegalización” y “desconstitucionalización”.<sup>95</sup>

Ante la imposibilidad de condicionar lo incodicionable, la comunidad mundial se ve obligada a adoptar distinta regulación para llevar a cabo sus negocios. Las reglas más flexibles de la *lex mercatoria*<sup>96</sup> toman el lugar de las normas escleróticas de derecho estatal. El principio *pacta sunt servanda* se califica cada vez más por la cláusula *rebus sic stantibus*. Se sustituye la decisión judicial por mecanismos como la mediación y el arbitraje. En una palabra, se pone en jaque la distinción clásica entre lo público y lo privado, lo nacional y lo internacional, el Norte y el Sur.

---

<sup>94</sup> Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XXVII.

<sup>95</sup> Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

<sup>96</sup> “Los comerciantes de todo el mundo están desarrollando condiciones uniformes para llevar a cabo sus negocios, condiciones que están más o menos desligadas de cualquier sistema legal nacional y que son hechas valer mediante arbitraje” Seidl-Hohenveldern, “International economic law”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, vol III, t. 198, 1986, p. 22.



## EL DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN

La idea de que el Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza<sup>97</sup> deja de tener validez en el mundo global y quizá ello explica muchos de los fenómenos que se registran actualmente: la incapacidad de los Estados para controlar los límites de la violencia, la desjerarquización de las normas, la privatización de la justicia, la imposibilidad de control eficiente de las migraciones, la aparición de métodos alternativos de resolución de conflictos.

Elemento central para la pérdida de autoridad estatal fue el resquebrajamiento de la política monetaria y fiscal. La capacidad impositiva y de emisión monetaria de los gobiernos fue minada con la transnacionalización de los capitales. Las decisiones de política económica perdieron su autonomía con la universalización de los mercados financieros.

El control de los mercados se perdió por el gobierno y nadie lo tomó ni lo pudo haber tomado, simplemente las acciones y conductas de los agentes productivos dieron lugar a mercados autorregulados. Los mecanismos jurídicos en materia fiscal y monetaria perdieron efectividad respecto a las manifestaciones reales de las nuevas fuerzas presentes en la sociedad. El resultado de todo ello fue el declive de la capacidad estatal para dirigir el funcionamiento del sistema económico, no obstante el incremento en la emisión de normas.<sup>98</sup> Esta

---

<sup>97</sup> El ejecutar los mecanismos de coacción a nombre de la comunidad jurídica y no a nombre propio es lo que se conoce como el monopolio del uso de la fuerza. *cfr.* García Castillo, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes: Derecho internacional / derecho nacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p. 117.

<sup>98</sup> Ejemplos de esta inflación legislativa los encontramos en México; por ejemplo, de las 211 leyes federales en vigor a diciembre de 2000, 158 habían sido aprobadas, 29 reformadas y 24 habían permanecido sin cambio en el periodo de 1971-2000, es decir 75% de la legislación federal vigente había nacido en los últimos 30 años. López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor, “¡Tan cerca, tan lejos!, Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Fix-Fierro, Héctor et al., *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, p. 519.

disfuncionalidad creciente del Estado configura un proceso que ha sido llamado “ingobernabilidad sistémica” o “crisis de gobernabilidad” por los estudiosos de la ciencia política. Los sociólogos y teóricos del derecho la han denominado “inflación legislativa”, “juridificación”, “sobrerjuridificación” y “trilema regulatorio”.<sup>99</sup>

El Estado ha continuado legislando en materia económica, financiera, monetaria, tributaria, de seguridad social, laboral, civil y mercantil. Pero lo hace bajo un poder de intervención disminuido, constreñido a compartir la titularidad de su iniciativa legislativa con diferentes fuerzas que trascienden el nivel nacional.

Es importante considerar que el poder de intervención del Estado no ha sido sustituido por el poder de las empresas transnacionales, como ha sugerido cierto sector de la teoría social, sino que se ha presentado una atomización de los diversos poderes; aparentemente en un marco que asemeja a la competencia perfecta, donde ningún agente económico tiene tanto poder como para imponerse sobre los demás. En esta interacción atomizada, los agentes económicos, empresas e individuos, han ampliado exponencialmente la producción de sus propias reglas en forma de sistemas de organización y métodos, manuales de producción, reglamentos disciplinarios, códigos deontológico de conducta<sup>100</sup> y, principalmente, contratos homogeneizados de alcance mundial. De esta manera ha ido surgiendo un derecho de manera espontánea, consuetudinario.<sup>101</sup>

Ante la pérdida de centralidad del Estado-nación como unidad privilegiada y exclusiva de gestión económica, dirección política, control social e iniciativa legislativa, la doctrina legal jurídica se encuentra próxima a un agotamiento paradigmático. Las visiones se tornan catastrofistas y en este sentido se ha dicho que la teoría jurídica, nacida bajo el Estado-nación, afronta un cruel dilema: si ante

---

<sup>99</sup> Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 101.

<sup>100</sup> Davidow, Joel & Chiles, Lisa, “The United States and the sigue of the binding or voluntary nature of internacional codes of conduct regarding restrictive business practices”, en *American Journal of International Law*, vol. 72, No. 2, Abril 1978, pp. 247-271.

<sup>101</sup> Para un análisis de los sistemas jurídicos espontáneos véase Hayek, F.A. *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, University of Chicago, 1973, vol. I; *The Political Ideal of the Rule of Law*, National Bank of Egypt. Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, El Cairo, 1955, y *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Routledge & Kegan Paul Ed., Londres, 1967, capítulo. 6.

todos los cambios estructurales generados por la globalización permanece preocupada por su integridad lógica, corre el riesgo de ser funcionalmente ineficaz y, como consecuencia de ello, acabar siendo despreciada y descartada por la realidad; y en caso de que se deje seducir por la tentativa de controlar y disciplinar directamente las nuevas realidades, dejando a un lado su preocupación por la unidad dogmática, corre el riesgo de desdibujarse como referencia normativa coherente.<sup>102</sup>

Desde nuestro punto de vista no nos encontramos en un callejón sin salida sino que existen soluciones. Si continuamos bajo los principios de la teoría jurídica estatal, no hay más remedio que morir; pero si nos abstraemos del Estado-nación y sus confines, la nueva teoría jurídica no tiene porqué resquebrajarse ni perder sistematicidad, ya que la lógica no se da solamente en el Estado-nación. La teoría legal puede transformarse y adquirir nuevos cánones y directrices.

A los ojos de muchos, el derecho en la economía global no puede tener lógica y sistema por partir de un escenario descentralizado, mutable y policéntrico.<sup>103</sup> Lo que subyace detrás de esta preocupación es una lucha entre el centralismo y pluralismo legal. El primero relacionado con el positivismo que considera a la norma legal *ex ante*, en la mente del gobernante, sostiene que el derecho de una sociedad es un sistema unificado por el poder.<sup>104</sup> La *Grundnorm* kelseniana, por ejemplo, busca cumplir esta función unificadora del sistema legal. Cada norma contraria a la norma fundamental no puede ser considerada válida y por lo tanto no pertenece al sistema jurídico de mérito.<sup>105</sup> Esta visión implica necesariamente un cierto concepto de poder central detrás del derecho.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 10.

<sup>103</sup> González-Posada Martínez, *op. cit.*, nota 75.

<sup>104</sup> Austin, John, *The province of jurisprudence determined*, (1832), New York, The Noonday Press, 1954, pp. 9-33.

<sup>105</sup> Kelsen, Hans, *General theory of law and State*, Cambridge MA, Harvard, 1945, p. 110 y *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California, 1967, p. 163.

<sup>106</sup> Mackaay, E., "Emergence of legal rules" en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan, 1998, vol. 2, pp. 29-33.

Aquí yace el supuesto de que la lógica y sistematicidad del discurso legal solamente puede tener lugar bajo el Estado-nación, lo cual es históricamente falso. Mucho antes del Estado-nación existían teorías jurídicas que no obstante haber sido creadas fuera del crisol nacional no podemos concluir que sean ilógicas. En el mundo global descentralizado, la falta del imperio del Estado, no implica pérdida en la lógica del discurso.

Sin duda la teoría jurídica desarrollada bajo el Estado-nación es dominante. En ella el individuo abstracto y el Estado soberano resultan ser los elementos capitales. En la teoría jurídica estatal, con sus diversas variantes, los individuos abstractos, el sujeto jurídico, mediante el instrumento del contrato social, se constituye en pueblo, dando lugar a un Estado que cuenta como característica fundamental con la soberanía,<sup>107</sup> es decir, el no reconocer superior a otro poder sobre un territorio y población. El ordenamiento jurídico estatal adopta la forma de una estructura jerárquica, una pirámide soberana.

La estructura piramidal en la teoría jurídica da cuenta del criterio genético del sistema legal que tiene lugar en el Estado-nación. Dicha pirámide sugiere relaciones genéticas de disposiciones jurídicas generales a particulares. Otros criterios de nacimiento de disposiciones legales surgen fuera del contexto estatal y pueden expresarse mediante diagramas de árbol.<sup>108</sup> El diagrama de árbol se diferencia de la pirámide en dos sentidos. Por un lado, está libre de la implicación de que una disposición jurídica particular no pueda autorizar la creación de disposición jurídica general.<sup>109</sup> En segundo lugar, el diagrama de árbol está fuera de todo contexto donde se requiera una *grundnorm*.<sup>110</sup>

La globalización constituye el fenómeno jurídico-político más importante de los últimos tiempos; dicho acontecimiento torna más y más borroso el paisaje de pirámides soberanas característico de la teoría del derecho hasta ahora absoluta,

---

<sup>107</sup> “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república” Bodin, J., *Los seis libros de la República* (1586), Caracas, Universidad de Venezuela, 1966, Libro I, p. 141.

<sup>108</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 97.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 104.

transformándolo en una red global, una red de redes, de geometría variable, en la que aparecen englobadas aquellas pirámides, a su vez agrupadas en redes, también de geometría variable, en macrosociedades multilaterales con diferentes grados de conformación.

A su vez, los dos elementos básicos de la teoría del derecho hasta ahora vigente, el soberano y el súbdito, se hacen cada vez más borrosos y difusos. Por el lado del Estado la globalización provoca la descentralización y fragmentación del poder, difumina las líneas delimitadoras entre lo interno y externo, implica la relativización de los principios y categorías legales como soberanía, legalidad, jerarquía normativa, derechos subjetivos y ciudadanía.<sup>111</sup>

El Estado soberano, pierde paulatinamente su característica básica, la soberanía, y el súbdito pierde su capacidad ciudadana y se reduce a un elemento, entre otros muchos, en esa emergente red de redes. Tanto el Estado como el súbdito se yerguen en reacción. El Estado lucha por no perder su soberanía, el individuo esgrime un "no a la globalización sin representación", el súbdito, ante la experiencia de los despotismos nacionales, pide un derecho *glocal*,<sup>112</sup> que mezcle la personalidad del sujeto jurídico-político de la teoría del derecho aún dominante y el reconocimiento de nuevos sujetos jurídico-políticos junto a ese individuo.

El punto de partida para la apertura del Estado nación al mundo global ha sido sin duda el discurso de los derechos humanos,<sup>113</sup> que como un calcetín que se voltea, ha tornado de adentro hacia fuera los problemas otrora considerados nacionales. Un ejemplo visible y resonante del fenómeno de la globalización jurídica, es la consolidación del derecho penal internacional contrapuesto al derecho internacional penal; es decir la consolidación de los principios de jurisdicción universal y lucha contra la impunidad en contra de las tradicionales teorías de extradición y respecto a las jurisdicciones.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 9.

<sup>112</sup> De Prada García, Aurelio, *op. cit.*, nota 68.

<sup>113</sup> Grün, Ernesto, *El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio*, [www.filosofiyderecho.com/rtd](http://www.filosofiyderecho.com/rtd), Revista telemática de filosofía del derecho, nº 1, 1997/98.

<sup>114</sup> García Tonatiuh, "Derecho penal internacional vs. Derecho internacional penal", *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, México, No. 4, 2002, pp. 83-98

## **CAPÍTULO I**

### **RELACIÓN ENTRE EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL**

La presente investigación tiene como objetivo estudiar el contrato de Estado internacional (CEI). Para ello es fundamental plantear una propuesta respecto a la pertenencia del CEI a un sistema jurídico que le dé vida.<sup>115</sup> Una vez determinado lo anterior, se requiere explicar la forma en que el CEI se vincula con otros sistemas legales, si es que lo hace.

En el presente capítulo se trazan algunas líneas para explicar, la relación que existe entre diferentes sistemas legales. Para efectos de simplificar el análisis, se estudia la vinculación entre dos de ellos: el sistema legal internacional y los sistemas legales nacionales. Una discusión profunda y extensa sobre los sistemas legales y las relaciones entre los mismos, ha sido abordada en otro trabajo.<sup>116</sup> Cabe señalar que dicho esfuerzo comenzó como una línea de la presente investigación. Debido a lo extenso del tema y a que cobró vida propia, pasó a constituir una investigación en si misma. En este capítulo se retoman las conclusiones de dicho trabajo y se introducen otros puntos de discusión que resultan necesarios para analizar el CEI.

Comencemos con la siguiente cita: “El derecho privado actual, ligado a la construcción de los Estados nacionales, se contempla como un orden jurídico aplicable exclusivamente a los nacionales de un Estado o a actos que realizan dentro del territorio de un Estado. En un mundo con fronteras bien limitadas y cerradas este era un sistema viable. Pero a medida que se intensifican los intercambios comerciales entre los distintos países, y que se hace necesaria, desde el punto de vista económico, la apertura de las fronteras a fin de sostener la producción masiva, el derecho privado entendido como un orden nacional, ligado a

---

<sup>115</sup> Rudolf Dolzer ha señalado respecto al CEI y las expropiaciones que “Las aseveraciones sobre la ley aplicable son raramente acompañadas por explicaciones de la doctrina de las fuentes de las cuales se supone que las normas derivan” *cfr.* Dolzer, Rudolf, “New foundations of the law of expropriation of alien property”, en *American Journal of International Law*, Vol. 75, Julio 1981, No.3, p. 556.

<sup>116</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97.

un territorio y a un Estado, resulta insuficiente. Esto se manifiesta principalmente en el ámbito de los contratos, que son los actos jurídicos concretos en los que se verifica el intercambio comercial”.<sup>117</sup>

La cita anterior aborda el problema neurálgico del CEI. Los sistemas legales nacionales, cerrados en sus fronteras soberanas han sido incapaces de dar solución satisfactoria a las exigencias del *commercium* mundial que no conoce de soberanías. ¿Dónde están los fallos de nuestras teorías legales para solucionar los problemas de la globalidad económica? La respuesta no es sencilla y requiere que nos sumerjamos en las entrañas de los sistemas legales para encontrar sus puntos débiles y estar en posibilidad de proponer cambios necesarios en la doctrina que nos ayuden a abordar el tema con éxito.

Las preguntas fundamentales de las que partimos son: ¿Qué es un sistema legal, cómo se compone, cómo se distingue de su entorno y cuáles son sus órganos? En segundo lugar, ¿qué tipo de relaciones existen entre los diferentes sistemas legales?

## 1.1 CONCEPTOS PREVIOS

### 1.1.1 ¿Orden o sistema jurídico?

En la discusión legal se ha utilizado indistintamente diversas expresiones: “orden jurídico”, “sistema legal”, “sistema jurídico”, “orden legal”.<sup>118</sup> Sin embargo los términos tienen connotaciones diferentes: por ejemplo, “*legal system*,”<sup>119</sup> es una expresión muy utilizada en la tradición<sup>120</sup> anglosajona y refiere al conjunto de

---

<sup>117</sup> Adame Goddard, Jorge, “Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra ‘contrato’ en los principios de UNIDROIT”, en *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM–UP, 1998, p. 15.

<sup>118</sup> *cf.* Rolando Tamayo y Salmorán, en la nota 11 de su traducción al *Post scriptum al concepto de derecho de Hart*, Editor: Raz, Joseph, México, UNAM, 2000, p. 12.

<sup>119</sup> La voz hace su aparición en el siglo XVIII cuando Bentham utiliza la expresión “system of law”, *cf.* *Of Law in General* (1782) capítulo 18, párrafo 1.

<sup>120</sup> El término “tradición jurídica” se empleará en el sentido de Merryman, esto es, como el “conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la

disposiciones jurídicas que de alguna forma guardan relación entre sí; la expresión insiste sobre la coherencia lógica de las relaciones que debe tener un sistema.

La voz “orden jurídico” es muy utilizada en la tradición romano-germana, y no es una coincidencia por conllevar cierto sabor sociológico.<sup>121</sup> En dogmática jurídica, la palabra “orden” ha sido utilizada también para indicar el grupo de disposiciones jurídicas que no mantiene contradicciones normativas entre sí; es decir, para señalar a los sistemas jurídicos consistentes (ordenados), aquellos donde no existe simultáneamente una disposición que disponga llevar a cabo cierta conducta y otra que la prohíba.

Así, Kelsen distinguió –en sus primeros escritos - entre órdenes y sistemas jurídicos, señalando que los primeros tenían como característica ser consistentes,<sup>122</sup> y que dos normas contradictorias no podían ser consideradas a un mismo tiempo como válidas.<sup>123</sup> Posteriormente Kelsen cambió de opinión y admitió la posibilidad de que existieran conflictos entre normas legales, subrayando que la solución de dicho conflicto no era de lógica sino de derecho positivo.<sup>124</sup>

En teoría jurídica no existe uniformidad en el uso de los términos “orden” o “sistema”; el problema es de gustos y no sucede nada si se usa uno u otro siempre y cuando quede claro en qué sentido se están utilizando. Debido a que deseamos evitar la carga sociológica implicada en la palabra “orden”, preferimos utilizar la voz “sistema”. Por otro lado, utilizaremos indistintamente a lo largo de esta investigación “sistema legal” o “sistema jurídico”.

---

organización y operación de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural”. *cf.* Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 17.

<sup>121</sup> Santi Romano, *L'ordenamento giuridico*, (1918) Florencia, Sansoni, 2ª ed. 1ª reimpresión, 1951, pp. 13, 19, 25-27.

<sup>122</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, (1934), (trad. Roberto Vernengo), México, Porrúa, 1991, pp. 16 y 85.

<sup>123</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, (1944), (trad. Eduardo García Maynez), México, UNAM, 1988, p. 446.

<sup>124</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, (1979), México, Trillas, 1994, pp. 131 y 133.



### 1.1.2 El sistema y su entorno

La teoría general de sistemas estableció la distinción entre el sistema y su entorno. De ésta surge la dicotomía sistemas abiertos o cerrados; siendo el último caso la situación donde el entorno no tiene significado alguno para el sistema.<sup>125</sup> Este caso límite es teórico y no existe en la realidad.

Originalmente la teoría de sistemas tenía soluciones de esquina entre sistemas abiertos y cerrados; hoy día se concibe a todo sistema dentro de una relación de gradación entre ambos polos. Así, Raz sostiene que todos los sistemas jurídicos pueden ser considerados abiertos en alguna manera, ya que dan fuerza vinculante a normas que no pertenecen al mismo. A mayor número de normas “extrañas” que sean “adoptadas” por el sistema legal, más abierto será el mismo.

El término que califica la gradación de apertura (o cerradura) de un sistema es el de autorreferencia. Un sistema es autorreferencial si entabla relaciones consigo mismo y diferencia dichas relaciones frente a su entorno. “Consigo mismo” significa en teoría de sistemas con independencia del ángulo de observación de los otros.<sup>126</sup>

Para evitar la implosión y el ensimismamiento todo sistema debe orientarse a su entorno. Así el sistema jurídico se orienta a la sociedad que busca regular y a otros sistemas normativos como la moral o la religión. Un sistema aislado de su entorno no tiene sentido y eventualmente dejará de existir. Los sistemas sobreviven y perviven mediante la creación y conservación momento a momento de la diferencia con su entorno utilizando la idea de fronteras o límites para asegurar dicha distinción.<sup>127</sup>

### 1.1.3 Subsistemas

El sistema se diferencia de su entorno, pero también lo hacen hacia dentro de sí mismo. El proceso de diferenciación de un sistema hacia su interior da lugar a la formación de sistemas parciales (subsistemas) dentro del sistema (global).

---

<sup>125</sup> Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 73, p. 31.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 40.

Debido a la autorreferencia, cada sistema tiene un entorno distinto; cada subsistema tendrá por tanto un entorno diferente a otros subsistemas del mismo sistema global al cual está vinculado. De esta forma, el sistema global pasa a formar parte del entorno de los sistemas parciales. Ello sucede por ejemplo con las diversas leyes que emanan de una Constitución, la ley criminal se diferencia de la civil y ambas son partes del mismo sistema legal.

En el derecho la diferenciación entre sistemas parciales y el sistema global puede basarse en el principio de jerarquía,<sup>128</sup> pero esto es simplemente un caso particular, también puede ser por materia, por fuero, entre otros. Tradicionalmente la ciencia jurídica ha distinguido al interior de los sistemas legales subsistemas con base en las reglas de preferencia establecidas por los principios *lex posterior*, *lex superior*, y *lex specialis*.<sup>129</sup>

#### 1.1.4 Elementos y relaciones

Kelsen sostenía que “es imposible entender la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una regla aislada”.<sup>130</sup> Un sistema legal debe definirse por sus elementos y las relaciones entre éstos. Cuando un órgano legal emite una ley, realmente sólo crea una parte de la disposición jurídica; las otras partes de la disposición legal relevante han sido creadas en otros tiempos y quizá por otros cuerpos legislativos. La observación de que muchas leyes contribuyen al contenido de una institución, ha sido calificada como la contribución más importante del pensamiento de Bentham.<sup>131</sup> Los elementos de un sistema no

---

<sup>128</sup> Koskenniemi, Martti, “Hierarchi in international law: a sketch”, en *European Journal of International Law*, vol. 18, 1997, No. 4, <http://www-ejil.org/journal/Vol18/No4/art2.html>, Weiler J.H.H., y Paulus, Andreas, “The structure of change in international law or Is there a hierarchy of norm in international law”, en *European Journal of International Law*, vol. 18, 1997, No. 4, <http://www-ejil.org/journal/Vol18/No4/art1-01.html>.

<sup>129</sup> Los principios también se conocen por *auctoritas posterior*, *auctoritas superior*, *auctoritas specialis*.

<sup>130</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 3.

<sup>131</sup> Raz, Joseph, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 71.

pueden ser definidos en abstracto, sin precisar al que pertenecen, lejos de los otros elementos y de las relaciones sistémicas. El elemento se define como tal al ser concebido en relación con el sistema.

La conclusión anterior es fundamental para entender la teoría del contrato y para desarrollar esta investigación, pues de la sistematicidad de las disposiciones jurídicas se deriva la necesidad de que las disposiciones contractuales siempre estén inscritas en un sistema legal particular. Un contrato sólo puede existir como tal, dentro de un sistema legal que lo reconozca y le dé vida. Una compraventa sólo puede existir si se presuponen otras tantas instituciones jurídicas, como la institución de la propiedad. Es imposible por tanto sostenerse el carácter final, sustancial y ontológico de los elementos de un sistema legal.<sup>132</sup>

Una de las consecuencias más importantes de que los elementos sólo existan dentro de un sistema, es que los sistemas de orden superior, pueden ser de una complejidad menor que los de uno inferior; pensemos por ejemplo en un sistema legal federal y los subsistemas estatales pertenecientes a dicho sistema federal, o bien una ley y un reglamento. La diferencia de complejidades se presenta porque el sistema mismo (el reglamento) y no el sistema más general al que pertenece (la ley), es el que determina la unidad y el número de elementos de los que está constituido, el sistema determina su autorreferencialidad. La complejidad necesaria, es decir, suficiente, de cada sistema está determinada a cada nivel de formación de subsistema en relación con el entorno que resulta relevante.<sup>133</sup> Esta conclusión es básica para posteriormente considerar la posibilidad de que sistemas legales poco complejos, como el internacional, den sustento a subsistemas legales mucho más complejos, por ejemplo los CEI.

Respecto de las relaciones, se dice que un sistema legal está basado en el principio de independencia si no tiene estructura interna, es decir si carece de relaciones.<sup>134</sup> Un sistema legal no tiene estructura interna si cada elemento que lo integra es una unidad independiente de los otros, de forma que su existencia,

---

<sup>132</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 73, p. 45.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>134</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, pp. 25-26.

significado o aplicación no está lógicamente afectada por otras disposiciones legales.

La mayoría de los autores, sin embargo, considera que un conjunto de disposiciones jurídicas desconectadas entre sí no debe ser llamado sistema legal. Para que un sistema nazca, cierta complejidad interna y ciertas relaciones al interior del mismo resultan necesarias;<sup>135</sup> es decir, todo sistema legal debe tener estructura interna.<sup>136</sup>

Debe distinguirse entre: i) relaciones entre elementos, y ii) relaciones entre relaciones. Los sistemas para no ser simples conjuntos de cosas necesitan relacionar sus elementos; pero también necesitan *relacionar* las relaciones, condicionarlas. A mayores condicionamientos, mayor “complejidad” del sistema.

Cabe señalar que los sistemas sufren un proceso relacional que se puede denominar “selección”, no se trata simplemente de sumar elementos y relaciones, sino de seleccionar entre una infinidad de posibilidades. Mediante la selección los sistemas se transforman constantemente en relación con su entorno.

### 1.1.5 La frontera de un sistema legal

El análisis de los criterios que determinan qué disposiciones legales son elementos de un sistema y cuáles no lo son, es el problema de la identidad de los sistemas legales.<sup>137</sup> Determinar si cierta disposición jurídica  $x$ , un CEI por ejemplo, forma parte o no de determinado sistema jurídico momentáneo  $S$  (si  $x \in S$ ) implica identificar la extensión o alcance de dicho sistema jurídico  $S$ .<sup>138</sup> Se trata de determinar las exigencias de  $S$ , para que  $x \in S$ . En otras palabras, señalar qué propiedades  $P$  debe tener  $x$  para que  $x \in S$ .<sup>139</sup>

Identificar el alcance de un sistema legal es establecer sus límites, pero ¿qué es un límite? Se dice que un punto  $z$  que pertenece al universo  $E^m$  ( $z \in E^m$ ) es

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>136</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 73, p. 44.

<sup>137</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 1.

<sup>138</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 76, pp. 81 y 187.

<sup>139</sup>  $S = \{x \text{ tiene la propiedad } P\}$ .

*adherente*, al conjunto  $S$ , donde  $S$  está incluido en  $E^m$  ( $S \subset E^m$ ), si existe una sucesión de elementos de  $S$  que convergen a  $z$ . Esto es, el punto  $z$  es adherente al conjunto  $S$ , si existen elementos de  $S$  arbitrariamente cerca de  $z$ . El conjunto de los elementos de  $E^m$ , adherentes a  $S$  se denomina *adherencia*, *clausura*, *límites* o *frontera* de  $S$ . El subconjunto  $S$  es cerrado si contiene su frontera, es decir, todos sus puntos adherentes. Dicho de otra manera, un conjunto es cerrado si y sólo si todos los puntos a distancia cero del conjunto pertenecen al conjunto.<sup>140</sup>

Señalar la clausura de un conjunto, fijar sus límites, es diferenciarlo de su entorno, distinguirlo, separarlo. La frontera sugiere un hasta aquí, no puede ser entendida sin un detrás y presupone, por lo tanto, un más allá; implícitamente la posibilidad de ser traspasada. Para definir la frontera de un sistema legal  $S$  necesariamente debemos suponer que dicho sistema legal está contenido en un conjunto más grande, al que pertenece por poseer ciertas características, pero que se distingue del resto de los subsistemas de dicho sistema global (moral, religión, otros sistemas normativos y la sociedad misma).  $S$  es pues un subconjunto de  $E^m$ ,  $S \subset E^m$ , de forma que deben existir elementos de  $E^m$  que no sean elementos de  $S$ , así como otros conjuntos pertenecientes a  $E^m$  pero distintos a  $S$ . La clausura, los límites desempeñan una doble función: al exterior separan entre el sistema,  $S$ , y su entorno, todos los elementos de  $E^m$ , que no son elementos de  $S$ ; al interior unifican al sistema mismo, identifican a  $S$ .

El que una disposición legal  $x$  pertenezca a un sistema legal  $S$ ,  $x \in S$ , de ninguna manera implica que no pueda darse que la misma disposición pueda ser parte de otro sistema normativo,  $x \in X$ . Esto es claro si se considera que una disposición jurídica de un sistema legal determinado puede ser idéntica a una disposición de un sistema moral o religioso en particular. En este caso  $X$  y  $S$  se intersectarían. El que  $X \cap S \neq 0$  significa simplemente que  $x \in X$  y al mismo tiempo  $x \in S$ . Cuando los límites están bien definidos, cuando el conjunto contiene su frontera, cuando el sistema es cerrado, los elementos pueden atribuirse al sistema,  $x \in S$ , o bien puede decirse que son ajenos al mismo,  $x \notin S$ . Desde el

---

<sup>140</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p.25.

punto de vista del sistema legal  $S$ , el que  $x \in X$  puede ser irrelevante. De hecho, que las fronteras de  $X$  y de  $S$  estén o no bien definidas puede ser intrascendente para definir la intersección, siempre y cuando los elementos de dicha intersección no sean parte de la clausura, es decir, no sean elementos de duda, en el caso del CEI no está claro si dicha institución forma parte o no del sistema legal nacional o internacional, o bien de otro sistema; de forma que parece ser un elemento de la clausura.

En este punto podemos percibir algo importante. Además de definir las consideraciones que hacen a un elemento ser parte o no de un sistema, es necesario definir las relaciones entre sistemas. Debe analizarse simultáneamente el elemento y su relación con el sistema (membresía, frontera, elemento ajeno) y las relaciones con otros sistemas, tales como uniones, intersecciones, vacíos.

Aún con límites perfectamente definidos y sistemas cerrados, pueden darse relaciones entre el sistema y su entorno. Es por tanto importante distinguir también entre elemento y relación. El sistema tiene tanto interdependencias internas como externas, las primeras son las relaciones entre los elementos del sistema y de los elementos con el sistema, las segundas, vinculaciones de los elementos y del sistema con su entorno.

Los límites son importantes porque ubican los elementos en su sistema y, al mismo tiempo, son la base para las relaciones sistema-entorno. Aparte de abrir y cerrar sistemas, los límites ayudan a identificar las interdependencias internas y externas. La frontera constituye al mismo tiempo la separación y el medio de comunicación entre el sistema y su entorno.

Cabe señalar que los límites de los sistemas legales no son estáticos, sino dinámicos. Se adaptan, mediante el cambio de fronteras y relaciones externas a su entorno, y por modificaciones en sus relaciones internas se acomodan a su propia complejidad, en este sentido, los sistemas legales para no implotar deben ajustarse a las necesidades sociales. Los sistemas, para sobrevivir, deben ser capaces de afrontar sus insuficiencias, tanto internas como en lo que respecta a su entorno.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 73, pp. 51 y ss.

Los límites se definen tomando en cuenta al entorno. Recordemos que la idea de clausura de  $S$  se determina simultáneamente desde el entorno  $E^m$  y desde  $S$ . Los límites de un sistema legal  $S$  se determinan endógena y exógenamente. Esta conclusión es importante: la identidad de un sistema jurídico, las fronteras de un sistema legal, no solamente se determinan por consideraciones legales o jurisprudenciales, sino por un sinnúmero de consideraciones pertenecientes a otras ciencias sociales.<sup>142</sup>

Tradicionalmente, la teoría jurídica ha buscado definir los límites legales únicamente con herramientas de la teoría jurídica, sin hacer caso alguno a criterios metajurídicos; es decir políticos, económicos, morales o de otro tipo. El análisis de la relación entre diversos sistemas jurídicos, es un análisis excluyente: el sistema legal vs. el resto del universo. Desde esta perspectiva el resto del universo, todo aquello que no pertenece a  $S$ , es un elemento metajurídico. El *quid* del asunto está en definir ese punto que separa lo legal del resto y ahí entran consideraciones no jurídicas.

El soliloquio de los sistemas legales es tan fuerte que normalmente para un sistema jurídico determinado las disposiciones jurídicas pertenecientes a otros sistemas son consideradas hechos, no derecho.<sup>143</sup> Las disposiciones jurídicas que no son parte del sistema legal, se encuentran por tanto fuera del mundo jurídico (*su mundo*).

El análisis de la relación entre diversos sistemas legales como lo son el sistema legal nacional y el internacional, se centra en la relevancia que cada uno de ellos tiene para el otro. Si para un sistema legal el otro es irrelevante se puede decir que no existe relación alguna entre ellos desde el punto de vista del primero, sin importar lo que piense el segundo. ¿Cuándo un sistema legal es relevante para otro? La respuesta no puede ser una cuestión de hecho, fuerza física o

---

<sup>142</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 189.

<sup>143</sup> "From the standpoint of International Law and the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States", *Case concerning certain German interest in Polish Upper Silesia, (Factory of Chorzow case)*, Merits, PCIJ, Ser A, No. 7, 1926.

dependencia económica, sino necesariamente de derecho, se trata de “relevancia jurídica”.<sup>144</sup>

¿En qué momento una disposición legal  $x$  puede considerarse como parte de un sistema legal  $S$ , en qué momento es cierto que  $x \in S$ ? Todo depende de la definición de adherencia, de la determinación de la frontera de dicho sistema legal  $S$ .

Raz observa que comúnmente los sistemas jurídicos nacionales “hacen valer” disposiciones legales de otros, y sin embargo la validez otorgada, dichas disposiciones son consideradas, por el sistema jurídico que las adopta, ajenas.<sup>145</sup>

Kelsen sostuvo, al contrario, que la “recepción” y “adopción” de disposiciones ajenas a un sistema jurídico son procedimientos abreviados de creación jurídica, por medio de los cuales se les otorga validez a disposiciones de otros sistemas legales y por lo tanto pueden ser consideradas como parte del sistema receptor.<sup>146</sup>

¿Por qué a pesar de que un sistema legal valida normas de otros, las mismas no pueden ser consideradas como suyas? Para Raz, la razón de que un sistema jurídico reconozca, sin hacer suyas, normas que pertenecen a otro sistema normativo (que puede inclusive no ser jurídico) radica en que el primer sistema “pretende respetar” la manera en la cual en la “otra” comunidad fueron creadas las normas que serán aplicadas.<sup>147</sup> Raz en este punto hace una distinción y sostiene que debe distinguirse entre “aplicabilidad” de una disposición jurídica por un órgano de un sistema legal, y su “membresía” o “pertenencia” a dicho sistema jurídico.

Raz parte de la posición tradicional de los sistemas jurídicos, de que las normas ajenas a un sistema legal, aunque reconocidas por los mismos, no son consideradas por ellos como suyas. Para el citado autor, es sumamente importante distinguir entre: I) una norma “reconocida” como propia por el sistema

---

<sup>144</sup> Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, pp. 144-145.

<sup>145</sup> Raz, Joseph, “The institutional nature of law”, en *The authority of law. Essays on law and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 119-120.

<sup>146</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 138.

<sup>147</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, pp. 119-120.



jurídico, y II) la norma “adoptada” por el sistema legal, ya que el derecho tiene la función de apoyar otros acuerdos y grupos sociales. Pareciera, en este binomio, distinguirse entre normas cuyo fin es dirigir la conducta humana por el sistema mismo, y aquellas que dirigen la conducta humana por otros sistemas que, sin embargo, un único sistema legal las hace aplicativas a ambas.

### 1.1.6 Otros términos

Decimos que la disposición jurídica *x* es eficaz si en los hechos es generalmente obedecida por quien debe obedecerla y aplicada por quien tiene que aplicarla.

Decimos que una disposición jurídica es válida si y solo si es obligatoria.<sup>148</sup> Cuando referimos que la aplicación y observancia de una disposición jurídica es obligatoria y justificada, hablamos de validez normativa, en contraposición a validez descriptiva (aquella que depende de la eficacia).<sup>149</sup> El que una disposición jurídica sea obligatoria significa “deber de ser cumplido”.<sup>150</sup> La validez normativa se basa en el aspecto interno de la norma, en el sentimiento de estar obligado.<sup>151</sup>

Desde esta perspectiva de validez, no se requiere la existencia de poder político alguno que sustente el derecho. La validez normativa del derecho puede darse en sociedades denominadas horizontales, donde sus integrantes no tienen poder político que los diferencie entre sí, donde no existe la capacidad mediante el ejercicio de dicho poder, de obligar a otros a seguir las reglas. Las normas jurídicas pueden surgir sin necesidad de un derecho oficial supuesto por el Estado. Igual que el lenguaje, el derecho puede nacer en forma espontánea.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Raz, Joseph, “Legal validity”, en *The authority of law. Essays on law and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 149.

<sup>149</sup> Nino, Carlos Santiago, “Confusions surrounding Kelsen’s concept of validity”, en *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian themes*, ed. Paulson, Stanley, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 254.

<sup>150</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 46.

<sup>151</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 56.

<sup>152</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 73, p. 301.

Santi Romano señala al respecto, que el concepto del derecho que se ha formado bajo el modelo estatal es inexacto lógicamente e históricamente. Por ejemplo, en el medioevo existió una pluralidad de ordenamientos jurídicos, ninguno de los cuales era un ordenamiento jurídico estatal. Un ejemplo claro de un ordenamiento que por definición no es estatal y que pocos dudan en llamarlo legal es el derecho canónico. Sostener que el Estado es el señor, no sólo de su derecho, sino de todo derecho, es una exageración que no puede sostenerse.<sup>153</sup>

La doctrina que vé al Estado como el único productor de derecho va de la mano con la postura romántica que sostiene que “el Estado es la realidad de la idea ética”.<sup>154</sup> La doctrina que vé al Estado como la máxima expresión jurídica requiere ser modificada frente a las exigencias globalizadoras contemporáneas.

## **1.2 LA FRONTERA DEL SISTEMA LEGAL ESTATAL**

Decimos que la disposición jurídica  $x$  es un elemento (es miembro) de  $S$ , si de acuerdo con las reglas de pertenencia de  $S$ , se cumple que  $x \in S$ . La identificación de una disposición jurídica  $x$  como perteneciente a determinado sistema legal  $S$ ; depende de la definición de la frontera de  $S$ , ya que definir los límites del sistema jurídico significa definir sus alcances.

En la antigüedad el *limes* romano, la muralla china y la marca del medioevo, tuvieron un carácter militar, de contención, para evitar posibles agresiones sin que ello significara la definición de un espacio políticamente homogéneo hacia el interior. Estas contenciones militares eran inestables, imprecisas y desorganizadas; lugares de correrías y cambios bruscos de dominio, regiones de nadie; por ello no constituían una línea de delimitación exterior de un sistema de poder. Es hasta fines de la Edad Media que se da una revolución en las conciencias que crea el llamado sentimiento de frontera, y ello marca el sentido del fenómeno, el desenvolvimiento de la conciencia comunitaria de la vida política,

---

<sup>153</sup> Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, pp. 46, 109.

<sup>154</sup> Hegel, G.W.F., *Filosofía del derecho*, (1820), México, UNAM, 1985, p. 257.

el desarrollo del Estado moderno como unidad compacta, homogénea, cerrada en sus fronteras.<sup>155</sup>

La teoría jurídica tradicional sostiene que: i) cada Estado –término por el cual queremos referir a una forma de organización política– posee un sistema legal que constituye el derecho de dicho Estado, y ii) cada sistema jurídico nacional es necesariamente el derecho de un Estado. Bajo estas dos premisas “la identidad de los sistemas jurídicos está vinculada con la del Estado”.<sup>156</sup> Sistema legal y Estado se suponen y pertenecen mutuamente; y en términos jurídicos el Estado no es más que otra denominación del sistema legal nacional.<sup>157</sup>

Las disposiciones de un sistema jurídico estatal son vigentes en el tiempo y en el espacio determinado por los alcances soberanos del Estado al que pertenecen. Lo anterior da lugar a las llamadas por Kelsen esferas temporal y territorial de vigencia de una disposición jurídica.<sup>158</sup>

Sostenemos que la mejor forma de enfrentar la relación entre Estado y derecho es disolver dicha relación; desprender a la teoría jurídica de sus “confines estatistas”,<sup>159</sup> para entonces hablar del derecho como un fenómeno que puede existir dentro del Estado, pero que no requiere del mismo para existir. El postular esta visión no resulta tarea fácil en una época donde el imperialismo y el nacionalismo cobran fuerza. En la actualidad, la relación entre dos sistemas jurídicos nacionales se da a la manera de Raz, normas “extrañas” que son “adoptadas” por el sistema jurídico pero que no pasan a formar parte de dicho sistema.<sup>160</sup>

La relación entre dos sistemas jurídicos soberanos es necesariamente una relación de choque entre ellos. Así entendemos cuando Raz sostiene que el

---

<sup>155</sup> Maravall, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)*, Madrid, Revista de Occidente, S.A., 1972, t. I, pp. 121 y ss.

<sup>156</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 76, p. 99.

<sup>157</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 291.

<sup>158</sup> En Teoría general de las normas, Kelsen cambió los términos de ámbitos de *validez* por el más apropiado de ámbitos de *vigencia*. *cf.* Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 151.

<sup>159</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 70, p. 43.

<sup>160</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, p. 120.

derecho nacional cubre dos funciones: respaldar el poder del Estado, su propia existencia, y mantener y apoyar otras formas de agrupación social sin hacerlas suyas.<sup>161</sup> Con esta visión en mente, Raz sostiene que “obscurer la distinción entre normas reconocidas como parte del sistema jurídico y normas, que aunque no son parte del sistema jurídico, son reconocidas y aplicadas porque es la función del derecho apoyar varias formas de agrupación social, es malentender la naturaleza del Estado y sus relaciones con otros sistemas sociales”.<sup>162</sup> Justamente, en la época de la globalización no se trata de malentender la naturaleza del Estado, sino dejarlo atrás, desprenderse del mismo.

La vinculación entre sistema legal nacional y Estado ha llevado a concluir que no puede existir derecho sin Estado, e inclusive a señalar que el supuesto derecho que se da entre las distintas soberanías, no es más que una mera opinión.<sup>163</sup> La idea de que el único derecho que existe es aquel que crea el Estado nacional y el supuesto de la ciencia política de que el Estado nacional es soberano, determinan los límites del sistema jurídico nacional. Soberanía política y límites legales se identifican.

La función de límite que juega la idea soberana, cobra vida al separar y distinguir entre los distintos sistemas jurídicos nacionales, entre el sistema legal y los otros sistemas normativos; por otro lado el paradigma soberano unifica el sistema jurídico hacia adentro, así como el Estado soberano fraguó a la nación<sup>164</sup> como subjetivización romántica del Estado mismo,<sup>165</sup> el Estado soberano fue

---

<sup>161</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 76, p. 101.

<sup>162</sup> *Ibidem*, pp. 101-102.

<sup>163</sup> Austin, John, *op. cit.*, nota 104, pp. 9 y 24.

<sup>164</sup> Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, México, Porrúa; Cordova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Era, 1974, pp. 13-23.

<sup>165</sup> A mediados del siglo XVIII surgió en la vieja Europa una corriente de pensamiento que se reflejó en todas las actividades del ser humano: el Romanticismo. Si bien es cierto que era una corriente literaria, ello no impidió que se extendiera a otros campos, como la moral o la política. Tomó un vivo interés por retornar a los orígenes y al alma popular, valorando lo folklórico y la expresión del pueblo. El romanticismo fue una revaloración de lo individual como una reacción contra el racionalismo totalizador. La Ilustración propuso una razón universal, el romanticismo enalteció lo

también el crisol del sistema jurídico, pues fijó la base de la distinción entre el sistema legal y su entorno. Unificación hacia dentro, al interior del sistema legal; separación hacia fuera, demarcación con los otros sistemas normativos.

### 1.2.1 El efecto de los límites hacia el interior del sistema legal nacional

Jellinek sostenía que el derecho nacional, al contrario del internacional, se basaba en relaciones de subordinación, debido a que quienes crean el derecho y quienes se encuentran obligados son personas distintas. Esta

subordinación es característica inmediata de la relación de *imperium* que existe entre el soberano y el súbdito.<sup>166</sup>

Originalmente los Estados, como absolutos que eran, no consentían limitante alguno al ejercicio de su poder.<sup>167</sup> La teoría de la soberanía justificó el ejercicio del mismo hasta llevarla a contraponer la *raison d'état* al interés del ser humano.<sup>168</sup> Una lucha continua de la sociedad civil contra la idea soberana dio lugar dentro de los Estados, a limitaciones jurídicas en el ejercicio del poder. La limitación al poder político estatal se consolidó en la teoría jurídica del constitucionalismo. El movimiento constitucional resquebrajó el límite soberano al interior del Estado nacional.<sup>169</sup>

---

particular entre un pueblo y otro. La unión entre éste y el nacionalismo quedó forjada desde su nacimiento. Bajo la idea romántica, la *nación* se convierte en *patria*, y la *patria* en la divinidad del mundo moderno, y como tal, *sagrada*. Esta es la gran novedad que se da a partir de la revolución francesa, esta es la característica del Estado Nación. *cf.* Chabod, F, *La idea de Nación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 80 y ss.

<sup>166</sup> Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 79, pp. 560, 564.

<sup>167</sup> "La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república" Bodin, J., *op. cit.*, nota 107, p. 141.

<sup>168</sup> Laski, H, *El liberalismo europeo* (1936), México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 49 y ss.

<sup>169</sup> En esta lucha constitucional Lord Coke señaló al Rey James I, cuando se opuso a que resolviera casos sin consultar a los jueces: "si bien es cierto que Dios ha dotado a su majestad con excelente ciencia, su majestad no ha sido estudiado en las leyes de su reino de Inglaterra y en las causas que se refieren a la vida, sucesiones, bienes o fortunas de sus súbditos, éstas no se deciden por la razón natural, sino por *the artificial reason and judgment of law* y para ello se

La relación de subordinación referida por Jellinek fue reinterpretada bajo la teoría constitucional. La soberanía del monarca fue sustituida por la soberanía de la ley. Que la ley se sobreponga sobre todos los miembros de una sociedad, gobernados, pero sobre todo, gobernantes es lo que llamamos Estado de derecho, Estado constitucional.

Cabe señalar que el movimiento constitucional no pudo disolver del todo al soberano, y bajo esta idea de *imperium* sobreviven ciertos binomios: monarca vs. súbdito; derecho público vs. derecho privado; creación vs. aplicación del derecho; los que ordenan vs. los que obedecen; poder vs. obediencia; gobierno vs. sociedad.

Todos estos binomios derivados de la idea de *imperium*, del supuesto soberano, confunden al derecho con la sociedad que pretende regular. En efecto, todo orden jurídico supone lo que Habermas ha llamado “la revolución en el mundo de las representaciones morales”, esto es, “el establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yergue sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos”.<sup>170</sup>

Kelsen percibió magistralmente esta revolución de las representaciones morales y al tratar la idea de *imperium* señaló que la relación de superioridad e inferioridad, que necesariamente existe en todo sistema jurídico, no hace referencia a la que se da entre los integrantes de la sociedad que regula dicho sistema jurídico. La relación de superioridad no se refiere al binomio soberano vs. súbditos; si no a la que acontece entre todos los miembros de la sociedad, el supuesto soberano y sus súbditos, por una parte, y el orden que regula la conducta de dichos miembros, por la otra. Esta subordinación noumérica se da

---

requieren largos años de estudio y experiencia antes de que un hombre pueda llegar a conocer de dichos casos... El rey se ofendió y dijo que entonces él se encontraría por debajo de la ley (*common law*)... a lo cual yo le contesté lo que Bracton había dicho: *Quod rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*"; COKE, Edward, vol.12, Reports, pp. 64,65, citado en *The Dictionary of National Biography*, fundado en 1882 por George Smith, vol. IV, London, Geoffrey Comberlege, 1950.

<sup>170</sup> Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

inclusive en la moral, donde los individuos, cuya conducta está regulada por las normas morales, se hallan tan sujetos a éstas, tan “inferiores” a ellas, como los que están sometidos al orden jurídico.<sup>171</sup>

## **1.2.2 El efecto de los límites hacia el exterior del sistema legal nacional**

### *1.2.2.1 La postura tradicional, Vattel*

Si los límites de los sistemas legales estatales, cimentados en el dogma soberano, fueron relajados al fijar las relaciones al interior de dichos sistemas, una limitación hacia el exterior nunca tuvo éxito. En este sentido se ha dicho que la idea de la soberanía de los Estados es problemática, cuando el derecho internacional es traído a colación como un sistema que impone obligaciones a los Estados.<sup>172</sup>

La soberanía de los sistemas legales generó dos realidades a partir de la distinción entre relaciones internas – externas de dichos sistemas, el llamado derecho internacional clásico se fundamentó así en diversos binomios que expresaban esos dos mundos: nacional vs. internacional, como dos realidades jurídicas distintas; costumbre vs. tratados, como las dos fuentes del derecho internacional; soberanía vs. consentimiento, como dos categorías inseparables en las relaciones internacionales; Estado vs. individuo, como dos personalidades de dos sistemas jurídicos paralelos. Estos binomios fueron las bases limítrofes de los sistemas jurídicos nacionales entre sí y entre el sistema legal nacional y el sistema legal internacional, al mismo tiempo estas dualidades y contradicciones constituyen los estrechos y únicos puentes de comunicación existentes entre los distintos sistemas legales.

La teoría jurídica clásica basada en esta concepción Vatteliana distingue dos diferentes estructuras legales, una completamente separada de la otra; mutuamente independientes, regulando cuestiones disímiles y con autonomía en sus fuentes. Total paralelismo entre el derecho nacional y el derecho internacional.

---

<sup>171</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, pp. 89-90.

<sup>172</sup> Kelsen, Hans, “Sovereignty”, (1960) en *Normativity and norms. Critical perspectives on Kelsenian themes*, ed. Paulson, Stanley, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 525.

La consecuencia fundamental para las relaciones entre los diferentes Estados que integran la comunidad mundial, derivada del postulado soberano, es que las obligaciones generadas para ellos dependen del consentimiento del obligado. Cualquier limitación a la soberanía de un sistema legal debe surgir del consentimiento mismo del soberano, implícito o expreso. Lo anterior fue mencionado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927 al sostener que “el derecho internacional gobierna relaciones entre Estados independientes. Las reglas del derecho, obligatorias sobre los Estados, emanan de su deseo libre, expresado en convenciones o en usos generalmente aceptados, evocando los principios del derecho y establecidos para regular las relaciones entre estas comunidades independientes, coexistentes o con la mira a alcanzar objetivos comunes. Restricciones sobre la independencia de los Estados no pueden por tanto presumirse”.<sup>173</sup>

La conclusión para la legalidad es triste: el derecho internacional, bajo la idea soberana, no puede tener existencia independiente de la voluntad de los Estados, y es “como una tela de Penélope, que se recomienza a tejer *ex novo* en cada acuerdo normativo.”<sup>174</sup>

La afirmación de Raz,<sup>175</sup> de que normas “extrañas” a un sistema legal nacional son “adoptadas” y aplicadas por dicho sistema, y sin embargo no pasan a formar parte del mismo, fundamenta relaciones entre los distintos sistemas jurídicos estatales basadas en el dogma soberano. Estas relaciones son necesariamente endebles al ser un simple reconocimiento de soberanías. Por ello, Jellinek sostenía que el derecho internacional, al carecer de *imperium*, presentaba las características de la anarquía.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> *The Lotus Case, France v. Turkey* P. C. I. J. Reports, Series A, No. 10, 1927.

<sup>174</sup> Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, p. 64.

<sup>175</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, p. 120.

<sup>176</sup> Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 79, pp. 560, 564.



### 1.2.2.2 ¿Un tercer orden jurídico?

En una economía global, la total separación entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales y entre estos últimos, resulta difícil de sostener.

Pensemos en el CEI. Ante este fenómeno tan común en el campo de la inversión extranjera, nos encontramos que la teoría tradicional observa dos personalidades encontradas; dos seres que pertenecen a mundos jurídicos distintos, como un marciano que comercia con un terrícola. Por un lado la personalidad del Estado es doble; la reconocida por el derecho internacional y la instituida por el sistema jurídico del Estado en cuestión; personalidad al interior y personalidad al exterior, en su ambivalencia como miembro de dos sistemas jurídicos disyuntivos. Por otro lado, tenemos que la empresa contratante carece de personalidad internacional y la única personalidad con la que puede suscribir el contrato de Estado es aquella reconocida por el sistema jurídico nacional al que pertenece de acuerdo a la regla de la constitución o incorporación.

La conclusión para la teoría jurídica vatteliana es inmediata, el contrato de Estado necesariamente se rige por la ley del Estado contratante: "Cualquier contrato que no sea entre Estados, en su capacidad como sujetos de derecho internacional, está basado en el derecho interno de alguno de ellos. La pregunta a cuál derecho forma la materia de la rama del derecho en el día presente, usualmente se describe como derecho internacional privado o la teoría del conflicto de leyes. Estas reglas por lo tanto pueden ser comunes a varios Estados y pueden inclusive ser establecidas por convenciones internacionales o costumbres, y en el último caso pueden poseer el carácter de verdadero derecho internacional que gobierna la relación entre Estados. Pero aparte de esto debe considerarse que estas reglas forman parte del derecho nacional".<sup>177</sup> El problema bajo el esquema de múltiples jurisdicciones estatales, es simplemente el de elegir la correcta. Hasta ahora los intentos para solucionarlo se han ubicado en buscar la

---

<sup>177</sup> *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41.

jurisdicción aplicable de la manera más conveniente para todos los miembros de la comunidad internacional.

No obstante que esta solución jurídica es clara, el comercio internacional rehúsa aceptarla por diversas razones: el Estado contratante posee características indeseables para el inversionista extranjero. Como todo contratante, el Estado se somete al derecho que regula el contrato; no obstante, dicho derecho estatal puede ser modificado a capricho del mismo Estado; el resultado final, es una relación contractual sin seguridad jurídica para el inversionista.

Los objetivos de los contratantes son claros: el inversionista extranjero busca recuperar su inversión. El Estado pretende crear un ambiente favorable para el crecimiento económico, incrementar el nivel de empleo y mejorar las condiciones de vida de su población; sin embargo, ante inversiones exitosas siempre está presente la tentación de emplear el recurso de expropiación, justificada bajo el discurso de que los recursos nacionales están siendo explotados y aprovechados por extranjeros indeseables.

Los flujos internacionales de comercio e inversión y la vida económica internacional no se limitan ante la inflexibilidad de los esquemas y teorías jurídicas. Ante la posibilidad de parar los flujos de capital, los contratantes, Estados e inversionistas, han preferido hacer caso omiso a la teoría jurídica tradicional y han negociado multitud de CEI's, en los cuales claramente se pretende que la relación convencional deje de estar al arbitrio del país huésped.

Ante la necesidad de atender la problemática de la inversión extranjera; ante lo apremiante que resultan los flujos comerciales y de capital para que un país crezca; ante la falta de soluciones que el derecho internacional general tradicional provee al problema de la inversión, ha sugerido la necesidad de una "patita privada"<sup>178</sup> del derecho internacional público. Aunque tentadora, el problema con esta solución, es que no se dejan los confines de la teoría de la soberanía estatal y nuevamente caemos en uno de los binomios por ella generada: la distinción público–privado.

---

<sup>178</sup> Booyesen, Hercules, "International law as legal system: the quest and the need for a private-law leg", <http://home.yebo.co.za/~interlegal/private-leg.html>.

Otra forma de solucionar la cuestión, ha sido incorporar reglas de contratación mediante tratados entre Estados de forma que se transformen en “verdadero derecho internacional”.<sup>179</sup> Esta solución no siempre es posible; la relación entre Estados es tan compleja que muchas veces no están dispuestos a llevar los intereses de una empresa en particular a la negociación de tratados si ello implica empañar el trato de otras negociaciones.

Bajo la tradición vatteliana, que soberanamente no reconoce otros sistemas jurídicos distintos al propio, la herramienta para afrontar el problema de a qué sistema legal está incorporado el contrato de Estado internacional, siempre es el binomio derecho nacional–derecho internacional, y por lo tanto la solución siempre será de esquina.

De acuerdo con la teoría vatteliana, si no es algún sistema jurídico nacional el que gobierna la relación jurídica del contrato de Estado internacional, entonces dicha relación está gobernada por el derecho internacional. Los problemas de esta solución de esquina son inmediatos: 1) parece que el derecho internacional no tiene disposiciones jurídicas suficientes para regular estos contratos,<sup>180</sup> y 2) el derecho internacional clásico solamente es aplicable a los Estados y a ciertas organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Estas dos limitaciones son más aparentes que reales. En primer lugar, ningún sistema legal agota las posibilidades de la realidad, ningún código prevé todas las posibilidades de cláusulas contractuales. En segundo lugar, existen en derecho internacional general suficientes principios básicos respecto de la inversión

---

<sup>179</sup> *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41.

<sup>180</sup> No obstante el artículo 42 del acuerdo ICSID ha resuelto la pregunta de si los CEI's pueden ser removidos del derecho nacional y ser sujetos de las reglas de derecho internacional, tan escasas como sean, en sentido positivo. *cfr.* Delaume, Georges, “State contracts and transnacional arbitration”, en *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, p. 786. Para una crítica en contra de que el derecho internacional sea un sistema adecuado de regulación del CEI véase a Maniruzzaman, A.F.M., “Internacional development law as applicable law to economic development agreements: a prognostic view”, en *Wisconsin International Law Journal*, vol. 20, invierno 2001, pp. 2 y ss.

extranjera, como para resolver un problema que se plantee ante un juez, hasta donde se sabe ningún tribunal de arbitraje internacional ha declarado *non liquet*. En tercer lugar existe una fuerte presión social para considerar dentro del derecho internacional, la posibilidad de nuevos actores, distintos a los Estados y ciertas organizaciones internacionales. El comienzo ha sido otorgar a los privados responsabilidad internacional por crímenes contra la humanidad. De esta forma, “cuanto más aumente la obligación y autorización directa de individuos por el derecho internacional, tanto más tenderá a desaparecer la frontera entre éste y el derecho nacional”.<sup>181</sup>

No obstante, por el momento baste decir que nada limita que las soluciones a la pregunta de qué sistema legal da sustento al contrato de Estado internacional, sean sólo dos: derecho nacional o derecho internacional.

¿Por qué continuar en los límites del binomio derecho nacional–derecho internacional? ¿Es posible que existan sistemas jurídicos distintos a los nacionales y al internacional? Preguntémonos, por ejemplo, si el derecho canónico o las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas conforman sistemas jurídicos. No hay motivos para dar una respuesta negativa. ¿Es posible que esos sistemas jurídicos distintos al derecho nacional o internacional regulen el contrato de Estado internacional, o cualquier otro? En una época donde es necesario admitir las pluralidades antes de que nos exterminemos mutuamente, es difícil no considerar, al menos, la posible existencia de otros sistemas jurídicos aparte de los muy conocidos derechos nacionales e internacional.

La idea de que al lado del derecho internacional, que rige relaciones entre Estados, y al lado de los derechos nacionales, que rigen relaciones entre el Estado y súbditos y entre estos mismos, existe un orden jurídico intermedio que no se confunde ni con el uno ni con el otro, tiene la ventaja de no buscar romper paradigmas. Este tercer orden, ha sido llamado comúnmente como derecho transnacional y comprende la *lex mercatoria*.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 124.

<sup>182</sup> La *lex mercatoria* puede definirse como aquella que rige las transacciones jurídicas relativas al comercio internacional: ventas, operaciones bancarias, transportes, seguros, contratos de

Las preguntas frente a este tercer orden han sido muchas: ¿El derecho transnacional es verdadero y verificable? ¿Posee reglas jurídicas obligatorias? La “ventaja” del derecho transnacional es que no rompe con el principio de soberanía de los Estados y no tiene, como consecuencia que “elevar a las sociedades privadas a la ‘dignidad’ de sujetos del derecho internacional”.<sup>183</sup>

Según la definición generalmente aceptada, el derecho transnacional engloba al conjunto de reglas que trascienden, desde el punto de vista del objeto o campo de aplicación y necesariamente de su fuente, las fronteras de un Estado. El derecho transnacional se inspira de diversos derechos nacionales, comprende principios generales del derecho, costumbres y usos del comercio internacional, cierta codificación expedida por asociaciones internacionales son los Incoterms, la *Lex mercatoria*, el derecho reglamentario interno de las organizaciones internacionales públicas, el derecho administrativo internacional, el derecho petrolero y la jurisprudencia de los tribunales arbitrales. Desde esta perspectiva el derecho transnacional constituye un tercer orden jurídico, distinto, a la vez, de los derechos nacionales y del derecho de gentes.

El derecho transnacional surge en parte de manera espontánea y en parte de forma deliberada por los operadores del comercio internacional e instituciones internacionales.<sup>184</sup> No obstante, la postura del derecho transnacional ha sido duramente criticada por “misteriosa en su naturaleza y mal definida en su ámbito de aplicación”.<sup>185</sup>

---

construcción de grandes emporios industriales. Lalive, Jean-Flavien, *Contrats entre États ou Entreprises Étatiques et Personnes Privées*, Recueil des Cours, Collected courses of the Hague Academy of International Law, 1983, III, Tome 181, p. 48.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>184</sup> *Ibidem*, pp. 31, 48.

<sup>185</sup> Higet, Keith, “Eason–Weinmann Center for Comparative Law Colloquium: The Internationalization of law and legal practice: the enigma of the *lex mercatoria*”, 63 *Tulane Law Review* 613, Tulane University, Febrero 1989.

### 1.2.2.3 La postura kantiana

La postura vatteliana acerca del binomio derecho nacional–derecho internacional y que postula un tercer orden jurídico, el derecho transnacional, presenta un serio inconveniente conceptual. Aceptan la pluralidad de actores pero no los hacen parte de una misma comunidad jurídica.

La visión vatteliana y los enfoques basados en terceros órdenes jurídicos, como el ya mencionado, comulgan en la idea de diversos actores, en diversas pistas, todos juntos en el mismo circo, pero sin revolverse. Distintas personalidades en distintos sistemas legales.

Reconocer la existencia de otros no es suficiente para conformar una sociedad. En efecto, podemos pensar en dos conceptos de pluralidad. Uno es cuando los diversos no se encuentran vinculados de manera alguna, sino simplemente se reconocen en su existencia pero evitan la convivencia; éste concepto se identifica con la reunión accidental de elementos no identificados entre sí.

El segundo concepto de pluralidad es el de la comunión de los distintos, la integración de los diferentes, cuyo contraste termina en el común sentir de la convivencia. El primer concepto es excluyente y no reúne las características de sociedad. En el segundo caso, la pluralidad es incluyente, constituye un sistema de convivencia y define a una sociedad. No existe sociedad con pluralidades excluyentes sino incluyentes, no existe sociedad sin reglas de convivencia. A esto se referían los romanos con *ubi ius, ubi societas*.

Si queremos una verdadera sociedad global, donde estén considerados y conviviendo los diversos países y sus gobiernos, los seres humanos, las organizaciones no gubernamentales (ONG's) e internacionales, las empresas transnacionales, entre otros actores, debemos buscar una pluralidad de inclusión, no una accidental, debemos crear una pluralidad de convivencia no de desavenencia, una pluralidad de razón, no de fuerza.

En este punto es importante, por tanto, romper el dogma soberano. Un sistema legal que para aplicarse depende de la voluntad de quienes deben obedecerle no puede seriamente ser llamado derecho. Un verdadero “ordenamiento jurídico es

incompatible con una comunidad paritaria”,<sup>186</sup> una comunidad excluyente que no llega a someterse a la regla jurídica. La visión de Raz de la comunidad jurídica que “pretende respetar” la manera en que fueron creadas las disposiciones de “otra” comunidad jurídica, es una visión del mundo incrustado en los límites soberanos, es una visión de una comunidad jurídica que no puede ser considerada como tal, y debe necesariamente, dejarse atrás si se quiere tener un verdadero sistema jurídico global.

El problema radica en que dentro de la pluralidad se reconozca la primacía de la convivencia general, de las reglas que permiten la existencia de la sociedad plural misma. La solución para un sistema legal universal no es simple; por un lado, implica incluir en el sistema legal internacional a otros actores distintos de los Estados y la Organización de las Naciones Unidas, y por otro requiere reconocer la primacía del derecho internacional sobre todos los sistemas legales existentes,<sup>187</sup> el de los distintos Estados nacionales y todos los demás sistemas terceros. Sin esta supremacía la paz estable que el mundo reclama no podrá ser asegurada.<sup>188</sup>

El derecho requiere, para ser llamado así, constituirse en una superestructura que no sólo regule las relaciones de sus miembros, sino sobre todo que los domine.<sup>189</sup> Se requiere no de que el derecho entre las naciones exista, sino que sea obedecido aún en casos en que los intereses de los Estados exigen que no se cumpla.<sup>190</sup> En el ámbito de relaciones internacionales resulta necesario llevar a cabo la revolución de las representaciones morales de la que habla Habermas: colocar a la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades, y para erigirla sobre las partes litigantes, como norma jurídica

---

<sup>186</sup> Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, p. 135.

<sup>187</sup> Vereshchetin, Vladlen, “New constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law”, en *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 1, 1996.

<sup>188</sup> Bobbio, Norberto, “Hans Kelsen, the theory of law and the international legal system. A talk”, en *European Journal of International Law*, vol 9, No. 2, 1998.

<sup>189</sup> Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, p. 67.

<sup>190</sup> Hurrell, “International society and the study of regimes”, V. Rittberger editor, *Regime Theory and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 50-53.

previa que se considere un vínculo para todos.<sup>191</sup> En términos de Ferrajoli es necesario transformar el sistema de las relaciones internacionales basado en *pactum associationis*<sup>192</sup> a un verdadero ordenamiento jurídico basado en *pactum subjectionis*.<sup>193</sup>

El jurista que concibió a la raza humana como un todo, sin particionarla en múltiples Estados soberanos independientes que se contraponen y luchan entre sí fue Kant, quien se preguntaba a sí mismo “¿Es la raza humana como un todo posible, o es un objeto que debe ser visto con desdén? ¿Debemos simplemente desecharla sin enfocar esfuerzos reales para que se dé y entonces no tomar mayor interés en ella?”<sup>194</sup> El pensador de Königsberg consideró que una Federación de Estados Libres era el orden perfecto internacional, y que no solamente era posible sino deseable; Kant pensaba que las fuerzas naturales que gobiernan a la raza humana nos llevarían a tal situación mediante el empleo de la razón:

“La Paz perpetua está garantizada por no menos autoridad que el gran artista, la naturaleza misma, *Natura Daedala Rerum*. El proceso mecánico de la naturaleza visiblemente exhibe su plan propositivo de producir acuerdo entre los hombres, aun en contra de sus deseos y claramente por medios de su más grande desacuerdo. Este diseño, si lo vemos como una causa compulsa cuyas leyes de operación son desconocidas para nosotros, se le llama *Destino*. Pero si consideramos la función propositiva dentro

---

<sup>191</sup> Habermas, Jünger, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

<sup>192</sup> En este sentido se ha dicho que el derecho internacional regula relaciones horizontales y no verticales. La idea que subyace detrás de esta visión es que el derecho internacional es la formalización de las relaciones interestatales de carácter diplomático. Este tipo de relaciones se basa en: a) una sociedad internacional compuesta de Estados soberanos cuya estructura interna o sistema político es irrelevante para las normas legales internacionales, y b) acuerdo general de que la materia internacional es competencia de los gobiernos, *cfr.* Friedman, W, *op. cit.*, nota 79, p. 475.

<sup>193</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 178.

<sup>194</sup> Kant, Immanuel, “On the common saying: ‘This may be true in theory, but it does not apply in practice’ (1793), en H. Reiss ed. *Kant’s Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 87.



del desarrollo del mundo, entonces aparece la sabiduría subyacente de una causa mayor... que llamamos *Providencia*<sup>195</sup>

¿Qué impide que el *pactum associationis* de los Estados llegue a ser un *pactum subjectionis*? La respuesta es clara, el postulado soberano. Lo que divide, separa, sirve de frontera entre los sistemas jurídicos nacionales es sin lugar a duda el reclamo de soberanía.

No todo está perdido, la frontera soberana es movable y maleable; el concepto de soberanía se ha hecho compatible tanto con el aislamiento hermético del Estado como con su integración con la comunidad mundial.<sup>196</sup> Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que “la cuestión de que si cierta materia pertenece o no exclusivamente a la jurisdicción de un Estado es una cuestión esencialmente relativa, depende del desarrollo de las relaciones internacionales”.<sup>197</sup> Esto hará llegar en algún momento la etapa de una verdadera sociedad mundial; compleja e interrelacionada comunidad que comienza con los individuos y alcanza a la sociedad de Estados, llamada por Jessup “Estado mundial”.<sup>198</sup>

La revolución de las representaciones morales en las relaciones de los distintos sistemas jurídicos estatales reclama a sus integrantes percibir que “*el acuerdo normativo... produce una voluntad que no es aquella de los Estados en lo particular, sino una voluntad única en la cual se funda, y que es superior, ... el derecho internacional... [que]... adquiere un carácter de ius supra partes... no basa su posición en la subordinación e independencia de unos Estados frente a otros, sino una posición de sujeción de todos los Estados que son miembros [de la comunidad internacional] ... El derecho internacional solamente es verdaderamente derecho cuando vincula y domina la voluntad estatal, cuando la*

---

<sup>195</sup> Kant, Immanuel, “Perpetual peace, a philosophical sketch’ (1795), en H. Reiss ed. *Kant’s Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 108.

<sup>196</sup> Koskenniemi, Martti, “The politics of international law”, *European journal of international law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, No1.

<sup>197</sup> *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco case*, Advisory Opinión, PCIJ, 1923, 24.

<sup>198</sup> Jessup, Phillip, *Transnational law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 1.

*trasciende y se afirma como entidad aparte...*”.<sup>199</sup> Para lograr visualizar la aplicabilidad de un solo derecho a todas las comunidades, la de Estados, la de empresas de distinta nacionalidad, la de personas súbditas de distintos Estados, es necesario evitar pensar únicamente en términos de un forum particular,<sup>200</sup> evitar pensar en términos soberanos.

Jessup percibió que el término derecho internacional estaba muy vinculado con la sociedad de Estados, y que había una fuerte resistencia a incluir en dicho sistema jurídico a otros agentes distintos a los soberanos, tales como las personas jurídicas de diversas nacionalidades. Ante tal situación decidió utilizar el término “derecho transnacional” en un sentido más general que el utilizado por nosotros “*para incluir todo el derecho que regula acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales... [en él]... tanto el derecho internacional público como el internacional privado están incluidos, así como otras reglas que no ajustan completamente dentro de tales categorías*”.<sup>201</sup> En el concepto de Jessup, las situaciones transnacionales involucran individuos (con nacionalidad o sin nacionalidad), empresas, Estados, organizaciones de Estados, y otros grupos.

### **1.3 LOS PODERES DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA JURÍDICO PARA REALIZAR CONTRATOS**

En un trabajo distinto hemos discutido ampliamente los diversos elementos (disposiciones jurídicas) que integran un sistema legal: *Provisiones* vs. *No provisiones*; las primeras divididas en *obligativas* (D-law) y *no obligativas* (P-Law). A su vez, las obligativas vimos que pueden ser divididas en *prescripciones* o *prohibiciones*, y las no obligativas pueden distinguirse entre *potestativas* o *permisivas*. Finalmente analizamos la función crucial de la *no provisión* para la integración y coherencia del sistema legal.<sup>202</sup> En esta sección y para efectos de entender la naturaleza del CEI retomaremos solamente el análisis de provisiones no obligativas: los poderes.

---

<sup>199</sup> Santi Romano, *op. cit.*, nota 121, pp. 55 y 115.

<sup>200</sup> Jessup, Phillip, *op. cit.* nota 198, p. 6.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>202</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 81 y ss.

Los poderes son provisiones no obligativas. Hart señala que “las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho”.<sup>203</sup>

Respecto a la cita anterior, Raz ha señalado que se pueden derivar dos importantes observaciones: I) existen disposiciones jurídicas que confieren poderes (identificadas como P-law), y II) las P-law, al igual que las D-law, son normas,<sup>204</sup> (llamadas por nosotros provisiones) ya que buscan regular la conducta humana.

Una provisión tiene la característica de que busca guiar el comportamiento humano; sin embargo, algunas provisiones no lo hacen en una dirección definida. Mientras que las D-law son normas imperativas, provisiones obligativas, que señalan al hombre un determinado curso de acción; las P-law son normas potestativas o permisivas, provisiones no obligativas, que guían el comportamiento humano al proveer a los individuos de facilidades para llevar a cabo sus deseos.

La provisión P-law, permite ejecutar el acto previsto por la misma o no ejecutarlo, las razones para una u otra elección serán valoradas por quien lo ejecute ya que las consecuencias son en ocasiones ventajosas y en otras desventajosas. La P-law confiere por tanto un poder. Decimos que existe poder cuando una persona es capaz de producir a su voluntad, por medio de sus actos, los efectos jurídicos deseados.

Cuando un órgano del sistema legal tiene el poder de llevar a cabo determinada conducta decimos que es competente. La competencia se ejerce

---

<sup>203</sup> Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*, (trad. Genaro R. Carrio), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 35.

<sup>204</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 157.

mediante la emisión de una *disposición*.<sup>205</sup> En algunos casos la disposición emitida se compone de una descripción detallada de las relaciones que genera, por ejemplo, los contratos llave en mano para extracción de petróleo; en otros casos la disposición consiste simplemente en llenar con una palabra un espacio en una línea vacía, por ejemplo, en los contratos de adhesión para comprar un boleto de avión. En ambos casos los alcances de la disposición están dados por el sistema legal. Contratos, leyes, testamentos son ejemplos de este tipo de declaraciones dispositivas.<sup>206</sup>

Aunque la decisión de emitir la declaración dispositiva se ejerce libremente, la relación jurídica que se crea es heterónoma. Llamamos “sujeción” al correlato del “poder”. Los ciudadanos en general quedan sujetos al poder del legislativo, los herederos al poder del testador, los contratantes al poder de su compromiso expresado por la voluntad convencional. El sistema legal limita los poderes competenciales en tres aspectos: I) competencia personal (condiciones de calificación que debe reunir el órgano del sistema legal que ejerce el poder); II) competencia procedimental (condiciones procedimentales para ejercer dicho poder), y III) competencia material (condiciones en cuanto al alcance del ejercicio del poder).<sup>207</sup>

Tradicionalmente la teoría jurídica ha distinguido entre dos tipos de normas competenciales: de autonomía privada y de autoridad pública. Se supone que las reglas de competencia que otorgan el poder de “autonomía privada”, tienen como fin capacitar al individuo para que dé forma a sus relaciones legales de acuerdo con sus propios intereses dentro del marco del sistema legal. Tradicionalmente se dice que este poder tiene las siguientes características: I) no es cualificado (todo el mundo lo tiene); II) es autónomo (se usa para obligar a la propia persona

---

<sup>205</sup> Las disposiciones son discuro directivo, poderes ejercidos libremente, y por ello son llamados poderes de autonomía; sin embargo, los efectos legales que produce el ejercicio de dichos actos están determinados por el sistema legal mismo. Estos poderes se ejercen mediante pronunciamientos que, por disposición del sistema legal, producen los efectos deseados por el que los emite. Ross, Alf, *On law and justice*, Berkeley, University of California Press, 1974, p. 217.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>207</sup> Ross, Alf, *Lógica de las normas*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971, p. 123.

competente); III) es discrecional (se ejerce libremente), y IV) es transferible (puede transmitirse a otros).

Se dice, por otra parte, que el poder de autoridad pública es en cambio cualificado, ya que se requiere de una designación especial para ejercerlo; heterónomo, ya que cuando se ejerce obliga a otros; el poder de autoridad no se ejerce a conveniencia ni libremente, sino como un deber, su función social es servir al bien común, por lo que nunca es parte de un derecho y por lo tanto no es transferible.

En realidad las características contrarias de un poder de autonomía privada y uno de autoridad pública son más aparentes que reales. En efecto, en el caso de la capacidad de contratación, que nadie duda se trata de un poder de autonomía privada, dicha capacidad no fue concedida de manera general a todos los seres humanos por el derecho romano, sino solamente a las “personas”. En segundo lugar la obligatoriedad de las disposiciones jurídicas que nacen de dicho acto jurídico, no depende del arbitrio de las partes que intervengan en el acto.<sup>208</sup> Dicho poder no es discrecional pues está limitado por el sistema jurídico de mérito, de forma que actos ilegales no pueden pactarse, y el poder de contratación es intransferible.

Ferrajoli nos aclara el punto de la intransferibilidad del poder de contratación cuando distingue entre el ejercicio de un derecho y su titularidad, entre la posibilidad de convertirse en propietario (derecho de propiedad) y el ser titular de un derecho de propiedad respecto de un objeto en particular; el primero es presupuesto del segundo. Los derechos de la primera clase son todos iguales en el sentido de que adscriben a todo mundo en cuanto personas; mientras que los segundos son vehículos de multiplicación de desigualdades económicas.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> “Todas las obligaciones que nacen del acto jurídico privado... se crean por un procedimiento autónomo, pero una vez ya elaboradas, tienen vigencia heterónoma, es decir, nacen por voluntad del obligado y en este sentido existe autonomía en su formación, pero una vez creadas, tienen vigencia independientemente del arbitrio del obligado y, por lo tanto, existe heteronomía en sus efectos o vigencia” Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa, 1981, t. V, Obligaciones, vol. I, p. 49.

<sup>209</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 165.

Esta distinción de Ferrajoli se basa en su binomio normas téticas vs normas hipotéticas. Las primeras son aquellas que atribuyen inmediatamente situaciones jurídicas o status a determinadas clases de sujetos; conforme a ellas, sin mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y del *status* que prevén. Un ejemplo de normas téticas es precisamente el derecho a ser propietario.

Por el contrario, las normas hipotéticas predisponen situaciones o status como efectos de los actos previstos como hipótesis, como por ejemplo los derechos de propiedad sobre ciertos bienes en particular. Ferrajoli señala que los derechos previstos por las normas téticas y los creados por las hipotéticas han sido defendidos por el pensamiento liberal de una manera intransigentemente igual, al no querer distinguir que se trata de derechos estructuralmente distintos, sobre todo porque las normas hipotéticas nacen de actos negociales.<sup>210</sup>

Vista con detenimiento la distinción entre poderes de autonomía privada y de autoridad pública tiene un fundamento político más que jurídico. La teoría de la autonomía privada (autonomía de la voluntad) tiene su exposición máxima en la filosofía de Hegel para quien “el campo del derecho es lo espiritual, y su lugar preciso y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y determinación; y el sistema de derecho es el reino de la libertad realizada”.<sup>211</sup> El gran romántico alemán señala que “el derecho es la libertad como idea”<sup>212</sup> ... “la universalidad de esa libre voluntad para sí... consciente de sí, es el sujeto como *persona*”, de forma que “la *personalidad* sólo tiene comienzo... en cuanto el sujeto ... tiene autoconciencia de sí como Yo completamente abstracto y en el cual toda limitación y validez concreta se niega y no tiene valor”.<sup>213</sup> Para el padre de la dialéctica moderna la esencia de la personalidad se encuentra precisamente en la libre voluntad, “la persona, para ser

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, pp. 156, 164, 165.

<sup>211</sup> Hegel, G.W.F, *op. cit.*, nota 154, p. 4.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 35.

como Idea, debe darse una esfera externa de libertad”.<sup>214</sup> Esta esfera externa de libertad no es otra cosa sino la propiedad, primera modalidad de la existencia de la persona; “propiedad, como existencia de la personalidad”.<sup>215</sup> La conclusión del razonamiento Hegeliano es directa: la autonomía de la voluntad puede ser reconocida por el sistema legal pero de ninguna manera puede pensarse que la crea, simplemente la garantiza. La libertad, al ser reconocida porque existe previamente, no puede ser tampoco destruida.

La distinción entre poderes de autonomía privada y de autoridad pública es sutil; la diferencia tiene sentido cuando pensamos en la existencia de ciertos poderes que no se ejecutan de manera voluntaria, sino como una obligación. Un ejemplo, es el poder y deber de un juez establecido en algunos sistemas legales, por no dejar de juzgar un caso que se le presente (*non liquet*). El poder que se ejerce como un deber se denominará DP-law.

Más útil a nuestros fines es distinguir entre poderes regulativos y legislativos. La distinción es fundamental para la teoría de los contratos. ¿Tiene la misma naturaleza el poder del policía que ejecuta una orden de aprehensión que el poder del Congreso que dicta una ley?

### **1.3.1 Poder regulativo vs. poder legislativo**

El ejercicio del poder regulativo, denominado PR-law, genera una situación jurídica. Por su parte, el poder legislativo PL-law, produce con su ejercicio otra provisión jurídica. Analicemos primero los poderes regulativos.

Toda situación legal por simple que parezca implica la participación de diversas disposiciones jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en una persona que quiere vender su automóvil. En este caso, *C* es la condición de propietario, *P* el poder del propietario de vender (*ius abutendi*). Obviamente una persona no puede vender un automóvil que no sea suyo, así que *C* es la situación legal presupuesta para que una persona pueda ejercer *P* (en este caso la situación de ser propietario sobre

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 51.

cierto bien en particular). La situación C, el ser propietario de un auto, debe distinguirse del llamado “derecho a la propiedad”, que tienen inclusive quienes no poseen auto.

La situación C, la condición de propietario sobre el automóvil, nace de la aplicación de diferentes *D-law*<sup>216</sup> (en este caso todas aquellas que generan el llamado derecho de propiedad). Así, la disposición legal que confiere el poder *P* depende, para tener efectos legales, de la aplicación del resto de las disposiciones jurídicas *D-law* que crean el estatus de propietario C. En este caso la disposición *P* guarda una “relación regulativa”<sup>217</sup> respecto a dichas *D-law*, ya que utilizando *P* se pueden conferir poderes o imponer deberes a otras personas.

Una PR-law es una norma, ya que guía el comportamiento del hombre, al estipular consecuencias para ciertos actos. Normalmente las PR-law son complejas ya que regulan la aplicación de más de una D-law o pueden regular otras PR-law.

Las PR-law se caracterizan porque la consecuencia legal de un actuar está prescrita por otra(s) disposición(es) que debe(n) coexistir con la PR-law para que la última tenga algún efecto legal. Así, las D-laws que crean obligaciones y pretensiones denominadas en su conjunto “derecho de propiedad”, mismas que se pasan de una persona a otra cuando la propiedad se transfiere, existe antes de la transferencia de la propiedad, y solamente debido a su existencia previa, la PR-law que confiere el poder de transferir la propiedad. Otros ejemplos de PR-law es el poder de casar gente, o nombrar al director de una compañía por los accionistas.<sup>218</sup>

Analicemos ahora la P-law que confiere poderes legislativos (PL-law), es decir, poderes para crear otras disposiciones jurídicas. Tanto la PR-law como la PL-law confieren poderes, ambas son una especie de las P-law. La PL-law se caracteriza por que la consecuencia legal del actuar está prescrito por otra disposición legal,

---

<sup>216</sup> Las D-Law son disposiciones jurídicas que implican discurso directivo obligatorio. Pueden ser prescripciones o prohibiciones. García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 110 y ss.

<sup>217</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 162.

<sup>218</sup> *Ibidem*, pp. 163 y 183.



pero al contrario de la PR-law esta otra norma no existe sino que es creada al aplicar la PL-law.

Un ejemplo de la aplicación de una PL-law se da en la siguiente situación. Las obligaciones de los contratantes nacen del contrato mismo. Los compromisos derivan de la norma contractual que surge al aplicar la disposición jurídica que confiere facultades para crear normas contractuales, de aplicar la PL-law. La relación entre una PL-law y la norma creada mediante su aplicación, en este caso la norma que regula y autoriza la celebración de contratos y la norma contractual misma se denomina relación genética.<sup>219</sup>

El fenómeno de la norma particular que nace del ejercicio de la PL-law ha sido ampliamente discutido por la teoría jurídica y tiene que ver con la distinción entre aplicación y creación del derecho, entre norma jurídica que se aplica y obligación jurídica creada, entre ley y acto jurídico.<sup>220</sup> Al respecto Kelsen apuntó que “la teoría tradicional sólo toma en consideración normas jurídicas generales, ignorando la existencia de las individuales, y se pasa por alto la identidad de norma jurídica y obligación jurídica, considerando la obligación jurídica como un objeto distinto de la norma jurídica”.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> *Ibiem*, 1973, p. 164.

<sup>220</sup> La teoría civilista francesa distingue dentro de los hechos jurídicos en sentido general a:

1.- Hechos jurídicos en sentido especial, que comprenden:

I) eventos puramente físicos y ajenos a la voluntad de los hombres que generan consecuencias de derecho, tales como el nacimiento, y

II) eventos generados por el hombre de forma más o menos voluntaria pero sin el deseo de colocarse bajo el imperio del derecho, como los delitos.

2.- Actos jurídicos, que se definen como la “manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”, el ejemplo típico de un acto jurídico es el contrato. *cfr.* Bonnetcase, Julien, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1931, pp. 104-105.

<sup>221</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 140.

Para Kelsen la distinción entre aplicación y creación del derecho, entre ley y acto jurídico, no ha sido más que fuente de confusión en la teoría jurídica y debe ser descartada. Desde nuestro punto de vista la confusión creada no es motivo suficiente para descartar la distinción entre ley y acto jurídico, pues bien entendida puede ser de utilidad. La razón básica de la confusión es el postulado de que la aplicación del derecho no genera una norma, sino que simplemente la aplica. Esta aseveración se sustenta en la idea infundada de que en un sistema legal solamente el soberano puede crear derecho.

Si las disposiciones legales de un sistema jurídico se dividen en dos grupos: de primer y segundo tipo, de forma que las del primero, sean aquellas que permitan a los seres humanos hacer o abstenerse de ciertas conductas, y las de segundo tipo refieran a las disposiciones que permiten, haciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del primer tipo, extinguiirlas o modificarlas,<sup>222</sup> de acuerdo al principio de que el derecho regula su propia creación,<sup>223</sup> se puede siempre decir que la disposición secundaria que regula la creación de una primaria es “aplicada” en el acto de creación de esta última, y por tanto toda creación de derecho es siempre una aplicación del mismo.

Es conveniente mantener la distinción entre aplicación y creación del derecho. Por un lado, es cierta la observación de Kelsen en el sentido de que la disposición jurídica secundaria que regula la creación de una primaria es aplicada; no obstante, Hart sugiere que dicha disposición secundaria debe distinguirse de la primaria. No debemos confundir entre la disposición jurídica aplicada y la disposición jurídica creada al aplicar la primera.

La disposición secundaria puede ser vista como un supuesto con existencia independiente de que se hayan verificado en los hechos las propiedades que reclama para operar. La diferencia entre la disposición secundaria y la disposición primaria, creada por la aplicación de la secundaria, es que la disposición secundaria opera como supuesto jurídico de la primaria; la disposición primaria es

---

<sup>222</sup> Las normas del primer tipo imponen deberes, las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 203, p. 99.

<sup>223</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 146.

la actualización de dicho supuesto. El supuesto jurídico es el sustrato que da nacimiento a la obligación creada. Es la facultad potencial que la disposición jurídica encierra; la obligación, la facultad actualizada.<sup>224</sup>

En resumen, debe distinguirse entre: I) las D-law que crean el llamado “derecho de propiedad”; II) la D-law llamada norma contractual y que nace del ejercicio de una PL-law, la norma que permite celebrar contratos; III) la PR-law que otorga el poder de transferir la propiedad sobre cierto bien en particular y que depende para tener efecto legal de las D-laws que crean el derecho de propiedad, y IV) la PL-law que otorga el poder de celebrar contratos.

Hart no distinguió entre PL-law y PR-law y por ello sostiene que “los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad... [pueden ser concebidos]... como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas”.<sup>225</sup> Al respecto Raz observa que solamente los poderes de celebración de contratos pueden ser considerados como poderes legislativos, mientras que los poderes de transferir la propiedad deben ser considerados poderes regulativos.<sup>226</sup>

#### **1.4 LA PERTENENCIA DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL A UN SISTEMA JURÍDICO PARTICULAR**

Analizar las propiedades que determinan si una disposición jurídica *x* pertenece a un sistema legal *S*, es discutir la estructura del sistema jurídico *S* en cuanto a la membresía o los criterios de pertenencia. No se trata de estudiar una propiedad ontológica de la disposición jurídica *x*, sino una propiedad relacional de la disposición legal *x* con el sistema legal *S*. Por otro lado hemos visto que la determinación de qué disposiciones jurídicas son elementos de un sistema legal y cuáles no lo son es el problema de la identidad de los sistemas legales,<sup>227</sup> identificar una disposición legal significa determinar si pertenece a un determinado sistema jurídico. Establecer si cierta disposición jurídica *x*, el contrato de Estado

---

<sup>224</sup> Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 208, p. 20.

<sup>225</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 203, p. 120.

<sup>226</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 165.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 1.

internacional, forma parte o no de un sistema jurídico  $S$ , es decir si  $x \in S$ , implica fijar la extensión o alcance de dicho sistema jurídico,<sup>228</sup> reconocer sus límites.

Hemos señalado que tradicionalmente la teoría jurídica ha buscado definir los límites de un sistema legal, sus criterios de membresía, únicamente con herramientas de la teoría jurídica. Vimos también que el análisis de la relación entre el sistema jurídico y su entorno, es tradicionalmente un análisis excluyente: el sistema legal vs. el resto del universo. Desde esta perspectiva el resto del universo, todo aquello que no pertenece a  $S$ , es un elemento extrajurídico. El *quid* del asunto está en definir ese punto que separa lo que pertenece a ese sistema jurídico en particular del resto y ahí, en la definición de los límites, en los criterios de membresía, entran necesariamente consideraciones no jurídicas.

En este punto retomamos dichas conclusiones y reconsideramos el problema de pertenencia señalando que los sistemas jurídicos establecen dos tipos de condiciones para que surjan nuevas disposiciones jurídicas a su interior: materiales y formales. Las condiciones materiales definen el alcance de las nuevas disposiciones jurídicas. Las condiciones formales definen el procedimiento para que una disposición jurídica se considere parte de un sistema legal, incluyendo la identificación del órgano encargado.

Debido a la interconexión entre las disposiciones de un sistema legal, en la operación que hace que una disposición legal pase a formar parte<sup>229</sup> de un sistema jurídico no participa un sólo órgano, sino que se da un complicado sistema donde confluyen diversos órganos participantes. Así por ejemplo, el creador (las personas que crean la voluntad contractual) actúa bajo los límites de las disposiciones legales que le dan competencia y al mismo tiempo completa otras disposiciones jurídicas que fueron creadas por otros participantes (el Congreso).

En principio podría distinguirse la “existencia” de una disposición jurídica  $x$ , de su “pertenencia” o “membresía” ( $\in$ ) a un sistema jurídico  $S$ . No obstante, todo elemento existe en, para y dentro de un sistema, es decir un elemento  $x$  no puede

---

<sup>228</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 76, pp. 81 y 187.

<sup>229</sup> Es muy importante considerar que membresía no es igual a creación, existen otras formas de que una disposición legal pase a ser miembro de un sistema legal además de la creación.

ser si no se relaciona con el sistema al que pertenece, por lo que no tiene caso hablar de disposiciones jurídicas auto contenidas, aisladas de un sistema legal. Como señala Caracciolo, el análisis del derecho tiene que ser básicamente de carácter holístico,<sup>230</sup> versa sobre conjuntos de normas y no sobre normas aisladas. No existen elementos ontológicamente determinados. “En la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares”,<sup>231</sup> toda norma pertenece a un sistema jurídico de base, *grundlegung*.

Toda disposición legal existe en relación a un sistema legal, es decir como miembro del mismo. El que una disposición jurídica  $x$  “pertenezca” a un determinado sistema jurídico  $S$ ,  $x \in S$ , significa que “existe” para ese sistema legal  $S$  y, desde su punto de vista, si dicha disposición jurídica no existe como su elemento, entonces la disposición jurídica  $x$  es tratada como un hecho y no como derecho. “La juridicidad de una norma se determina no a través de su contenido (y ni siquiera de la forma o el fin) sino simplemente de su pertenencia al ordenamiento”.<sup>232</sup>

¿Cuáles son los criterios que nos ayudan a identificar cuándo una disposición jurídica  $x$  pertenece (existe como miembro) a un sistema legal  $S$ ? La teoría tradicional sostiene la existencia de dos criterios: el genético, o de las llamadas fuentes de derecho, y el deductivo, es decir, se considera que una norma es miembro de un sistema legal si puede deducirse lógicamente de las ya establecidas.

#### **1.4.1 Criterio genético: fuentes del derecho**

Austin señalaba que “cada ley positiva, o cada ley simple, estrictamente hablando, es fijada, directa o indirectamente, por una persona o cuerpo soberano,

---

<sup>230</sup> Caracciolo, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 12.

<sup>231</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2ª ed., (trad. Jorge Guerrero), Bogotá, Temis. S.A., 2002, p. 141.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 176.

al miembro o miembros de una sociedad política independiente donde esa persona o cuerpo es soberano o supremo. O, dicho de otra manera, es fijada, directa o indirectamente, por un monarca o número soberano, a una persona o personas en un estado de sujeción a su autor”.<sup>233</sup>

Bajo esta visión, incrustada en el sistema jurídico estatal, la forma de saber si una disposición jurídica forma parte de un sistema legal es investigar quien es el soberano y luego ver si el mismo ha emitido o no dicha disposición. La manera clásica de determinar la membresía de una disposición jurídica a un sistema legal ha sido a través del estudio de las llamadas fuentes del derecho.

Se supone que una disposición jurídica *x* pertenece a un sistema legal *S* si: I) ha sido creada por los órganos competentes de dicho sistema jurídico, y II) en su creación se han seguido los procedimientos establecidos por dicho sistema legal para tal efecto. Esta forma de fijar los alcances de un sistema legal se corresponde con lo que Raz denomina el principio de origen, de acuerdo con el cual la membresía de las disposiciones jurídicas a un sistema legal y la identidad del sistema mismo están completamente determinadas por el origen de las disposiciones jurídicas.<sup>234</sup> Denominado en este trabajo también como criterio genético.

Las siguientes observaciones pueden ser hechas a la teoría de las fuentes del derecho:

La primera es que no todo sistema jurídico tiene un órgano especializado (soberano) en emitir disposiciones jurídicas para que el resto de la comunidad las cumpla. El sistema legal internacional, por ejemplo, es un “sistema legal horizontal, carente de autoridad suprema, de la centralización del uso de la fuerza, y de aquella diferenciación de tres funciones básicas, elaboración del derecho, determinación del mismo, y cumplimiento de la ley, típicamente encargadas a los órganos centrales... [estatales]”.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Austin, John, *op. cit.*, nota 104, pp. 253-254.

<sup>234</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 18.

<sup>235</sup> Malanczuk, P, *Akenhurst's modern introduction to international law*, 7<sup>nd</sup> ed., New York, Routledge, 1997, p. 3.

El segundo punto es, para que exista derecho no se requiere de un gobernante que lo genere. Si bien el derecho es un fenómeno generado por el hombre, no todo fenómeno humano es previamente diseñado, sino que puede ser generado de manera espontánea. La postura que sostiene que el derecho sólo puede ser creado previo diseño del soberano, se cimienta en el matrimonio entre el fenómeno jurídico y la idea de autoridad y poder.<sup>236</sup> El vínculo poder político-derecho ha sido causa fundamental de que la mayoría de los positivistas sostengan que el fenómeno jurídico no es posible fuera de la volición y el diseño humano; es decir el único derecho posible es el producido de forma deliberada por el gobernante; pensar en derecho creado por los gobernados, generado de manera “espontánea”, aparece como imposible y obviamente es atentatorio de la vinculación poder político-derecho.

La visión desde arriba, desde el poder, del mundo jurídico tiene mucho sentido en la lógica del Estado nacional. Sin embargo, debe reconocerse que el fenómeno estatal es muy reciente y quizá efímero. Sin negar la importancia del poder para el derecho, sin negar que el fenómeno jurídico es muchas veces pensado, reflexionado y diseñado por los legisladores antes de crearse, cabe la posibilidad de que el fenómeno jurídico nazca desde abajo, desde quienes deben obedecerlo, es decir, fuera del poder político.

Nada impide pensar en una norma legal que emerge del comportamiento del hombre pero que ningún diseñador humano la ha pensado previamente. El derecho consuetudinario parece representar tales tipos de normas. Una teoría del derecho consuetudinario alejada del clásico “reconocimiento del gobernante” es necesaria para delinear mejor los límites y relaciones entre el derecho y el poder político. Las explicaciones de orden espontáneo de los fenómenos sociales han tratado de aclarar como ciertos eventos sociales tales como las reglas de trato

---

<sup>236</sup> “... es un pérfido aquel, que siendo súbdito, no quiere acatar al que tiene el poder.... Ten bien sabido que donde se tolera la petulante soberbia y se deja que cada uno haga su antojo, por próspera que sea, aunque le soplen vientos propicios, lentamente se habrá de hundir la nave de esa ciudad” *cfr.* Sofocles, “Ajax”, cuadro segundo, en *Las siete Tragedias*, México, Porrúa, 1988, p. 25.

social, tradiciones, costumbres, lenguajes, el dinero, los mercados y el derecho<sup>237</sup> pueden ser el resultado de la acción humana más no del diseño humano. Esta noción se atribuye a las figuras del iluminismo escocés del siglo XVIII, David Hume,<sup>238</sup> Adam Smith<sup>239</sup> y Adam Ferguson.<sup>240</sup>

Directamente relacionada con la idea del derecho espontáneo encontramos la distinción entre centralismo y pluralismo legal. El centralismo legal está vinculado con el positivismo que considera a la norma legal *ex ante*, en la mente del gobernante. El centralismo legal sostiene que el derecho de una sociedad es un sistema unificado por el poder.<sup>241</sup> La *Grundnorm* kelseniana, por ejemplo, busca cumplir esta función unificadora del sistema legal. Cada norma contraria a la norma fundamental no puede ser considerada válida y por lo tanto no pertenece al sistema jurídico de mérito.<sup>242</sup> Esta visión implica necesariamente un cierto concepto de poder detrás del derecho.<sup>243</sup>

En ocasiones se utiliza una pirámide para describir el criterio genético de un sistema legal. El problema de la pirámide es que la relación genética sugiere creación de disposiciones jurídicas generales a particulares. La relación genética entre disposiciones jurídicas generadoras y derivadas puede representarse también mediante un diagrama de árbol.<sup>244</sup>

El diagrama de árbol tiene dos ventajas sobre la pirámide. Por un lado, está libre de la implicación de que una disposición jurídica generadora particular no

---

<sup>237</sup> Hayek, Friedrich. A., *The political ideal of the rule of law*, El Cairo, National Bank of Egypt. Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, 1955, p. 30.

<sup>238</sup> Hume, David, *Essays, Moral, political and literary* (1777), Eugene F. Miller Ed., Indianapolis, Liberty Press, 1987.

<sup>239</sup> Smith, Adam, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (1776) New York, Random House, 1937.

<sup>240</sup> Ferguson, A., *An essay on the history of civil society* (1767) Duncan Forbes Ed., Edinburgh, University Press, 1966.

<sup>241</sup> Austin, John, *op. cit.*, nota 104, pp. 9-33.

<sup>242</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 105, p. 163.

<sup>243</sup> Mackaay, E., "Emergence of legal rules" en *The new palgrave dictionary of economics and the law*, London, Macmillan, 1998, vol. 2, pp. 29-33.

<sup>244</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 97.



pueda autorizar la creación de disposición jurídica general.<sup>245</sup> En segundo lugar, el diagrama de árbol no requiere una *grundnorm*.<sup>246</sup>

Por otro lado, Nino ha demostrado que el criterio genético no puede describirse simplemente como una relación entre dos disposiciones jurídicas, una creadora y otra derivada, en realidad, sostiene, intervienen en el proceso otras disposiciones jurídicas diferentes a la creadora y la derivada.<sup>247</sup> Así, entre dos disposiciones jurídicas  $x$  y  $y$ , donde  $x$  es una disposición que autoriza la emisión de  $y$ ,  $x =$  El órgano  $A$  está autorizado a emitir la disposición jurídica  $y$ ; mientras que  $y =$  al que cometa el delito de homicidio será penado con 50 años de prisión, se requieren además dos normas que otorguen validez normativa, las normas  $v(x)$ , y  $v(y)$ , donde  $v(x) = x$  es válido; y donde  $v(y) = y$  es válido. De forma que  $v(x)$  y  $v(y)$  prescriben, ordenan, establecen, que lo que está estipulado por  $x$  y  $y$  debe ser obedecido, es obligatorio. En general estas disposiciones jurídicas  $v(x)$  y  $v(y)$  se obvian porque se supone que el sistema jurídico como un todo es obligatorio, de forma que simplemente existe una norma general  $v(S) =$  el sistema legal  $S$  es obligatorio, pero es importante señalar su existencia para efectos del análisis.

Un último comentario es que no toda disposición jurídica que *pertenece* a un sistema legal tuvo necesariamente que haber sido *emitida*.<sup>248</sup>

#### 1.4.2 Criterio Deductivo

Bulygin señala que la pertenencia de una disposición jurídica a un sistema legal se basa en tres tipos de relaciones: de implicación (llamado por nosotros criterio deductivo), cuando una disposición jurídica es consecuencia lógica de otra; de legalidad (genético en nuestro lenguaje), cuando una disposición jurídica fue creada por una autoridad competente, y de independencia (criterio de

---

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>247</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 149, pp. 257-258.

<sup>248</sup> Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, "The reception of norms and open legal systems", en *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian themes*, ed. Paulson, Stanley, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 276.

introducción), cuando se toma como dada por el sistema legal.<sup>249</sup> Hemos visto que la implicación lógica normativa de las disposiciones legales entre sí es bastante cuestionable<sup>250</sup> en virtud de que las mismas pertenecen al mundo del deber ser, lo que significa que los principios de lógica no les aplica. La relación genética es relevante ya que normalmente el derecho autoriza su propia creación, pero en el *regressus ad infinitum* kelseniano, la primera constitución necesariamente requiere de disposiciones jurídicas independientes originarias para que el sistema legal cobre vida. Para pasar a una serie temporal dicha constitución debe contener al menos una norma de competencia que faculte a un órgano del sistema legal a introducir nuevas disposiciones jurídicas al sistema, ya promulgándolas, ya aplicándolas, y, eventualmente, a señalar cuales no son aplicables.<sup>251</sup>

### **1.4.3 Un tercer criterio, incorporación**

#### *1.4.3.1 La propuesta de Ross*

Desde nuestro punto de vista la teoría de las fuentes del derecho y el criterio deductivo son insatisfactorios para agotar los criterios de membresía de las disposiciones legales a un sistema jurídico. ¿De qué otra manera determinamos si una disposición jurídica en particular es parte o no de un sistema legal?

Comencemos con la siguiente pregunta: ¿A quién están dirigidas las disposiciones jurídicas que norman la conducta humana, es decir las provisiones? Como hemos sugerido las provisiones están dirigidas a los órganos del sistema legal que las aplica o debe seguirlas.<sup>252</sup>

---

<sup>249</sup> Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *DOXA Cuadernos de filosofía del derecho*, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1991, pp. 261-265.

<sup>250</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 5 y ss.

<sup>251</sup> Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 249, p. 263.

<sup>252</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 167 y ss .

Discutamos un poco nuestro punto. Ross ha sostenido que para identificar una disposición jurídica  $x$  como parte de un sistema legal  $S$ , debemos ver a la institución que la aplica al resolver una controversia.<sup>253</sup>

La aseveración de Ross casa dos conceptos: membresía a un sistema jurídico = aplicación de una disposición jurídica por un órgano del sistema jurídico. No obstante lo anterior debemos a Raz la distinción entre membresía y aplicación (membresía  $\neq$  aplicación), de esta forma se ha dicho que no existe conexión necesaria entre la aplicabilidad de una disposición legal y su membresía a un sistema jurídico, ya que por un lado una disposición legal que (se considera) no pertenece a un sistema jurídico es aplicable en el mismo por virtud de las reglas de derecho internacional privado; por otro lado, una disposición legal que (se considera) si pertenece a un sistema legal puede resultar inaplicable por virtud de, por ejemplo, suspensión de garantías, o *vacatio legis*.<sup>254</sup>

De esta forma, Bulygin sostiene que además del conjunto de disposiciones jurídicas que pertenecen al sistema legal  $S$  en el momento  $t$ , pueden ser aplicables en el momento  $t$  disposiciones jurídicas de  $S$  en  $t-i$ , así como de otros sistema jurídicos que tienen vida en  $t$  y en  $t-i$ . El autor citado distingue entre criterios de aplicabilidad y criterios de pertenencia, y entre el tiempo externo e interno de las disposiciones jurídicas. El externo es función de la pertenencia y el interno función de la aplicabilidad, de forma que ambos tiempos no necesariamente coinciden.<sup>255</sup>

Podemos encontrar muchos ejemplos de cuando una disposición jurídica en particular no es aplicable a un caso concreto y sin embargo pertenece a un sistema jurídico; en dicho caso se entiende que la disposición jurídica es muy compleja como para tener una aplicación uniforme. Así por ejemplo cuando un juez ordena a una persona no salir de determinada circunscripción no implica la derogación del derecho de tránsito, sino la aplicación de una excepción al mismo. La aseveración de que una disposición jurídica  $x$  que pertenece a un sistema  $S$ , y

---

<sup>253</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 205, p. 33.

<sup>254</sup> Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 248, p. 286

<sup>255</sup> Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 249, pp. 267 y ss.

que sin embargo se aplica solamente en ciertos casos no genera mayores problemas.

Por otro lado, generalmente se supone que los jueces al resolver un caso aplican disposiciones jurídicas pertenecientes a distintos sistemas jurídicos; es decir, algunas disposiciones legales ya derogadas o bien de otros países.<sup>256</sup> Esta

---

<sup>256</sup> Así por ejemplo el artículo 14 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos establece en su fracción I que en la aplicación del derecho extranjero se “aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho”. De manera similar la fracción 1 del artículo 13 del citado ordenamiento señala que “las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas”. Al respecto se ha establecido la siguiente tesis: DERECHO EXTRANJERO. LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO QUE SURTIRÁ EFECTOS EN MÉXICO, DEBE ANALIZARSE CONFORME A LA LEY DEL LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL ACTO. Al establecer el artículo 13, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal que las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho deberán ser reconocidas, si determinan como presupuesto esencial para ser reconocidas y consecuentemente para que surtan sus efectos en esta ciudad o el país cuando así se establezca en el acto jurídico respectivo, conforme a lo previsto por la fracción V de dicho ordenamiento legal, que el acto jurídico sea válido conforme a las leyes del lugar en que se emitió, lo que implica la aplicación del derecho extranjero para analizar precisamente si fue válidamente creado, lo que es acorde con el principio jurídico de que el lugar rige el acto. Ello, porque la referida fracción V establece en forma expresa la salvedad de lo prevenido en las demás fracciones del precepto en cita, dentro de la que se encuentra la condición que contempla la fracción I del referido artículo, consistente en que el acto de que se trate se haya celebrado válidamente en el estado extranjero, conforme a su derecho, puesto que esas dos fracciones, I y V, no deben interpretarse de forma aislada sino de manera conjunta y armónica, porque las disposiciones legales o se complementan o se excluyen. La fracción I del artículo 13 del Código Civil Federal establece la regla de aplicación de la ley del lugar en que surta efectos el acto celebrado en el extranjero, pero también previene que el acto deba ser válido conforme a la ley del lugar en que se celebró, y esto es acorde con el principio de orden público que debe ser observado por el órgano jurisdiccional, tanto respecto de su derecho interno como del derecho extranjero. Por tanto, ante una controversia, el órgano jurisdiccional en que se cuestiona precisamente la validez del acto, tiene que hacer tal verificación no conforme a su derecho nacional exclusivamente, sino que debe atender a las leyes del lugar de la celebración del acto. En este supuesto cobra plena aplicación el principio de que el acto se rige por la ley del lugar en que se celebró, y se trata de un

aseveración sin duda descansa en la distinción entre pertenencia y aplicabilidad y en la presunción de que el juez no determina qué disposiciones jurídicas pertenecen a un sistema legal, sino a qué disposiciones se aplican, aunque no pertenezcan a dicho sistema. Así Bulygin sostiene sin empacho que “la constitucionalidad de una ley no depende de que lo diga el Tribunal Constitucional. Si el Tribunal dice (erróneamente) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema. Una norma pertenece a un sistema o es válida en él, si, y sólo si, ha sido creada por la autoridad competente y no cuando alguien diga que ha sido creada por la autoridad competente”.<sup>257</sup> Esta aseveración de Bulygin parece contradecir el caso donde los precedentes son vinculativos; en Estados Unidos por ejemplo, es más fácil enmendar la Constitución que tirar un precedente de la Suprema Corte.<sup>258</sup>

---

caso de excepción a la regla general de que una sola relación jurídica no puede regirse al mismo tiempo por dos sistemas jurídicos diversos, porque por una parte debe atenderse a la ley del lugar en que va a surtir sus efectos y, desde luego, por una cuestión de orden lógico esencial, primero debe determinarse si es válido, para posteriormente analizar sus efectos. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 10523/2000. Víctor Vasarhelyi, alias Vasarely, hoy sus herederos Andre, Vasarhelyi y Jean Pierre Vasarhelyi, alias Yvaral. 12 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José, Álvaro Vargas Ornelas. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Octubre de 2001, Tesis: I.3o.C.262, Página: 1113.

<sup>257</sup> Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 249, pp. 267 y ss.

<sup>258</sup> *Chisholm v. State of Georgia* (2 Dallas, 419) 1793, y posterior enmienda XI a la Constitución de 1798. En efecto, *stare decisis* y prestigio de los jueces han hecho que el efecto de la *Judicial Review* (que sólo declara una regla de derecho aplicable o no a un caso concreto), sea trascendente a la política práctica y a las relaciones entre los órganos gubernamentales. Por ello se ha dicho que "lo que cuenta (en este efecto de política práctica) es la espera general de que la doctrina anunciada por la Corte será seguida por los órganos de gobierno en otras situaciones similares. Este *Symbol-making* contiene la profunda realidad política de la *Judicial Review*, por ello, parte de la historia de la *Judicial Review* es el comportamiento de los otros órganos de gobierno, más que de la Corte" (*cf.* Willard Hurst, "Review and the distribution of National Powers", en *Supreme Court and Supreme Law*, compilado por Edmond Cahn, Indiana University Press, 1954, p.143).

Efectivamente un tribunal puede equivocarse, y generalmente en un litigio al menos una de las partes así lo piensa, pero si la determinación es final y autoritativa cuesta trabajo pensar que una disposición aplicable no pueda ser considerada como parte del sistema jurídico que la aplica. Parece que en la teoría tradicional romana se piensa en un sistema legal con vida independiente de lo que hagan los jueces, como en un mundo platónico alejado del mundo real. Tradicionalmente la teoría normativa sostiene que las disposiciones jurídicas son creadas por los órganos legislativos y los jueces simplemente las encuentran; es decir, las disposiciones legales existen con independencia de las actitudes interpretativas y la práctica judicial. Las disposiciones jurídicas preceden su interpretación, existencia precede la actividad interpretativa.<sup>259</sup> Esta posición debe ser cuestionada, sin embargo, para no caer en el extremo del realismo jurídico resulta necesario distinguir entre decisiones autoritativas y decisiones infalibles, que para efectos es una distinción similar a la que se hace entre dos disposiciones jurídicas con contenido contradictorio emitidas por el legislador, ambas pertenecientes al sistema jurídico, pero donde quizá una contradice además al mismo sistema legal. Al final es una decisión entre aceptar solamente criterio genético o además el criterio de incorporación para la membresía de las disposiciones jurídicas al sistema legal. Kelsen aceptaba ambas, “la regla que obliga a los tribunales de un Estado a aplicar, en determinados casos, normas de un derecho extranjero, produce el efecto de incorporar esas normas al derecho nacional”.<sup>260</sup>

Si estamos de acuerdo en que el derecho es normativo, es decir, busca que la conducta de los hombres se acople a una idealidad establecida por las disposiciones jurídicas que aplica, me resulta extraño que un sistema legal sancione una disposición jurídica x, exija al ser humano se comporte como lo

---

<sup>259</sup> Guastini, Ricardo, “Normativism or the normative theory of legal science”, en *Normativity and norms. Critical perspectives on kelsenian themes*, ed. Paulson, Stanley, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 318.

<sup>260</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, pp. 289-290.

prevé la misma, y sin embargo no pueda reconocerla como parte de su normatividad, como parte de sí mismo.

El derecho conflictual, el llamado derecho internacional privado, ha tenido siempre clara la aplicación de normas en un sistema legal S pertenecientes a otros sistemas jurídicos. De esta forma, Niboyet explicaba que “*los conflictos de leyes nacen de las diferencias entre las legislaciones... [y agregaba que]... si se empieza por afirmar que jamás se aplicará en un país una ley extranjera, ningún conflicto de leyes puede surgir... [concluyendo más adelante que]... ninguna relación de derecho privado podría existir en la sociedad si los derechos adquiridos en un país no fuesen respetados en los demás*”.<sup>261</sup> Con una idea similar en mente se ha sostenido que la órbita del derecho conflictual es la del tráfico jurídico externo que rechaza interpretaciones que solamente incluyan nociones coincidentes con el tráfico jurídico interno.<sup>262</sup>

Si bien es importante distinguir teóricamente entre membresía y aplicación de una disposición jurídica en un sistema legal S, no debe descuidarse la relación que existe entre ambas. Así, para que una norma y, ajena al sistema legal S sea aplicable en el mismo, se requiere de una norma x perteneciente a dicho sistema legal S que establezca la forma en como la norma y debe ser aplicada.<sup>263</sup> Nuestro estudio de la relación entre membresía y aplicación retoma dicha aseveración, pero va más lejos. Contrario a lo que sostiene la mayoría de la doctrina, sostenemos que la membresía de una disposición legal y en un sistema legal S es una condición necesaria para la aplicación de dicha disposición jurídica en el sistema legal S, no al revés. La aplicación implica membresía, pero membresía no implica aplicación.

Hart señalaba que “cuando tenemos disposiciones legales que implícita o explícitamente hacen referencia a otras disposiciones legales, existencia o validez,

---

<sup>261</sup> Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, pp. 5, 6 y 261.

<sup>262</sup> Pérez Vera, Elisa; Guzmán Zapater, Mónica, “Las obligaciones contractuales” en *Derecho internacional privado vol.II, Derecho civil internacional*, Coord., Pérez Vera, Elisa, 3ª ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991, p. 270.

<sup>263</sup> Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 248, p. 285.

no podemos determinar solamente de estas relaciones si pertenecen al mismo o a diferentes sistemas legales. Esto depende de los hechos concernientes a la creación y reconocimiento de disposiciones jurídicas. La Teoría Pura del Derecho es muy pura como para atender tales hechos”,<sup>264</sup> y más adelante agrega que “el reconocimiento hecho por las agencias identificadoras y procuradoras de derecho, efectivas en un territorio dado, es de crucial importancia para determinar el sistema al cual las normas pertenecen”.<sup>265</sup> Estas citas nos llevan a las siguientes dos reflexiones: a) por un lado, el que una disposición legal pertenezca a un sistema jurídico o a otro se debe resolver no solamente con base en herramientas jurídicas, y b) cuando el sistema legal y otras herramientas no legales determinan si una disposición jurídica pertenece a dicho sistema legal o no, esa determinación no significa unicidad de solución. Existe posibilidad de cambio.

El lenguaje utilizado por Raz es interesante, disposiciones jurídicas “extrañas” al sistema legal que son “adoptadas” (aplicar = adoptar para Raz) sin llegar a ser parte del mismo. Esto me recuerda al señor que adoptó un niño que en realidad nunca fue querido como su hijo por no ser de su sangre. Este razonamiento es producto de prejuicios sociales, en este caso del prejuicio soberano.

Los criterios de identificación que siguen los órganos del sistema legal para aplicar o no una disposición jurídica resultan relevantes en la discusión de la membresía de las disposiciones legales a un sistema legal S. Desde nuestro punto de vista la identificación de una disposición legal al aplicarla implica membresía de la misma al sistema legal. Si un órgano del sistema jurídico autorizado para dirimir controversias, al realizar su función identifica autoritativamente las disposiciones del sistema legal que resultan aplicables al caso concreto, resulta difícil desde nuestro punto de vista sostener que la disposición que se aplica no forme parte del sistema legal, no cumpla la función normativa que se pretende tiene el derecho. De esta forma Ross<sup>266</sup> sostiene que para identificar una disposición jurídica

---

<sup>264</sup> Hart, H.L.A., “Kelsen’s doctrine of the unity of law”, (1968), en *Normativity and norms. Critical perspectives on kelsenian themes*, ed. Paulson, Stanley, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 557.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 576.

<sup>266</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 205, p. 33.



debemos ver a la institución que la aplica al resolver una controversia; no obstante dicha aseveración aunque cierta es parcial.

Sostener que la identificación de una disposición como miembro de un sistema legal sólo la realiza el órgano del sistema que resuelve controversias, se basa en dos supuestos muy estrictos: a) una presunción, establecida desde Santo Tomas,<sup>267</sup> de que el derecho no se aplica a los justos porque su voluntad está en armonía con la ley, y b) la idea de que toda provisión, para ser calificada de legal, debe estar acompañada de una *actio*<sup>268</sup> de forma que en caso de una violación, un órgano del sistema legal pueda conceder un remedio en una controversia. En otro trabajo hemos analizado y concluido que una norma que tiene completa obediencia puede ser considerada parte del sistema legal y de que no toda disposición jurídica va acompañada de una *actio*.<sup>269</sup>

#### 1.4.3.2 *La propuesta de Raz*

Raz sostiene que una disposición legal *x* es identificada como parte de un sistema legal *S* cuando un órgano público ejecuta un deber o ejerce un poder regulativo.<sup>270</sup> La propuesta de identificación de Raz es más amplia que la de Ross, ya que incluye casos sin controversia y permite que la identificación la realicen otros órganos del sistema legal distintos a los judiciales. Sin embargo, la propuesta Raziana resulta todavía insuficiente porque exige que el órgano que identifique la disposición jurídica sea público.

Un contraejemplo resulta esclarecedor. En el caso de un tribunal arbitral, institución que rara vez se considera pública, pocos abogados ponen en duda que

---

<sup>267</sup> De Aquino, Tomás, *Suma de Teología*, Parte II, cuestión 5, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1947.

<sup>268</sup> Facultad que otorga el orden jurídico a alguien para reclamar mediante el ejercicio de una acción ante los tribunales estatuidos la responsabilidad surgida por el incumplimiento del deber jurídico. Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 12ª ed. Barcelona, Ariel, 1999, p. 248.

<sup>269</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p.181.

<sup>270</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, p. 107.

al decidir un caso el tribunal arbitral identifique de manera autoritativa la disposición legal aplicable.

#### 1.4.3.3 *Nuestra propuesta*

¿Quién entonces identifica las disposiciones jurídicas de un sistema legal? Nuestra respuesta es que identifican las disposiciones jurídicas  $x$ 's de un sistema legal  $S$  aquellos órganos, públicos o privados, del sistema legal  $S$  que necesitan aplicarlas al realizar las funciones encomendadas por dicho sistema legal. Esto ha quedado suficientemente explicado en otro trabajo.<sup>271</sup> Baste simplemente retomar la siguiente conclusión.

Dentro de la lógica del Estado nacional Bobbio señala que “la complejidad de un ordenamiento jurídico proviene de que la necesidad que tiene cualquier sociedad de regular las conductas es tan grande, que no hay ningún poder (u órgano) capaz de satisfacerlas por sí mismo. Para dar solución a esta exigencia el poder supremo recurre generalmente a dos medios: 1. La recepción de normas ya formuladas, producto de ordenamientos diversos y precedentes; 2. la delegación del poder de producir normas jurídicas en poderes u órganos inferiores”.<sup>272</sup>

La observación de Nino de poner en claro la relación entre normas  $v(x$ 's) y  $x$ 's, es de importancia suprema. Una disposición jurídica y no solamente cobra vida, pasa a formar parte de un sistema legal, porque una disposición  $x$  le permita a un órgano *emitirla*, también puede cobrar vida cuando la disposición  $x$  permite al órgano *aplicarla*.

Es necesario distinguir entre disposiciones jurídicas dependientes e independientes. Una disposición jurídica y perteneciente a un sistema legal  $S$  es independiente si su *membresía* no está basada en el hecho de que otra disposición jurídica  $x$  autoriza a un órgano a *emitirla*.<sup>273</sup> Para nosotros un sistema legal es abierto si incluye disposiciones jurídicas independientes en este sentido.

---

<sup>271</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 183 y ss.

<sup>272</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 231, p. 154.

<sup>273</sup> Esta definición es una modificación de la diversa propuesta por Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *op. cit.*, nota 248, p. 277.

La *grundnorm* kelseniana es una disposición jurídica independiente en el sentido que acabamos de mencionar, su membresía al sistema jurídico no deriva de que exista una disposición jurídica que faculte a un órgano de dicho sistema jurídico a emitirla. En este caso, la propiedad de la *grundnorm* de ser '*generalmente eficaz*' es la que define el criterio de pertenencia de dicha *grundnorm* al sistema legal, por otro lado, dado que la norma fundamental es una disposición jurídica que otorga competencia, si una disposición legal *x* ha sido promulgada conforme a la misma, entonces dicha disposición *x* es válida, pero decir que la *grundnorm* es generalmente eficaz y que *x* ha sido emitida conforme a la *grundnorm*, son proposiciones materialmente equivalentes.<sup>274</sup>

La concepción de Hart y Raz del sistema jurídico y de los criterios de pertenencia de las normas legales al mismo, coinciden en un punto, se alejan de la teoría de las fuentes del derecho. En vez de remitir la identidad del sistema a los actos de promulgación, proponen tomar en cuenta los actos de aplicación.

Hart afirma que en todo sistema jurídico existe una disposición jurídica cuya función es ayudar a identificar las disposiciones jurídicas del conjunto. La regla de reconocimiento es la que suministra los criterios de pertenencia,<sup>275</sup> su función es especificar "alguna característica o características, cuya posesión por una norma determinada, es asumida como indicación afirmativa y concluyente de que se trata de una norma del grupo".<sup>276</sup> Por su parte Raz justifica focalizar la aplicación de las normas y no la promulgación de las mismas en lo que él denomina la naturaleza institucional del derecho específicamente en cuanto al proceso de aplicación.<sup>277</sup>

Lo curioso es que ni Hart ni Raz llevan sus propuestas hasta sus últimas consecuencias. La regla de reconocimiento de Hart significa la afirmación de que en el sistema legal *S* existe un grupo de criterios de identificación, pero no señala cuáles son esos criterios. Raz por su parte parece caer en contradicción al señalar

---

<sup>274</sup> Caracciolo, Ricardo, *op. cit.*, nota 230, pp. 41-43.

<sup>275</sup> La regla de reconocimiento de Hart puede ser asimilada a la *grundnorm* si además de criterios de identificación implica la obligación de aceptar las normas identificadas. Este punto está más allá de la intención de este escrito.

<sup>276</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 203, p. 92.

<sup>277</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, 1979.

que “un sistema jurídico momentáneo *contiene* todas, y solamente todas, las normas *reconocidas* por un órgano jurídico primario de aplicación”,<sup>278</sup> y poco tiempo después sostener la distinción entre pertenencia de una norma jurídica a un sistema legal y su aplicación por dicho sistema.<sup>279</sup>

Una disposición jurídica que se aplica, aunque no haya sido previamente emitida por órgano alguno del sistema legal donde se aplica, pasa a existir para dicho sistema jurídico por motivo de la *introducción* que de la misma hace a dicho sistema jurídico un órgano autorizado por el mismo para ello. En este sentido la norma  $x$  es:  $x =$  El órgano  $A$  está autorizado a *aplicar* (criterio de introducción) la disposición jurídica  $y$ .

Cabe señalar que la inclusión en un sistema legal  $S$  de una disposición jurídica  $y$  (extraña) tiene un fuerte fundamento en el sistema  $S$ , y en cierto sentido una norma creadora dentro del sistema jurídico que la acoge, implica, como lo hizo ver Nino, la norma  $x$  y la norma  $v(x)$ , donde  $x =$  El órgano  $A$  está autorizado a *aplicar* (criterio de introducción) la disposición jurídica  $y$ . El poder regulativo otorgado al órgano  $A$  por la disposición legal  $x$ , es parasitario de la disposición  $y$ , el poder  $x$ , solamente se puede decir reconocido si a su vez se reconoce la norma  $y$  afectada por el mismo.<sup>280</sup>

Es curioso observar que tanto el reconocimiento de un matrimonio extranjero por un órgano del sistema legal  $S$  como la declaración formal de matrimonio por un órgano del mismo sistema legal, presentan una relación con otra disposición legal del sistema  $S$ . En el primer caso con aquella que faculta al tribunal a incorporar (adoptar en lenguaje de Raz) la disposición extranjera, en el segundo caso con la que faculta al oficial del registro civil a declarar perfeccionado un matrimonio. En ambos con el juicio que señala que lo que determine y decide cada uno de esos órganos es derecho, obligatorio.

---

<sup>278</sup> Énfasis nuestro, *cfr.* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 192.

<sup>279</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 145, pp. 119-120.

<sup>280</sup> Raz, Joseph, “Voluntary obligations and normative powers”, en *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian themes*, ed. Paulson, Stanley, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 457.

Raz sostiene que una disposición jurídica puede surgir sin necesidad de una norma generadora que autorice su nacimiento.<sup>281</sup> Hemos visto que con la aportación de Nino la aseveración de Raz debe ser completada a que no hace falta una norma generadora que autorice su nacimiento pero si su aplicación.

### **1.5 LA INSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO (EL MOVIMIENTO CONSTITUCIONAL)**

Una característica importante de todo sistema legal es su institucionalidad. Decimos que existe institucionalidad legal cuando la comunidad regulada por el derecho es efectivamente regulada por el mismo, es decir, ha sufrido la revolución en el mundo de las representaciones morales de la que hablaba Habermas.<sup>282</sup> Cuando se presenta Eunomia (la hija de Zeus y Themis) o el buen orden social.<sup>283</sup>

Al interior de los sistemas jurídicos nacionales la institucionalidad se identifica con el movimiento constitucional.<sup>284</sup> Si existe institucionalidad legal el sistema jurídico aparece como una maquinaria ajena y sobrepuesta a los individuos. Bajo institucionalidad legal la autoridad que apoya los directivos legales no deriva de las cualidades del policía que ordena en cuanto hombre, sino de su cargo, del hecho de ser un órgano del sistema legal.<sup>285</sup> “No es la existencia de una fuerza policial la

---

<sup>281</sup> Raz divide el problema en dos partes: por un lado, el nacimiento de disposiciones jurídicas que pertenecen a un sistema legal; por otro lado, el surgimiento de disposiciones jurídicas que no son parte de algún sistema legal. Según el autor citado el surgimiento de normas aisladas no presupone la existencia de ninguna norma generadora, las normas aisladas son normas originales. El problema del surgimiento de normas aisladas es para Raz una combinación de: a) el problema de la existencia de un sistema jurídico y b) el problema de la pertenencia de una disposición jurídica a tal sistema jurídico. *cfr* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, pp. 67-68.

<sup>282</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 17, 1988, p. 26.

<sup>283</sup> Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XXVII.

<sup>284</sup> Ver réplica de Lord Coke al Rey James I, COKE, Edward, vol.12, Reports, pp. 64,65, citado en *The Dictionary of National Biography*, *op. cit.*, nota 169.

<sup>285</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, pp. 54, 55.

que hace a un sistema legal fuerte y respetado, sino la fuerza de la ley la que hace posible que la policía esté efectivamente organizada”.<sup>286</sup>

La característica de institucionalidad legal lamentablemente sigue siendo analizada por la mayoría de los teóricos bajo el dogma soberano, bajo el binomio monarca vs. súbdito, derecho público vs. derecho privado. El dogma soberano oscurece la discusión y nubla el análisis, desvía el estudio a cuáles son los órganos gubernamentales que aplican las disposiciones legales. Para Raz, por ejemplo, el sistema jurídico es institucional ya que la aplicación de las disposiciones jurídicas y su modificación es llevada a cabo por instituciones, mismas que tienen el carácter de públicas y permanentes.<sup>287</sup>

Ross por su parte señala que las instituciones son aquellos órganos del sistema legal con poder para crear y aplicar el derecho, contraponiendo dichas funciones a los ciudadanos comunes. Para Ross las instituciones aparecen frente al individuo como autoridades públicas que forman una maquinaria legal independiente de su voluntad y de sus deseos, y por esta razón se considera a la ley como una institución social, adscrita a la sociedad y no al individuo.<sup>288</sup>

Con esta idea Ross define al sistema jurídico nacional como el cuerpo de reglas integrado que determina las condiciones bajo las cuales la fuerza física puede ser ejercida en contra de una persona; el sistema legal nacional establece una maquinaria de autoridades públicas, cortes y órganos ejecutores, cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos; es decir: un sistema legal nacional se integra por aquellas reglas para el establecimiento y funcionamiento de la maquinaria estatal de la fuerza.<sup>289</sup>

Tanto para Raz como para Ross, la definición de institución se basa en los binomios público vs. privado, monarca vs. súbdito, individuo vs. sociedad. Enmarcada bajo la premisa soberana, la discusión sobre la institucionalidad del

---

<sup>286</sup> J.L. Briery, *The Law of Nations. An introduction to the international law of peace*, by Waldock, 6<sup>th</sup> ed, Oxford, Clarendon Press, 1963 pp. 72.

<sup>287</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 3.

<sup>288</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, p. 56.

<sup>289</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 205, p. 34.

derecho se pierde; así Raz define la aplicación del derecho como cada acto de un oficial público mediante el cual cumple con un deber o ejerce un poder regulativo. Sin embargo Raz mismo concede que dicha definición es circular, pues los actos de los agentes privados, cuando cumplen deberes o ejercen poderes regulativos, difieren de los públicos solamente en que los últimos son ejecutados por agentes públicos, pero no en cuanto a la sustancia de los actos mismos.<sup>290</sup> Se cae en la perogrullada de que un acto público es aquel ejecutado por un ente público.

El problema de la institucionalidad del derecho está en querer adscribir la institucionalidad a ciertos órganos del sistema jurídico y no al sistema jurídico como un todo. Así el derecho inglés es institucional no porque tenga rey y parlamento, sino porque el mismo sistema legal inglés tiene la característica de institucional.

En efecto, en el caso del uso de la fuerza el sistema legal organiza dicho uso y autoriza el empleo de la misma únicamente en ciertas circunstancias y confiere tal poder a ciertos individuos. Es un error ver a dicho individuo como una institución que se sobrepone a la sociedad, (pensemos en el policía) es mejor concebir al individuo autorizado que aplica la medida coactiva como un simple agente ejecutor del sistema jurídico institucionalizado.<sup>291</sup>

La discusión de la institucionalidad del derecho no debe buscarse en quiénes son los órganos del sistema jurídico. La idea de órgano del sistema jurídico es simplemente una función que se ejerce por un ser humano en una circunstancia determinada, pero que no tiene existencia mágica después de que dicha función ha sido ejercida. Así por ejemplo, el titular de la presidencia de un país, no todo el tiempo está ejerciendo las funciones que constitucionalmente tiene conferidas, sino que realiza otro tipo de actividades no relevantes para cumplir sus “altas

---

<sup>290</sup> Respecto a la distinción entre lo público y lo privado del derecho la doctora Arcelia Quintana ha señalado que todas las normas de un sistema jurídico estatal, incluso aquellas que se consideran de Derecho Privado, deben considerarse de *ius publicum*; al ser ubicadas en dicho sistema legal. Cosa distinta es aceptar sobre la conveniencia práctica de la distinción. *cf.* Quintana Adriano, Elvia Arcelia, Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones. México, Porrúa, 2ª ed., 2004, p. 20.

<sup>291</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 25.

funciones soberanas”, entre estas nimiedades encontramos por ejemplo el comprar una cerveza en un bar o manejar un automóvil. En aquellas actividades que el titular del poder ejecutivo no actúa como órgano del sistema legal, por ejemplo si decide pagar o no la cerveza en el bar, o no respetar las señales de tránsito, el individuo permanece en una posición de subordinación respecto del sistema legal como cualquier otro “súbdito”. En efecto, la relación de infra y supra ordenación se da no respecto de individuos y órganos del sistema legal, sino respecto de la sociedad al sistema legal correspondiente.

Este punto es toral. No es el gobernante el que se encuentra en relación de superioridad respecto de los gobernados, no son los gobernantes los que dan la característica de institucionalidad al derecho, sino el hecho de que el sistema legal se ubique por encima de todos los individuos a los que está dirigido a regular su conducta, incluyendo el gobernante.

Bajo la revolución de las representaciones morales de Habermas, las prescripciones legales de un sistema jurídico no pueden verse emanando de una persona en su capacidad individual (el rey, el monarca); las disposiciones legales no tienen la intención de servir a los intereses de un grupo de personas en particular, las prescripciones legales son mas bien un vehículo mediante el cual los intereses particulares confluyen entre sí y crean el interés general de los diversos participantes.<sup>292</sup> El que el sistema legal se desprenda de los intereses particulares y se sobreponga como interés general lo hace institucional.

---

<sup>292</sup> Allott, Philip, “Reconstituting humanity—new international law” en *European journal of international law*, vol. 3, No. 2, 1992.



## CAPÍTULO II

### TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

#### 2.1 PROBLEMÁTICA

Términos como contrato, acuerdo, entendimiento, convenio, tratado, pacto, refieren situaciones semejantes. Sin desconocer que cada denominación existe por necesidades particulares, nuestro propósito es encontrar puntos comunes de forma que podamos tener un marco general de discusión sobre lo que significa un acuerdo entre dos órganos de un sistema legal. El problema a cuya solución pretendemos contribuir “es que no existe una teoría general del contrato universalmente admitida, ni por consiguiente una noción común de contrato”.<sup>293</sup>

Sin lugar a dudas el único camino que podemos recorrer es el de la generalización, bajo el riesgo de abstraer tanto que las conclusiones sean inservibles. En materia de acuerdos entre dos órganos de un sistema legal tenemos infinidad de particularidades en los múltiples sistemas legales que existen y los variados órganos legales que contratan. Se pretende contar con una herramienta que permita analizar tanto al contrato de arrendamiento entre dos privados, al *joint venture* entre dos empresas transnacionales, al contrato administrativo entre un gobierno y su súbdito así como al tratado celebrado entre dos Estados.

El propósito de este capítulo es a la vez general y descriptivo. General porque busca desvincularse de sistema jurídico alguno en lo particular, y subrayar los elementos comunes a todo contrato, convenio, tratado, entendimiento que tenga lugar con independencia de la individualidad del sistema jurídico donde surja. Descriptivo porque reconoce la historicidad y hace explícitos los supuestos liberales de la teoría del contrato,<sup>294</sup> “la figura más básica del derecho privado

---

<sup>293</sup> Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, nota 117, p. 17.

<sup>294</sup> La figura contractual revolucionó el concepto de sociedad, dando muerte a la Edad Media y nacimiento a la Edad Moderna, “El cimiento jurídico de la sociedad cambió del status al contrato” Laski, Harold, *El Liberalismo Europeo (1936)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 11.

burgués”,<sup>295</sup> sin justificarlos sino simplemente exponiendo los rasgos generales del mismo.

## 2.2 TERMINOLOGÍA

El derecho romano distinguía el *pactum* (convención destituida de sanción civil) del *contractus*, (término reservado para designar convenciones unidas a una sanción). Ambos términos eran especie del género *conventionis*.<sup>296</sup> La distinción entre pacto y contrato se conservó en el derecho español al menos hasta 1726, pues el diccionario de autoridades define al contrato como la “convención última, perfecta y recíproca entre dos o más partes, observada la solemnidad prevenida por derecho para su forma y sustancia. Viene del latín *contracto*; pero el uso común ha suprimido la ‘c’ para suavizar la pronunciación”.<sup>297</sup>

Esta distinción entre convenciones garantizadas o no, por una sanción (impuesta por un tribunal activado mediante una *actio*), ha sido criticada por quienes sostienen que el derecho se define por la sanción coactiva. Tal discusión no es materia de este tema, por ahora baste decir que ciertos sistemas, sin duda calificados de jurídicos, han reconocido la existencia de convenciones sin garantía de *actio*.<sup>298</sup>

El término “contrato” lo encontramos a través de los diversos sistemas jurídicos para referir al acuerdo de voluntades entre dos órganos del sistema legal, normalmente súbditos del Estado, que realizan transacciones. Un fenómeno

---

<sup>295</sup> Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 29.

<sup>296</sup> Sohm, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano (Historia y sistema)*, (trad. Wenceslao Roces), México, Editora Nacional, 1975, p. 216; Petit, E, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 268.

<sup>297</sup> *Diccionario de autoridades*, Real Academia Española, t. I, Madrid, Editorial Gredos, Edición facsímil, 1990, p. 569

<sup>298</sup> Nosotros comulgamos con la idea de que el derecho es un sistema de normas en que aplica el principio de la retribución y en este sentido es un sistema normativo basado en sanciones. La moral también es un sistema basado en sanciones, esto es, la aprobación o desaprobación de los otros miembros del sistema por la conducta llevada a cabo. Sin embargo, ello no implica que toda disposición jurídica se sustente en sanciones. García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 110 y ss.

similar, llamado “tratado”, tiene lugar en el ámbito del derecho internacional. En el derecho internacional general o consuetudinario, contrapuesto al derecho internacional particular o de tratados, la designación de tratado se aplica independientemente de la denominación que en particular le hayan dado al celebrarlo las “personas internacionales”<sup>299</sup> (Estados u organismos internacionales).<sup>300</sup> A los acuerdos en materia de inversión extranjera suscritos entre un Estado huésped (la mayor de las veces por medio de una empresa estatal) y una persona privada extranjera (comúnmente sociedades con personalidad jurídica propia según la ley que rija su nacionalidad) se le ha llamado “contrato internacional”,<sup>301</sup> *state contract*, y por nosotros contrato de estado

---

<sup>299</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, art. 2, que incorpora el derecho internacional consuetudinario en la materia.

<sup>300</sup> *Reparation Case*, International Court of Justice Reports, 1949, p. 174.

<sup>301</sup> El “tratado” siempre ha sido referido como el “contrato internacional”, el acuerdo de voluntades entre dos “personas” del derecho internacional, es decir, entre dos Estados. Willing, T, “Is Hudson bay a closed or an open sea?” *American Journal of International Law* (en adelante AJIL), April 1912, vol. 6, Issue 2, p. 454; Potter, P, “The doctrine of servitudes in international law”, *AJIL*, July 1915, vol. 9, Issue 3, p. 635; Fenwick, C., “War as an instrument of national policy”, *AJIL*, October 1928, vol. 22, Issue 4, p. 826; Nicolson, H, “Modern diplomacy and british public opinion”, *International Affairs*, Royal Institute of International Affairs, 1931-1939, Septiembre-Octubre. 1935, vol 14, N. 5, p. 613; Kelsen, H, “The preamble of the charter. A critical analysis”, *The Journal of Politics*, May 1946, vol. 8, No. 2, p. 148; Wehberg, Hans, “Pacta sunt servanda” *AJIL*, October 1959, vol. 53, Issue 4, p. 781.

Alrededor de 1930 el término “contrato internacional” comenzó a utilizarse en el sentido que aquí se presenta. Después de la Segunda Guerra Mundial la acepción se ha tornado general, lo anterior no sin serias críticas y reticencias en virtud de la discusión sobre el “status internacional” del agente privado extranjero. *cfr.* Conference for the Codification of International Law: The Hague, 1930, “Responsibility of States for Damages caused in their territory to the person or property of foreigners”, League of Nations Document C. 75. M. 1929. V. *AJIL*, January 1930, vol. 24, Issue 1, p. 50; Dernburg, H. “Some Basic Aspects of the German Debt Settlement”, *The Journal of Finance*, September 1953, vol. 8, No. 3, pp. 303; Carlston, Kenneth, “Concession agreements and nationalization”, *AJIL*, April 1958, vol. 52, Issue 2, p. 269; Delaume, Georges, “The proper law of loans concluded by international persons: A Restatement and a forecast”, *AJIL*, January 1962, vol. 56, Issue 1, p. 70; Friedman, Wolfgang, “The uses of ‘general principles’ in the development of

internacional. A los celebrados entre privados de diferente nacionalidad que parecen no estar regidos por ningún sistema jurídico particular, se les ha llamado también contratos internacionales<sup>302</sup>, otros prefieren denominarlos contratos transnacionales o supranacionales,<sup>303</sup> UNIDROIT, reconociendo la problemática ha preferido llamarles “contratos comerciales internacionales”.<sup>304</sup> Nosotros en el afán generalizador utilizaremos como término común a todo lo anterior la palabra “convención” o “convenio”.

### **2.3 PROCEDIMIENTO JURÍDICO CONVENCIONAL VS. NORMA JURÍDICA CONVENCIONAL**

Comencemos con un punto básico. La convención es un fenómeno jurídico. En otro trabajo<sup>305</sup> hemos señalado que Kant fue el primero (1797) en distinguir la posesión sensible, empírica, física de un objeto de la posesión inteligible, racional, jurídica, del mismo; dicha distinción dio lugar a la moderna teoría de la propiedad, la cual postula que ésta no es una situación de hecho sino de derecho.<sup>306</sup> Hemos señalado que los elementos de un sistema jurídico, como lo es una convención, no son entidades objetivamente dadas, sino construcciones del intelecto humano, mismo que produce conceptos y otras estructuras con significado, apoyado en el lenguaje que soporta el razonamiento y el discurso.<sup>307</sup> Es importante señalar que

---

international law”, *AJIL*, April 1963, vol. 57, Issue 2, p. 280, Lalive, Jean-Flavien, *op. cit.*, nota 182, p. 30 y muchos otros a partir de entonces.

<sup>302</sup> Lipp, R, “Transnational business law in the twenty-first century: The crisis in international trade”, vol. 15 *Transnational Law* No. 31, 2002.

<sup>303</sup> Bonell, Michael, “The UNIDROIT principles and transnational law”, <http://www.unidroit.org.english/publications/review/artoicles/2000-2.html>, 2000.

<sup>304</sup> *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Commented*, UNIDROIT, <http://www.unidroit.org.>, 1994.

<sup>305</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 12 y ss.

<sup>306</sup> Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, (1797), México, UNAM, 1978, pp. 51 y ss.

<sup>307</sup> Weinberger, Ota, “The Expressive conception of norms: An impasse for the logic of norms”, en *Normativity and Norms. Critical perspectives on kelsenian themes*, Ed. Paulson, Stanley, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 415.

esta visión de las disposiciones jurídicas sigue la tradición kantiana de distinción entre fenómenos y noumenos, ambos concebidos como objetos del intelecto humano en cuanto pensados y no como la contraposición entre el mundo de las cosas y de las ideas.<sup>308</sup>

La convención es, por tanto, un fenómeno jurídico, no pertenece al mundo fáctico ni puede ser apreciable con los sentidos como una noción experimental; como una silla lo puede ser; sino que es un fenómeno legal en el sentido en que, por decir, el matrimonio lo es: un estatus legal atribuido a cierto estado de cosas por virtud de algunas reglas. El convenio es así un hecho noumérico, incapaz de ser entendido por la experiencia. Este ensayo busca analizar a la convención como fenómeno jurídico y hace caso omiso de otras facetas de dicho fenómeno, como puede ser la económica.<sup>309</sup>

Este punto de partida es fundamental para todo lo que sigue de la discusión y para las conclusiones mismas. Por ejemplo, mucho se ha discutido si una convención puede localizarse en un sistema jurídico nacional en particular. Si la

---

<sup>308</sup> Discutiendo si existen conocimientos más allá de toda experiencia, es decir *a priori*, Kant define al fenómeno (*Phaenomenon*) como el “concepto sensible de un objeto”. *cfr.* Kant, I, *Crítica de la razón pura*, México, Porrúa, 1982, p. 100.

El fenómeno kantiano (*concepto de un objeto*) debe distinguirse del *objeto* mismo; pues los fenómenos (*phaenomena*) son “los objetos sensibles en cuanto pensados” *Ibidem*, p. 147 y la realidad (*realitas phaenomenon*) “lo que en la intuición empírica corresponde a la sensación” *Ibidem*, p. 110.

Kant contrapone al *fenómeno*, los *noumenos* y sostiene que ciertos conceptos, como Dios o libertad, surgen del entendimiento no basado en la experiencia, sino de una “intuición,... no sensible (*como coram intuitu intellectuali*)” Estos conceptos son llamados “*Noumena (intelligibilia)*... los fenómenos no son más que representaciones... Pero en lo que se refiere a la causa por la cual, no siendo satisfactorio el sustrato de la sensibilidad, se han añadido además de los *fenómenos*, los *noumenos* que sólo el entendimiento puro puede pensar,... *noumeno*... significa tan sólo el pensamiento de algo en general, en el cual hago abstracción de toda forma de la intuición sensible...” *Ibidem*, pp. 147 y ss

<sup>309</sup> El binomio *fenómeno* vs. *noumeno* es fundamental para diferenciar problemas jurídicos de los no jurídicos. Así, a partir de la distinción entre “*fact*” y “*law*” James Crawford ha distinguido magistralmente al Estado como fenómeno político o social del Estado como fenómeno legal. *cfr.* Crawford, James, *The creation of States in international law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

localización hace referencia a la ubicación geográfica del sistema legal el error es craso, pues como noúmeno el contrato no puede ser ubicado geográficamente; sin embargo, si la localización se refiere a ubicarlo como una disposición legal parte de un sistema jurídico, sin hacer referencia a particularidades geográficas, dicha ubicación tiene sentido. Con ello en mente Batiffol ha sostenido que “el contrato es una abstracción que, como tal, no ocupa un lugar en el espacio”.<sup>310</sup>

Dicho lo anterior debemos señalar que el término convenio se utiliza en dos acepciones,<sup>311</sup> lo cual no es más que la señal, como la punta de un iceberg, de una complejidad intelectual subyacente:

- I) Por un lado el término convención hace referencia al “procedimiento” por medio del cual diversas voluntades concurren y generan un efecto en el mundo jurídico. Como vimos en el capítulo anterior, la convención puede ser vista como un procedimiento previsto por una PL-Law (una disposición que confiere un poder legislativo);
- II) Por otro lado, la palabra convención se utiliza en el sentido del “producto” derivado del procedimiento señalado en el párrafo que antecede, es decir, la norma<sup>312</sup> o la provisión convencional creada.<sup>313</sup> La disposición legal que nace del ejercicio de la PL-Law y con la cual la convención guarda una relación genética.<sup>314</sup>

---

<sup>310</sup> Batiffol, Henri, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Libraire du recueil Sirey, 1938, p. 36.

<sup>311</sup> Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, (trad. Eduardo García Manynez), México, UNAM, 1943, pp. 9-11.

<sup>312</sup> El sistema jurídico puede ser concebido como un conjunto de disposiciones jurídicas. Las disposiciones jurídicas se pueden dividir en dos tipos: Provisiones y No-provisiones. Las primeras se dividen a su vez en provisiones obligativas (prescripciones y prohibiciones) y provisiones no-obligativas (poderes y permisos). Las provisiones son normas porque buscan guiar el comportamiento humano. Las no-provisiones dan lógica y estructura al sistema legal. Véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 81 y ss.

<sup>313</sup> “Los contratos son, en un sentido, derecho privado creado por acuerdo de las partes” *cfr.* D. Reed Freeman, Jr., “What is a contract?”, [http://profs.lp.findlaw.com/contracts/contract\\_1.html](http://profs.lp.findlaw.com/contracts/contract_1.html), 1999.

<sup>314</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 130 y ss.

La distinción de disposiciones jurídicas regulativas y legislativas con las disposiciones jurídicas que nacen con motivo de la aplicación de las segundas, es de reciente aparición en la doctrina jurídica y nos aclara el uso del término convención tanto como procedimiento como norma.

El estudio del convenio implica por tanto el análisis del binomio procedimiento convencional vs. norma convencional. El estudio de la operación de la PL-law y de la norma creada con la aplicación de la misma. En la primera aproximación se estudia el proceso genético por medio del cual nace la norma convencional, los elementos que intervienen para su formación. En la segunda analizamos los efectos de las obligaciones creadas, sus ámbitos de vigencia,<sup>315</sup> así como su relación con el resto del sistema jurídico. Dos perspectivas para enfocar el estudio del convenio; ambas indispensables para una teoría integral del mismo.

## **2.4 LA CONVENCIÓN COMO NORMA JURÍDICA**

En la tradición jurídica romano-germana<sup>316</sup> normalmente se acepta que la norma convencional tiene dos funciones:<sup>317</sup> una positiva, que es crear o transmitir, derechos<sup>318</sup> y obligaciones, y otra negativa, que consiste en modificarlos o

---

<sup>315</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 151.

<sup>316</sup> En este trabajo distinguiremos entre "tradición jurídica" de "sistema jurídico". Tradición jurídica se empleará en el sentido de Merryman, esto es, como el "conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la organización y operación de un sistema jurídico, acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural". *cf.* Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, México, FCE, 1993, p. 17.

<sup>317</sup> Tamayo Lombana, Alberto, *Manual de obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1990, p. 66 y ss, Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Antigua Librería Robredo, 1954, t. VI, Contratos, vol. I, p. 9.

<sup>318</sup> Cabe tener en cuenta que el vocablo "derecho" es utilizado en infinidad de contextos de manera indiscriminada. Se utiliza la palabra "derecho" para referir poderes legislativos como la celebración de contratos. De igual manera, la gente refiere tener el derecho de levantar el brazo izquierdo al despertar o dormirse después de la comida. Debido a la utilización indiscriminada de la palabra se genera un caos conceptual. Hohfeld, W. N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial*

extinguirlos. Dicha tradición deja el término *contrato* para la función positiva<sup>319</sup> y denomina *convenio en sentido estricto*, a la función negativa.

Bajo esta tradición los elementos esenciales de un contrato son:<sup>320</sup>

- I) Elemento subjetivo: manifestación de la voluntad;
- II) Elemento objetivo: producción de consecuencias jurídicas;
- III) Elemento normativo: reconocimiento por parte del sistema legal al procedimiento de creación de la norma contractual<sup>321</sup>.

Bajo la tradición jurídica anglosajona, en Estados Unidos, el contrato se ha definido como una promesa o conjunto de promesas

- I) Por cuyo incumplimiento la ley provee un remedio, o
- II) Cuyo cumplimiento la ley reconoce como deber.<sup>322</sup>

Para los teóricos norteamericanos los elementos esenciales de un contrato son:<sup>323</sup>

- I) Capacidad legal de las partes para contratar;
- II) Objeto o materia apropiada;
- III) Mutualidad de acuerdo<sup>324</sup> y obligaciones, y

---

*reasoning*, Cook, Yale University Press, 1923, cap. 1; Freeman, Michael, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, Londres, Sweet and Maxwell, 1994, 6a ed. pp. 379 y ss. Utilizamos la palabra "derecho" como un concepto sistemático en el que se unen una serie de efectos jurídicos. El derecho de propiedad por ejemplo, incluye un conjunto de libertades, *actio*, poderes, que es necesario diferenciar para un mejor entendimiento del sistema legal. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, p. 126.

<sup>319</sup> Contrato es el convenio que produce o transfiere obligaciones o derechos. Art. 1793 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>320</sup> Baudrit Carrillo, Diego, *Teoría general del contrato*, San José, Juricentro, 1982, p. 18 y ss.; Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 208, p. 129.

<sup>321</sup> Robles Farías, Diego, "La relación jurídica obligatoria (El actual concepto de obligación jurídica)", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 31, 2001, p. 505.

<sup>322</sup> *Restatement*, Second, Contracts p. 3, American Law Institute.

<sup>323</sup> 286 *North Western Reporter* 844, 846.

<sup>324</sup> En el caso de contratos sinalagmáticos se entiende como el requisito de que cada parte se obligue a su ejecución de alguna manera, de otra forma el acuerdo carecería de "consideración" y no sería un contrato válido. "Una promesa cuya ejecución depende del mero deseo o inclinación



#### IV) Consideración.<sup>325</sup>

De lo anterior, podemos observar que en Estados Unidos el contrato es también una mutuality de acuerdo entre dos o más partes (elemento subjetivo). El núcleo de dicho acuerdo, su objeto, es un conjunto de promesas mutuas,<sup>326</sup> que las partes hacen una a la otra y que constituyen las consecuencias de derecho (elemento objetivo) cuyo cumplimiento es reconocido por la norma jurídica (elemento normativo) bien a través de un remedio, *actio*,<sup>327</sup> o simplemente considerándolo un deber.<sup>328</sup>

---

del promitente no impone ninguna obligación sobre él y no existe 'consideración' para apoyar la promesa de la otra parte al supuesto contrato" 159 *Federal Reporter, Second Series*, 642, 643. Para el caso de contratos unilaterales, la mutuality de acuerdo se refiere a que ninguna de las partes tiene obligación alguna sino hasta que se acepta la oferta propuesta. "Unilateral Contract" *Black's Law Dictionary*, St. Paul MN, West Publishing Co., 1991.

<sup>325</sup> Por consideración se entiende la inducción necesaria para celebrar un contrato, algo valioso dado a cambio de la ejecución o de la promesa de ejecución de la otra parte. La causa material de un contrato. *Restatement, Second, Contracts* §71 (1), 1981, American Law Institute. En el *common law* tradicionalmente la consideración es un prerequisite para la validez de los contratos. Sin embargo, en derecho comercial este requerimiento es de mínima importancia debido a que las partes normalmente se comprometen a llevar a cabo obligaciones mutuamente. Principios de contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, 1994, Comentarios al artículo 3.2. En la tradición romano-germana la doctrina causalista, que será revisada más adelante, tiene fuertes semejanzas con la doctrina de la consideración de la tradición anglosajona. Baste señalar por el momento que existe opinión doctrinal de que la *causa* (consideración) forma parte del objeto del contrato, es decir, las consecuencias de derecho generadas al contratar y por ello no es un elemento adicional del contrato ni distinto del elemento objetivo.

<sup>326</sup> En algunos sistemas legales se distingue entre promesas legalmente exigibles de las que no lo son. Las legalmente exigibles requieren de ser promesas apoyadas en *consideration*, es decir, aquellas promesas hechas en proceso de negociación y no de regalo. Scout, Robert & Graus Jody, *Contract law and theory*, Newark, Lexis Nexis, 3ª edición, 2002, pp. 132 y ss.

Sobre el elemento de *consideration* puede consultarse Adame, Jorge, "Reglas de validez de los contratos internacionales (estudio comparativo)" en *Ars Juris. Revista del Instituto de documentación e investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 19, octubre de 1998, p. 18.

<sup>327</sup> Característica distintiva de la tradición anglosajona, es su preocupación por los remedios judiciales. Al respecto es famosa la cita del juez Holmes: "las obligaciones que no pueden ser

Aunque aparentemente las nociones de contrato otorgadas por las tradiciones romano-germanas, y la de *common law* difieren, existe identidad en los elementos básicos que son:

- I) Acuerdo de voluntades de dos o varios sujetos (elemento subjetivo);
- II) Tendiente a producir un efecto jurídico (elemento objetivo) al interior del sistema jurídico (elemento normativo), mismo que se traduce en crear o extinguir<sup>329</sup> disposiciones jurídicas.

---

exigidas legalmente son fantasmas en el derecho, pueden ser vistas pero resultan elusivas al entendimiento". *cf.* Holmes, O. W., *The western maid*, 257 U.S. 419, 433, 1922.

La distinción entre los llamados derechos y las garantías para hacerlos valer ha estado presente en la discusión jurídica desde tiempos inmemoriales, así por ejemplo, el derecho romano llamaba derechos naturales a aquellas obligaciones de *equidad* que sin llegar a ser morales carecían de una acción para exigir su cumplimiento. Sohm, Rodolfo, *op. cit.*, nota 296, p. 214; Petit, E, *op. cit.*, nota 296, § 526.

Enneccerus por ejemplo sostuvo que un derecho sin acción era imperfecto pero no por ello dejaba de ser derecho. Enneccerus, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, t. II, Teoría General, p. 13.

No obstante lo anterior, muchos juristas sostienen que todo deber legal debe estar acompañado de una *actio*. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 205, p. 163

Esta discusión ya ha sido tratada en otro trabajo y simplemente retomamos la conclusión de que no todo deber legal está acompañado de una *actio*. García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 177 y ss.

<sup>328</sup> La enunciación transcrita de contrato, como se entiende en Estados Unidos, contiene de hecho dos definiciones: por un lado se propone acotar al contrato y vincularlo con la garantía de la *actio*; "por cuyo incumplimiento la ley provee un remedio". En general, el *remedio* otorgado por los jueces de la tradición anglosajona ante el incumplimiento de un contrato consiste en *damages* (compensación o indemnización monetaria) de forma que a la parte afectada se le coloque en la posición que hubiera disfrutado si el contrato se hubiese cumplido. En circunstancias especiales las Cortes pueden ordenar como remedio *specific performance* (ejecución exacta de las obligaciones contractuales). Por otro lado, la definición incluye solamente el reconocimiento por parte del sistema jurídico de la obligatoriedad de la norma contractual, sin que ello implique necesariamente la garantía de *actio*, "cuyo cumplimiento la ley reconoce como deber".

<sup>329</sup> La modificación y la transmisión están incluidos en la creación y extinción. Toda modificación es a la vez creación y extinción, la transmisión es extinción para alguien y creación para otro.

En ambas tradiciones, la anglosajona y la romano-germana, se dice que el acuerdo de voluntades para crear el convenio tiene el efecto de modificar la esfera de los derechos subjetivos (*rights*) y las obligaciones (*obligations*). El derecho objetivo (*law*) como tal no sufre ningún cambio con la creación del convenio.<sup>330</sup>

#### 2.4.1 El convenio: Derecho subjetivo o derecho objetivo

La teoría civilista francesa enfocó el análisis de la convención como procedimiento y menospreció a la acepción de ésta como provisión (norma) pues partía del supuesto de que la convención no era creación de una disposición jurídica, sino “aplicación” de una norma general (ley).<sup>331</sup>

Si se pasa por alto la función generadora de disposiciones legales que realiza el proceso convencional, es fácil caer en el error de pensar que la convención solamente afecta lo que la teoría ha llamado derechos subjetivos<sup>332</sup> (*ius*) y no al

---

<sup>330</sup> Con base en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo se ha señalado en Estados Unidos que un “contrato es la obligación legal total (*obligation*) que surge del acuerdo entre las partes, tal como lo prevé el derecho (*law*)”. *Uniform Commercial Code* §1-201 (11). La distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo, existe tanto en la tradición de common law como en la romano-germana. El derecho subjetivo es el derecho de un determinado sujeto, el derecho objetivo es el sistema jurídico total. En inglés se dispone de la palabra “*right*”, cuando se quiere aludir a los derechos que tiene determinado sujeto, a diferencia del sistema jurídico, el derecho objetivo, que es denominado “*law*”. En la edad media los juristas europeos distinguían y contraponían con el mismo sentido que hemos referido las palabras *ius* y *lex*.

<sup>331</sup> Lo anterior quizá se explica por la circunstancia de que la norma convencional tiene casi siempre un carácter *erga singulum, inter pares*, mientras que la ley es oponible *erga omnes*.

<sup>332</sup> La palabra “derecho” es utilizada en infinitud de contextos de manera indiscriminada. Así por ejemplo se utiliza para referir los poderes legislativos ejercidos al celebrar contratos; en otro contexto, la gente refiere tener el derecho de acostarse o despertarse a la hora que se le pegue en gana. Debido a la utilización indiscriminada del concepto, su manejo ha dado lugar a un caos conceptual. Hohfeld, W. N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Cook, Yale University Press, 1923, capítulo 1; Freeman, Michael, *Lloyd’s introduction to jurisprudence*, Londres, Sweet and Maxwell, 1994, 6a ed., p. 379 y ss. Por nuestra parte, siguiendo a Ross hemos preferido utilizar la palabra “derecho” como un concepto sistemático en el que se unen una serie de efectos jurídicos. El derecho de propiedad por ejemplo, incluye un conjunto de libertades, *actio*, poderes, que es necesario diferenciar. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, p. 126.

derecho objetivo (*lex*).<sup>333</sup> La razón para no querer atribuir al proceso convencional llevado a cabo por particulares el efecto de creación de normas jurídicas, se debe a que tradicionalmente esta última función se reserva a la legislación que emana del poder público estatal. Así, para Austin la “ley o norma” (*law or rule*) es una orden establecida por un superior a un inferior, entendiendo por “superior” aquél con el poder de afectar a los inferiores con un mal o dolor y forzarlos, a través del temor a dicho mal, a acomodar su conducta según los deseos del primero<sup>334</sup> (órdenes coercitivas establecidas por el soberano). Bajo este esquema legal es lógico concluir que únicamente el soberano es capaz de crear derecho.

Contra esta postura Hart ha sostenido que existen, dentro del fenómeno denominado derecho, ciertos poderes conferidos a los privados como son aquellos para celebrar contratos, mediante los cuales se crean o modifican relaciones legales y que no pueden, sin llegar al absurdo, ser interpretadas como órdenes basadas en amenazas.<sup>335</sup>

En el capítulo anterior señalamos que la teoría jurídica ha estado limitada y circunscrita en su análisis al modelo de derecho estatal soberano y que en ese modelo los súbditos no pueden crear derecho sino simplemente obedecerlo. En el modelo tradicional la convención es una simple aplicación de la ley (el derecho objetivo). El derecho objetivo es independiente del querer de quienes deben obedecerle, ha sido creado de antemano y no sufre modificación alguna por su simple aplicación.

Ihering definió al derecho subjetivo como un interés “protegido” por la ley,<sup>336</sup> interés que tiene existencia previa a todo derecho objetivo.<sup>337</sup> Esta distinción entre

---

<sup>333</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 311, p. 4.

<sup>334</sup> Austin, John, *op. cit.*, nota 104, pp. 9 y 24.

<sup>335</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 203, p. 35.

<sup>336</sup> Ihering Von, R, *La lucha por el derecho*, (trad. Adolfo Posada), Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881, p. 52.

<sup>337</sup> La Suprema Corte de Justicia de México ha sostenido por ejemplo que “el interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho...” INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA

interés y derecho subjetivo tiene una función ideológica. El binomio supone al hombre como portador de un interés que se levanta como categoría trascendente frente al derecho objetivo, que solamente lo protege a través de los derechos subjetivos.

Al respecto Ihering sostenía que “el derecho y la propiedad son como la cabeza de Jano, de doble rostro; éstos no pueden ver más que uno de los lados, aquéllos el otro, y de ahí resulta el diferente juicio que forman del objeto”.<sup>338</sup>

Esta oposición entre subjetividad jurídica (intereses intocables) previa a toda objetividad jurídica se hace evidente cuando se habla del carácter heterónomo de la ley, mientras que la esencia de dicha subjetividad jurídica es justamente la negación de toda relación obligatoria, completa libertad en el sentido de autodeterminación o autonomía.

#### **2.4.2 La norma convencional**

Hart ha sostenido que “muchas de las características que nos desconciertan en las instituciones del contrato o de la propiedad resultan clarificadas concibiendo los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad, como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas”.<sup>339</sup> Como lo hizo ver Raz, y como lo comentamos en el capítulo anterior, Hart confunde la naturaleza del poder de celebración de contratos con la naturaleza del poder de transferir derechos; solamente los poderes de celebración de contratos pueden ser considerados como poderes legislativos (PL-Law), mientras que los poderes de transferencia de derechos deben ser considerados poderes regulativos (PR-Law).<sup>340</sup>

---

FACULTAD. CUANDO EXISTEN. Amparo en revisión 2747/69.-Alejandro Guajardo y otros (Acums.).-18 de enero de 1972.-Unanimidad de 19 votos.-Ponente: Abel Huitrón. Séptima Época, vol. 37, p. 25. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), México.

<sup>338</sup> Ihering Von, R, *op. cit.*, nota 336, p. 4.

<sup>339</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 203, p. 120.

<sup>340</sup> En términos amplios el ejercicio de un poder regulativo, PR-law, genera una situación jurídica; el ejercicio de un poder legislativo, PL-law, genera una provisión jurídica. *cfr.* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 131, p. 165.

En este sentido, para que exista la norma convencional se requiere que una norma secundaria *faculte* a ciertos *órganos* de la comunidad jurídica de mérito a celebrarla, es decir, se requiere que el sistema jurídico prevea que la aplicación de dicha disposición legal (el ejercicio de la facultad conferida a los órganos mencionados) genere una norma primaria,<sup>341</sup> bajo la cual a ciertos seres humanos se les requerirá hacer o abstenerse de ciertas acciones; y en este sentido se crean provisiones obligativas, llamadas por la teoría tradicional derechos subjetivos; a dicha norma creada se le denomina norma convencional.

Como señalamos en el capítulo que antecede, la distinción entre aplicación y creación del derecho; entre ley y acto jurídico,<sup>342</sup> debe ser mantenida pero reinterpretada, pues la postura de que la convención no genera derecho sino que simplemente lo aplica, no ha traído más que una triste confusión. Dicha confusión se ha destilado hasta el derecho internacional en el binomio “tratado-ley” vs. “tratado-contrato”. Contra esta distinción Brownlie ha señalado que la diferencia entre el tratado-ley y el tratado-contrato no radica en que el primero crea normas y el segundo las aplica, sino en la circunstancia de que el tratado-ley da nacimiento

---

<sup>341</sup> Puede ser el caso de que una convención de nacimiento a otra norma secundaria y no a una primaria, es decir, que la convención genere a su vez una norma que diga como crear otras normas. Pero por el momento, nos centraremos en el estudio de la norma primaria que nace de un proceso convencional.

<sup>342</sup> La teoría civilista francesa distingue dentro de los “hechos jurídicos” en sentido general a:

- I) Hechos jurídicos en sentido especial, que comprenden:
  - a. Eventos puramente físicos y ajenos a la voluntad de los hombres que generan consecuencias de derecho, tales como el nacimiento, y
  - b. Eventos generados por el hombre de forma más o menos voluntaria pero sin el deseo de colocarse bajo el imperio del derecho, como los delitos.
- II) Actos jurídicos, que se definen como la “manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”, el ejemplo típico es el contrato.

Bonnecase, Julien, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1931, pp. 104-105.

a provisiones generales, mientras que el tratado-contrato crea provisiones individuales.<sup>343</sup>

Las disposiciones legales surgen del ejercicio de otras disposiciones legales, “en la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares”.<sup>344</sup> Bajo esta visión holística del derecho es posible sostener que todas las disposiciones jurídicas que se aplican pertenecen o pertenecieron a algún sistema.<sup>345</sup> La norma convencional no es la excepción y no puede existir sin un sistema jurídico de base, una *grundlegung*.<sup>346</sup>

Si la norma convencional crea disposiciones jurídicas surge una primera pregunta: ¿qué clase de disposición jurídica es creada por convención? ¿Provisiones o no provisiones? Si provisiones ¿obligativas o no obligativas? Si obligativas ¿prescripciones o prohibiciones? Si no obligativa ¿poderes o permisos?<sup>347</sup> La respuesta a estas interrogantes es que normalmente los sistemas jurídicos dan amplio margen a los órganos del sistema legal para crear el tipo de disposición jurídica que mejor acomode a sus relaciones. Sin embargo, en las convenciones cobran especial relevancia las normas o provisiones, disposiciones legales que buscan guiar el actuar del hombre. Enfocaremos nuestro estudio a las disposiciones convencionales que crean normas.

Una norma de las llamadas perfectas expresa una *relación jurídica* entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. El sujeto activo es ser humano titular del deber. El sujeto pasivo es a quien la obligación es debida y puede ser un humano, un animal o un objeto. Esta *relación jurídica*, es un *nexum* entre dos juicios: uno imperativo y otro atributivo.

---

<sup>343</sup> Brownlie, Ian, *op. cit.*, nota 78, p. 12.

<sup>344</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 231, p. 141.

<sup>345</sup> Caracciolo, Ricardo, *op. cit.*, nota 230, p. 16.

<sup>346</sup> El código de Napoleón establece en su artículo 1135 que “Las convenciones obligan no solamente a aquello que está expresado, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley den a la obligación de acuerdo a su naturaleza”.

<sup>347</sup> Para una explicación de todo este tipo de disposiciones legales véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 81 y ss.

El binomio imperativo–atributivo da lugar a diversas lecturas que dependen del tipo de norma creada, es decir, de los calificativos deónticos de la conducta jurídicamente regulada.

Para el caso de la prescripción (y prohibición) decimos que el sujeto A tiene la “obligación” de realizar (o no realizar) determinada conducta en relación con el sujeto pasivo B. Puede ser el caso que desde el punto de vista de éste, o un tercero, tenga una “pretensión” en relación con A para que el último realice (o no realice) dicha conducta.

Para el caso de los permisos, decimos que el sujeto A tiene autorizado, respecto a B, realizar determinada conducta según ciertas circunstancias, no obstante que bajo otras tiene la obligación de no realizarla (lo tiene prohibido). Desde el punto de vista del sujeto pasivo B, o algún tercero, “no tiene ninguna pretensión” legal en contra de A, si es que el último decide, bajo la autorización, realizar determinada conducta, que normalmente está prohibida.

Para el caso de las potestades, decimos que el sujeto A tiene un poder discrecional, “es competente”, para generar consecuencias de derecho que afectan al sujeto B, de forma que si dicho poder es ejercido, el sujeto B queda bajo “sujeción” de A.<sup>348</sup> Si no se generara ninguna consecuencia en el sistema legal con la realización de la actividad, ésta sería libre.

En el estudio de la norma convencional, la tradición romano-germana ha enfocado la prescripción, la norma que ordena llevar a cabo determinada conducta, (aquella en la que el binomio imperativo-atributivo se da en la relación obligación-pretensión). A esta relación se le llamó “obligación” en Roma y al respecto se dijo que “la esencia de las obligaciones no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro para que nos dé, haga o indemnice algo”.<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, p. 114.

<sup>349</sup> Justiniano, *El digesto*, versión castellana de A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, m. García–Garrido y J. Burillo, Pamplona, Edit. Aranzadi, 1975, t. III, libros 37-50, en particular XLIV, 7, 3.



La obligación romana es por tanto una especie de la *relación jurídica*, y sobre este último concepto continuaremos nuestro estudio. La relación jurídica es una articulación funcional de diversos elementos simples que sólo para efectos de análisis podemos aislar pero que en realidad están siempre combinados en un proceso dinámico y funcional.<sup>350</sup>

La *relación jurídica*<sup>351</sup> se descompone de la siguiente manera:

- I) El *supuesto jurídico*, es decir la hipótesis normativa; en el caso de la convención es la norma, que faculta a ciertos órganos de la comunidad a crear normas convencionales;
- II) Los *sujetos de la relación jurídica*, es decir los centros de imputación, en el sentido de que cierto comportamiento de un hombre será el contenido de la hipótesis normativa,<sup>352</sup> y
- III) El *objeto de la relación jurídica*, que constituye las formas de conducta que se manifestarán como facultad, obligación, derecho, entre otros.

Una relación jurídica es un patrón de potencialidad en el cual las personas y situaciones pueden ser ubicadas. El derecho es a la vez una matriz que identifica personas y situaciones en forma abstracta. Una red de relaciones jurídicas que constituye una “realidad legal” paralela a la “realidad social”, donde cada posible aspecto de esta última tiene significado en la primera.<sup>353</sup> En este sentido se ha

---

<sup>350</sup> Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 208, p. 17.

<sup>351</sup> La idea de relación jurídica que tenemos en mente es de mayor amplitud a la definición tradicional de derecho privado romanista que considera sólo la relación establecida entre el sujeto de una obligación jurídica y el sujeto de la pretensión correspondiente (llamada por el derecho privado *derecho subjetivo*). El sistema jurídico establece muchos tipos de relaciones jurídicas, por ejemplo las llamadas de derecho público, donde un sujeto tiene la facultad de producir una norma y otro queda obligado a la misma (congreso-pueblo). *cf.* Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 174.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>353</sup> Allot, P, “The concept of international law”, en *European Journal of International Law*, 1999, p. 36. Esta realidad jurídica paralela posee su propia lógica, y se estudia por lo que se ha denominado la dogmática jurídica, definida como el oficio intelectual que sigue ciertos cánones reconocidos, el metalenguaje del derecho, el conjunto de reglas, conceptos y definiciones que nos permiten una “lectura jurídica” del derecho mismo, es decir que se lee el derecho no en forma

dicho que “el acontecimiento externo.... es un trozo de la naturaleza... El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido... La norma funciona como un esquema de explicitación... el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicación específica, a saber, una explicación normativa”.<sup>354</sup>

Una relación jurídica tiene los siguientes elementos:

- I) El *crédito*: constituye el lado activo de la relación jurídica y se integra a su vez por:
  - a. *Derecho reflejo*,<sup>355</sup> cuyo titular se llama *acreedor*;
  - b. *Facultad de exigir la responsabilidad*<sup>356</sup>.
- II) El *débito*: constituye el lado pasivo de la relación jurídica y se integra por
  - c. *Deber jurídico*,<sup>357</sup> cuyo titular se llama *deudor*;
  - d. *Responsabilidad* en caso de incumplimiento del deber jurídico.

La *facultad de exigir la responsabilidad* y la *responsabilidad* misma sólo surgen cuando se ha dado el incumplimiento del *deber jurídico* por el sujeto activo, mientras este supuesto no se realice aquellos no han cobrado existencia y en ese sentido el crédito se reduce al *derecho reflejo* y el débito al *deber jurídico*. Lo importante aquí es que la *responsabilidad* y la *facultad de exigir la responsabilidad*

---

literal sino que a través de la jurisprudencia dogmática se analiza el material, se ponderan argumentos, se verifica su consistencia con el propósito de determinar el derecho aplicable a una situación de hecho. Esta jurisprudencia o esquema de interpretación opera de manera dogmática: sus doctrinas no se hacen explícitas ni se justifican *cfr.* Berman, Harold J, “The Origins of Western Legal Science”, *Harvard Law Review*, Cambridge Mass, March 1977, vol. 90, Nº 5.

<sup>354</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 17.

<sup>355</sup> Llamada garantía primaria por Ferrajoli, *cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 70, p. 47.

<sup>356</sup> Llamada garantía secundaria por Ferrajoli, *Idem*, p. 47.

<sup>357</sup> Si la provisión es una prescripción o una prohibición decimos que el sujeto activo tiene una “obligación”. Si la norma prevé un permiso, decimos que el sujeto activo tiene una “autorización”. Para el caso de las potestades, decimos que el sujeto activo tiene un poder o que “es competente”. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, p. 114.

deben distinguirse del *derecho reflejo* y del *deber jurídico*. Lo más recomendable es hacer una separación completa.

La distinción entre *derechos* y las formas de hacerlos respetar (sus garantías) no es nada nueva. En los sistemas jurídicos pueden darse *deberes jurídicos* y *derechos reflejos* sin *responsabilidad* y *facultad de exigirla*. También puede ser el caso de que se den solamente *deberes jurídicos* sin *derechos reflejos* y sin *responsabilidad* ni *facultad de exigirla*. Debido a estas múltiples combinaciones, llamamos *relación jurídica perfecta* a aquella que tiene derecho reflejo y deber jurídico, sin necesidad de que tenga responsabilidad y la facultad de exigirla. La relación jurídica perfecta debe distinguirse de lo que Enneccerus llamaba *obligación perfecta*, es decir, a la relación jurídica tipo prescripción que tenía además del *derecho reflejo* y el *deber jurídico*, la *facultad de exigir la responsabilidad*.

Hemos señalado que parte de la doctrina sostiene que todo deber legal debe estar acompañado de una *actio*.<sup>358</sup> Esto es una exageración desde nuestro punto de vista. El reconocimiento de la existencia de derechos sin garantías primarias o secundarias ha sido subrayado en el contexto de los derechos humanos<sup>359</sup> y ha sido calificada como “la contribución concreta más significativa a la reflexión jurídica por parte de la ‘teoría de los derechos’ de Ferrajoli”.<sup>360</sup>

Como veremos más adelante, la violación al deber jurídico da lugar a nuevas relaciones legales que se agrupan bajo la denominación común de responsabilidad.<sup>361</sup> Frente a la responsabilidad encontramos el juicio atributivo denominado *facultad de exigir la responsabilidad*. Dependiendo del sistema jurídico existen diversos niveles de responsabilidad y también diversas formas de exigirla, la más perfecta es a través de una *actio*.

---

<sup>358</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 177 y ss.

<sup>359</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 70, p. 45.

<sup>360</sup> Jori, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, p. 111.

<sup>361</sup> Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University, p. 124.

Muchos teóricos han identificado a la *facultad de exigir la responsabilidad* con la *actio*. Cuando dicha *actio* no se encuentra presente simplemente se concluye que tampoco existe la *facultad de exigir responsabilidad*. Esta conclusión como veremos es errónea.

Analicemos los cuatro elementos de una obligación perfecta en el sentido de Enneccerus, estatuida por una norma convencional.

#### 2.4.2.1 *Deber jurídico*

El *deber jurídico* constituye el lado pasivo de la relación jurídica y se atribuye al sujeto activo llamado *deudor*; podemos decir que consiste en la prescripción, prohibición, autorización o competencia que el sistema jurídico establece para llevar a cabo cierta conducta (acción u omisión).

Como la conducta del deudor no puede ser otra más que la de un ser humano, si éste es una persona colectiva, opera el principio de imputación.<sup>362</sup> Por otra parte, se requiere que esté determinado ya que toda obligación siempre debe estar a cargo de alguien.

#### 2.4.2.2 *Derecho reflejo*

El *derecho reflejo* es el espejo del *deber jurídico*, y su titular se denomina *acreedor*, (sujeto de un derecho reflejo), ente en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello. Dicho ente puede ser un animal, una planta o algún objeto inanimado, en cuyo respecto exista alguien obligado a comportarse de determinada manera, inclusive en el caso de que el acreedor sea un ser humano, él mismo realiza la función de un objeto de esa conducta.<sup>363</sup>

En el caso del acreedor no se necesita que él mismo esté determinado, pero sí que sea determinable para que el deber jurídico sea exigible. El acreedor puede ser un ente en particular, si la relación es sinalagmática como en un contrato de arrendamiento. En un caso como el arrendamiento se dice que la relación es *erga singulum*. Puede también ser el caso que el acreedor esté constituido por una

---

<sup>362</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 117.

<sup>363</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, pp. 142-143.

pluralidad de entes, llegando a ser inclusive la comunidad jurídica considerada como un todo; en este sentido la relación legal, el *nexum* es *erga omnes*.<sup>364</sup>

Kelsen sostuvo que relación jurídica<sup>365</sup> (llamada por él obligación) y norma eran lo mismo: “la teoría tradicional sólo toma en consideración normas jurídicas generales, ignorando la existencia de normas jurídicas individuales, y se pasa por alto la identidad de norma jurídica y obligación jurídica, considerando la obligación jurídica como un objeto distinto de la norma jurídica”.<sup>366</sup>

Sin embargo, si partimos de la idea de que la norma es una correlación lingüística entre casos (compuestos por propiedades fácticamente verificativas) y soluciones (acciones calificadas deónticamente), veremos que dicha provisión legal es un supuesto normativo que existe en el mundo nouménico con independencia de que se hayan verificado en los hechos las propiedades que reclama para operar. La diferencia entre norma y relación jurídica derivada de la misma es que la primera opera como supuesto jurídico, mientras que la relación legal es la actualización de dicho supuesto.

Abundando, el supuesto jurídico es el sustrato que da nacimiento tanto al *deber jurídico* como al *derecho reflejo* y en este sentido al *nexum*, a la *relación jurídica*. El supuesto jurídico es la facultad potencial que la norma jurídica encierra; la relación jurídica, la facultad actualizada.<sup>367</sup> En este sentido, existe una diferencia

---

<sup>364</sup> La Corte Internacional de Justicia ha sostenido que “una distinción esencial debe dibujarse entre las obligaciones que un Estado debe a la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen *vis a vis* otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por virtud de la naturaleza misma las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados, puede decirse, tienen un interés legal en su protección; estas son obligaciones *erga omnes*. Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo, de los actos ilegales de agresión, genocidio, esclavismo y discriminación racial” *Barcelona Traction, Light and Power, Belgium v. Spain*, ICJ, 1970.

<sup>365</sup> Compuesta de *deber jurídico* y *derecho reflejo*.

<sup>366</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 140.

<sup>367</sup> En palabras de Rojina Villegas: “El derecho objetivo se convierte entonces simplemente en la base o fundamento del derecho subjetivo, pero no puede confundirse con éste. Existe la misma diferencia entre la facultad potencial que la norma jurídica encierra, y la facultad actualizada que el derecho subjetivo implica” *cfr. op. cit.*, nota 208, p. 20.

entre la norma, como potencialidad de la relación jurídica, y la relación legal misma como actualización del supuesto jurídico.

Como vimos en el capítulo que antecede, Ferrajoli distingue entre normas téticas y normas hipotéticas. Las primeras son aquellas que atribuyen inmediatamente situaciones jurídicas o status a determinadas clases de sujetos; conforme a ellas, sin mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y del *status* que prevén. Ejemplo de normas téticas es el derecho a ser propietario.

Por el contrario, las normas hipotéticas predisponen situaciones o status como efectos de los actos previstos como hipótesis, como por ejemplo los derechos de propiedad sobre ciertos bienes en particular.<sup>368</sup>

El *Nexum* convencional es una norma hipotética de las de Ferrajoli, mientras que las disposiciones legales que regulan la creación de la norma convencional son normas téticas.

Kelsen observó que el binomio *deber jurídico–derecho reflejo* había surgido en forma paralela al del derecho objetivo–derecho subjetivo, bajo los mismos motivos: establecer un límite al poder soberano del Estado.

Lo que denominamos *derecho reflejo*, y que en la teoría clásica civilista francesa se llama simplemente derecho subjetivo de un individuo, se contrapone normalmente a la obligación correlativa de otro. Para Kelsen, dicha contraposición genera la apariencia de dos situaciones jurídicas relevantes. El padre de la escuela austriaca señalaba que esta distinción podría ser útil para efectos de didáctica, pero por haber sido mal entendida había generado múltiples problemas conceptuales, pues no se trata de dos situaciones jurídicas distintas, sino en realidad de dos caras de la misma moneda.<sup>369</sup> El derecho subjetivo de una

---

<sup>368</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 156, 164, 165.

<sup>369</sup> En la tradición anglosajona y en el marco del contrato, a esta única relación que surge entre las partes se le denomina "*privity of contract*". Tradicionalmente era esencial para ejercer una acción respecto de cualquier contrato que subsistiera el *privity* entre el actor y el demandado respecto de la materia en disputa, dicha exigencia ha sido dispensada y se ha extendido el derecho a demandar por daños o perjuicios a terceros beneficiados o aún perjudicados. Procesalmente, *privity* implica que la relación entre una o mas personas es tal que un juicio que involucre a uno de

persona, dice Kelsen, no es más que el reflejo de una obligación a cargo de otra.<sup>370</sup> La teoría kelseniana ha subrayado que el *deber jurídico* es consubstancial, indivisible, de igual naturaleza que el *derecho reflejo*, y esta conclusión se debe a que para Kelsen toda norma es impero atributiva.<sup>371</sup>

Contrario a Kelsen, Ferrajoli propone que el *derecho reflejo* (derecho subjetivo en la teoría francesa) debe distinguirse tanto del *deber jurídico* (garantía primaria) y de la *facultad de exigir la responsabilidad* (garantía secundaria) que surge en caso de incumplimiento del *deber jurídico*; dicha facultad de exigir la responsabilidad en su máxima expresión puede cobrar la forma del ejercicio de una *actio* ante un tribunal.

Ferrajoli sin embargo afirma que su distinción tiene carácter deóntico y no óntico, no expresa el ser del derecho, sino su deber ser. Ferrajoli no alega que el derecho, como un todo, no tenga carácter imperativo–atributivo, sino que en ocasiones un sistema jurídico particular puede establecer un *derecho reflejo* sin señalar en qué consiste el correspondiente *deber jurídico* (por ejemplo el derecho a tener una casa digna que se consagra en algunas constituciones), ni quién es el acreedor; en este caso, estamos frente a una laguna del sistema jurídico que será necesario completar por los órganos del sistema encargados de producir normas.<sup>372</sup>

---

ellos será decisivo para el otro aunque no haya sido parte en el mismo. *Black's Law Dictionary*, St Paul MN, West Publishing Co., 1991.

<sup>370</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 140.

<sup>371</sup> Al respecto, García Maynez sostiene que “la regulación jurídica es una *conexión de dos juicios*, recíprocamente fundados, uno *imperativo* y otro *atributivo*. El que impone el deber al obligado lógicamente implica el que concede al pretensor un derecho subjetivo, y viceversa. Pues si el cumplimiento de la obligación del primero no pudiese ser reclamado por el derecho habiente, ese deber no sería una deuda ni tendría carácter jurídico” *cf.* García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 17.

<sup>372</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 180 a 196.

### 2.4.2.3 Responsabilidad

El incumplimiento a un deber jurídico da lugar al surgimiento de la *responsabilidad*. Ésta surge porque el incumplimiento del *deber jurídico* ocasiona una *injuria* que puede tener lugar en dos vertientes:

- I) *Injuria indirecta*: afectación al sistema legal en virtud de que se ha dado incumplimiento a un *deber jurídico* reconocido por dicho sistema, e
- II) *Injuria directa*: afectación al titular del *derecho reflejo*. Dicha afectación, dependiendo de la naturaleza del *derecho reflejo* puede ser *erga singulum*, si el deber jurídico se debe *vis a vis* un acreedor identificable, o *erga omnes*, cuando el deber jurídico se debe a más de un miembro de la comunidad jurídica.

Es importante no confundir un simple daño con una injuria, el primero se da en el mundo fenoménico, el segundo en el mundo nouménico y puede darse el caso de *damnum sine injuria*.<sup>373</sup>

El incumplimiento del *deber jurídico* ha cobrado muchos nombres: ilícito, delito, entre otros. En derecho internacional se denomina “hecho ilícito”, pues el vocablo “hecho” busca evitar confusiones respecto de la intención del autor, ya que la violación a una norma jurídica muchas veces no requiere de la intención misma del sujeto activo.<sup>374</sup>

El *nexum* creado por el *deber jurídico* y el *derecho reflejo* es independiente de la relación jurídica que nace del incumplimiento del *deber jurídico*. Así, en el sistema jurídico internacional se ha dicho que “la esencia de un hecho ilícito

---

<sup>373</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha señalado que “Debe distinguirse entre *perjuicio* o interés jurídico como condición para la procedencia del juicio de garantías y el *perjuicio económico* sufrido por un individuo o conjunto de individuos en virtud de la realización del acto reclamado, perjuicio éste último que no es suficiente para la procedencia del juicio de garantías, pues bien pueden afectarse económicamente los intereses de un sujeto o grupo de individuos, y no afectarse su esfera jurídica...” INTERÉS JURÍDICO, CONCEPTO DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO. Séptima Época, vol. 64, p. 68, Amparo en revisión 994/57.-Ventas y Propaganda, S. A. 4 de abril de 1974.-Mayoría de 9 votos.-Ponente: Rafael Rojina Villegas.

<sup>374</sup> Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, p. 80.



internacional descansa en la no conformidad de la conducta actual de un Estado con la que debió haber adoptado para cumplir una particular obligación internacional. Tal conducta da lugar al nacimiento de nuevas relaciones legales que se agrupan bajo la denominación común de responsabilidad internacional”.<sup>375</sup> La independencia de las obligaciones surgidas con motivo del incumplimiento del *deber jurídico*, la distinción entre *responsabilidad*, ha sido establecida en distintos sistemas jurídicos. En efecto, una vez que la responsabilidad ha tenido lugar como resultado de la presencia del hecho ilícito, aquella no se ve afectada por la desaparición de la obligación que se violó. Así, la Corte Internacional de Justicia, discutiendo la defensa del Reino Unido en el sentido de que el Mandato sobre Camerún del Norte había llegado a su fin, y por lo tanto cualquier violación al mismo no podía ser ya reclamada dijo: “una acción de reparación no llega a su fin por la terminación del Mandato”.<sup>376</sup>

¿Toda violación a un deber legal genera responsabilidad? La respuesta es sí, pero en diferente grado. En el sistema jurídico internacional se ha dicho que “cualquier violación de un Estado de cualquier obligación, cualquiera que sea su origen [*costumbre, tratado, principio general de derecho*], da lugar a responsabilidad estatal”.<sup>377</sup> La situación es clara cuando la *injuria* es directa y *erga singulum*. Pero ¿qué hay de *injuria* directa *erga omnes*, o simplemente *injuria* indirecta?

Todo incumplimiento de un *deber jurídico* al generar, al menos la injuria indirecta, debe dar lugar al surgimiento de responsabilidad. Nuevamente, el derecho internacional, calificado de sistema jurídico horizontal, ha sostenido la existencia de responsabilidad por injuria indirecta. “La idea de que es deber del Estado obedecer ciertas reglas de conducta hacia otros Estados, surge del hecho de que es un miembro de la comunidad internacional y de que dicha comunidad

---

<sup>375</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>376</sup> *Northern Cameroons*, Preliminary Objections, ICJ, 1963, p. 35.

<sup>377</sup> *Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda/Francia, 1987, RIAA, vol. XX, p. 217 (1990).

está gobernada por reglas de derecho: la responsabilidad resultante por el fallo de obedecer estas reglas es una consecuencia directa de este deber”.<sup>378</sup>

La *responsabilidad* que surge del incumplimiento de un *deber jurídico* implica la creación de nuevas relaciones jurídicas. En un sistema jurídico tan simple y llano como el internacional, el responsable tiene, al menos, el deber jurídico de:

- I) *Cesar y no repetir el incumplimiento del deber jurídico primario*<sup>379</sup>;
- II) *Reparación por la injuria ocasionada*<sup>380</sup>.

Cesación y no repetición son parte importante en la restauración de la relación legal afectada por el incumplimiento del deber jurídico, y normalmente los sistemas jurídicos buscan que la situación prevista por el sistema legal se restaure.

La reparación, por su parte, puede cobrar multitud de formas. En derecho internacional la restitución<sup>381</sup> es la forma primaria de reparación,<sup>382</sup> pero puede ser

---

<sup>378</sup> “Responsabilidad de los Estados por daños causado en su territorio a personas o propiedad extranjera”. League of Nations Document, C. 75. M. 69, 1929, *AJIL*, vol. 24, Issue 1, Enero, 1930, p. 48.

<sup>379</sup> La Corte Internacional de Justicia ha dicho por ejemplo: “una situación ilegal no puede permanecer sin consecuencia” refiriéndose a la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia después de la terminación del Mandato que hizo el Consejo de Seguridad, agregando “Sudáfrica siendo responsable, tiene la obligación de ponerle un fin. Los Estados miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilegalidad e invalidez del acto y abstenerse a brindar apoyo o asistencia y abstenerse de establecer relaciones contractuales con Sudáfrica en casos en los que actúe a nombre de Namibia” concluyendo “la terminación del Mandato y la declaración de ilegalidad de la presencia de Sudáfrica son oponibles a todos los Estados en el sentido de impedir *erga omnes* la legalidad de una situación que se mantiene en violación al derecho internacional”. *Legal consequences for States of the continued presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276 (1970)*, ICJ 1971.

<sup>380</sup> Comentando sobre los sucesos de la toma de la embajada de los Estados Unidos por estudiantes y el apoyo subsiguiente del gobierno de Irán a tales hechos, la Corte Internacional de Justicia dijo: “la acción requerida por el Derecho General Internacional [como contrapuesto al derecho internacional particular generado por tratados] a Irán era que hiciera todo esfuerzo para llevar la flagrante violación a un final rápido, reestablecer el status quo y ofrecer reparación por el daño” *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case (Hostages Case)*, US v Iran, ICJ, 1980, p. 68.

el caso de que la misma sea imposible y entonces opera la compensación (*damages*).<sup>383</sup> En algunos sistemas jurídicos la reparación puede incluir castigo, por ejemplo pago de daños ejemplares; mientras que en otros sistemas legales como el derecho internacional no los incluye.

La responsabilidad que surge ante el incumplimiento de un *deber jurídico* se genera por ministerio de ley, es decir, no tiene que ser pactada ni se deriva de la relación jurídica generada por el *deber jurídico* y el *derecho reflejo*. De igual manera, las obligaciones del responsable existen con independencia de que se ejerza o no la facultad de exigir dicha responsabilidad. En este sentido es que la Corte Permanente de Justicia Internacional señalaba: “Es un principio de derecho internacional y más aun, un concepto general de derecho que cualquier violación a un acuerdo implica la obligación de reparación. La reparación es el complemento indispensable de una falla en aplicar una convención, y no hay necesidad de que esto sea establecido en la convención misma”.<sup>384</sup>

#### 2.4.2.4 *Facultad de exigir la responsabilidad*

Limitada y circunscrita por los confines del Estado soberano, la teoría jurídica ha identificado a la *facultad de exigir la responsabilidad* con la *actio* ante un tribunal, es decir, la facultad que otorga el sistema jurídico a alguien para reclamar mediante el ejercicio de una acción ante los tribunales estatuidos el

---

<sup>381</sup> Remedio por el cual el afectado es regresado a la situación prevaleciente antes del incumplimiento o puesto en la posición en que estaría si el mismo no se hubiera dado.

<sup>382</sup> “El principio esencial contenido en la noción de acto ilegal –principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales– es que la reparación debe, tanto como sea posible, limpiar las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que hubiera, con toda probabilidad, existido si dicho acto no se hubiese cometido. Restitución en especie y sino es posible pago de una suma correspondiente al valor de la restitución en especie” *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, Indemnity, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1928, Judgment 13, p. 47.

<sup>383</sup> Indemnización monetaria por los daños sufridos.

<sup>384</sup> *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, Indemnity, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1928, Judgment 13, p. 29.

incumplimiento del deber jurídico. Cuando dicha *actio* no se encuentra presente simplemente se ha concluido que tampoco existe la *facultad de exigir responsabilidad*, más aun, que no existe la relación jurídica primaria, tal conclusión debe ser modificada.

Kelsen llamó “derecho subjetivo en sentido técnico”<sup>385</sup> al poder jurídico otorgado a un órgano del sistema legal para llevar adelante una acción por incumplimiento de una obligación por parte de otro miembro del sistema legal. El citado autor señalaba que en un sistema jurídico bien podían existir derechos subjetivos en sentido técnico, pero cabía la posibilidad de que no los hubiera, ya que éstos constituían una técnica específica del sistema jurídico capitalista en cuanto éste garantiza en forma muy especial al interés individual, e históricamente los sistemas jurídicos no han sido todos capitalistas. De hecho, Kelsen observaba que dicha técnica no domina en todas las partes del sistema legal contemporáneo estatal, sino sólo aparece plenamente desarrollada en el terreno denominado “derecho privado”; el derecho penal moderno por ejemplo no la emplea.<sup>386</sup>

En derecho internacional consuetudinario *la facultad de exigir la responsabilidad* puede dividirse en:

- I) Facultad de exigir la cesación y no repetición, y
- II) Facultad de exigir la reparación.

El que incumplió el *deber jurídico* (deudor) y el responsable por dicho incumplimiento no necesariamente tiene que ser la misma persona, puede ser el caso que quien “responda” lo haga por el incumplimiento del *deber jurídico* a cargo de otro.

Por otro lado, el titular de la facultad a invocar la responsabilidad no necesariamente tiene que ser quien sufra la injuria directa. Más aun, puede ser el caso de que ésta la padezca un animal, plantas u objetos inanimados, y no necesariamente un ser humano cuando por ejemplo, el sistema jurídico estatuye obligaciones ambientales a favor de una especie en peligro de extinción,<sup>387</sup> o bien

---

<sup>385</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 147.

<sup>386</sup> *Ibidem*, pp. 148-149.

<sup>387</sup> *Ibidem*, pp. 142-143.

puede ser el caso de pornografía infantil, donde los directamente afectados son los niños, considerados normalmente incapaces por los distintos sistemas jurídicos.

La *facultad de exigir la responsabilidad* puede no corresponder a un único órgano del sistema jurídico. Se puede ser titular por ejemplo de exigir la cesación y no repetición, pero carecer de la titularidad de exigir la reparación. Ser titular de una facultad no forzosamente implica ser titular de la otra.

Es importante distinguir entre la *responsabilidad* de la *facultad de exigir la responsabilidad*. La primera es una figura de naturaleza sustantiva, la segunda de naturaleza adjetiva.<sup>388</sup> Con esto en la cabeza la Corte Internacional de Justicia sostuvo: “una distinción debe hacerse entre el derecho a activar la corte y el derecho del actor respecto a la materia propia de su reclamo... Las cláusulas jurisdiccionales fueron adjetivas y no substantivas en su naturaleza y efecto, ellas no determinan si las partes tienen derechos substantivos, sino solamente, si los tuvieran, podrían vindicarlos recurriendo a un tribunal”.<sup>389</sup> La facultad de exigir la responsabilidad puede exhibir diferentes grados dependiendo del sistema jurídico de que se trate, en los derechos nacionales puede perfeccionarse hasta alcanzar la forma de *actio*.

Finalmente, cabe señalar que tradicionalmente la *facultad de exigir la responsabilidad* se ha vinculado con mecanismos coercitivos que se aplican para hacer cumplir el *deber jurídico*. Este punto es crítico para la teoría jurídica. Si la obligación puede existir sin la *responsabilidad* y, por lo tanto, sin la *facultad de exigir la responsabilidad* y no por ello deja de ser obligación jurídica, los mecanismos coercitivos que se derivan de la *responsabilidad* y la facultad de exigirla son completamente accesorios. Los mecanismos coercitivos en el caso de

---

<sup>388</sup> La *obligación* existe desde el momento en que se constituye el deber jurídico aunque todavía no exista responsabilidad por incumplimiento ni se haya ejercido la facultad de exigir la responsabilidad. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 208, pp. 23-24.

<sup>389</sup> *South West Africa Cases, Ethiopia v SA, Liberia v SA, Second Phase*, ICJ, 1966.

que el responsable no cumpla sus obligaciones son un mecanismo adicional y tienen una función netamente instrumental.<sup>390</sup>

En los sistemas jurídicos donde ha operado la especialización, ciertos seres humanos son los encargados de aplicar los mecanismos coercitivos para hacer cumplir los deberes jurídicos. Cabe señalar que dichos hombres, al ejecutar un mecanismo coercitivo no lo hacen a nombre propio, sino a nombre de la colectividad jurídica. El ejecutar los mecanismos de coerción a nombre de la comunidad jurídica y no a nombre propio es lo que se conoce como “monopolio del uso de la fuerza”, y tiene lugar en todo sistema jurídico donde se haya dado la revolución en el mundo de las representaciones morales de la que hablaba Habermas.<sup>391</sup>

Sin embargo, existen sistemas jurídicos donde no se ha dado la especialización al grado tal de que una persona en lo particular sea la encargada de aplicar el mecanismo coercitivo, sino que los aplican los integrantes del sistema jurídico, normalmente el propio afectado,<sup>392</sup> aunque bajo ciertas circunstancias un integrante puede aplicar el mecanismo coercitivo no defendiendo un interés legal

---

<sup>390</sup> “El objeto de una represalia debe ser provocar la reparación del Estado que ofende por la ofensa o el regreso a la legalidad mediante evitar mayores ofensas” *Naulilaa Case*, Arbitraje, Portugal v Germany, 1928.

<sup>391</sup> El establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yergue sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos”. *cf.* Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

<sup>392</sup> En derecho internacional se ha sostenido por ejemplo que “si una situación surge de forma que, desde el punto de vista de un Estado, resulta en la violación de una obligación internacional por otro Estado, el primero está facultado, dentro de los límites del derecho internacional, al uso de la fuerza armada para afirmar sus derechos a través de contramedidas.... toda contramedida debe, en primera instancia, tener algún grado de equivalencia con la violación alegada, esta es una bien establecida regla ... juzgar la proporcionalidad de una contramedida no es un función fácil y puede a lo más ser lleva a cabo mediante aproximación. Es esencial no solamente tomar en cuenta las injurias sufridas..., sino también la importancia de las cuestiones de principio que surgen de la violación alegada....” *Air Services Agreement Case*, France v US, Arbitral Tribunal, 1978, 81, 83.

propio sino uno colectivo.<sup>393</sup> Lo importante es que el monopolio del uso de la fuerza se conserva porque la ejecución del mecanismo coercitivo se realiza no a nombre de quien juega el papel de verdugo, sino de la comunidad jurídica, esto aun cuando lo haga defendiendo un interés propio. La descentralización en cuanto a la aplicación de la ley no impide la estricta monopolización de la medida coercitiva como tal. En este sentido Kelsen refería que era indispensable distinguir entre matar como delito (en contra de una obligación establecida por el régimen jurídico) y matar como sanción (ejerciendo el mecanismo coercitivo a nombre de la comunidad).<sup>394</sup>

### 2.4.3 Pacta sunt servanda (el papel de la Grundlegung)

Toda norma tiene como característica esencial su “fuerza obligatoria”, la convención no es la excepción. La norma convencional es heterónoma, es decir, impuesta por el sistema jurídico.<sup>395</sup> Derivado de esta heteronomía, en el derecho romano se decía que el deudor en una convención se encontraba en un estado de sujeción (*nexum*) frente al acreedor.<sup>396</sup> Como dicho estado de sujeción era ejercido realmente por el acreedor a través de cadenas, no se distinguió si el *nexum*<sup>397</sup> derivaba del sistema jurídico o de una relación de fuerza.

---

<sup>393</sup> El artículo 54 de Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Estatal establece: “Este capítulo es sin perjuicio del derecho de cualquier Estado, titulado bajo el artículo 48, párrafo 1, a invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas legales contra ese Estado para asegurar el cese de la violación o la reparación en el interés del Estado afecto o de los beneficiarios de la violación afectada” Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, pp. 302 y ss.

<sup>394</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 75.

<sup>395</sup> No por un soberano

<sup>396</sup> Robles Farías, Diego, *op. cit.*, nota 321, p. 500.

<sup>397</sup> En la época de las doce tablas, *nexum* era la venta que alguien hiciese de sí mismo o de los sujetos a su potestad con fines de garantía de una obligación. Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Historia del derecho romano*, (trad. Francisco de Pelsmaecker E Ibáñez), Madrid, Reus, S.A., 1974, p. 85; Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, (trad. José M. Caramés Ferro), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973, p. 223. Sohm, Rodolfo, *op. cit.*, nota 296, p. 43.

Es importante distinguir la heteronomía de la norma convencional, de la autonomía que priva en el procedimiento que la crea. Vista como norma, la convención, nace del libre ejercicio de un poder para celebrarla que detentan quienes crean dicha norma, pero una vez ejercida dicha facultad y creada la norma, esta última tiene fuerza obligatoria con independencia del querer de quien la hizo, en este sentido es heterónoma.

Esta distinción entre autonomía en el procedimiento de creación de la norma y heteronomía en su vigencia aplica en general para toda norma jurídica. La distinción subyace en el fondo mismo de la definición de estado de derecho. Así por ejemplo, el legislativo de un país tiene libertad para crear o no una norma, de acuerdo al sistema legal que lo rija, pero una vez creada, le aplica al mismo legislativo aun contra su voluntad, la generalidad de la ley y su característica de imperativo atributiva son básicas para el derecho, y priva en cualquier sociedad donde se haya dado la revolución de las representaciones morales de Habermas. A esto se refería Bracton cuando sostenía “*Quod rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*”.

La fuerza obligatoria de la norma convencional se manifiesta desde luego en el hecho de que las partes contratantes no pueden liberarse unilateralmente de las obligaciones creadas por la convención, no obstante que hayan sido autónomamente creadas. La obligatoriedad de la norma que nace de un acto jurídico, no depende del arbitrio de la parte o partes que intervengan en el acto.<sup>398</sup> Tal es la diferencia entre estar obligado y no estarlo.

Si estamos en presencia de un sistema jurídico en el que las normas prevalezcan sobre las partes litigantes, como normas jurídicas previas y vinculantes para todos; donde además se faculte a los órganos de dicho sistema a crear normas convencionales; necesariamente dicho sistema incorporará la

---

<sup>398</sup> “Todas las obligaciones que nacen del acto jurídico privado.... se crean por un procedimiento autónomo, pero una vez ya elaboradas, tienen vigencia heterónoma, es decir, nacen por voluntad del obligado y en este sentido existe autonomía en su formación, pero una vez creadas, tienen vigencia independientemente del arbitrio del obligado y, por lo tanto, existe heteronomía en sus efectos o vigencia” Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 208, p. 49.



disposición jurídica *Pacta Sunt Servanda*.<sup>399</sup> los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos.

---

<sup>399</sup> *Pacta Sunt Servanda*, conocida también como la “santificación de los contratos”, ha sido considerada como una norma fundamental para el funcionamiento de toda sociedad. El principio de que la palabra de uno debe mantenerse aún frente a los enemigos tiene fuertes raíces morales y religiosas y ha estado presente a lo largo de todas las culturas y en todos los sistemas jurídicos; forma parte del derecho internacional como principio general de derecho y como derecho internacional general (contrapuesto al derecho internacional particular generado por tratados). Wehberg, Hans, “Pacta Sunt Servanda” *AJIL*, October 1959, vol. 53, Issue 4, pp. 775, 784.

Es interesante señalar que hasta el padre de la teoría soberana sostenía la validez del principio *pacta sunt servanda* y decía que “en cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina”, igualmente sostenía que el *pacta sunt servanda* era parte de la ley natural por lo que “el príncipe soberano está obligado al cumplimiento de los contratos hechos por él, tanto con sus súbditos como con los extranjeros..... su obligación es doble: por la equidad natural, que quiere que las convenciones y promesas sean mantenidas, y, además, por la confianza depositada en el príncipe, quien debe mantenerla aunque sea en perjuicio suyo.... No hay delito más odioso que un príncipe en perjurio.... En esto convienen casi todos los doctores en derecho, si se considera que el mismo Dios, como dice el Maestro de Sentencias, queda obligado a su promesa”. *cfr.* Bodin, J, *op. cit.*, nota 107, pp. 156-157 y 147.

En el otro extremo, el padre de la política, haciendo caso omiso de todo derecho y norma jurídica, anuló el *pacta sunt servanda* y propuso: “no debe, pues, un príncipe ser fiel a su promesa cuando esa fidelidad le perjudica y han desaparecido las causas que le hicieron prometerla” Maquiavelo, Nicolás, “El Príncipe”, en *Obras Políticas*, La Habana, Editora de Ciencias Sociales, 1971, Capítulo XVIII, p. 340.

Hegel por su parte sostuvo que el “punto de partida [del derecho] es la *voluntad*”, que el derecho internacional “depende de la voluntad de distintos soberanos” y que los tratados sólo son validos en tanto contribuyeran al bienestar de los mismos Estados “puesto que los Estados en su relación de independencia uno frente al otro son como voluntades particulares, y la validez de los tratados depende de ellas, y puesto que la voluntad particular de la totalidad es en cuanto a su contenido, su bienestar en general constituye la ley suprema de la conducta de los Estados con los demás”, *cfr.* Hegel, G.W.F, *op. cit.*, nota 154, § 4, 330 y 336.

Las observaciones de Hegel fueron útiles para todos aquellos, como Jellinek, que basados en la idea soberana sostenían la existencia simultanea del derecho internacional y el Estado implicaba cierta contradicción, ya que el Estado es superior a todo principio jurídico. Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 79, p. 562.

*Pacta sunt servanda* no es una disposición legal que nace con la norma convencional, ni que se presenta solamente *vis-à-vis* las partes contratantes, de manera sinalagmática, *erga singulum*, sino que es una obligación *erga omnes*, impuesta por la comunidad jurídica, el sistema jurídico, la *grundlegung* a la que pertenecen las partes contratantes.<sup>400</sup>

Si las partes de una convención pudieran unilateralmente determinar cuando cumplirla o no, el valor jurídico de la misma quedaría en tela de juicio. El cumplimiento de una obligación jurídica no es optativo; el carácter jurídico de la convención se manifiesta así en su fuerza vinculante, en su obligatoriedad.

La Corte Internacional de Justicia ha sostenido al respecto que inclusive en el caso de que las dos partes de un tratado incumplan sus obligaciones mutuamente “ello no lleva al tratado a su fin ni justifica su terminación. La Corte sentaría un precedente de implicaciones trastornadoras en las relaciones contractuales y en la integridad de la norma *pacta sunt servanda* si concluyera que un tratado en fuerza entre Estados... puede ser anulado de manera unilateral bajo el argumento de incumplimiento recíproco”.<sup>401</sup>

¿De dónde viene la fuerza obligatoria de la norma convencional? Esta pregunta es en esencia similar a la diversa ¿De dónde viene la fuerza obligatoria del derecho? En otro trabajo hemos discutido ampliamente este punto,<sup>402</sup> baste

---

Las excepciones a *pacta sunt servanda* fueron justificadas en la *raison d'Etat*, superior a toda legalidad, con su máxima expresión en Spinoza, quien dijo “nadie ... está obligado a mantener los pactos, sino por la esperanza de algún bien o por el temor de algún mal ... ¿Quién, en efecto, se fiaría de las palabras y promesas de aquel que tiene la potestad suprema y el derecho a hacerlo todo, y cuya suprema ley es la salvación y la utilidad de su Estado, a menos que sea un necio, que desconoce el derecho de las supremas potestades? ... nadie que está al frente de un Estado puede, sin cometer un crimen, cumplir sus promesas en detrimento de su Estado”, Spinoza, Baruch, *Tratado teológico político*, (1670) Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 343.

<sup>400</sup> Basdevant, Jules, *Regles générales du droit de la paix*, Hague Academy Recueil des Cours, 58, 1936, IV, p. 643.

<sup>401</sup> *Case concerning the Gabcikovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

<sup>402</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 43 y ss.

por el momento tener bien presente la diferencia abismal que Hart ha subrayado entre *fui obligado* y *tuve una obligación*.<sup>403</sup>

Por el momento podemos contestar a las preguntas: ¿De dónde viene la fuerza obligatoria de la convención?, ¿por qué el efecto de la convención es obligar a los contratantes?, sin necesidad de resolver el “nudo gordiano”: ¿De dónde viene la fuerza obligatoria del derecho? La respuesta a las primeras inquietudes es que la disposición convencional es derecho y está inserta en un sistema jurídico de base, en un *grundlegung*, que la reconoce como suya, le da vida y fuerza, y como tal es obligatoria.<sup>404</sup>

El problema de la obligatoriedad de la convención es entonces el del fundamento de validez de la norma convencional. Esta pregunta es similar a aquella de ¿por qué una ley cualquiera es válida dentro de un sistema jurídico? La respuesta a ambas interrogantes es que tanto la ley como la convención son obligatorias cuando, y en la medida, en que el sistema legal respectivo, *grundlegung*, las reconoce y considera como situaciones generadoras de derecho.

En lenguaje de Hart, la convención es obligatoria cuando y en la medida en que una norma secundaria autoriza a ciertos sujetos, que gozan de *personalidad jurídica* suficiente dentro de dicho sistema jurídico para crear una norma primaria por medio de la celebración de una convención.<sup>405</sup>

Más aun, una norma convencional es obligatoria en el sistema legal S no sólo porque haya sido creada conforme al procedimiento previsto en éste; una disposición jurídica que se aplica, aunque no haya sido previamente emitida por órgano alguno del sistema legal donde se aplica, pasa a existir para dicho sistema jurídico por motivo de la *introducción* que de la misma hace a dicho sistema jurídico, un órgano autorizado por él mismo para ello.

La obligatoriedad de los contratos, norma *pacta sunt servanda*, se aplica no solamente a los contratos creados conforme al sistema legal S, sino también a los

---

<sup>403</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 203, p. 103.

<sup>404</sup> “Un contrato no tiene fuerza obligatoria sino en virtud de una ley que le da valor jurídico”. Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, p. 46.

<sup>405</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 203, pp. 99 y ss.

contratos reconocidos por dicho sistema legal.<sup>406</sup> *Pacta sunt servanda* es la base para el cumplimiento de las provisiones convencionales, cumplimiento que se manifiesta en cuatro vertientes:

- I) Exactitud en el tiempo; esto es, el deber convencional debe cumplirse en el tiempo convenido;
- II) Exactitud de modo, es decir, el deber convencional debe cumplirse en la forma convenida;
- III) Exactitud en el espacio, que implica que el deber convencional se cumpla en el lugar convenido, y
- IV) Exactitud en la sustancia, esto es, que el deber convencional se cumpla en la cosa convenida.

Los diversos sistemas jurídicos de base, *Grundlegung*, frente a la falta de estipulación expresa de las partes contratantes respecto a estas cuatro formas de cumplimiento, han desarrollado normas que suplen el *consensus* omiso de las partes que crearon la norma convencional. Ejemplo de una norma supletoria de tal tipo es aquella que establece que a falta disposición de las partes, la obligación debe ser cumplida en el domicilio del deudor.<sup>407</sup> Sin embargo dichas normas son particulares de cada sistema jurídico y por ello no las comentaremos en un estudio que pretende ser general.

Cabe señalar también, que en un sistema jurídico sencillo como el internacional, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que *pacta sunt servanda* forma parte del derecho internacional consuetudinario (también llamado general y contrapuesto al derecho internacional particular que surge por tratados), y que se integra por dos elementos de igual importancia: obligatoriedad para las partes y ejecución de buena fe. El último elemento implica que “el propósito del tratado y las intenciones de las partes al concluirlo, deben prevalecer sobre una aplicación

---

<sup>406</sup> Al respecto, por ejemplo el artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México establece que “Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República”.

<sup>407</sup> Artículo 1369 del Código Civil del Estado de Puebla, México, 1978.

literal. El principio de buena fe obliga a las partes a ejecutar sus compromisos de una manera razonable de forma que el propósito pueda ser alcanzado”.<sup>408</sup>

#### 2.4.3.1 *Rebus sic stantibus*

*Pacta sunt servanda* es tan importante para la comunidad jurídica que en principio no tiene excepción alguna, como tampoco debe tenerla el principio de la obligatoriedad de la ley, ni aun en circunstancias extremas.

No obstante, existen situaciones legalmente previstas en los sistemas legales que permiten, bajo ciertos supuestos que el incumplimiento de la ley no de lugar a responsabilidad. A este respecto y en materia de contratos es importante distinguir entre dos tipos de contratos: transacciones discretas y transacciones continuas. Ejemplo de una transacción discreta es la compra de un refresco o abordar un taxi, una transacción continua es por ejemplo el desarrollo y construcción de un proyecto de centro comercial. La teoría tradicional del contrato ha puesto énfasis en la aplicación del principio *pacta sunt servanda* en los contratos discretos, sin embargo, en los contratos continuos el principio *pacta sunt servanda* es revalorado. En los contratos continuos se espera que las partes sean cooperativas sobre un periodo de tiempo más o menos largo y la mayoría de las veces no es posible especificar todas las estipulaciones desde el inicio de la relación contractual; las partes deben ajustar su relación conforme ésta se desarrolla progresivamente.<sup>409</sup> De esta forma, el principio *pacta sunt servanda* se matiza pues el contrato se va modificando a lo largo de su vida.<sup>410</sup> En este contexto los distintos sistemas legales han desarrollado diversas teorías: *imprevisión*, *force majeure*, *hardship*, *rebus sic stantibus*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *excesiva*

---

<sup>408</sup> *Case concerning the Gabcikovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

<sup>409</sup> Sharma, K.M., “From ‘sanctity’ to ‘fairness’: an uneasy transition in the law of contracts”, en *New York Law Journal of International & Comparative Law*, No. 95, 1999, pp. 122 y ss.

<sup>410</sup> “La idea de que los contratos deben en toda circunstancia ser ejecutado de acuerdo a su tener, ... es opuesta a la experiencia universal y diaria de la humanidad y a los requerimientos del buen sentido y la justicia” Mann, F.A., “State contracts and state responsibility”, en *American Journal of International Law*, vol. 54, No. 3, julio 1960, p. 303 y ss.

*onerosità sopravvenuta*; cada una de dichas teorías tiene sus peculiaridades específicas pero todas intentan suavizar el principio de cumplimiento estricto de los contratos de largo plazo. ¿Cómo mantener *pacta sunt servanda* respecto de un contrato que evoluciona?

En esta sección trataremos una excepción a *pacta sunt servanda* denominada *rebus sic stantibus*. Esta excepción ha sido reconocida en muchos sistemas legales nacionales y en el sistema jurídico internacional ha sido calificada de principio general de derecho.

*Rebus sic stantibus* es una excusa que se argumenta con base en la falta de la voluntad convencional, fundamento de las obligaciones contractuales mismas. La observación es que si las obligaciones contractuales nacen del *consensus*, y si tiene lugar un evento totalmente fuera de lo contemplado por las partes de forma que dicho evento cambia totalmente la naturaleza de los riesgos contractuales previstos, cabe cuestionarse si en tal caso realmente existió el *consensus* respecto a dicho evento.

El texto latino que da origen a la teoría reza: *Contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futurum, rebus sic stantibus intelligentur*, que traducido libremente significa: Los contratos que prevén ejecución sucesiva sobre un periodo futuro de tiempo deben ser entendidos sujetos a la condición de que las circunstancias permanezcan iguales. Bajo *rebus sic stantibus* toda convención es obligatoria mientras las circunstancias bajo las cuales fue concluida no se hubiesen modificado en lo fundamental.

En derecho internacional consuetudinario la excepción *rebus sic stantibus* ha sido incorporada en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. La idea que subyace es la existencia de un evento no previsto y por lo tanto no consentido por las partes, de forma que las circunstancias en las que se basó el *consensus* cambian radicalmente; el apartado (b) del numeral citado menciona que el cambio de circunstancias debe transformar radicalmente el nivel de las obligaciones a llevar a cabo; el apartado (a) señala que dichas circunstancias debieron haber constituido base esencial del consentimiento de las partes para concluir el tratado.

Por su parte la teoría francesa ha creado una excepción al cumplimiento de las obligaciones convencionales muy parecida a *rebus sic stantibus*, la *imprevisión*, que establece que si se dan circunstancias que fueron imposibles de prever al momento de celebrar el convenio y éstas son de carácter extraordinario, de forma tal que el obligar al deudor a atenerse a lo pactado resulte en absoluto desacuerdo con la justicia y equidad, entonces la norma convencional debe considerarse no obligatoria.<sup>411</sup>

Las excepciones como *rebus sic stantibus* o como la *imprevisión* han sido duramente criticadas porque en opinión de muchos socavan la seguridad convencional; sin embargo, parece sensato señalar que “*pacta sunt servanda* no es en realidad una regla en sí misma, sino simplemente una reflexión sobre la naturaleza de la obligación contractual”,<sup>412</sup> la excepción que aplica en ciertas circunstancias a la regla general.

En derecho internacional general la excepción *rebus sic stantibus* ha sido invocada recurrentemente. En el caso *Fisheries*, fase de jurisdicción, Islandia argumentaba ante la Corte Internacional de Justicia que el uso de nuevas técnicas pesqueras implicaba un cambio fundamental de circunstancias de tal forma que una cláusula compromisoria entre Islandia y el Reino Unido para referir disputas pesqueras a la Corte había dejado de ser obligatoria. La Corte no apoyó tal argumento y si bien reconoció que *rebus sic stantibus* existía en el derecho internacional general, un requisito básico para que operara era que el cambio de circunstancias fuera fundamental; esto es, que un cambio de circunstancias, para ser excepción a la obligatoriedad de un tratado, debería transformar la obligación a cumplir, que en este caso, el compromiso de solución de controversias que no había sido afectado por un cambio en las técnicas pesqueras a juicio de la Corte.

Por otro lado, el tribunal sostuvo que *rebus sic stantibus* no operaba automáticamente ni permitía la denuncia unilateral del convenio, sino que

---

<sup>411</sup> Enneccerus, Ludwig, *op. cit.*, nota 327, p. 206.

<sup>412</sup> Sharma, K.M., *op. cit.*, nota 409, pp. 122 y ss.

solamente confería el derecho a solicitar la declaración de terminación de la convención.<sup>413</sup>

En el proyecto Gabcikovo Nagymaros, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que un cambio fundamental de circunstancias para poder ser alegado como base para que un compromiso deje de ser obligatorio “debió haber sido imprevisto; ... [además] ... la existencia de la circunstancia en el momento en que se concluyó el tratado debió haber constituido base esencial del consentimiento de las partes para obligarse por el tratado ... [concluyendo que] ... La forma negativa y condicional de la redacción del artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ... [que incorpora la regla del derecho internacional general consuetudinario *rebus sic stantibus*] ... es indicación clara de que la estabilidad de relaciones contractuales requiere que el alegato de cambio fundamental de circunstancias sea aplicado sólo en casos excepcionales”.<sup>414</sup>

#### **2.4.4 Ámbitos de vigencia de la norma convencional**

Niboyet sostuvo que los sistemas legales estatales manifiestan su existencia a través del ejercicio de la soberanía, la cual se ejerce en un momento dado sobre un territorio y una población.<sup>415</sup> Esta visión común a la teoría jurídica estatal dio lugar a las llamadas “esferas de validez” de las normas jurídicas o más apropiadamente “ámbitos de vigencia”.<sup>416</sup>

El problema de la validez tiene especial relevancia para el derecho. Las obligaciones morales o religiosas rara vez son calificadas de inválidas, ya que dichos sistemas normativos pretenden ser de obligatoriedad universal y permanente.

---

<sup>413</sup> ICJ, 1973, *Fisheries Jurisdiction*, Jurisdiction.

<sup>414</sup> *Case concerning the Gabcikovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997, 104.

<sup>415</sup> Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, p. 233.

<sup>416</sup> Hemos visto que el término validez es identificado con otros tantos vocablos dependiendo de la escuela jurídica, validez = eficacia, validez = obligatoriedad, validez = existencia legal, validez = pertenencia a un sistema jurídico. García Castillo, Tonatuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 35 y ss. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 151. Para efectos de esta sección utilizaremos como sinónimos vigencia y validez, entendiendo como validez la obligatoriedad de la norma.



La validez de las disposiciones jurídicas deriva de que los sistemas legales que las contienen están limitados en tiempo y espacio. Las disposiciones jurídicas se ubican dentro de los límites de los sistemas legales que les dan vida; no pueden ir más lejos, tampoco aceptan nada menor. Así por ejemplo, las disposiciones de un sistema jurídico estatal son vigentes en el tiempo y en el espacio determinado por los alcances soberanos del Estado al que pertenecen. Ello da lugar a las esferas temporal y espacial de vigencia.

El que una disposición legal sea obligatoria para determinados individuos y no para otros, constituye el ámbito de vigencia personal. Cómo habrán de conducirse los hombres y qué actos deberán realizar u omitir, es lo que constituye la esfera material de vigencia.

Una disposición jurídica es obligatoria, es decir válida, si tiene suficiencia legal; es decir, si está acorde y es suficiente desde el punto de vista de los requisitos o formalidades que el sistema legal le requiere para su creación o aplicación. Cabe señalar que una norma legal no es obligatoria más que para el sistema legal que la reconoce.<sup>417</sup> Siendo los sistemas legales limitados en tiempo y espacio, una norma de un sistema jurídico determinado no será válida para otro si este último no la reconoce o la hace suya.

Así, el primer requisito para que una norma convencional sea válida es que pertenezca a un sistema legal, es decir, sea una norma de acuerdo a un sistema jurídico,<sup>418</sup> *grundlegung*.

#### 2.4.4.1 *Ámbito material (los límites a la autonomía de la voluntad)*

La teoría jurídica sostiene que en materia de convenciones opera el principio de *autonomía de la voluntad*, este principio se ha analizado desde dos vertientes:

- I) *Contenido de la norma convencional*. Desde este punto de vista, el principio de la autonomía de la voluntad sostiene que el consenso de las partes, al ser la ley suprema de las convenciones, puede establecer cualquier obligación, de forma que los que celebran el

---

<sup>417</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 203, p. 117.

<sup>418</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 49.

convenio son libres para obligarse en los términos que deseen. Bajo esta idea el ámbito de vigencia material de las convenciones es ilimitado y ninguna conducta se encuentra *a priori* excluida de una norma convencional.

- II) *Autonomía de la voluntad como fuente de la norma convencional.* En este aspecto existen dos posiciones. Por un lado se sostiene que la voluntad del sujeto es una fuente original de derecho, esto es, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de forma que el sujeto crea normas jurídicas *ab initio*. Por otro, y contrariamente a dicha postura, se sostiene que la voluntad convencional es solamente una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque ejerce una facultad reconocida por el orden legal.<sup>419</sup> La primera postura es la teoría tradicional.

La idea clásica de la *autonomía de la voluntad* se apoya en la distinción de la esfera pública y privada hecha por la teoría liberal del siglo XIX; esta distinción es paralela al binomio derecho objetivo vs. derecho subjetivo, que se apoya en la idea de que la esfera gubernamental debe limitarse a ciertas funciones protectoras de la sociedad –defensa, administración de justicia y policía– mientras que la gran mayoría de las actividades sociales y económicas deben llevarse a cabo, sin limitaciones gubernamentales, por los agentes privados.<sup>420</sup>

La absoluta libertad a la esfera privada descansa en un concepto del hombre fuera de sociedad,<sup>421</sup> considerando a ésta última simplemente como un mal necesario. En este contexto, el sistema legal debe respetar los derechos del ser humano previos a toda organización social.

La visión que fundamenta la teoría de la autonomía de la voluntad tiene su exposición máxima en la filosofía de Hegel. La conclusión de esta teoría es

---

<sup>419</sup> Alfonsín, Quintín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1950, p. 13.

<sup>420</sup> Friedman, Wolfgang, *op. cit.*, nota 301, p. 282.

<sup>421</sup> Esta descontextualización de la actividad del ser humano en la sociedad realizada por los liberales fue llamada por Marx de una manera muy elegante, que no deja de ser simpática, como “Robinsonadas” Marx, K, *El capital*, (1894), México, FCE, t. I, p. 41.

directa: el hombre aparece investido de derechos naturales reconocidos por el derecho objetivo pero, de ninguna manera, creados por este último sino simplemente reconocidos y garantizados. El binomio derecho objetivo vs. derecho subjetivo ha hecho del interés protegido por la ley, un límite al contenido del derecho objetivo, ya que si el sistema jurídico no puede crear, sino solamente registrar y endosar a través de los derechos subjetivos los intereses supremos de los seres humanos, tampoco podrá destruirlos.<sup>422</sup>

Sin necesidad de entrar a la discusión de la existencia de derechos previos al sistema legal, o del contenido mínimo de garantías que éste debe tener, una vez establecido es importante que sus normas se ubiquen por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades, por arriba de las partes litigantes, como norma jurídica previa vinculante para todos.<sup>423</sup>

Para poder llevar a cabo sus funciones el sistema legal no puede admitir excepciones. La norma jurídica debe sobreponerse a las voluntades de los que pretende regular, gobernados y gobernantes, en la sociedad debe prevalecer la *rule of law*. El sistema legal requiere de una colectividad donde la convivencia de sus integrantes esté soportada por la norma jurídica de manera *erga omnes*, no *erga singulum*, de forma que exista la obligación de no delinquir. Una sociedad no de *pactum associationis* sino de *pactum subjectionis*.<sup>424</sup> El “Estado jurídico”, aquel “que contiene las condiciones bajo las cuales cada uno puede participar de su derecho”.<sup>425</sup>

En una sociedad donde prevalece el “Estado de derecho” la autonomía de la voluntad está por necesidad limitada; la voluntad es por tanto libre dentro del

---

<sup>422</sup> Sólo así podemos entender que el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano diga: "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos del hombre ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución". Es decir, no tiene Constitución en el sentido del "concepto ideal" de Constitución propio del Estado de derecho. *cfr.* Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1952, p. 147. Para el concepto ideal de constitución véase páginas 41 y ss.

<sup>423</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

<sup>424</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 178.

<sup>425</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 132.

dominio donde el legislador no ha intervenido.<sup>426</sup> La autonomía de la voluntad no tiene lugar respecto al contenido mismo de la convención, el ámbito material. La voluntad de los contratantes no puede pasar sobre ciertas normas del *Grundlegung*, en particular no puede derogar la norma *pacta sunt servanda*, o contratar actos ilícitos.<sup>427</sup>

El ámbito de validez material de las convenciones está limitado entonces por el sistema legal de base, no todo tipo de derecho puede ser creado por contrato, tal es el caso, en los distintos sistemas jurídicos nacionales, de los derechos políticos; por convenio sólo pueden crearse obligaciones que el sistema jurídico autoriza. El principio de la autonomía de la voluntad opera solamente dentro del campo mayor o menor que la ley deja al arbitrio de los contratantes.<sup>428</sup>

Por otro lado, la voluntad convencional no es una fuente originaria de obligaciones, sino una fuente derivada. “Toda facultad jurídica como posibilidad normativa de actuar, debe estar regulada y autorizada de manera expresa, ya que

---

<sup>426</sup> Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, p. 11.

<sup>427</sup> De hecho, ciertos contratos para llevar a cabo crímenes se penan con independencia de que se hayan llevado a cabo o no actos ilícitos. Así los artículos 2º y 4º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de México establece penalidades a quien acuerde llevar a cabo ciertos crímenes de manera permanente o reiterada, sin que los mismos hayan tenido lugar. *cf.* DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o., Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 4o., AMBOS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA, ES AUTÓNOMO Y NO UNA AGRAVANTE. Del texto de los artículos 1o., 2o., párrafo primero, y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en relación con su exposición de motivos, se advierte que el solo acuerdo de la organización o la organización misma, que tenga como fin cometer algunos de los delitos precisados en el numeral 2o. citado, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la ley referida, con independencia de la sanción que le corresponda al ilícito o ilícitos cometidos. Acorde con lo anterior, debe decirse que el ilícito de mérito no es una agravante de los diversos previstos en las fracciones del citado artículo 2o. de la ley en cuestión, toda vez que las circunstancias señaladas denotan la autonomía del ilícito de delincuencia organizada, porque le dan vida propia, esto es, para su consumación no requiere de la realización de otra conducta tipificada como delito. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, Julio de 2002, Tesis: P. XXV/2002, Página: 8.

<sup>428</sup> Stiglitz, Rubén, *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 27 y ss.

constituye un acto de interferencia en la conducta ajena, que de no existir esa autorización sería ilícita”.<sup>429</sup>

La voluntad convencional solamente impone obligaciones si y sólo si, una norma secundaria regula la creación de la norma convencional y en este sentido faculta a ciertos órganos del sistema jurídico a crearla. Cuando este último prescribe que hay que conducirse de acuerdo con la convención, hace de ésta un hecho creador de normas jurídicas, y en este caso hay una delegación de una norma general en los órganos de la comunidad jurídica de mérito para crear la norma convencional. Así, la tradición jurídica romana ha sostenido que el tercer elemento del acto jurídico<sup>430</sup> (aparte de la manifestación de voluntad animada de la intención de producir efectos de derecho y del objeto que persigue dicha manifestación y que se traduce en crear, o modificar derechos y obligaciones) es el que “la norma jurídica ampare la manifestación de voluntad y reconozca los efectos deseados por los contratantes”.<sup>431</sup>

No obstante lo anterior, el principio de la *autonomía de la voluntad* debe rescatarse en materia de convenciones, pero debe ser bien entendido en sus alcances. Existe autonomía de la voluntad en el procedimiento de creación de la

---

<sup>429</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Teoría jurídica de la conducta*, México, Ediciones Botas, 1947, p. 43.

<sup>430</sup> El convenio es el acto jurídico plurilateral por excelencia. De hecho, según el sistema jurídico mexicano, el convenio y el acto jurídico tienen los mismos elementos: Esenciales: I) manifestación de voluntad, y II) objeto física y jurídicamente posible. De validez: I) capacidad, II) ausencia de vicios de la voluntad, III) forma o formalidad, y IV) objeto, motivo, fin y condición lícitos. Artículos 1794 y 1795 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

Según la tradición anglosajona, un acto jurídico, *act*, denota la manifestación externa del deseo del actor. Restatement, Second, Torts, p. 2. En un sentido más estricto significa algo hecho voluntariamente por una persona y de tal naturaleza que ciertas consecuencias legales son adheridas al mismo. Así, el donador reconoce la transmisión que hace como su “act and deed” (acto y escrito) siendo ambos términos sinónimos. *Black’s Law Dictionary*, St Paul MN, West Publishing Co., 1991. A mayor abundamiento, se puede decir que un individuo es competente para realizar un testamento si entiende la extensión de su propiedad, la identidad de los objetos naturales de su generosidad y las consecuencias de su acto 26 *New York Supplements, Second series*, 96, 100.

<sup>431</sup> Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 317, p. 10.

norma convencional, pues ella nace del ejercicio libre de la facultad otorgada a los órganos del sistema jurídico (las partes contratantes) por una norma que regula la creación de la norma convencional. La autonomía de la voluntad también está presente en cuanto a la elección del contenido de la norma convencional, pero sólo en la medida en que dicha elección tiene lugar dentro del marco del sistema jurídico, sólo en la medida en que el objeto de la convención es legal.

Además de que la voluntad convencional, el *consensus*, de los contratantes está limitada por el sistema legal, cada una de las voluntades de éstos se limita frente a la otra y en el acuerdo limitado y negociado se crea el *consensus* mismo. Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- I) Nadie puede hacerse así mismo de derechos, dado que todo derecho presupone la obligación del otro.<sup>432</sup>

En este sentido, y dentro de los confines estatistas de los que habla Ferrajoli se ha dicho que “el sujeto puede conferir derechos a otro, pues en uso de su autonomía puede auto obligarse... *pero lo que no puede nunca el sujeto es por su sola voluntad imponer un deber jurídico a otro, para auto crearse un derecho subjetivo. Esta función sólo la asume el poder jurídico soberano o estatal, que en uso de la heteronomía del derecho impone al súbdito determinados deberes jurídicos, a través de las normas de derecho, confiriendo las facultades correlativas*”.<sup>433</sup>

- II) Suponiendo un sistema jurídico donde sólo existan dos individuos, yo y el otro, la autonomía de mi voluntad en un negocio jurídico se encontraría limitada por la autonomía de la voluntad del otro, y en principio se espera que se dé una negociación entre las partes, es decir que el contrato tenga lo que el sistema jurídico anglosajón

---

<sup>432</sup> Esto no aplica al revés, los sistemas jurídicos si prevén que la declaración unilateral de voluntad genere obligaciones para sí, y por lo tanto derechos subjetivos para otros. Por ejemplo, el artículo 1804 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos establece que “Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”.

<sup>433</sup> Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 429, p. 71.

denomina “consideración” y el sistema jurídico romano-germano “causa”.<sup>434</sup>

Por esta razón, se ha dicho que las convenciones son el vehículo por medio del cual las voluntades individuales convergen al interés general, al interés común. Este interés común o general es el de las partes contratantes; uno que puede estar en conflicto inclusive con el individual de cada una de las partes, pero que está en armonía con el interés que tienen al participar en la norma convencional, como miembros que desean ser del régimen convencional. El interés común por lo tanto, no es una agregación de intereses particulares, sino la intersección de todos ellos, este interés común constituye lo que las partes son y desean ser.<sup>435</sup>

El contrato ejerce así la función de ser centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica, que implica la composición de intereses inicialmente opuestos o no coincidentes. Dichos intereses, por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada parte halla su satisfacción; de ello deriva un instrumento de utilidad para la satisfacción de las partes, de lo cual se beneficia también, indirectamente, la comunidad.<sup>436</sup>

#### 2.4.4.2 *Ámbito personal*

El ámbito personal de la norma convencional puede analizarse desde dos puntos de vista que se entremezclan: por el lado activo, se trata de saber quiénes son los facultados por el *Grundlegung* para crear dicha norma convencional; es decir quiénes ejercen la facultad legislativa convencional. Por el lado pasivo, se

---

<sup>434</sup> Debe distinguirse entre causa, consentimiento y objeto. Cada uno de estos elementos responde a un orden diferente de preocupaciones: el consentimiento: ¿ha querido el contratante?, el objeto: ¿qué ha querido?, y la causa: ¿por qué ha querido?, ¿por qué se ha comprometido el contratante a cumplir determinada obligación? *cfr.* Mazeaud, Henry y Léon & Mazeaud, Jean, *Lecciones de derecho civil, Parte II, Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral, vol. I*, (trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa–América, pp. 290 y ss.

<sup>435</sup> Allot, P, *op. cit.*, nota 353, p. 36.

<sup>436</sup> Rivera, Julio César, *op. cit.*, nota 1, p. 264.

trata de saber quiénes se encuentran vinculados por la norma convencional creada.

En la teoría jurídica los contratantes que concurren en la creación de una norma convencional son considerados entes independientes al órgano legislativo convencional. El acuerdo de voluntades que crea la norma convencional, la voluntad que se pone de acuerdo con otra voluntad, se denomina *consensus*, el cual no es la simple suma de voluntades. La voluntad contractual, el *consensus*, es la que crea la norma convencional y se presenta como una voluntad distinta de las voluntades individuales de los contratantes,<sup>437</sup> en este sentido es una voluntad general que incorpora el interés común de las partes negociantes como miembros de la comunidad jurídica de mérito. Cada contrato es así un trasunto de la voluntad de las partes, por lo que reconocerlo y respetarlo equivale a reconocer y respetar lo que las partes estipularon.<sup>438</sup> Por esta razón, una vez formada la voluntad contractual sólo el mutuo disenso, u otra norma jurídica superior puede derogar aquello que creó el *consensus*.

Algo similar sucede con los órganos legislativos que crean leyes en los sistemas jurídicos estatales; no es la voluntad de un senador, de un diputado, de un representante, sino la voluntad conjunta de todos ellos, la voluntad legislativa, que se distingue de los primeros y que es la que da vida a la norma convencional. Esta comunión de entes que crean la norma convencional es un órgano del sistema jurídico de mérito en tanto dicha función se encuentra regulada por un precepto del sistema jurídico señalado.

El órgano del sistema legal que crea la norma convencional cumple una función de legislador.<sup>439</sup> Normalmente mediante el procedimiento convencional las partes contratantes generan una norma primaria que establece deberes jurídicos entre las mismas y las vincula mediante un *nexum*. La regla general, es que la norma convencional es obligatoria, en principio, a las partes que intervinieron en su proceso de creación, *res inter alios acta*.

---

<sup>437</sup> Tamayo Lombana, Alberto, *op. cit.*, nota 317, p. 126 y ss.

<sup>438</sup> Alfonsín, Quintín, *op. cit.*, nota 419, p. 14.

<sup>439</sup> “Los Estados que hacen un tratado son legisladores”. *cf.* Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, p. 290



No obstante esta regla general, nada impide que una norma convencional sea oponible a sujetos que no intervinieron en su creación. Así una convención llevada a cabo a través de un representante, tendrá efectos no sobre el que intervino en su creación, el representante mismo, sino sobre el representado, aunque este último no haya participado en la creación de la norma convencional.<sup>440</sup>

Puede ser el caso, inclusive, que una norma convencional sea oponible *erga omnes*, a toda la comunidad jurídica, por el tipo de deber jurídico creado. Tal cosa sucede en las convenciones que estatuyen derechos reales, como lo sería la creación de una servidumbre, derechos que por su naturaleza son oponibles a todos y por lo tanto generan obligaciones a cargo de un número indefinido de personas que no han participado en la conclusión del negocio jurídico.<sup>441</sup> Es importante señalar que esta oponibilidad general, la característica de *erga omnes*, no nace de la voluntad de las partes, no se pacta, sino que la establece la

---

<sup>440</sup> Tal es el caso de la llamada representación directa o propia. Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, (trad., Fontanorrosa, Sentis Melendo, Volterra), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, t.I, p. 241.

<sup>441</sup> REGISTRO PÚBLICO, EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES EN EL. TERCERIAS. La inscripción en el Registro público de la propiedad no es en nuestra legislación elemento constitutivo del derecho de propiedad, sino que sus efectos son solamente declarativos de ese derecho. Por tanto, no puede sostenerse que porque un contrato privado no estaba inscrito, no pueda surtir efectos contra el tercero que embarga el bien objeto del contrato no inscrito, toda vez que no puede admitirse que sea válido un derecho derivado de un crédito quirografario sobre bienes ajenos al demandado, sólo porque los títulos de propiedad de los mismos no se encuentren registrados.

Siendo la venta, por naturaleza, traslativa de dominio y el derecho de propiedad un derecho real absoluto y, por lo mismo, oponible a todos, y teniendo, por otra parte, la tercería excluyente de dominio por finalidad excluir la afectación de los bienes resultantes del embargo, previa la declaración de que el dominio de los mismos corresponde al tercer opositor excluyente, si éste ha dejado acreditado su derecho de propiedad sobre el bien que trata de excluir, con el testimonio de la escritura del contrato de compraventa por el que lo adquirió, no puede admitirse que por el hecho de no estar inscrito el mencionado testimonio en el Registro Público de la Propiedad y en el de Comercio, sólo puede surtir efectos entre las partes contratantes y no en relación a terceros. Amparo directo 2852/57.- Francisco Cepeda Cruz.- 10 de marzo de 1958.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Tercera Sala, Sexta Época, vol. IX, p.102.

*Grundlegung*, la impone la ley como característica del derecho creado. Para algunos estudiosos el hecho de la oponibilidad *erga omnes*, aparece como una contradicción a la naturaleza de la convención, sin embargo, esto no es más que evidencia de que la norma convencional no puede ser entendida por si misma, aislada del sistema jurídico de base al que pertenece. La validez de una norma convencional más allá de las partes que intervinieron en su celebración es otra limitación al llamado principio de autonomía que opera en la creación de la norma convencional.

#### 2.4.4.3 *Ámbito temporal*

Es importante distinguir el momento en que *nace* la norma convencional (momento de celebración, conclusión del procedimiento convencional, perfeccionamiento de la norma), del momento en que se debe *cumplir* con lo ordenado por dicha norma convencional. Si ambos momentos coinciden, el de celebración y cumplimiento, se dice que la convención es instantánea. Si el momento en que nace la norma convencional es uno y el del cumplimiento de lo ordenado otro, pero dicho cumplimiento debe tener lugar en un único instante, la convención sigue siendo instantánea pero de ejecución diferida. Si la ejecución se da a través de cierto lapso de tiempo, entonces, la norma convencional necesariamente tendrá una vigencia determinada; en este caso se trata de convenciones de tracto sucesivo.

Cabe señalar que el momento en que nace la norma convencional difiere del momento en que debe ejecutarse debido a que existe una condición o término. En este caso es importante tomar en cuenta que concluido el procedimiento contractual, y creada la norma convencional ésta es ya obligatoria, no obstante que su ejecución esté suspendida. Lo que la condición o el término suspenden no es la norma convencional, es decir su fuerza obligatoria, sino la ejecución de la misma.

Hablar de vigencia temporal de una norma convencional sólo tiene sentido cuando la creación de la norma y su ejecución o cumplimiento no se lleva a cabo en el mismo momento. El periodo de vigencia de la norma convencional puede

hallarse determinado por el sistema legal al que pertenece dicha norma, el *Grundlegung*, o por la convención misma.

Las obligaciones morales o los deberes de conciencia no tienen vigencia temporal acotada, un año, un mes. En contraposición, las obligaciones legales pueden extinguirse con el transcurso del tiempo si el *Grundlegung* o la convención misma prevén la prescripción.

Por otro lado la convención deja de ser obligatoria en el momento en que se cumple con lo ordenado por ella, a consecuencia de la realización de las prestaciones y contraprestaciones (lo anterior supone que dichas prestaciones y contraprestaciones son limitadas en tiempo y objeto). La norma convencional también deja de tener vigencia por la realización de un acontecimiento previsto en la misma convención, o en el sistema jurídico. Puede suceder también que el sistema legal considere los supuestos de *rebus sic stantibus*, violación sustancial, imposibilidad absoluta como causales de terminación de la norma convencional.

A falta de disposición expresa, la norma convencional es vigente mientras el mutuo disenso (*mutuus dessensus*, que consiste en el acuerdo de las partes para poner fin a la convención) u otra norma superior del *grundlegung* no la eliminan del sistema legal. La anterior observación es válida para el caso de cualquier norma, inclusive la creada por el poder legislativo de los Estados nacionales, donde dicha norma permanece válida mientras el *dessensus* abrogativo u otro *consensus* sustitutivo del mismo legislativo, o una norma superior, una determinación de un tribunal constitucional por ejemplo, no la elimine del sistema legal.

Una norma convencional puede dejar de ser obligatoria también si el sistema jurídico de mérito prevé la posibilidad de *denuncia*, misma que consiste en un acto unilateral para retirarse de la convención. Normalmente la denuncia no es posible en todo momento, sino sólo en una época determinada, pasado dicho plazo, si continuara la posibilidad de denunciar la convención, el valor jurídico de la misma estaría muy en duda.

Puede ser el caso que una convención dependa, para perfeccionar su existencia o bien para mantener su vigencia, de la existencia o validez de otra norma convencional. Una convención es *principal* cuando existe o es válida por sí

misma; es accesoria cuando depende para su existencia o validez de otra norma convencional. En teoría jurídica esta relación se expresa bajo la frase “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” porque la nulidad o inexistencia del segundo origina a su vez la nulidad o inexistencia del accesorio.

Normalmente las convenciones accesorias se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, en este caso la dependencia es unilateral, pues el contrato accesorio depende del principal pero no a la inversa. Lo anterior no excluye la posibilidad de dependencia bilateral, por ejemplo cuando hay una liga de dos contratos en razón de su mismo fin, de tal suerte que no se hubiere celebrado uno de ellos independientemente del otro, además de que ninguno puede subsistir en forma aislada.

#### 2.4.4.4 *Ámbito territorial*

Generalmente las disposiciones legales establecidas por los gobiernos de los Estados nacionales limitan su validez al territorio de éstos y no pueden ser válidas en el extranjero (*leges non obligant extra territorium*), lo anterior es una consecuencia directa del principio de la soberanía estatal.<sup>442</sup>

Lo curioso es que tratándose de normas convencionales la postura es totalmente distinta. Los convenios validamente celebrados de acuerdo a un sistema legal estatal no tienen obligatoriedad únicamente en determinado territorio estatal. Al respecto existe el argumento de que la validez de los convenios más allá de las fronteras de los países donde fueron celebrados deriva del reconocimiento recíproco de los distintos órdenes jurídicos soberanos, del respeto de las soberanías.<sup>443</sup>

La anterior solución se queda corta para explicar el caso de los convenios celebrados entre personas de distinta nacionalidad y cuyos efectos se planea

---

<sup>442</sup> “Un Estado no puede ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado. En este sentido su jurisdicción es ciertamente territorial; ésta no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio excepto por virtud de una regla permitida derivada de la costumbre internacional o de una convención” *SS Lotus Case, France v. Turkey, 1927, PCIJ.*

<sup>443</sup> Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, p. 240.

tengan lugar en diferentes Estados, o bien entre personas apátridas, o de normas contractuales que pueden no estar referidas a ningún territorio soberano. Esto ha llevado a decir a prestigiosos estudiosos que dichos convenios forman regímenes jurídicos autocontenidos,<sup>444</sup> los cuales no dependen de ningún sistema jurídico en particular.<sup>445</sup>

Por nuestra parte basta citar un famoso pasaje en la materia: “La idea de que las partes contratantes tienen libertad no solo de escoger el sistema legal aplicable a su contrato, sino también de crear su propio sistema legal que es independiente, exhaustivo y soberano, respecto del cual los sistemas legales nacionales y el derecho internacional son inferiores es una idea doctrinariamente inatractiva, impracticable, subversiva del derecho internacional público, peligrosa desde el punto de vista de la política legal e innecesaria ... difícilmente se requiere enfatizar que cada relación legal en general y cada contrato en particular debe necesariamente estar gobernada por un sistema legal.”<sup>446</sup>

El hecho de que la norma convencional no esté limitada espacialmente, fenómeno que parece “curioso” a los ojos de muchos, no tiene otra explicación

---

<sup>444</sup> El concepto de sistema jurídico autocontenido surgió de aquellos subsistemas legales que incluyen en si mismos los remedios y las vías para salvar cualquier violación al mismo, al respecto veáse Simma, Bruno, “Self – contained regimes” en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XVI, 1985, pp. 111 – 135.

<sup>445</sup> Entre ellos, el más famoso es Verdross, quien dijo que “Estos acuerdos, no siendo contratos gobernados por derecho nacional ni tratados gobernados por derecho internacional, forman un tercer grupo de acuerdos, caracterizados por el hecho de que los derechos privados establecidos por ellos son gobernados por un nuevo orden legal, creado por la concurrencia de las voluntades de las partes; esto es, la *lex contractus* acordada”, en “The status of foreign private interests stemming from economic development agreements with arbitration clauses”, *International and Comparative Law Center, Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments* 117, 1964, p. 121, citado por Spofford, Charles, “Third party judgment and international economic transactions”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1964, vol. III, t. 113, p. 192. Para una crítica de la postura de Verdross véase a Goldschmidt, Werner, “Transactions between States and public firms and foreign private firms (a methodological study)”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1972, vol. II, t. 136, p. 258.

<sup>446</sup> Mann, F.A., “The proper law of contracts concluded by international persons”, en *British Yearbook of International Law*, 1959, p. 49.

más adecuada que la *Grundlegung*, o sistema jurídico de base que rige dichos convenios, no es un derecho nacional en particular, sino el derecho internacional general y por ello el ámbito de validez espacial de la norma convencional resulta universal. Este punto se discutirá con mayor profundidad posteriormente.

#### **2.4.5 Clases de normas convencionales**

Con el fin de entender mejor la naturaleza de la norma convencional pasemos ahora a analizar algunas clasificaciones hoy tradicionales.

Los civilistas franceses distinguieron entre convención onerosa y gratuita. Dicha precisión fue calificada por Josserand como “una de las claves del derecho francés...[*que interesa*]... a los actos jurídicos en general... no hay uno solo de ellos que no deba necesariamente entrar en uno de los dos términos de esta ... *summa divisio* ... clasificación magistral, que interesa al mismo tiempo a la forma y al fondo del derecho, a su exteriorización y esencia”.<sup>447</sup>

Para entender esta *summa divisio* es necesario utilizar nuevos términos: provechos y gravámenes; estos pueden entenderse, en un sentido muy amplio, como las ganancias y pérdidas derivadas del cumplimiento de la norma convencional. Los provechos y gravámenes deben distinguirse de los derechos y obligaciones establecidos por la norma convencional. El cumplimiento de derechos y obligaciones genera provechos y gravámenes. Los derechos y obligaciones nacen con la norma convencional, los provechos y gravámenes nacen con el cumplimiento de lo ordenado por la norma convencional. Los derechos y obligaciones son noumenos, los provechos y gravámenes fenómenos.

En principio la convención onerosa es aquella que impone provechos y gravámenes recíprocos. La convención se dice gratuita cuando los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra. La teoría clásica francesa señala que la manera de distinguir entre un acto jurídico oneroso y uno gratuito es con base en la causa, es decir, la intención de liberalidad de quien soporta los gravámenes.

---

<sup>447</sup> Josserand, L, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, (trad. José María Cajica), Jose Cajica Jr. Editor, Puebla, 1946, p. 270.

No obstante lo anterior, en un contrato cada una de las partes hace un cálculo que debe no coincidir con el de la contraparte, respecto del resultado neto de los provechos que recibe y los gravámenes que carga; ante esto cabe la pregunta ¿cómo penetrar en los pensamientos que permaneciendo en el fuero interno del disponente, no se han exteriorizado en el acto que se trata de interpretar?

Ante esta situación algunos autores han señalado que un contrato es oneroso si en el cumplimiento del mismo se mantiene cierto equilibrio económico entre las partes, de forma que el resultado neto entre provechos y gravámenes es cero: en este sentido se habla de equivalentes o compensaciones en las prestaciones. Será gratuito aquel contrato en que una de las partes proporciona al otro una ventaja sin equivalente alguno, de forma que el primero sufre la disminución patrimonial consiguiente.<sup>448</sup> Al respecto, cabe subrayar que los contratos onerosos implican para cada una de las partes el cálculo de que el beneficio obtenido será mayor al gravamen sufrido, y esto se da al mismo tiempo para ambas partes, si no fuera el caso nunca se celebrarían convenciones. En efecto, desde el punto de vista de un observador externo a la relación convencional existen muchos contratos donde aparentemente las ventajas económicas son mayores para una de las partes y no por ello pueden considerarse como gratuitos. Así, se habla entonces de que para que un convenio se considere oneroso se requiere solamente la apreciación subjetiva de las partes, distinguiéndose así equivalencia objetiva de equivalencia subjetiva.

Para Josserand el elemento interno del contrato es indispensable para calificarlo de gratuito. El *animus donandi*, o la intención de liberalidad da la característica de gratuidad.<sup>449</sup>

La distinción entre convenciones onerosas y gratuitas refiere a la exteriorización del derecho (el cumplimiento de la convención, un hecho fenoménico) y no tiene nada que ver con la norma convencional misma, los

---

<sup>448</sup> Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Editorial Reus, 1951, t. III, Derecho de Obligaciones, p. 311.

<sup>449</sup> Josserand, L, *op. cit.*, nota 447, p. 315.

derechos y obligaciones, un hecho nouménico. Los civilistas franceses en esta *summa divisio* mezclaron derechos y obligaciones con provechos y gravámenes.

No debe confundirse el binomio unilateral vs. bilateral con el binomio oneroso vs. gratuito, el primero refiere derechos y obligaciones, el segundo refiere ganancias y pérdidas. Los dos binomios no se duplican, uno pertenece al mundo nouménico, otro al fenoménico. Así no hay contradicción en que una convención sea a la vez bilateral y gratuita; el comodato, por ejemplo, es gratuito (impone gravámenes para una sola de las partes) y al mismo tiempo bilateral (impone obligaciones a ambas partes), ya que el comodante “debe” entregar la cosa al comodatario, quien no pagará por su uso, y éste “debe” restituírsela al primero al final del término pactado.

Nuevamente, considerando el sentido exterior del convenio, su cumplimiento, vemos que las normas convencionales pueden ser conmutativas cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde su celebración, o aleatorias, si dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta sino hasta que se realice dicha condición o término. Por ejemplo, la compra de esperanza es un contrato aleatorio, así, en la compra de una cosecha se adquieren los frutos futuros o los productos inciertos de un hecho, que puede realizarse o no.

Los contratos aleatorios se definen por dos condiciones, las cuales deciden qué parte llevará a cabo la carga de la convención. Una de las partes perderá o ganará porque el acontecimiento sucederá o no, de manera inevitable, piénsese por ejemplo en la apuesta. El contrato aleatorio contiene así dos obligaciones condicionales y excluyentes; una de las partes se obliga bajo una condición, y la otra bajo la condición opuesta; de suerte que no pudiendo estas dos ni existir a un mismo tiempo, ni faltar a un mismo tiempo, una de las dos ha de cumplirse necesariamente, quedando sin ejecutarse la obligación de la parte que se obligó bajo la condición que no tuvo lugar.

La distinción entre convenciones conmutativas y aleatorias tiene relevancia cuando se invoca la teoría de la *lesión*, o desproporción notoria entre las prestaciones que tiene lugar debido a la explotación de la ignorancia, miseria o



inexperiencia de una de las partes, teoría que algunos sistemas jurídicos reconocen.

La lesión sólo puede presentarse en contratos conmutativos que no sean a la vez gratuitos, donde las prestaciones se determinen de antemano, de tal manera que no dependan de la suerte, ni del acaso. En el contrato aleatorio, como el juego o la apuesta, la cuantía de las prestaciones depende de la suerte misma.

La norma convencional estatuye deberes jurídicos, llamadas en el argot contractual prestaciones. Es posible distinguir normas convencionales cuyas prestaciones son paralelas, debido a que las partes se obligan a realizar comportamientos iguales, de aquellas con prestaciones cruzadas en las que las partes se obligan a observar comportamientos diferentes.<sup>450</sup> Ejemplo de prestaciones paralelas se da cuando dos agentes económicos celebran un acuerdo colusivo para vender al mismo precio en un mercado, en este caso las obligaciones son similares; prestaciones cruzadas tienen lugar en una permuta, donde las obligaciones son diferentes.

La clasificación anterior debe distinguirse de las llamadas convenciones de *finalidad común*; en estas convenciones las prestaciones pueden ser diferentes, pero el fin es el mismo para todos, la característica de este tipo de convenciones es que la persecución de una finalidad común implica una gestión colectiva basada en una estructura asociativa que radica en la colaboración o cooperación de las partes contratantes y que redundará en beneficios para todos.<sup>451</sup> Dicha estructura asociativa no significa la creación de una sociedad necesariamente y bien puede limitarse a una *Joint Venture*.

En relación con las convenciones de finalidad común, tenemos a la convención mixta, que conjuga diversos contratos para integrar un gran proyecto. Esto ocurre, por ejemplo, en el contrato de hospedaje, que a la vez incluye arrendamiento, préstamo de servicios y depósito. Normalmente los diversos contratos que integran el contrato mixto se rigen por sus propias reglas, siempre y cuando no se incurra en contradicción con la finalidad total que se persigue.

---

<sup>450</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 311, p. 22.

<sup>451</sup> Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, nota 448, p. 246.

## 2.5 EL CONVENIO COMO PROCEDIMIENTO

### 2.5.1. La voluntad convencional

La norma convencional es creada por el acuerdo de voluntades (*consensus*) de dos o varios órganos del sistema jurídico que al unirse de esta manera forman otro órgano legal, dicho *consensus* es reconocido por el *grundlegung* como generador de ciertas consecuencias de derecho, esto es, generador de obligaciones.

No todo acuerdo de voluntades es *consensus*, es decir, capaz de generar una norma convencional. Por ejemplo, un acuerdo de voluntades entre dos personas cuyo propósito sea ir a cenar o ver una película no genera *consensus* y por ende no genera efectos legales. Lo anterior es consecuencia de que no toda la actividad del ser humano es considerada relevante para el mundo jurídico, sino solamente algunas de ellas. El acuerdo de voluntades, para ser *consensus*, debe recaer sobre un objeto de interés jurídico, es decir, sobre conductas que el sistema jurídico de mérito considere relevantes.

La teoría jurídica toma en cuenta para la formación del *consensus* no el número de personas que intervienen, sino la función que desempeña la voluntad de cada una de ellas. Así, en una compraventa la voluntad de la parte compradora<sup>452</sup> debe coincidir con la voluntad de la parte vendedora<sup>453</sup> en cuanto al objeto de la voluntad convencional (*consensus*), esto es, querer llevar a cabo la compraventa. De igual manera sucede con la voluntad legislativa, no importa si el Congreso se integra por 10, 300 o 500 diputados, sino que lo relevante es que funcione legalmente y que se den las condiciones legales para emitir la norma.

Al estudiar el *consensus* vemos que las convenciones son un vehículo por medio del cual las voluntades individuales convergen al interés común. El *consensus* refleja el interés general de las partes contratantes; que puede estar en

---

<sup>452</sup> Dicha voluntad puede estar integrada a su vez por la voluntad de varias personas que comprarán en *pro indiviso*.

<sup>453</sup> Que también puede estar integrada por la voluntad de otros tantos individuos que venden como copropietarios.

conflicto inclusive con el individual de cada una de ellas, pero que está en armonía con el que tienen al participar en la norma convencional, como miembros que desean ser de dicho régimen convencional. El *consensus* no es una agregación de intereses particulares, sino la intersección de todos ellos; esto constituye lo que las partes son y desean ser.<sup>454</sup>

Lo anterior también aplica a las leyes emitidas por el *consensus* legislativo, no es la voluntad de un diputado más la voluntad de otros tantos, sino la voluntad del Congreso. La voluntad convencional, el *consensus*, es en esencia distinta de la voluntad de quienes intervienen en su creación. El órgano jurídico que emite el *consensus* debe diferenciarse de las personas jurídicas que lo integran, tal como un tribunal colegiado se diferencia de cada uno de sus integrantes.

El *consensus* expresa la necesidad de un recíproco acuerdo (*cum-sentire*). El *consensus* es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de órganos diversos dan lugar a una nueva y única voluntad, resultado, no la suma de dichas voluntades individuales, sino que se constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y que está sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes.<sup>455</sup> De lo anterior, una vez formada esta nueva y única voluntad, la voluntad convencional, el *consensus*, sólo el mutuo *dissensus*, u otra norma superior del sistema jurídico puede derogar aquello que ha creado la voluntad consensual. Al respecto Kant sostiene: “Ni la voluntad *sola* del que promete, ni la del que consiente (como aceptante), basta para pasar lo *suyo* del primero al segundo; se necesita la *reunión* de estas dos *voluntades*, y por consiguiente la declaración *simultánea* de ambas”.<sup>456</sup>

Cabe subrayar que el *consensus* es un concepto nouménico, sin embargo, existe un problema de evidencia y, por ello una incursión del mundo fáctico para determinar su existencia. La mayoría de los sistemas jurídicos han tratado de resolver el dilema señalando que la voluntad como acto psíquico en el interior del

---

<sup>454</sup> Allot, P, *op. cit.*, nota 353, p. 36.

<sup>455</sup> Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, vol. II, Madrid, Ed. Reus, 1931, p. 278.

<sup>456</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 87.

sujeto, no basta para concluir un contrato, es necesario que la voluntad se manifieste al mundo exterior (*solemnia*) para que pueda crearse el *consensus*.<sup>457</sup>

En efecto, todo hecho que tenga relevancia para el mundo jurídico debe ser susceptible de comprobación, lo cual es sólo posible por medio de datos exteriores y sensibles. Lo que constituye el supuesto y la consecuencia del derecho no es el hecho en sí mismo, sino el hecho comprobado. Así, aunque el formalismo es un rasgo característico de los derechos primitivos, la necesidad de evidencia implica cierto formalismo en todo sistema jurídico, aunque éste tienda a la mínima expresión. La declaración de voluntades no puede ser telepática sino manifestada exteriormente.<sup>458</sup>

Esta distinción entre voluntad psíquica y exteriorización de la misma da nacimiento a varios problemas en el procedimiento de creación de la norma convencional: ¿Cuál es la consecuencia de una discrepancia entre la voluntad real y su expresión? Kelsen señala que la solución no puede encontrarse en la ciencia jurídica, sino que depende de circunstancias ajenas a la misma. Existen dos extremos de solución: Por un lado, se puede adoptar el principio individualista y señalar que la voluntad real priva sobre la expresión de la misma. Por otro, se puede adoptar el principio colectivista y establecer que lo que debe ser protegido, en interés de la seguridad del derecho, es la confianza en los hechos exteriores.<sup>459</sup>

## 2.5.2 El objeto de la convención

El *consensus* debe aparecer dirigido hacia el *objeto* de la convención. En este sentido las voluntades individuales de las partes deben coincidir hacia el mismo objeto para crear *consensus*. Este *objeto de la convención* es siempre la conducta

---

<sup>457</sup> Méjan Carrer, Luis Manuel, “La formación del consentimiento por medios electrónicos”, en *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 14, diciembre de 1995, p. 303.

<sup>458</sup> Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 13ª ed., México, Porrúa, 1994, p. 121.

<sup>459</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 311, p. 19.

que los órganos del sistema legal establecen como obligatoria y se integra a su vez por la *prestación* y *contraprestación*.

Es importante tener en cuenta que el objeto de la convención no es lo que se pretende obtener de inmediato por su celebración, que denominaremos “*la cosa*” o “*finalidad*” de la convención, sino una conducta humana, la *prestación* y *contraprestación*.

Kant señala al respecto que “por contrato ... no adquiero yo inmediatamente una cosa exterior, ... adquiero, pues, por el contrato la promesa de otro (y no la cosa prometida)” y agrega “¿pero qué cosa exterior adquiero por contrato? Como no se trata más que de la causalidad del arbitrio de otra persona con relación a la prestación a que esa persona se ha obligado respecto de mi, no adquiero yo inmediatamente una cosa exterior... adquiero, pues, por el contrato la promesa de otro (y no la cosa prometida)”.<sup>460</sup> Concluyendo: “mi derecho no es, pues, más que el derecho personal de exigir del vendedor la ejecución de su promesa (*praestatio*) de ponerme en posesión de la cosa”.<sup>461</sup>

### **2.5.3 La conclusión del procedimiento que crea la norma convencional**

La voluntad manifestada por una de las partes debe recaer no solamente sobre su propia *prestación* sino también sobre la *contraprestación* de la otra, y viceversa. Es en este sentido que las voluntades manifestadas de las partes involucradas al *concurrir o comulgar* en las prestaciones crean el *consensus*, pues recaen sobre el mismo objeto. Al nacer el *consensus* concluye el procedimiento que crea la norma convencional.

Según Kant, en todo procedimiento que crea una norma convencional podemos distinguir dos tipos de actos: *preparatorios* y *constitutivos*. A la etapa de actos preparatorios se le denomina *tratado*, a la siguiente, *conclusión*.

Por ejemplo, en la permuta de un caballo por una carreta, celebrada entre los individuos A y B, es necesario una etapa de negociación entre las partes, ésta es la preparatoria, la del tratado, en ella A ofrece dar el caballo (*oblatio*), y B aprueba

---

<sup>460</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 89.

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 92.

recibirlo (*approbatio*), en ese momento nace la *promissum* de A de entregar el caballo. Al mismo tiempo, B ofrece dar la carreta (*oblatio*) y A acepta recibirla (*approbatio*), en ese momento nace la *promissum* de B. No obstante la existencia simultánea de cada una de las *promissum*, la de A y la de B, hasta ese momento no existe *consensus* y, por lo tanto, no existe convención todavía.

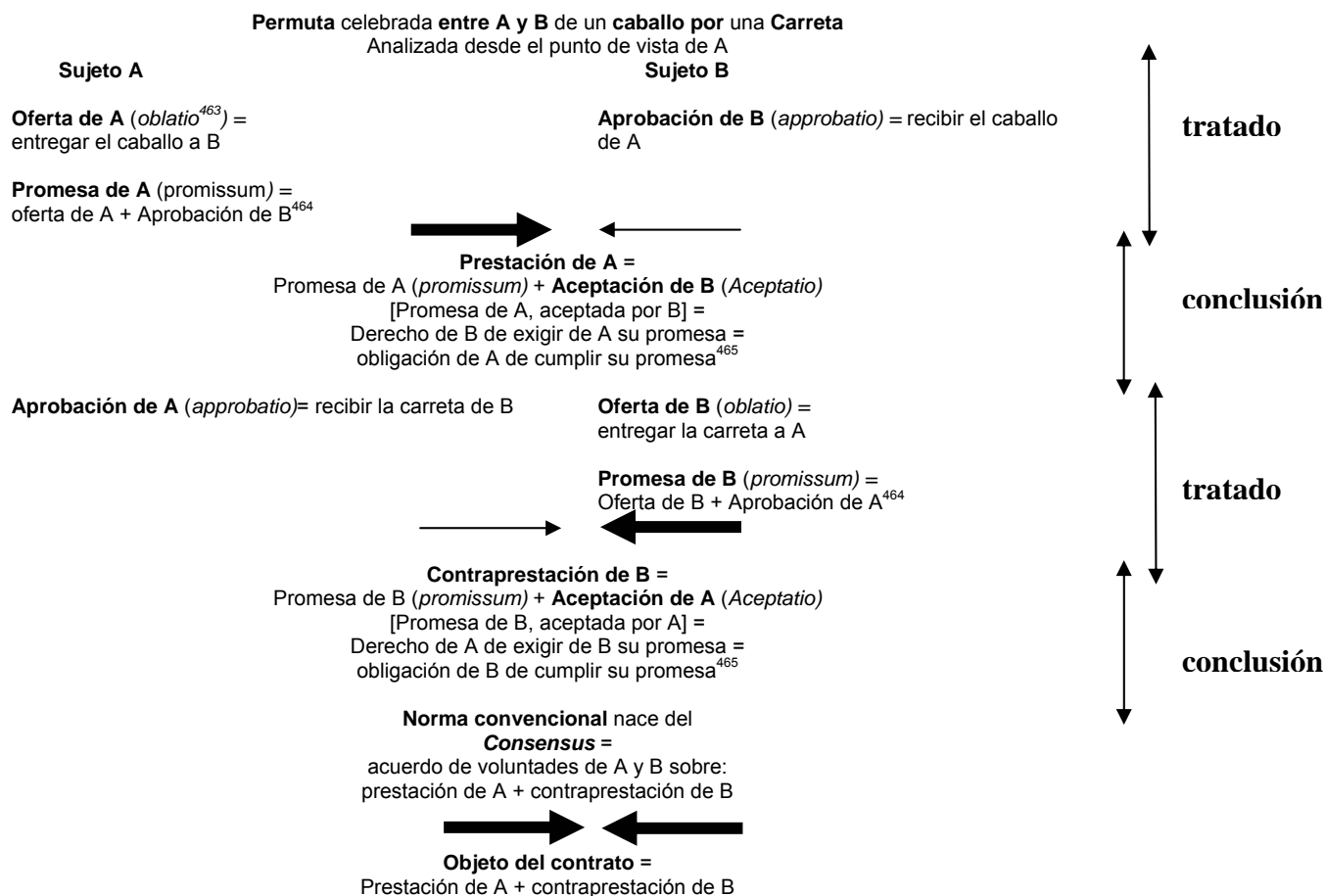
La etapa de conclusión de la norma convencional requiere que la *promissum* de A, tenga la *acceptatio* de B, en ese momento nace la prestación de A. Al mismo momento, la *promissum* de B, debe tener la *acceptatio* de A, y entonces nace la contraprestación de B. Es cuando aparece el *consensus*, dirigido a la prestación de A y la contraprestación de B, en ese momento se ha concluido el procedimiento del que emana la norma convencional.<sup>462</sup>

---

<sup>462</sup> “En todo contrato hay por parte del arbitrio [*conciencia de la facultad de obrar para producir (querer) el objeto*] dos actos *preparatorios* y dos actos del arbitrio jurídico *constitutivos*. Los dos primeros (los del *tratado*) son la oferta (*oblatio*) y el consentimiento (*approbatio*); los otros dos (los de la *conclusión*) son la promesa (*promissum*) y la aceptación (*acceptatio*). Porque una oferta no puede llamarse promesa antes de haber juzgado que la cosa ofrecida (*oblatum*) puede *agradar* al aceptante; lo cual no se conoce sino por las dos primeras declaraciones; con las cuales, sin embargo, nada se ha adquirido todavía.”

“Ni la voluntad *solá* del que promete, ni la del que consiente (como aceptante), bastan para pasar lo *suyo* del primero al segundo; se necesita la *reunión* de estas dos *voluntades*, y por consiguiente la declaración *simultánea* de ambas.” *Ibidem*, p. 87.

## PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN DE LA NORMA CONVENCIONAL



<sup>463</sup> Conocida en el derecho romano como “*pollicitatio*”, oferta hecha pero no aceptada aún. *cfr.* Petit, E., *op. cit.*, nota 296, p. 279. La *Pollicitatio* significaba también la promesa de hacer una obra pública u otra liberalidad similar a propia costa, con ocasión de conseguir el oferente un cargo en la ciudad. *cfr.* D’Ors, *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1991, p. 390.

<sup>464</sup> “Una oferta no puede llamarse promesa antes de haber juzgado que la cosa ofrecida (*oblatum*) puede *agradar* al aceptante” Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 87.

<sup>465</sup> El *consensus*, es decir el acuerdo de voluntades concurrentes de A y B sobre la *Prestación* de A y la *Contraprestación* de B, crea la norma convencional.

#### 2.5.4 El procedimiento convencional como procedimiento nouménico, no fenoménico

El procedimiento convencional, la concordancia de las voluntades hacia un mismo objeto sólo tiene lógica si se le percibe como un fenómeno jurídico, inteligible, no tangible, no real.

En el mundo fenoménico la concordancia de voluntades, el *consensus*, no existe, pues las voluntades de las partes que acuerdan nunca podrán presentarse al mismo tiempo, lo más seguro es que entre la declaración de la voluntad de una parte y la otra transcurra un periodo de tiempo.

La simultaneidad de la *acceptatio* de B sobre la *promissum* de A y la *acceptatio* de A sobre la *promissum* de B, el *consensus*, se da solamente en el mundo nouménico. Por ello Kant decía que “las formalidades exteriores (*solemnia*) de la conclusión de un contrato... indican más que otra cosa el embarazo de los contratantes acerca de la manera de representarse *como en un relámpago* la existencia simultánea de las declaraciones sucesivas que se han hecho uno al otro”.<sup>466</sup>

Tratar de ver al convenio como un hecho fenoménico en vez de nouménico ha llevado a muchos juristas a buscar el “instante” en que en la norma convencional nace, el momento del maravilloso concurso de voluntades.<sup>467</sup> Así se ha dicho que “la formación del contrato... puede alcanzarse... paulatina y sucesivamente, y decimos que la formación es progresiva”,<sup>468</sup> o que “el momento de la formación del contrato es aquél en el cual se produce la aceptación y no en el que se hace la oferta”.<sup>469</sup> De forma pragmática el juez Holmes señalaba respecto de la discusión

---

<sup>466</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, pp. 87-89.

<sup>467</sup> Una discusión interesante sobre los procesos de oferta y aceptación en contratación internacional puede encontrarse en Arce Gargollo, Javier, “Notas sobre el capítulo de formación del contrato en los principios de UNIDROIT”, en *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 19, octubre de 1998, pp. 334-360.

<sup>468</sup> Muñoz, Luis, *Teoría general del contrato*, 1ª ed., Cárdenas Editor, México, 1973, p. 233.

<sup>469</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil, Teoría general de los contratos, Contratos especiales*, (trad. José María Cajica), Cárdenas Editor, México, 1983, p. 975.



de si un contrato por carta surgía al momento en que la respuesta era puesta en el correo o bien cuando era recibida, que “si la conveniencia prepondera a favor de cualquiera punto de vista, esa es una razón suficiente para adoptarlo”.<sup>470</sup>

El padre del derecho moderno sostenía que “la deducción trascendental de la noción de adquisición por contrato es sólo la que puede salvar todas estas dificultades. Es una relación *jurídica* externa, mi toma de posesión del arbitrio de otro (y recíprocamente)” y agrega al respecto “esta relación como relación jurídica es puramente intelectual, y por lo tanto esta posesión, considerada como posesión inteligible (*possessio noumenon*)” y solo así “entonces los dos actos, el de la promesa y el de la aceptación, no son ya considerados como sucesivos, sino... como resultado de una voluntad *común* única (lo cual se expresa por las palabras al *mismo tiempo*)”.<sup>471</sup>

La definición civilista francesa del “acto jurídico” como la “*manifestación exterior*” de la voluntad cuyo fin consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho, una situación jurídica, confunde derecho con hecho (*fact with law*). Para entender la naturaleza del acto jurídico, y su expresión *per se* el contrato, hay que distinguir el *consensus* (la voluntad contractual que crea la norma convencional) de la *solemnia* (manifestación exterior del *consensus*). Es importante no olvidar que la *solemnia* (fenómeno) es únicamente evidencia del *consensus* (noúmeno).

Debe distinguirse también entre la norma convencional y el cumplimiento de lo establecido por la misma. En el derecho moderno existe una diferencia abismal entre la perfección (creación de la norma, conclusión del procedimiento que la crea) de un contrato de compraventa, y el cumplimiento de la norma convencional; la entrega de la cosa y del precio pactado. Dicha distinción ha hecho posible el desarrollo del capitalismo, al permitir, por ejemplo, el desarrollo de los contratos en bolsa de valores, donde cargamentos de café son comprados y vendidos ininidad de veces, pasando de manos brasileñas, a turcas, holandesas y chinas, sin que el barco que los contiene se haya movido un ápice. La distinción entre *possessio*

---

<sup>470</sup> Holmes, Oliver W., *The common law*, (1881), New York, Dover Publications, Inc., 1991, p. 305

<sup>471</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, pp. 87-89.

*phenomenon* (posesión física de un objeto) y *possessio noumenon* (posesión puramente jurídica, inteligible) es una gran aportación que la teoría kantiana ha hecho a la ciencia jurídica.<sup>472</sup>

El convenio es un fenómeno jurídico no físico, y como tal debe entenderse. No es lo mismo la obligación, que pertenece al mundo nouménico, que el cumplimiento de la obligación, que tiene lugar en el mundo fenoménico. Esta diferencia entre las obligaciones creadas por el convenio y el cumplimiento de dichas obligaciones es puesta magistralmente por Batiffol, quien señala que “el acuerdo de voluntades, en razón de su carácter de causa inicial única, no es un fenómeno material (y por lo tanto ubicable) más que por accidente: puede producirse en un momento sin importar dónde, o en un momento inmediato indiscernible. Al contrario, sus efectos son por naturaleza y en principio materiales: una entrega, un pago, la ejecución de un trabajo están naturalmente localizados, por lo tanto en relación sustancial con los intereses de las partes”.<sup>473</sup>

No es lo mismo que A se comprometa a entregar una joya, B esté de acuerdo en recibirla; B se comprometa a entregar una cantidad de dinero, A esté de acuerdo en recibirla; que la entrega misma de la joya y el dinero. La convención tiene lugar en el mundo jurídico, *nouménico*, alejado totalmente del mundo despótico, fáctico, fenomenal. El cumplimiento de la convención es ya un hecho del mundo fáctico.

No obstante la naturaleza nouménica de la convención, existen problemas en la realidad debido a la separación fenoménica temporal entre *promissum* y *acceptatio*. ¿Puede el proponente retirar su oferta en cualquier momento antes de la aceptación? ¿Qué tal que en el momento en que se tiene por hecha la convención, la voluntad de ambas partes ya haya cambiado? Nada en la teoría jurídica puede dar respuesta a estas interrogantes ya que la ficción es que el

---

<sup>472</sup> *Ibidem*, pp. 56 y ss.

En el derecho romano, si el propietario quería transferir la propiedad de una cosa a una persona que tuviera la intención de adquirirla, era necesario para que se diera la transferencia de la propiedad, y se perfeccionara el contrato, la entrega de la cosa, *traditio*. *cfr.* Sohm, Rodolfo, *op. cit.*, nota 296, p. 159.

<sup>473</sup> Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, pp. 76 y 77.

nacimiento de la norma convencional, el comienzo de la fuerza obligatoria de la convención o de la validez de la norma contractual coincide con la terminación del procedimiento convencional esto es, cuando se forma el *consensus*, cuando concurren las voluntades de los contratantes. Sin embargo, por motivos prácticos, los sistemas jurídicos han buscado establecer las condiciones para que se lleven a cabo convenciones entre ausentes de forma que el oferente permanezca obligado a su *promissum*, al menos, durante cierto tiempo, antes de la *acceptatio*. De la solución adoptada depende no sólo el momento, sino el lugar donde se tiene por celebrada la convención. Estos puntos son clave cuando se trata de saber qué sistema jurídico aplicará a la convención misma, en el caso de contratantes situados en distintos países.

### **2.5.5 Características exigidas a las partes que intervienen en la creación del consensus**

Para que un ente pueda participar en el procedimiento de creación de una norma convencional debe necesariamente estar facultado por el *grundlegung* para llevar a cabo la tarea; esto es, debe tener personalidad jurídica con capacidad legal suficiente para crear la norma convencional.

#### **2.5.5.1 Personalidad**

Hemos señalado que en la teoría jurídica liberal se contraponen dos conceptos: derecho subjetivo vs. derecho objetivo. Dijimos que esta distinción pretende ubicar al derecho subjetivo como trascendente al derecho objetivo establecido por la comunidad jurídica. La idea es una institución que ponga un límite insuperable a la configuración del contenido del sistema jurídico positivo; en esta lógica el “sujeto de derecho” se concibe como independiente, en su existencia, al derecho objetivo; como portador de un derecho subjetivo que quizás no sea menos, sino más “derecho” que el derecho objetivo mismo, lo cual ha servido fundamentalmente para proteger la institución de la propiedad privada de su posible eliminación por el sistema legal. A este respecto Ihering sostuvo: “apropiándome la cosa, le imprimo el sello de mi personalidad; cualquier ataque dirigido a ella, me hiere a mí, porque mi propiedad soy, como que la propiedad no

es más que la periferia de la personalidad extendida a una cosa”.<sup>474</sup> Esta ideología de la subjetividad jurídica es la base, como hemos referido también, de la teoría jurídica de la autonomía de la voluntad.

A partir de este esquema, la teoría jurídica construyó el concepto de “persona”, o “sujeto de derecho”. Para la teoría tradicional el hombre como concepto filosófico es anterior a “persona jurídica”, la persona es el hombre vestido de juridicidad, dotado de derechos.

Tal estrategia para definir la persona jurídica resultó desde el primer momento problemática pues inmediatamente se apreció que en un sistema jurídico no sólo los hombres sino otros “entes” -como los municipios y las asociaciones- pueden ser catalogados como personas jurídicas. Tratando de corregir, la teoría jurídica redefinió a la persona como cualquier ente “portador” de derechos y obligaciones jurídicas. Si es el caso que el hombre sea el portador de éstos se habla de “persona física”; si son otros entes se llama “persona jurídica”. En esta lógica se dijo que la persona jurídica es en realidad una persona “artificial”, un concepto auxiliar construido por la ciencia del derecho.

Un análisis más tranquilo nos lleva a concluir que la llamada “persona física” también es una construcción artificial de la ciencia jurídica. En efecto, la persona física “no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad (concepto nouménico) de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre”.<sup>475</sup>

El concepto de “persona física” es sólo una construcción jurídica y, como tal, difiere por completo del concepto de hombre como definición biológica, antropológica o filosófica, la llamada “persona física” es también una “persona jurídica”.

Lo anterior es más claro si se reconoce que históricamente los regímenes jurídicos no han otorgado personalidad a todo ser humano. El mismo derecho moderno hasta hace muy poco otorgó personalidad a las mujeres; y el romano,

---

<sup>474</sup> Ihering Von, R, *op. cit.*, nota 336, p. 53.

<sup>475</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 183.

que nadie duda en calificarlo como tal, no tuvo el menor empacho en establecer que el esclavo no era persona jurídica sino simple *res parlante*.<sup>476</sup>

Si un “ente” tiene personalidad jurídica no significa que primero es el “ente” y luego adquiere carácter jurídico al dotarle de derechos y obligaciones. Esto es duplicar sin necesidad las cosas, y generar hipóstasis, el “ente jurídico” es ese conjunto de derechos y obligaciones que se atribuyen. Al expresar que un “ente” es sujeto de una obligación jurídica se alude a que una conducta determinada de éste es contenido de una obligación estatuida por el sistema jurídico.<sup>477</sup>

Así, cuando se dice que una sociedad (caso típico de las llamadas personas jurídicas) entra en transacciones legales, o tiene derechos y deberes que el sistema legal le confiere o impone; tales juicios son, como todo enunciado jurídico, una figura del lenguaje. Los actos y omisiones de dicha sociedad necesariamente son de los seres humanos. El problema consiste en establecer con precisión dichos actos y omisiones de los seres humanos y explicar por qué pueden ser interpretados como propios de la sociedad en cuanto sujeto de derecho.

#### 2.5.5.2 Órgano del sistema jurídico

El concepto de órgano del sistema legal ha sido ampliamente discutido en otro trabajo,<sup>478</sup> en este momento baste recordar la siguiente conclusión: Los órganos del sistema legal crean disposiciones jurídicas, generales o particulares, y también las aplican. Los órganos del sistema jurídico, al llevar a cabo las funciones encomendadas por el sistema legal necesariamente identifican: I) las disposiciones legales que les dan competencia, y II) localizan y seleccionan aquellas disposiciones legales que aplican.

---

<sup>476</sup> Los esclavos pertenecían a las *res mancipi*, y se ubicaban como bienes al lado de bueyes y animales preciados, cuya venta estaba sujeta a la solemnidad de la mancipación, Sohm, Rodolfo, *op. cit.*, nota 296, p. 91; Petit, E., *op. cit.*, nota 296, pp. 65 y 141.

<sup>477</sup> En este sentido Kant sostenía que “*persona* es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de *imputación*” Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 24.

<sup>478</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 183 y ss.

Pensemos en una sociedad anónima; por estatutos más precisos y detallados que tenga, no es un sistema jurídico autocontenido, independiente, autónomo del sistema jurídico en el cual está inmerso, el *grundlegung*. Las llamadas personas colectivas son órdenes jurídicos parciales, inmersos en un sistema jurídico mayor. Si nos ubicamos en un país federal entonces la sociedad puede muy bien ser un sistema jurídico parcial dentro del sistema jurídico de una entidad federativa, que a su vez forma parte del sistema jurídico federal; si estamos en Europa, a su vez parte del sistema jurídico de la Unión Europea, a su vez parte del sistema jurídico del derecho internacional. La relación ascendente y descendente de todos esos sistemas legales es una relación entre un sistema más general y uno más específico.<sup>479</sup>

El anterior razonamiento sobre la personificación de la sociedad colectiva también es aplicable a la llamada persona “física”, que manifiesta su existencia jurídica no en todo acto del ser humano que la encarna, sino sólo en aquellos que son susceptibles de imputación o responsabilidad jurídica. El sustrato de la personificación es el mismo en ambos casos, ciertos actos que son atribuidos jurídicamente a un ente.

Cuando se dice que un ente, que puede verse como un sistema jurídico parcial (la persona física, la persona colectiva, una entidad federativa, o un Estado) considerado como “sujeto de derecho”, tiene la facultad de realizar determinada conducta, significa que el sistema jurídico inmediato más general otorga el poder de realizar tal conducta y al ejercer dicha potestad el “sujeto de derecho” lo hace en su calidad de órgano de dicho sistema jurídico parcial.

Los entes con personalidad jurídica (Estados, sociedades, municipios o seres humanos) otorgada por el sistema jurídico de base, *Grundlegung*, que crean la norma convencional, lo hacen llevando a cabo una *función* especial que les encarga el sistema jurídico a manera de *facultad*, y actúan como *órganos* de la comunidad jurídica de mérito en tanto dicha función se encuentra determinada por un precepto del sistema legal, en este sentido dicho órgano cumple la *función de*

---

<sup>479</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 157.

*legislador* al crear esa norma. El convenio por lo tanto no puede ser entendido con independencia de un sistema legal.<sup>480</sup>

### 2.5.5.3 *Libertad e igualdad*

En el procedimiento que crea la norma convencional el *Grundlegung* reconoce la autonomía de la voluntad, es decir, la libertad del contratante, en tres vertientes:<sup>481</sup>

- I) *Libertad negociada*.<sup>482</sup> Esto es, libre para celebrar o no una convención que le obligue y, por consiguiente, restrinja su libertad;
- II) *Libertad de elección de la contraparte*. Esto es, libre para decidir con quien habrá o no de celebrar la convención, y
- III) *Libertad en el contenido de la contratación*. Esto es, libre para establecer, dentro de los límites que actualiza el sistema jurídico, el contenido de la norma convencional.

Los incisos I) y II) se refieren a la libertad en la formación de la norma convencional, el inciso III) a la libertad en el ámbito material de la norma convencional, el contenido de la convención. Todos los incisos suponen que el *consensus* se exprese sin violencia.

En sistemas jurídicos donde no existen órganos que han centralizado el poder para hacer cumplir la ley, como el derecho internacional, el mutuo reconocimiento de las obligaciones de los contratantes surgidas de la celebración de un convenio da lugar de manera “natural” a la idea de cierta igualdad entre los mismos

---

<sup>480</sup> Vischer, F., “The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1974, vol. II, t. 142, p. 66.

<sup>481</sup> Alfonsín, Quintín, *op. cit.*, nota 419, p. 13; Veytia, Hernany, “El Capítulo uno de los principios del UNIDROIT: (Disposiciones Generales)”, en *Contratación internacional. comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM–UP, 1998, p. 39.

<sup>482</sup> También conocida como libertad de contratar. Stiglitz, Rubén, *op. cit.*, nota 428, p. 16.

contratantes.<sup>483</sup> No obstante, el razonamiento anterior también aplica a sistemas jurídicos donde el poder para hacer cumplir la ley está centralizado, como los Estados nacionales.

La existencia de las libertades señaladas y otorgadas por el sistema jurídico, implica que “siendo los sujetos *libres* en estas tres direcciones, son también *iguales*. Tienen la misma libertad y, por ende, la misma posibilidad de decidir si la convención debe ser celebrada, con quién debe serlo y cuál ha de ser su contenido. En este sentido, el principio de la autonomía no significa únicamente identidad de los sujetos contratantes y de los sujetos obligados y autorizados por la norma contractual, sino también la libertad e igualdad de éstos en el procedimiento de celebración de la convención”.<sup>484</sup>

Los principios de *libertad e igualdad* convencionales han sido muy criticados por no verificarse en la realidad; sin embargo, cabe señalar que libertad e igualdad son supuestos jurídicos, no realidades fenomenales. En particular se ha criticado la libertad e igualdad negocial. El obrero, por ejemplo, carece en el mundo fáctico prácticamente de igualdad negocial frente al patrón. En el caso del contrato de adhesión, el contenido del mismo es determinado unilateralmente por una de las partes. En el caso de contratos de Estado internacionales, celebrados entre un privado extranjero y un Estado huésped, se supone por el *grundlegung* que ambas partes contratantes, son libres e iguales al concurrir al procedimiento que crea la norma convencional, aunque en realidad no lo sean.

Con base en la distinción que Ferrajoli ha hecho entre normas téticas<sup>485</sup> e hipotéticas,<sup>486</sup> podemos decir que la norma convencional es hipotética; esto es,

---

<sup>483</sup> Korff, Baron, “An introduction to the History of International Law”, *AJIL*, vol 18, Issue 2, Abril, 1924, p. 259.

<sup>484</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 311, pp. 116-117. Véase también, Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a ed. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, p. 28.

<sup>485</sup> Normas téticas son aquellas que atribuyen inmediatamente situaciones jurídicas o status a determinadas clases de sujetos; conforme a ello, sin la mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y de los *status* correspondientes, por ejemplo, el derecho a devenir propietario y el derecho de ejercitar los derechos derivados de la propiedad.



una norma que genera un estado jurídico como efecto de la *aplicación* de una norma secundaria que regula su creación, es decir, la norma convencional nace de la aplicación de una hipótesis. También sostiene que las normas hipotéticas, al contrario de las téticas, generan desigualdades y exclusión entre los miembros del sistema jurídico, desigualdad que es resultado inevitable de la autonomía negocial.<sup>487</sup>

En lo que tradicionalmente se denomina derecho internacional privado existen posturas que sostienen que la libertad de los contratantes, en cuanto al contenido de la convención, puede ser tan amplia que los contratantes escojan la ley que regirá la relación contractual.<sup>488</sup> Para esta postura debe respetarse el *consensus* de las partes aún cuando lo estipulado consista en que el contrato sea regulado por tal o cual ley.

De esta suerte el régimen que regula un convenio, en vez de ser establecido por una disposición jurídica autónoma de las partes, es establecido por los propios interesados. Esta afirmación debe ser tomada con sumo cuidado.

En primer lugar hemos visto que el individualismo exacerbado y romántico del siglo dieciocho impulsó la idea de que los derechos del hombre no derivaban de norma humana creada sino que eran naturales. Aunque seductora no compartimos dicha posición.

Por otro lado, hemos señalado, que los entes que crean la norma convencional, como aquellos que crean cualquier otra norma, lo hacen en la libertad limitada que les estatuye el *grundlegung*. La anterior aseveración es de importancia primordial.

---

<sup>486</sup> Las normas hipotéticas predisponen situaciones o status como efectos de los actos previstos como hipótesis, como por ejemplo los derechos de propiedad sobre ciertos bienes en particular.

<sup>487</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 156, 164, 165.

<sup>488</sup> Pérez Vera, Elisa; Guzmán Zapater, Mónica, *op. cit.*, nota 262, p. 251.

## 2.5.6 Elementos esenciales de la convención

De todo lo dicho anteriormente podemos concluir: para que una norma convencional exista se requiere necesariamente la concurrencia en el procedimiento que la crea de:

- I) El *consensus*. Para que exista *consensus* se requiere que las partes que intervienen en el procedimiento convencional tengan la suficiente capacidad jurídica para ello, y en este sentido deben ser desde el punto de vista legal, igualmente libres, estar en pie de igualdad<sup>489</sup>
- II) el objeto, que se divide en:
  - Directo, y que consiste en las prestaciones y contraprestaciones; la creación, transmisión, modificación o extinción de deberes jurídicos, y
  - Objeto indirecto, esto es la *cosa o finalidad*.
- III) El reconocimiento por parte del sistema jurídico, del procedimiento y la norma convencional; esto es, que la creación de la norma convencional se haya hecho dentro de los límites establecidos por el *grundlegung*. Este elemento normalmente no se explicita sino que se reglamenta en forma indirecta al exigir que el objeto sea:
  - Posible físicamente, y
  - Posible legalmente.

La posibilidad física significa que el objeto indirecto del convenio, la *cosa o finalidad*, exista o pueda existir, o bien que la conducta obligatoria pueda realizarse y no vaya en contra de una ley de la naturaleza. La posibilidad jurídica requiere, en términos generales, que la conducta obligatoria esté permitida por la *grundlegung*, que no sea ilícita.

La ausencia de algún elemento esencial en el procedimiento contractual (*consensus*, objeto o reconocimiento de la norma) necesariamente conllevará la inexistencia de la norma convencional.

En principio cabe la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los efectos de la inexistencia de la norma convencional? De forma muy elegante Lutzesco los ha

---

<sup>489</sup> Borja Soriano, Manuel, *op. cit.*, nota 458, p. 122.

expresado de la siguiente manera: "... puesto que la muerte es eterna, el acto inexistente deberá también seguir su desdichado destino; ni el olvido, ni el transcurso del tiempo podrán hacer desaparecer sus defectos o completar sus imperfecciones.... la muerte es la muerte, la nada es la nada"<sup>490</sup> En efecto, la norma convencional inexistente no creará las obligaciones pretendidas, su existencia no podrá convalidarse por el paso del tiempo ni por ratificación.

En distintos sistemas jurídicos se ha relajado la inexistencia de la norma convencional, por motivos de conveniencia social, cuando algún elemento esencial no está presente, la convención padece un vicio que le resta validez. En tal caso la convención existe pero puede ser anulada. Sin embargo, la teoría de la anulación es muy particular al depender del sistema jurídico de base del que se trate como para ocuparse de ella en este trabajo que pretende discutir la teoría general de la convención.

## **2.6 LA LEX CONTRACTUS EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES**

### **2.6.1 Antecedentes históricos**

En derecho internacional privado o derecho conflictual, la ley aplicable a los contratos es uno de los temas con la reputación de mayor complejidad, confusión y arbitrariedad. En materia de obligaciones contractuales la interrogante básica del derecho internacional privado es cuál es la ley aplicable a dichas obligaciones.<sup>491</sup>

---

<sup>490</sup> Lutzesco, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, México, Porrúa, 1945, p. 175.

<sup>491</sup> En el derecho conflictual la discusión sobre la ley aplicable a los contratos ha sido más fuerte en la tradición romano germana. Los autores anglosajones han dado menos importancia al tema debido a que no han defendido tan fuerte el principio de la autonomía de la voluntad sino que consideran que caso por caso debe determinarse la "*proper law of the contract*". Por su parte, en derecho internacional la discusión ha sido fuerte; la Corte Internacional de Justicia sostuvo por ejemplo que "*La Corte, que tiene ante sí una controversia que implica la cuestión de saber cuál es la ley que rige las obligaciones contractuales en comento, puede determinar dicha ley no solamente por referencia a la naturaleza real de dichas obligaciones y a las circunstancias que atendieron su creación, sino también puede tomar en cuenta la intención expresada o presumida*

Frente a contratos con efectos allende las fronteras de los sistemas legales, frente a contratos celebrados por personas de diversa nacionalidad, surge la siguiente pregunta: ¿Cuál ley debe regir dichos contratos? ¿La ley donde se celebraron (*lex celebrationis*)?, ¿La ley donde debe cumplirse la obligación (*lex executionis*)?, si se respondiera afirmativamente la segunda, y en el caso de que las prestaciones deban cumplirse en diversos países ¿cuál de todas las *lex executionis* es la relevante?

Estos cuestionamientos tuvieron lugar en las universidades italianas del siglo XIII. El intercambio comercial entre las varias ciudades de Italia (Génova, Milán, Venecia, Florencia y otras), y entre éstas y lo que ahora es Siria, Arabia, España y el sur de Francia, exigía reglas para elegir, en caso de conflictos legales entre los diversos comerciantes, el sistema jurídico aplicable. En un principio los jueces se limitaron a aplicar las leyes de sus propias ciudades, dicha solución se justificó bajo la idea de que las partes al elegir el juez elegían también al sistema jurídico aplicable a la disputa.<sup>492</sup> El problema entonces pasó de determinar el derecho aplicable a la disputa a dilucidar la jurisdicción.

Con los glosadores, surge la discusión de cuál es la ley aplicable a la disputa. Una propuesta de solución fue la regla de que el príncipe solamente puede obligar a sus súbditos, *imperator non imposuit legem nisi suis subditis. Subditis tantum ligat consuetudo cuiusque civitatis*<sup>493</sup> (propuesta que fue después recuperada por los teóricos holandeses bajo las teorías del Estado soberano).

Al discutir sobre la ley aplicable a la solución de una disputa entre súbditos de diversos príncipes, los glosadores propusieron distinguir entre derecho sustantivo, *consuetudo ad litem decidendam*, y derecho procesal, *consuetudo ad litem ordinationem introducta*. Las cuestiones de procedimiento eran decididas conforme a la ley del juez que conocía del asunto, *lex fori*. En cuanto al fondo dos

---

de las partes” *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41.

<sup>492</sup> Según Balduino “*iudicem illum eligendo videntur eligere statuta et consuetudines suas*”, citado por Wolff, Martin, *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1944, p. 22.

<sup>493</sup> *Idem*.

principios del Digesto fueron invocados: 1) *Si fundus*,<sup>494</sup> que establecía que en ventas de terrenos debía garantizarse la evicción según la costumbre del lugar donde se había celebrado el contrato (*lex loci celebrationis*), y 2) *Contraxisse*,<sup>495</sup> que señalaba que el lugar de pago gobernaba la obligación (*lex loci solutionis*).<sup>496</sup>

Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) señaló que para decidir una disputa en lo sustantivo había dos leyes a tomar en cuenta, una en cuanto a la forma y otra en cuanto al fondo. Para la forma operaba la regla del lugar de la celebración, *solemnitas contractus* o *locus regit actum*, mientras que para el fondo debía seguirse la regla *Si fundus*,<sup>497</sup> tanto para contratos que se celebran en el lugar de la celebración como en otro lugar. Sin embargo los llamados efectos del contrato deberían ser gobernados por la ley que escogieran las partes, que podría ser la del lugar de celebración. Este fue un primer destazamiento del contrato en cuanto a la ley que lo gobernaba.

El trabajo de Sassoferrato se tradujo en el establecimiento de la escuela estatutaria que duró más de cien años.<sup>498</sup> Frente al problema de qué *statuta*<sup>499</sup> debía aplicarse a las transacciones celebradas entre súbditos de las diversas

---

<sup>494</sup> *Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet*, Justiniano, *El digesto, op. cit.*, nota 349, t. II, libros 20-36, en particular XXI, 2, 6.

<sup>495</sup> *Contraxisse unusquiesque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit*, Justiniano, *Ibidem*, libros 37-50, en particular XLIV, 7, 21.

<sup>496</sup> Los principios *Si fundus* y *Contraxisse*, proporcionan al problema de la ley aplicable a un litigio dos extremos de solución. Por un lado el país donde se celebra el contrato reclama para sí jurisdicción, por otro lado, el país donde se ejecuta la obligación exige el respeto de sus leyes. Aparte de la dificultad de la prevención, problemas tanto en una como en otra solución surgen. En cuanto a la celebración ésta puede ser incierta, pensemos por ejemplo en los contratos por correspondencia, por Internet o teléfono. En cuanto a la ejecución, muchas veces ésta no está determinada de antemano o puede ser que el contrato implique cumplimiento en varios países.

<sup>497</sup> Citado por Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, p. 21.

<sup>498</sup> Cavers, David, *The choice of law process*, Michigan, University of Michigan Press, 1965, pp. 2 y ss.

<sup>499</sup> Un *statuta* era en lo esencial una recopilación del antiguo derecho consuetudinario de la ciudad y de sus comunidades comerciales. Según una definición de Bouncampagni de 1215, "*statutum est arbitraria mundi norma que a vulgari hominum consuetudine procedit*", citado por Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 492, p. 21.

ciudades-Estado, Bartolo de Sassoferrato propuso clasificar las *statuta*. Algunas fueron denominadas *statuta realia*, otras *statuta personalia*. Los estatutos personales regían el estado jurídico de las personas que tenían su domicilio o su origen en la ciudad donde los estatutos estaban en vigor. Los estatutos reales trataban de la regulación de los bienes inmuebles situados en una ciudad y aplicaban solamente en el territorio de dicha ciudad; los personales, por su parte, seguían a la persona donde quiera que ella fuera. Este simple esquema tuvo problemas frente a lo complicado de la realidad y en consecuencia una tercera clasificación surgió, el estatuto mixto. Un problema continuo para esta escuela fue que no pudieron ponerse de acuerdo en cuáles estatutos eran personales, cuáles reales y qué hacer con los mixtos.

Los principios de Sassoferrato prevalecieron en Europa por los siguientes siglos. La regla *lex loci contractus* fue *jus commune* en el derecho de contratos y permaneció intocada por las diversas ordenanzas dictadas.<sup>500</sup>

Es hasta la aparición del francés Carlos Dumoulin o Carlos Molinaeus (1500-1566), miembro también de la escuela estatutaria, que se retoma el tema de la ley que rige los contratos; para este autor las partes de una convención pueden elegir el derecho que rige su contrato mediante la cláusula *pacto de lege utenda*.<sup>501</sup>

Un punto a rescatar en este pequeño recuento histórico de las teorías sobre la ley aplicable a un contrato internacional, es el artículo del holandés Ulrico Huber (nacido en 1636) *De conflicto legum diversarum in diversis imperiis*, mediante el cual, y ya bajo la idea de imperio Estatal, estableció tres principios: 1. Las leyes de cada reinado operan en los límites territoriales del mismo y son obligatorias para todos sus súbditos. Dichas leyes no son obligatorias fuera de tales límites; 2. Súbditos de un reino son todos los que se encuentran dentro de las fronteras de su territorio, sea su residencia permanente o su presencia temporal, y 3. Los soberanos de un reino actúan por cortesía con objeto de que las leyes de otros reinos, después de haber sido aplicadas dentro de sus territorios, conserven su

---

<sup>500</sup> Lando, Ole, "The conflict of laws of contracts. General principles", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1984, VI, t. 189, p. 241.

<sup>501</sup> Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 462 y ss.

vigor en todas partes, siempre que los poderes del primer soberano no se perjudiquen.<sup>502</sup> Estos principios siguen siendo la base del derecho conflictual y pueden resumirse en dos ideas principales: soberanía y *comitas gentium*.<sup>503</sup>

Frente a la poderosa escuela estatutaria, que intentaba resolver los conflictos de leyes con base en la indagación de la naturaleza de las reglas jurídicas en abstracto, sin atender los problemas concretos. Savigny sostuvo que lo importante era “saber cual es el verdadero asiento de la obligación, el recinto donde está localizada en el espacio, porque una vez determinado este asiento, sabremos cual es la jurisdicción especial llamada a conocer de ella y el derecho local a que se encuentra sometida”.<sup>504</sup> Para Savigny primero debía identificarse la relación jurídica y a partir de un análisis de la misma, determinar a qué ley pertenece o está sujeta y de esta forma encontrar la sede de dicha relación legal. Dada una relación jurídica determinada tiene lugar la pregunta de cuál es la regla de derecho que debe serle aplicada. A este cambio en el punto de vista los conflictualistas le denominan la “revolución copernicana” del derecho internacional privado.<sup>505</sup>

Inglaterra siguió en materia de conflicto de leyes un camino diferente al establecido a la escuela estatutaria y continental europea. La Inglaterra isabelina llegó a ser un fuerte poder comercial y político con multitud de posesiones extranjeras, el comercio a lo largo del mundo y una poderosa flota de barcos que cruzaban los océanos fueron las bases para el derecho conflictual inglés. El *common law*, creado para una economía cerrada, no respondía adecuadamente a las necesidades legales impuestas por el comercio mundial. De esta forma, ciertas cortes fueron autorizadas a tratar los problemas comerciales y marítimos. Estos

---

<sup>502</sup> Citado por Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 484, p. 27.

<sup>503</sup> Lagarde, Paul, Prefacio del libro Pataut, Étienne, *Principe de souveraineté et confits de juridictions (étude de droit international privé)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, p. v.

<sup>504</sup> Savigny, M.F.C., *Sistema del derecho romano actual (1849)*, (trad. Mesía Jacinto y Poley Manuel), Madrid, Centro Editorial de Góngora, sin año de edición, t. VI p. CCCLXIX. Derecho de obligaciones, p. 234.

<sup>505</sup> Juenger, Friedrich, “General course on private international law”, en *Recueil des Cours*, The Hague, Martinus Hijhoff Publishers, vol 193, 1985-IV, p. 253.

tribunales no aplicaban el *common law*, sino que se basaban en reglas que consideraban de aplicación universal. Obviamente, en un contexto de una ley que trasciende las fronteras nacionales y gobierna las transacciones transnacionales directamente no existe un problema de conflicto de leyes.<sup>506</sup>

## 2.6.2 ¿Cuál es la *lex contractus* de un convenio internacional o transnacional?

¿Qué derecho regula la validez y determina los efectos de un contrato? Para poder dar respuesta a esta pregunta debemos precisar conceptos. Partamos primero de la siguiente definición: la *lex contractus* (es decir, las disposiciones jurídicas<sup>507</sup> de la norma convencional) se integra por el *consensus* creado por los contratantes que cobra vida dentro de un *grundlegung* (*lex contractus* = *grundlegund* + *consensus*).<sup>508</sup> En este sentido el juez Bustamente señalaba que “en los contratos... dos reglas diferentes pueden ser invocadas o aplicadas. Por un lado, la voluntad soberana de las partes que adoptan una ley particular o libremente determinan sus deseos en cada detalle de su negocio... por el otro, existen materias que permanecen fuera de la voluntad de las partes y que requieren la aplicación de provisiones imperativas y territoriales. Entre dichas materias... se encuentran la forma, la moneda y el método de pago”.<sup>509</sup>

La idea que subyace en esta definición es que el sistema jurídico de base, *gundlegung*, sirve de sostén al *consensus* (las disposiciones legales generadas por los contratantes) en dos vertientes: Por un lado, faculta a los contratantes a

---

<sup>506</sup> *Ibidem*, p. 150 y ss.

<sup>507</sup> Para una discusión de lo que entendemos por disposición jurídica véase: García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 81 y ss.

<sup>508</sup> Esta es la distinción clásica entre dominio de derecho facultativo y dominio de derecho imperativo. Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, p. 364.

<sup>509</sup> *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, opinión disidente del Juez Bustamente, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 53.



crear obligaciones convencionales a través de una PL-Law;<sup>510</sup> por otro lado, complementa las disposiciones convencionales al establecer al menos la norma *pacta sunt servanda*.<sup>511</sup>

Gran parte de la discusión de esta investigación hasta este momento ha tenido el propósito de demostrar la necesidad de una *grundlegung* como parte integral de la *lex contractus*, esperamos haberlo logrado. Dado que una disposición legal solamente puede existir dentro de un sistema legal, dado que una convención solamente puede vivir dentro de un sistema legal que le de vida ¿cuál es la *grundlegung* que le da vida al *consensus*? En otras palabras, ¿cuál es la ley aplicable al contrato?

Existen dos opiniones divergentes para determinar el *grundlegung* sobre el que debe descansar el *consensus*. Algunos autores sostienen que la solución a dicha pregunta debe buscarse en las reglas de conflicto del foro. Otros autores sostienen que la ley que regula un contrato puede ser elegida por las partes contratantes, a esto se le conoce como el principio de la autonomía de la voluntad o *lex voluntatis*.<sup>512</sup>

### 2.6.3 Lex voluntatis

La gran mayoría de los teóricos conflictualistas, inmersos en la dogmática de la mentalidad moderna, han postulado el principio de la autonomía de la voluntad, es

---

<sup>510</sup> Para una discusión de lo que es el poder legislativo de los contratantes, PL-Law, véase García Castillo, Tonatíuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 122 y ss.

<sup>511</sup> Así por ejemplo el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 6º “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.” En el mismo sentido, el artículo 8º del mismo ordenamiento señala: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

<sup>512</sup> También se le conoce como fuero convencional. Véase Rojas Amandi, Víctor Manuel, “La cláusula del fuero convencional en el derecho norteamericano”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1995-I, pp. 352 y ss.

decir, el principio de que la ley que rige la relación contractual puede ser elegida libremente por las partes.

El derecho internacional privado ha señalado que los contratantes tienen autonomía en varios sentidos. Para empezar se distingue “autonomía conflictual” o “autonomía de localización” de la “autonomía material”. La primera es lo que se denomina *lex voluntatis* o autonomía de la voluntad propiamente dicha y ahí las discusiones son mayúsculas. La autonomía material refiere a la libertad que tienen las partes de determinar el contenido del contrato, sus cláusulas o disposiciones. La autonomía material presupone que se haya precisado el ordenamiento aplicable al contrato, pues sólo en el marco de ese ordenamiento podrá operar la autonomía material. No existe mayor discusión respecto a la autonomía material.<sup>513</sup>

El problema por lo tanto se reduce a la facultad de las partes en una convención para elegir la ley que regirá su compromiso. Al interior de los sistemas legales no existe dicho problema porque nadie se pregunta qué ley debe regir el contrato de arrendamiento, pero en los llamados contratos internacionales si se ha reconocido dicha facultad. Por ello, se ha dicho que en materia contractual la autonomía de la voluntad significa que la elección de la competencia no es un asunto de soberanías sino una cuestión que resuelve la voluntad de las partes.<sup>514</sup>

Para que las partes de un contrato extranacional puedan, en virtud de la libertad de contratación, elegir la ley (*grundlegung*) que rige dicho contrato es preciso que el sistema jurídico que les faculta a contratar se los autorice, es decir,

---

<sup>513</sup> La distinción entre autonomía material y autonomía conflictual es relevante a varios fines: 1) permite diferenciar jurídicamente dentro del contrato la cláusula de elección del Derecho aplicable de las restantes cláusulas que reglamentan aspectos concretos de las relaciones entre las partes, y 2) permite distinguir las cláusulas de elección del Derecho aplicable para regir el contrato, de las cláusulas de “incorporación por referencia” de una norma extranjera como complemento de la voluntad negocial. *cfr.* Virgos Soriano, Miguel, “Obligaciones contractuales”, en González Campos, Julio, *et al*, *Derecho internacional privado, parte especial*, Oviedo, Apel, 1989, pp. 320-321.

<sup>514</sup> Niboyet, J.P. “La théorie de L'autonomie de la volonté”, en *Recueil des Cours*, t. I, The Hague, Hague Academy of international Law, 1927, p. 7.

es necesario que el contrato, antes de ser celebrado, tenga ya una ley que lo rijan, justamente la ley que regula la libertad de contratación de las partes.<sup>515</sup>

El círculo vicioso es impresionante. Se admite generalmente que la fuerza obligatoria de un convenio viene de la ley que le consiente y sanciona. Con la autonomía de la voluntad, el acuerdo por medio del cual las partes escogen la ley aplicable, se encuentra en el aire, sin ley que le de fuerza obligatoria, ya que la única ley aplicable es aquella que las partes están escogiendo.<sup>516</sup> Este acuerdo, sin embargo, para ser válido depende de la ley que las partes escojan.<sup>517</sup> Por ello, Batiffol sostiene que las partes en realidad no escogen la ley aplicable, sino que simplemente “localizan su contrato” en un sistema legal determinado que le da vida de antemano y el juez debe deducir de la localización que hagan los contratantes, la ley aplicable.<sup>518</sup> Esta posición está en línea con la teoría anglosajona en derecho conflictual que señala que toda convención internacional tiene una ley propia.<sup>519</sup>

Por otro lado, y suponiendo una aplicación sin límites en la norma convencional del principio de la autonomía convencional, la *lex voluntatis* tiene un problema

---

<sup>515</sup> Alfonsín, Quintín, *op. cit.*, nota 419, p. 21.

<sup>516</sup> Sin embargo, se ha dicho que es infundado sostener que la referencia que las partes hacen a una ley no tiene efecto debido a que no hay ley que le de tal efecto, ya que la referencia a la ley aplicable que hacen las partes adquiere sanción legal por la ley del foro, el juez correspondiente encontrará en su momento la ley aplicable y las normas adecuadas que den validez a la cláusula de elección. *cfr.* Lando, Ole, *op. cit.*, nota 500, p. 286.

<sup>517</sup> Weintraub, R.J., “Development in choice of law for contracts”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1984, IV, t. 187, p. 252.

<sup>518</sup> Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, pp. 9, 38-39.

<sup>519</sup> “El término ‘*proper law of a contract*’ significa el sistema legal al cual las partes intentaron que el contrato estuviera gobernado, o, cuando la intención no es expresa o no puede inferirse de las circunstancias, el sistema legal al cual la transacción tienen la conexión más cercana y real” Dicey and Morris, *The conflict of laws*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1980, p. 747. A este respecto se ha dicho de forma figurativa que encontrar el vínculo más estrecho de un contrato con un sistema legal es buscar el centro de gravedad de un contrato, véase por ejemplo Vewytia, Hernany, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 25, 1995-II, p. 388.

fáctico: en muchos de los contratos transnacionales o internacionales no se especifica cuál es la ley aplicable.<sup>520</sup> En dichos casos, para determinar qué ley fue la que las partes escogieron se tiene que recurrir a subterfugios. Los casos comunes son ubicar el contrato al ordenamiento que mejor responda a la economía general de la convención<sup>521</sup> y la teoría de la voluntad implícita.<sup>522</sup> Estas posturas sostienen que interpretando los términos del contrato o las circunstancias que lo rodean, puede revelarse qué fue lo que los contratantes convinieron tácitamente respecto de la ley aplicable, así lo han expresado diversos teóricos conflictualistas<sup>523</sup> y la misma Corte Permanente de Justicia Internacional.<sup>524</sup>

Esta búsqueda de la voluntad implícita conlleva graves riesgos. Del silencio de las partes nada puede ser inferido con certidumbre.<sup>525</sup> Puede ser el caso de que ninguna de las partes pensó en la disposición faltante en específico; puede ser también que cada uno de los contratantes haya pensado en la solución del problema, pero es atrevido afirmar que la intención no expresada en el contrato es conocida por ambos. Lo más seguro será que falte la intención común a que la

---

<sup>520</sup> Sucede el mismo problema en contratos celebrados entre Estados huésped e inversionistas extranjeros.

<sup>521</sup> Situación que no necesariamente coincide con lo que piensen los contratantes, quienes son los primeros interesados.

<sup>522</sup> Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, p. 1.

<sup>523</sup> Ver por ejemplo a Cavers: "La Corte debe primero identificar el problema específico o los problemas en el caso ante ella que eleven preguntas de derecho conflictual y entonces, para cada problema, aplicar el factor de conexión apropiado para elegir el Estado cuyo sistema legal proveerá la solución al problema. Al hacer esta elección, la Corte deberá reconocer que ordinariamente la preocupación más importante del derecho conflictual y de la elección de la ley aplicable es la protección de las expectativas de las partes", Cavers, David, *The choice of law process*, Michigan, University of Michigan Press, 1965, pp. 63.

<sup>524</sup> "La Corte, que tiene ante sí una disputa que implica la cuestión de cuál es la ley que gobierna las obligaciones contractuales en disputa, puede determinar que ley solamente por referencia a la naturaleza real de estas obligaciones y a las circunstancias que atendieron su creación, aunque también puede tomar en cuenta la intención expresa o presumida de las partes." *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41.

<sup>525</sup> De Boer, Th. M., "Facultative choice of law. The procedural status of choice of law rules and foreign law", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1996, t. 257, p. 359.

doctrina de la voluntad tácita se refiere. Por otro lado, y en lo que respecta a las circunstancias que rodean el contrato, puede ser el caso que en un convenio transnacional se haga referencia a una o varias leyes extranjeras en sus diversas cláusulas, y sin embargo ello no sea suficiente para considerar dichas referencias como la cláusula determinante de la ley aplicable al contrato.<sup>526</sup>

La *lex voluntatis* al no ser expresa en un contrato se traduce en un amplio margen de actuación del arbitrio judicial, y al final deja a los tribunales la localización del contrato en un sistema legal.

Un ejemplo interesante de la aplicación de la *lex voluntatis* se encuentra en el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, mejor conocido como Convenio de Roma.<sup>527</sup> Dicho tratado establece la libertad de elección de las partes contratantes para determinar la ley aplicable al señalar que “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”.<sup>528</sup>

---

<sup>526</sup> Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (1) by Mario Giuliano Professor, University of Milan (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde Professor, University of Paris I (who contributed the comments on Articles 2, 9, 11, and 14 to 33), [http://www.rome-convention.org/instruments/i\\_rep\\_lagarde\\_en.html](http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.html).

<sup>527</sup> El “Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales” se abrió a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 para los ocho Estados miembros de entonces. Entró en vigor el 1 de abril de 1991. Posteriormente, todos los nuevos miembros de la Comunidad Europea firmaron este Convenio. Paralelamente a la firma del Convenio por Austria, Finlandia y Suecia, se elaboró y se publicó una versión codificada en el Diario Oficial en 1998.

<sup>528</sup> Artículo 3º, Libertad de elección.

1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias.

Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía antes bien sea en virtud de una elección según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstara a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectara a los derechos de terceros.

El Convenio de Roma, al establecer el principio de que las partes pueden elegir libremente la ley aplicable a una convención, lo hace ampliamente de forma que dicha norma convencional no tiene por qué presentar algún tipo de vínculo con el ordenamiento jurídico escogido. La justificación de amplio juego a la autonomía de la voluntad incorporada en el instrumento internacional, dada por el profesor Giuliano,<sup>529</sup> comentador del Convenio, es que el párrafo 1 del artículo 3º del Convenio de Roma simplemente incorpora una regla de derecho internacional privado reconocida en la mayoría de los países, apoyada tanto por decisiones arbitrales<sup>530</sup> como por tratados diseñados para unificar ciertas reglas de conflicto

---

3. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo "disposiciones imperativas".

4. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11.

<sup>529</sup> Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, *op. cit.*, nota 526.

<sup>530</sup> Así, la regla de la libertad de elección de la ley aplicable a la norma convencional fue reconocida por la Corte Permanente de Justicia Internacional: "No puede sostenerse que la intención del Estado deudor fue dar efecto a otra ley que no fuera la suya en lo referente a la sustancia de su deuda y la validez de las condiciones establecidas al respecto, a menos de que, si no existiera una previsión expresa para tal efecto, todos los eventos circundantes mostraran irrefutablemente que fue esa su intención". *Payment in gold of Brazilian Federal loans issued in France*, France vs. Brazil, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment No. 15, 12 de julio de 1929, Serie A, No. 20/21, pp. 93-155, en especial página 122. De igual manera fue claramente subrayada en el laudo del tribunal que resolvió el 29 de agosto de 1958 el caso *Arabia Saudita v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)* en el cual se estableció que "los principios de derecho internacional privado a ser consulados para encontrar la ley aplicable son aquellos relacionados con la libertad de elección, por virtud de los cuales, en un acuerdo que es de carácter internacional, la ley expresamente escogida por las partes debe ser primeramente aplicada". *International Law Reports*, vol. 27, pp. 117 a 233, p. 165. De manera similar en el arbitraje del 15 de marzo de 1963, *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company*, el arbitro Cavin, afirmó que es el deseo de las partes lo que determina qué ley es aplicable al fondo del contrato. Para una síntesis del laudo, véase: Lalive, *Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère*, en *Annuaire suisse de droit international*, 1963, pp. 273 a 302, en especial pp. 284 a 288. La regla fue reafirmada más recientemente por el arbitro, señor Dupuy, en el laudo del 19 de

en relación con los contratos.<sup>531</sup> Otros autores justifican el principio señalando que el mismo está basado en eficiencia económica, que exige seguridad y previsibilidad de transacciones y un equilibrio entre costos y beneficios, de forma que debe presumirse que son las partes contratantes las que están en mejor situación para decidir qué ley debe regir su contrato.<sup>532</sup>

El Convenio de Roma,<sup>533</sup> establece tanto la elección expresa como la tácita al señalar que “[la] elección [de la ley aplicable] *deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias*”. El profesor Giuliano justifica esta postura señalando que existen contratos celebrados bajo formatos estándar que todo mundo sabe están gobernados por un sistema legal en particular sin necesidad de establecer cláusula alguna en ese sentido, tal como la póliza de Lloyd’s de seguro marítimo.<sup>534</sup> No obstante, debe tomarse en cuenta la

---

enero de 1977, *Libyan Arab Republic v. California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company*. *International Legal Materials*, 1979, pp. 3 a 37.

<sup>531</sup> En cuanto a tratados la regla de la libre elección de la ley aplicable ha sido adoptada en la Convención sobre la Ley aplicable a las ventas internacionales de mercaderías concluida el 15 de junio de 1955 y que entró en vigor el 1º de septiembre de 1964. El artículo 2º de dicha Convención, la cual se encuentra en vigor entre diversos países europeos, señala que “La venta estará gobernada por la ley interna del país señalado por las partes contratantes”. El artículo VIII de la Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional concluido en Ginebra el 21 de abril de 1961, mismo que entró en vigor el 7 de enero de 1964, establece que las partes son libres de determinar la ley que los árbitros deben aplicar en una disputa. El mismo principio forma la base de la Convención de 1965 sobre la solución de controversias relacionadas con inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, la cual entró en vigor en octubre 14 de 1966, que prevé en su artículo 42 que “El Tribunal deberá resolver la disputa de acuerdo con las reglas de la ley adoptada por las partes”. La Convención de la Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a la representación prevé en su artículo 5 que “la ley interna escogida por el representado y representante es la que gobernará la relación de representación entre ellos”

<sup>532</sup> Fernández Rozas, José Carlos, Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho internacional privado*, 1ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 1999, p. 516.

<sup>533</sup> Para una discusión de la relación entre el Convenio de Roma y la *lex mercatoria* véase Petrochilos, Georgios, “Arbitration conflict of laws rules and the 1980 international sales convention”, *Revue Hellenique de Droit International* (1999) pp. 191-218.

<sup>534</sup> Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. *op. cit.*, nota 526.

opinión de otros autores que señalan que la elección expresa es preferible a la tácita debido a que la primera demuestra la existencia de una auténtica voluntad de las partes, mientras que la segunda puede dar lugar a un proceso discrecional en el que el juzgador termine por suplantar tanto al legislador como a los interesados.<sup>535</sup>

La opción de dar un amplio juego al principio de la autonomía de la voluntad y que se ha estado comentando a manera de ejemplo con el Convenio de Roma, no sale del círculo vicioso consistente en que el *consensus* se encuentre en el aire, sin un *grundlegung*. El argumento del profesor Giuliano de que este principio ha sido ampliamente adoptado por los diversos sistemas jurídicos nacionales, por tribunales arbitrales y por algunos tratados en la materia, si bien refleja la tendencia mundial, es una justificación del despotismo de la realidad. El hecho de que así haya sido no significa que así sea conveniente ni lo justifica.

La segunda opción para determinar el *grundlegung* sobre el que descansa el *consensus*, es decir, establecer qué ley rige un contrato, consiste en buscar la solución a través de las reglas de conflicto del foro. Esto significa restringir el principio de la autonomía de la voluntad y establecer conexiones subsidiarias que nos ayuden a determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales.<sup>536</sup>

Bajo esta perspectiva el arbitrio judicial es guiado por conexiones rígidas establecidas en el sistema legal en particular que está conociendo. La idea subyacente a esta postura es que en realidad no opera la *lex voluntatis*, sino que antes de que las partes determinen qué ley regirá su compromiso, ya existe alguna que le da vida y validez.<sup>537</sup> Así, la doctrina norteamericana sostiene que “si

---

<sup>535</sup> Pérez Vera, Elisa; Guzmán Zapater, Mónica, *op. cit.*, nota 262, p. 261.

<sup>536</sup> Se ha sostenido desde hace tiempo que cuando se trata de contratos internacionales, transnacionales o tratados, debe considerarse que los mismos son una parte de la economía mundial y por lo tanto la conexión lógica no es con un sistema jurídico nacional sino con el sistema legal internacional, ya que “el derecho del océano debe ser uno solo”. Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 492, p. 402.

<sup>537</sup> Lord MacNair, antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia, señalaba al respecto: “Frecuentemente se dice que las partes de un contrato pueden hacer su propia ley, y esto es por supuesto cierto, sujeto a las reglas de política pública y *ordre public*, las partes son libres de



un contrato, creado bajo la ley de un Estado, es reconocido y hecho valer por otros Estados, es una cuestión de conflicto de leyes”.<sup>538</sup>

El requisito de que la ley que gobierna la norma convencional guarde alguna conexión con el negocio de que se trate, busca evitar el llamado fraude a la ley que se da cuando las partes escogen una ley aplicable al contrato, aunque la misma no tenga conexión alguna con el contenido de lo convenido, para eludir disposiciones “inconvenientes” para las partes,<sup>539</sup> denominado de manera muy ilustrativa *forum shopping*.<sup>540</sup> Al respecto Savigny sostenía que “en los casos en

---

acordar bajos esos términos como quieran escoger. Sin embargo, los acuerdos que se crean para tener operación legal (opuesto a una simple operación social), crean derechos y deberes legales, y los derechos y deberes legales no pueden existir en un vacío sino que tienen lugar dentro de un sistema legal que está disponible para tratar con tales cuestiones como son la validez, aplicación e interpretación de contratos, y generalmente, para suplementar sus provisiones expresas”. *cfr.* MacNair, *The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations*, British Year Book of International Law, 1957, 3, p. 7.

<sup>538</sup> *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Washington, American Law Institute, 1934, p. 311.

<sup>539</sup> López Velarde Estrada, Rogelio, “El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1994, pp. 413 y ss.

<sup>540</sup> Juenger, Friedrich, “Jurisdiction, choice of law and the elusive goal of decisional harmony”, en Sumampouw, Mathilde ed. *Law and Reality*, The Hague, Asser Instituut, 1992, p. 138. Diamnod, Aubrey, “Harmonization of private international law relating to contractual obligations”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, vol IV, t. 199, 1986, p. 243. Para resolver el problema de *forum shopping* se ha desarrollado en los países anglosajones la doctrina del *forum non conveniens*, la cual sostiene que “Un Tribunal puede resistir imponer su jurisdicción aún cuando esté autorizada dicha jurisdicción por una ley. Las leyes son escritas necesariamente en general y usualmente dan al demandado la posibilidad de elegir Cortes, de forma que puede estar seguro de tener un lugar en donde buscar un remedio. Pero una puerta abierta puede admitir aquellos que buscan no simplemente justicia sino justicia mezclada con algo de molestia. Un demandante está algunas veces bajo la tentación de recurrir a una estrategia de forzar un juicio al lugar mas inconveniente para el adversario, aún a inconveniencia propia”. *Gulf Oil Corporation v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947), U.S. Supreme Court.

En la práctica arbitral existe la teoría del *forum conveniens*, la cual señala “que el foro en el cual decidir un caso debe ser la jurisdicción que tiene la conexión más cercada con la acción y las

que existen leyes rigurosamente obligatorias se atribuye frecuentemente un gran poder al demandante, porque siendo a menudo libre para elegir entre varias jurisdicciones igualmente competentes, puede, por esto mismo, determinar entre varios derechos locales el que haya de ser aplicable.”<sup>541</sup>

La primera guía que se establece para determinar qué ley debe regir un contrato es la exigencia de que la elección de la ley aplicable se haga de manera expresa. Esta restricción aparece en el párrafo 5 del artículo 10, del Código Civil español, que a la letra reza: “*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente*”.

Una segunda guía para determinar la ley aplicable a un contrato cuando no ha sido expresamente señalada por las partes es el principio *in favorem negotii*; ante dos leyes que puedan ser aplicadas al contrato si una de ellas lo torna nulo, debe decidirse por la ley que le da validez, ya que no puede suponerse que las partes hayan querido un contrato bajo una ley cuya aplicación haga su acuerdo inválido.<sup>542</sup>

Otras guías para determinar la ley aplicable a la disputa se reducen a una lista de supuestas conexiones que debe tener el negocio jurídico con el sistema legal para poder ser adscrito al mismo. Así, se han propuesto como conexiones la ley del lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*, *lex locus contractus*, *lex causae*), la ley del lugar de la ejecución (*lex loci executionis*), la ley de la nacionalidad de las partes, la ley del domicilio del deudor, la ley donde se encuentra ubicado el objeto (*lex rei sitae*), la ley que rige el arbitraje (*lex arbitri*).

El párrafo 5 del artículo 10, del Código Civil español señala por ejemplo que si las partes no escogieron expresamente una ley para su contrato, se aplicará “*la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la ley de residencia habitual común y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato*”. La misma disposición establece reglas especiales para bienes muebles e inmuebles y señala

---

partes”. *Ethyl Corporation vs. The Government of Canada* (Decision regarding the place of arbitration) NAFTA/UNCITRAL Case, 28 noviembre 1997, p. 3.

<sup>541</sup> Savigny, M.F.C., *op. cit.*, nota 504, p. 280.

<sup>542</sup> Dicey and Morris, *The conflict of laws*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1980, p. 765.

que a falta de sometimiento expreso “se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a la compraventa de muebles corporales realizada en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”.

Una observación es general. La supuesta conexión del contrato con el sistema legal es la mayor parte de las veces impropia; normalmente existe una nula o escasa relevancia con el negocio jurídico de mérito o con las partes contratantes. Casi todas las reglas, al ser aplicadas, no responden a las necesidades del comercio mundial, muchas de ellas, fijadas cuando el comercio internacional era un fenómeno esotérico, están fuera de moda.<sup>543</sup> Por ejemplo, la conexión de la nacionalidad común pocas veces tendrá lugar en contratos internacionales, lo mismo la de residencia habitual. El lugar de celebración que da lugar a la *lex loci celebrationis*, *lex locus contractus*, normalmente es totalmente arbitrario y coyuntural en el comercio internacional.

El sistema de las conexiones fijas de la ley y el contrato se basa sin lugar a dudas en los principios soberanos establecidos por Huber.<sup>544</sup> Dicho sistema tiene dos inconvenientes: por un lado y en un extremo los príncipes pueden caer en la tentación de no permitir que ninguna ley extranjera sea aplicada en su territorio. Evidentemente esta no es una solución sensata para el mundo global. Por otro lado, dada la multiplicidad de sistemas legales puede existir más de una solución a un mismo problema<sup>545</sup> de forma que exista una desarmonía decisional.<sup>546</sup>

---

<sup>543</sup> Redfern, Alan y Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 130.

<sup>544</sup> 1.- Las leyes de cada reino operan en los límites territoriales del mismo y son obligatorias para todos sus súbditos. Dichas leyes no son obligatorias fuera de tales límites; 2.- Súbditos de un reino son todos los que se encuentran dentro de las fronteras de su territorio, sea su residencia permanente o su presencia temporal, y 3.- Los soberanos de un reino actúan por cortesía con objeto de que las leyes de otros reinos, después de haber sido aplicadas dentro de sus territorios, conserven su vigor en todas partes, siempre que los poderes del primer soberano no se perjudiquen. Citado por Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 492, p. 27.

<sup>545</sup> Así por ejemplo, en un caso donde el Reino de Serbia había emitido bonos denominados en francos oro a pagar en Francia, la devaluación que siguió a la Primera Guerra Mundial hizo muy caro el servicio de la deuda. La ley francesa señalaba que las obligaciones a pagar en francos

Las soluciones de conexiones fijas propuestas por los diversos sistemas jurídicos nacionales tienen lógica solamente al interior de los mismos. Al no existir un sistema internacional por sobre todos los sistemas legales nacionales es imposible imponer conexiones fijas en general que arrojen unicidad de solución a los problemas internacionales. No obstante, diversos teóricos conflictualistas han reconocido la conveniencia de que el *consensus* esté conectado a un *grundlegung*, por lo que se han rehusado a dar amplio juego al principio de la autonomía de la voluntad. En la búsqueda por encontrar el *grundlegung* que rija el acuerdo de voluntades se han creado diversas teorías, entre las que destacan la de los índices de localización<sup>547</sup> y la tesis de la prestación característica,<sup>548</sup> teorías

---

debían pagarse al curso corriente, los tenedores de bonos señalaban que la deuda debía solventarse a la paridad de los francos oro, no la corriente. La Corte Permanente de Justicia Internacional consideró que la deuda entre el Estado serbio y los tenedores de bonos se debía regir por la ley serbia dado que “un estado soberano no se puede presumir que haya hecho la sustancia de su deuda y la validez de la obligación aceptada en este respecto, sujeta a cualquier otra ley que no sea la propia” *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment no. 14, Julio 12, 1929, Serie A, Nos. 20/21. pp. 5-89, en la página 42. No obstante, el juez Bustamante disintió de la opinión general y señaló que la ley que gobernaba el contrato de préstamo era la francesa en virtud de que la materia referente a la moneda de pago era de orden público y por lo tanto la ley que regía dicho pago, la francesa, constituía el *grundlegung* del *consensus*. *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, Opinión disidente del Juez Bustamante, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 54.

<sup>546</sup> Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 540, p. 138.

<sup>547</sup> Esta teoría parte de que para localizar un contrato se tienen dos criterios generales, el lugar de celebración o el lugar de ejecución. Partiendo de que dichos criterios generales son poco satisfactorios, se propone una división entre índices intrínsecos del contrato (personalidad de las partes, objeto del contrato, forma, su sanción judicial y el caso de que sea un contrato de derecho público celebrado entre un Estado y un privado) y extrínsecos (ley que no invalide el contrato, actitud de las partes posterior al contrato, ley usual en el caso de contratos de ciertas industrias, etc.) y se sostiene que para ubicar el contrato en un sistema legal debe hacerse un estudio casuístico aplicando los índices señalados. Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, pp. 69 y ss.

<sup>548</sup> La tesis de la prestación característica señala que un contrato se rige por la ley de la prestación que le da vida económica. Esta tesis tiene el inconveniente de ser incierta en cuanto a lo característico de cada contrato y aún dentro de un mismo contrato, por ejemplo una compraventa

supuestamente aplicables con independencia del sistema jurídico del que se trate. Esta extrapolación de guías nacionales para determinar el sistema jurídico que da sustento al *consensus*, implica la idea de una coordinación entre sistemas jurídicos no demostrada.

En este punto es conveniente la siguiente cita: “la metáfora familiar de ‘alcanzar’ las reglas de decisión y el ‘asiento’ de una relación legal implica que es posible localizar el derecho y las transacciones legales sobre alguna base. Estas figuras del lenguaje son engañosas. Las relaciones legales que sobrepasan las fronteras nacionales no se fijan exclusivamente en una localidad geográfica, y las medidas del alcance de las reglas de decisión aún no han sido descubiertas. En realidad, tanto unilateralistas como multilateralistas usan el artificio de los puntos de contacto para ligar las transacciones transnacionales con un sistema legal. El contacto escogido puede ser personal –domicilio, nacionalidad– o territorial –el lugar de la cosa o el lugar del evento–; mucho ha sido escrito por los representantes de los dos acercamientos ortodoxos sobre la cuestión de cuál nexo particular es el apropiado para una regla de decisión o relación legal. Sin embargo, dado que cada ley tiene una aplicación tanto territorial como personal, la selección de uno u otro tipo de contacto es inherentemente arbitraria”.<sup>549</sup>

El problema con las guías de conexiones fijas y las soluciones como la prestación característica y los índices de localización es su naturaleza misma. Con herramientas encajonadas en los límites soberanos estatales se pretende dar solución a un problema no soberano del comercio mundial ¿Las partes de un contrato tienen la facultad de someter su compromiso a cualquier sistema jurídico que deseen? ¿Un contrato de venta de café entre un brasileño y un japonés puede ser regido por la ley danesa? Sostener tal libertad implica resolver dos cuestiones:

- I) ¿Qué sistema legal da facultad a las partes para escoger el sistema legal que regirá su contrato?, ¿existe un sistema legal que coordine a todos los

---

de ganado, lo característico para el vendedor es que le paguen y para el comprador que le den el ganado.

<sup>549</sup> Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 505, p. 256.

sistemas legales de forma que al estar todos los regímenes jurídicos del mundo interconectados puede sostenerse la facultad universal de elección de la ley aplicable?, y

- II) El fraude a la ley solamente importa a la ley defraudada. ¿Es del interés de la comunidad mundial que los sistemas legales se respeten aunque no sea el propio?, ¿es esta una regla legal? Bajo el derecho internacional vatteliano no lo es. Bajo el derecho internacional de corte kantiano es regla fundamental.

Bajo esta perspectiva se ha dicho que “la autonomía de las partes tiene sus límites. Uno de ellos está lejos de duda y es reconocido en todos sitios: las partes no tienen ningún poder para excluir, por su elección de derecho, las reglas de orden público o característico del foro”.<sup>550</sup> Es decir, dentro de los sistemas jurídicos nacionales se ha hecho la distinción, como hemos señalado, entre autonomía material y autonomía conflictual, de forma que se permite a las partes de una convención determinar el contenido de la misma y establecer libremente las estipulaciones de su contrato, (autonomía material o sustantiva) siempre y cuando se respeten las normas de orden público<sup>551</sup> y policía.<sup>552</sup> Es decir, la elección de la ley aplicable tiene que ser hecha de buena fe,<sup>553</sup> no ser ficticia<sup>554</sup> y tener una conexión vital con la transacción.<sup>555</sup>

---

<sup>550</sup> Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 492, p. 398.

<sup>551</sup> El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del marzo 14 del 2002, establece en su cláusula 25.6 lo siguiente: “Disposiciones de Orden Público. Cualquier pacto contenido en este Contrato que sea contrario a disposiciones de orden público de México, se tendrá por no puesto; en la inteligencia de que cuando fuere posible, las Partes deberán negociar un arreglo equitativo para reemplazar la disposición inválida”.

<sup>552</sup> Lagarde, Paul, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, R. Pichon & R. Durand – Auzias, 1959, pp. 234 y ss.

<sup>553</sup> *Seeman v. Philadelphia Warehouse Co.*, 274 U.S. Supreme Court. 403 (1927) “the parties must act in good faith, and that the form of the transaction must not 'disguise its real character.'...”

Si bien la aplicación de las normas de orden público por el tribunal del foro opera como una válvula de escape contra las injusticias, el permitir el veto del foro contra las reglas extranjeras significa socavar un principio fundamental del derecho conflictual, el que todos los sistemas legales sean considerados iguales.<sup>556</sup>

En el caso de los contratos transnacionales la doctrina se ha preguntado si un juez que conociera de un problema debe tener en cuenta no solamente la *lex fori*, la ley escogida por las partes para el fondo del asunto,<sup>557</sup> sino también las reglas de aplicación necesaria impuestas por un tercer Estado<sup>558</sup> con el fin de evitar el fraude a la ley.<sup>559</sup> Una respuesta afirmativa levanta otras tantas preguntas. ¿No

---

<sup>554</sup> *Idem*, “The fact that in some instances wholly unexplained such payments were received elsewhere affords no basis for the contention that the written stipulation for payment in Philadelphia was not the real one”.

<sup>555</sup> *Idem*, “The effect of the qualification is merely to prevent the evasion or avoidance at will of the usury law otherwise applicable, by the parties’ entering into the contract or stipulating for its performance at a place which has no normal relation to the transaction and to whose law they would not otherwise be subject”.

<sup>556</sup> Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 505, p. 258.

<sup>557</sup> “Está ahora firmemente establecido que mas de un sistema legal nacional puede regir un arbitraje internacional” *Channel Tunnel Group Ltd and anor v. Balfour Beatty Constuction Ltd* [1993] A.C. 334 en 357. En efecto, es conveniente distinguir entre la ley que rige la capacidad de las partes para acudir a un arbitraje; la ley que da vida al acuerdo para arbitrar, ya sea expresado a través de una cláusula compromisoria (*clause compromissoire*) o un contrato para arbitrar (*compromis*); la ley que rige el procedimiento arbitral (*lex arbitri, curial law*), que puede coincidir o no con la ley del lugar del arbitraje (*lex fori, lex locus arbitri*); la ley que el tribunal tiene que aplicar para resolver el fondo del asunto (ley sustantiva, ley aplicable, ley gobernante o ley propia del contrato); la ley que rige el reconocimiento y cumplimiento del laudo (*lex executionis*).

<sup>558</sup> Algunos autores sostienen que debido a que el reconocimiento de reglas de aplicación necesaria va en contra de la autonomía de las partes, deben reconocerse siempre y cuando ello no vaya contra las expectativas razonables de las partes al suscribir el contrato. Nygh, Peter, “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1995, t. 251, p. 397.

<sup>559</sup> Sequeiros, José Luis, “El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, 2002, pp. 45 y ss.

significa esto una abdicación a la voluntad de un legislador extranjero?, ¿Cómo pueden dos o más sistemas legales gobernar un sólo contrato?, ¿Cómo se justifica, o desde qué base se puede rechazar, la posibilidad de que los jueces de un Estado sancionen en materia contractual, la violación de reglas de derecho necesario pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos distintos al propio?<sup>560</sup> En el marco del esquema de Estados soberanos, bajo el derecho internacional vatelliano, sin lugar a duda el respeto a las leyes de orden público de otros ordenamientos legales es una concesión de poder.

En el esquema del derecho internacional sinalagmático no existe una norma que obligue a los Estados a respetar el orden público de otros Estados, todo se basa en la inmoralidad de la violación del derecho extranjero y en la *comitas gentium*.

Para efecto de que el reconocimiento de normas necesarias de derecho extranjero deje de ser un asunto de moral, buenas costumbres o *comitas gentium*, es necesario el concepto de orden público internacional, es decir la revolución de las representaciones morales de Habermas que varias veces se ha señalado, la creación del sistema de *pactum subjectionis* de Ferrajoli, la *Eunomia* de Allott. ¿Es deseable la noción de orden público en derecho internacional de contratos?, ¿Es posible la creación de un verdadero orden jurídico internacional comercial? La idea de orden público significa simplemente que *non sub homine sed sub lege*, y ello es un principio de cualquier sistema legal.<sup>561</sup> Desde nuestro punto de vista ello es posible, deseable y necesario, pero es imposible lograrlo si no se rompe el dogma soberano.

Algunas subredes de la red global han comenzado a formar órdenes públicos. Un primer ejemplo de un orden público supranacional lo constituye la Comunidad Europea, que mediante un tratado internacional vinculante para los países suscriptores, genera la noción de orden público. El párrafo primero del artículo 7 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de

---

<sup>560</sup> Guardans i Cambó, Ignasi, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 28, 521 y ss.

<sup>561</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 91.



Roma de 1980) señala que “*Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación*”. De esta forma, en Europa existe un *grundlegung* europeo que debe respetarse por la autonomía material ejercida por las partes al crear su *consensus* para un contrato a cumplirse en dicho continente.

Existen otras normas no derogables o de orden público internacional a un nivel más amplio que la comunidad europea, así el artículo VIII (2) (b) del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, referente a regulaciones de tipo de cambio, señala: “*Los contratos de cambio que comprendan la moneda de un país miembro y que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios mantenidas o impuestas por dicho país miembro de conformidad con este Convenio serán inexigibles en los territorios de cualquier país miembro...*”

No obstante, las dos reglas anteriores de orden público son de derecho internacional particular, no general, no consuetudinario. Desde nuestro punto de vista es posible que las normas de *jus cogens* y las *erga omnes* como la prohibición de esclavitud, por ejemplo, sean consideradas por los tribunales de todos los países como de orden público internacional de forma que un contrato que tenga como objeto la venta de seres humanos sea considerado nulo e inclusive criminal para toda la comunidad jurídica mundial.

Tradicionalmente en los contratos transnacionales, el derecho conflictual, enmarcado en el dogma del conflicto entre soberanos, ha dado un amplísimo juego al principio de la autonomía de la voluntad al grado tal de no solamente permitir a las partes determinar libremente las cláusulas del contrato (autonomía material), sino escoger el orden jurídico que lo va a regir (autonomía conflictual). El problema ha sido mayúsculo pues la facultad de elección del sistema jurídico necesariamente aparece descontextualizada de orden legal alguno, como una

facultad previa a todo sistema legal. Ante tal paradoja la respuesta más sensata del derecho conflictual ha sido proponer la existencia de una multiplicidad de sistemas legales de forma tal que la voluntad de las partes simplemente es un elemento seleccionador de conexiones preexistentes que ayudan a localizar un contrato en un sistema legal en particular, alejándose de la idea de creación de contratos fuera de todo sistema jurídico. Este punto es sugerente, en el fondo supone una red de conexiones entre los diversos sistemas legales del mundo, conexiones que en sí mismas constituyen un sistema legal. No obstante, hasta ahora este argumento no ha sido llevado hasta sus últimas consecuencias, es decir, al reconocimiento de un sistema legal de sistemas legales,<sup>562</sup> y se ha quedado simplemente en señalar que al lado de las normas que son aplicadas por medio del procedimiento conflictual existen otras normas de aplicación inmediata pero que no pasan a constituir un sistema jurídico supranacional.<sup>563</sup>

#### 2.6.4 ¿Unicidad de la *grundlegung*?

Una vez señalado que desde nuestro punto de vista todo acuerdo de voluntades, todo *consensus*, debe estar sostenido y apoyado por un *grundlegung*, cabe la siguiente pregunta: ¿Debe la convención estar regida en todos sus aspectos por una única *grundlegung* o cada prestación y contraprestación, cada obligación, cada aspecto de la misma, puede estar regida por un sistema legal diferente?

La segunda alternativa supone el desmembramiento,<sup>564</sup> partición<sup>565</sup> o disección<sup>566</sup> de la *lex contractus* en dos o más segmentos. Teóricamente pueden darse dos formas de partición.

---

<sup>562</sup> Barrena Nájera, Guadalupe, *La doctrina de la unidad de derecho*, Tesis para obtener el grado de licenciado en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2003.

<sup>563</sup> Romero Fabiola, *La norma de aplicación inmediata o necesaria*, Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Revista 112, <http://www.zur2.com/fcjp/112/fabiola.html>.

<sup>564</sup> Loussouarn & Bredin por ejemplo le donominan *depeçage*. *cf.* Loussouarn Yvon & Bredin Jean-Denis, *Droit du Commerce International*, Paris, Sirey, 1969, p. 604.

<sup>565</sup> Niboyet le denomina *morcellement*. *cf.* Niboyet, J.P. *op. cit.*, nota 514, p. 75.

Un primer supuesto es que la *lex contractus* sea la sumatoria de una serie de *grundlegung* cada una vinculada con su *consensus*,  $lex\ contractus = \sum_{i=1...n} (grundlegung\ i + consensus\ i)$ , de forma que cada pareja de *grundlegung*  $i$  y *consensus*  $i$  sea en si misma un contrato que forme parte simplemente de un negocio jurídico que los aglutina. En este caso, no existe mayor inconveniente teórico con el *depeçage*.

El segundo caso de la sumatoria es más complejo, se trata de diversas cláusulas de un mismo contrato, de forma que la  $lex\ contractus = \sum_{j=1...n} (grundlegung\ j + consensus\ i)$ . En este caso la sumatoria de cada pareja de *grundlegung*  $j$  y *consensus*  $i$ , son disposiciones o cláusulas individuales que integran el contrato.

En este caso cada cláusula es interdependiente desde el punto de vista de la convención, pero independiente desde el punto de vista de la ley aplicable, *grundlegung*  $j$ , se trata de contratos plurilocalizados. Ejemplo de este tipo de desmembramiento lo da el último párrafo del numeral 1 del artículo 3º del Convenio de Roma que señala que “*las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”.

Con independencia de que el convenio sea una sumatoria de convenios regulado cada uno por un diverso *grundlegung* o bien que cada cláusula de un mismo convenio esté regulada por diferentes *grundlegung*, existe otra división de desmembramiento: vertical y horizontal.<sup>567</sup> En el primer caso la segmentación del contrato rompe la unidad entre las obligaciones de cada parte, separando por ejemplo las obligaciones del comprador de las del vendedor, las del arrendatario del arrendador.

En el caso del desmembramiento horizontal el contrato se separa por los diversos aspectos legales que le dan vida: capacidad de las partes, formalidad, validez del consentimiento, efectos.

---

<sup>566</sup> Aparte del término *dissection* Batiffol utiliza los términos *depeçage* y *morcellement* de manera indistinta. Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, pp. 34 y 65 entre otras.

<sup>567</sup> Alfonsin, Quintín, *op. cit.*, nota 419, p. 33.

El caso clásico de desmembramiento vertical se encuentra en la propuesta de Savigny,<sup>568</sup> para quien el verdadero asiento de las obligaciones, el derecho local a que se encuentran sometidos es el lugar de su cumplimiento,<sup>569</sup> adoptando así la *lex loci solutionis* para cada obligación.<sup>570</sup> Cuando el contrato por ser unilateral impone una obligación a una sola de las partes, la *lex loci solutionis* de esa obligación es a la vez la *lex contractus*, pero cuando el contrato por ser bilateral impone a las dos partes obligaciones recíprocas que deben ser cumplidas en Estados diferentes, habrá que desmembrar el contrato en dos mitades para aplicarle a cada una la ley correspondiente.<sup>571</sup>

---

<sup>568</sup> “... en toda obligación sinalagmática son distintas las deudas y pueden ser separadamente tratadas; luego una vez fijada esta división nada nos impide determinar para cada una de estas deudas la jurisdicción y el derecho local, según la persona del deudor.” Savigny, M.F.C., *op. cit.*, nota 504, p. 235.

<sup>569</sup> “...es de esencia de la obligación el referirse a dos personas diferentes: para la una constituye una extensión de la libertad, el imperio sobre una voluntad extraña; para la otra, una restricción de la libertad, la sumisión a una voluntad extraña, ¿según cual de estas relaciones estrechamente ligadas, aunque diferentes, debemos determinar el asiento de la obligación? Evidentemente sobre la última, porque la necesidad de un acto impuesto a la persona del deudor constituye la esencia de la obligación. Este principio encuentra una doble confirmación, primeramente en la gran influencia que el lugar de la ejecución ejerce sobre la jurisdicción, pues éste resulta principalmente de la actividad del deudor y el acreedor no obra o no representa más que un papel accesorio e inferior; en segundo lugar, en la relación íntima existente entre el derecho local y la jurisdicción siempre subordinada a la persona del demandado, que es en este caso el deudor”. Savigny, M.F.C., *op. cit.*, nota 504, pp. 234-235.

<sup>570</sup> El artículo 13 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos establece en su fracción V: ... “los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho”.

*'The general principle in relation to contracts made in one place, to be executed in another, is well settled. They are to be governed by the law of the place of performance.'* Miller v. Tiffany, 1 Wall. 298; Bedford v. Eastern Building & Loan Association, 181 U.S. Supreme Court 227, 242 , 243 S., 21 S. Ct. 597.

<sup>571</sup> Este sistema es adoptado por el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos en el primer párrafo de la fracción V del artículo 14, que dispone: “En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: ... V.- Cuando diversos aspectos de una misma relación

El desmembramiento horizontal se realiza de la siguiente manera: i) Para su solemnidad se sigue la regla *locus regit actum*; ii) para la capacidad de los contratantes *lex domicilii*; iii) para la interpretación del contrato, *lex loci contractus*; iv) para el proceso en caso de controversia *lex fori*, y v) para la ejecución de las prestaciones *lex loci solutionis*.<sup>572</sup> En los contratos extranacionales lo común es que cada uno de dichos aspectos del contrato esté regido por una ley distinta.

La teoría del desmembramiento de las cláusulas contractuales ha dado lugar a interesantes discusiones teóricas respecto al contenido del *grundlegung*, sus alcances, y la posibilidad de que sea complementado por otras disposiciones de diversos sistemas legales. Así por ejemplo se distingue entre requisitos exigidos por el *grundlegung* para que un *consensus* sea válido y requisitos exigidos por otros sistemas jurídicos que complementan el *grundlegung*. Así se dice que el requisito de que la norma convencional sea creada por contratantes capaces lo establece el *grundlegung* del contrato; en cambio y en la jurisprudencia del arbitraje internacional, la determinación de dicha capacidad puede quedar librada a otra ley. Por lo tanto, si dos personas extranjeras celebran un contrato sobre un bien inmueble en México, es la ley mexicana la que exige que dichas personas sean capaces, y se deja a la ley extranjera que determine si dichas personas son capaces o no lo son. De la anterior distinción queda claro que el *grundlegung* puede tener diferentes alcances. En los contratos nacionales celebrados entre personas de la misma nacionalidad que el Estado en el que contratan tanto el requisito de capacidad para contratar como la definición de capacidad se regulan por la misma *grundlegung*, el derecho nacional. En los contratos transnacionales en cambio, la *grundlegung* queda acotada al requisito de capacidad para contratar y deja a otros sistemas jurídicos la determinación de los requisitos para ser capaces, dándose una complementariedad interesante entre diversos sistemas

---

jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derecho se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto”.

<sup>572</sup> Moore, John Bassett, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1906, vol. II, p. 620.

legales. En general podemos señalar una regla general: la *lex contractus* regirá lo que se denomina la vida del contrato, el *iter contractus* (*consensus + grundlegung*), desde su formación hasta su ejecución y extinción,<sup>573</sup> lo que quede fuera de dicho *iter* se puede regir por otros sistemas legales, de manera complementaria. ¿Cuál es la base de esta complementariedad? Desde nuestro punto de vista dicha complementariedad implica una coordinación entre los diversos sistemas legales supuesta y no demostrada hasta el momento.

Otro de los desmembramientos horizontales posibles es sustraer de la *lex contractus* la validez del consentimiento. Bajo dicho desmembramiento los vicios del consentimiento son tratados como entes independientes de la *lex contractus*, lo cual, desde nuestro punto de vista, es impropio por ser el *consensus* el elemento definitorio del nacimiento de la norma convencional.

La teoría del desmembramiento tiene un problema total. Al no existir un *grundlegung* general que se sobreponga, coordine y unifique a los diversos sistemas jurídicos existentes en el mundo, el desmembramiento rompe la unidad del contrato.<sup>574</sup> Pensemos en un contrato que requiere cierta formalidad para ser válido. ¿Puede desmembrarse la cláusula de formalidad del resto de la *lex contractus*? En el caso de dos estadounidenses que pretenden comprar un bien inmueble ubicado en México, la ley mexicana exige la elevación a escritura pública; si el contrato se celebra en Estados Unidos, según la regla *locus regis actum* el mismo debe tener las formalidades del lugar donde se celebra, pero para que sea válido frente a terceros en México debe luego cumplir con la formalidad mexicana de escritura pública, desde nuestro punto de vista, el desmembramiento de cláusulas da lugar a inconsistencias dentro del contrato.

Con respecto al fondo de la norma convencional se proponen frecuentemente desmembramientos. La norma convencional es dividida en aspectos referentes al

---

<sup>573</sup> Pérez Vera, Elisa; Guzmán Zapater, Mónica, *op. cit.*, nota 262, p. 276

<sup>574</sup> Vischer, F., "The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1974, vol. II, t. 142, p. 31. Véase también González de Cossio, Francisco, "La Convención Interamericana y los Contratos Internacionales", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 27, 1997, pp. 124 y ss.

proceso que la genera y aquellos relativos a la aplicación de la norma ya creada. Formación del contrato vs. ejecución del mismo, distinguiendo así entre el *vinculum iuris* y el *onus conventionis*, es decir entre los requisitos para la validez del contrato y los efectos de la norma convencional. Esta distinción también la establece la doctrina norteamericana.<sup>575</sup> El *onus conventionis* por su parte puede dividirse en dos partes: efectos previstos y propuestos por las partes, *effets*, y efectos en existencia por operación de derecho, *suites du contrat*,<sup>576</sup> desde esta perspectiva el *onus conventionis* del *consensus* es denominado *effets* y el *onus conventionis* del *grundlegung* es denominado *suites du contrat*.

Bajo la distinción entre requisitos de formación del contrato y ejecución del mismo, los primeros pueden ser regulados por la *lex loci celebrationis* (*lex locus contractus*), mientras que los segundos lo pueden ser por la *lex loci solutionis*.<sup>577</sup> Este desmembramiento genera también problemas, así por ejemplo puede ser el caso que la ejecución de un contrato dependa de ciertas condiciones de celebración desconocidas o prohibidas por la *lex loci celebrationis* (*lex locus contractus*).

Esta multiplicidad de leyes aplicables al mismo contrato requiere en principio que el límite del dominio de cada una de ellas sea preciso, lo cual nunca sucede; es más no solamente las diversas leyes aplicables se sobreponen sino que generalmente se contraponen debido a la descoordinación existente entre los diversos sistemas legales soberanos.

Todo desmembramiento, horizontal o vertical, tiene un serio inconveniente: las obligaciones que ligan a los contratantes en todo contrato son correlativas y dependen una de la otra. Dicha correlación desaparece si la obligación de una parte queda subordinada a una ley mientras que la obligación de la contraparte, que puede ser correlativa, queda sujeta a un sistema legal diverso, sino existe una

---

<sup>575</sup> *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Washington, American Law Institute, 1934, p. 346 y 358.

<sup>576</sup> Valéry, Jules, *Manuel de Droit international Privé*, Paris, Fonteming et Cie, 1914, p. 987, p. 685.

<sup>577</sup> Fiore, Pascual, *Derecho Internacional Privado*, (trad. García Moreno), México, Talleres de la Ciencia Jurídica, 1898, t.II, p.13 y ss, § 242.

vinculación superior entre esos dos sistemas legales. Las obligaciones de una de las partes son, desde el punto de vista contractual, el contrapeso de las obligaciones de la contraparte. El romper el *vínculum* al separar las obligaciones significa pesarlas en balanzas diferentes. Las obligaciones de una convención, aunque diferentes, deben ser pensadas configurando un vínculo legal único; en consecuencia aunque la deuda de cada parte puede parecer distinta, la fuente consensual que les dio origen debe ser regulada por un solo sistema jurídico, de lo contrario no se lograría la coincidencia de voluntades que da lugar al *consensus* o habría que enfrentarse a soluciones insolubles como en el caso de que, según la ley de una obligación, el consentimiento existiera y fuera válido y según la ley de la otra, no existiera o fuera nulo. El contrato debe por tanto ser pensado como una unidad jurídica y como tal debe ser regido por una sola ley.

Además de los argumentos legales, que son los que interesan a esta investigación, cabe mencionar que mantener la unidad del régimen del contrato, es una exigencia real, una condición normativa que garantiza la seguridad del *commercium internacional*.

Un punto adicional en toda esta discusión del desmembramiento de los contratos es la temporalidad en que puede producirse la disección y la eventual modificación de la misma. El párrafo 2 del Artículo 3 del Convenio de Roma señala que “*Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía antes bien sea en virtud de una elección según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio.*”

Lo dispuesto por el Convenio de Roma es consistente con la postura de mayor liberalidad a la autonomía de la voluntad, al punto tal de que no solamente dejan escoger el *grundlegung* que da sustento al *consensus*, sino que deja libre la posibilidad de que dicho sistema jurídico sea cambiado a discreción. Desde nuestro punto de vista esta solución es exagerada y genera incertidumbre al no estar definido de una vez por todas qué sistema legal compone la *lex contractus*.

El Convenio de Roma trata de asegurar dicha certidumbre al establecer que “*Toda modificación, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, posterior a la*



*celebración del contrato, no obstara a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectara a los derechos de terceros”.*

En este punto cabe una acotación importante. El mundo comercial desmembra contratos, el marco teórico soberano no logra explicar satisfactoriamente lo sucedido en la realidad debido a que ha sido rebasado. Es necesario enfocar con otros ojos los problemas y nosotros creemos que la única forma de responder coherentemente a la posibilidad de que las partes de una convención puedan escoger distintas leyes aplicables a las distintas cláusulas de su contrato, o de que puedan inclusive cambiarla cuando se les antoje, es bajo la explicación de que la ley aplicable se compone por un sistema legal global compuesto de subsistemas legales, dicho sistema legal global les permite a las partes determinar a qué subsistema jurídico quieren fijar su *consensus*. La única forma de resolver estas contradicciones al aplicar los distintos sistemas legales soberanos es crear normas que estén destinadas a ser aplicadas a toda la humanidad.<sup>578</sup> Este es el caso creado justamente por el Convenio de Roma para el subsistema europeo, que en materia de obligaciones contractuales, permite a las partes de una convención determinar a qué sistema legal nacional europeo pueden adscribir su contrato.

¿Cuál es el sistema legal que rige el contrato de Estado Internacional? ¿En qué consiste la ley del contrato de Estado internacional? Lo restante de este trabajo se ocupará de ello, identificar cuál es dicha ley y analizar su contenido.

---

<sup>578</sup> Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 540, p. 147.

# CAPÍTULO III

## FIGURAS LEGALES ALREDEDOR DEL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL

### 3.1 ACTOS DE IMPERIO VS. ACTOS DE GESTIÓN

El Estado nación aparece ante nuestros ojos como una entidad con existencia autónoma respecto de la sociedad y los hombres. Puede ser concebido como el órgano de poder social en algún territorio, sobre determinada población, en tiempo definido, poder que se sitúa por encima de la vida social. Es un poder nacido de la sociedad, pero que se sobrepone a la misma. Característica importante del Estado es que resume el interés general de la sociedad que domina sin confundirse con ella ni con los múltiples intereses privados que la integran.<sup>579</sup>

“La actividad del Estado, es decir, lo que el Estado debe hacer, se define por el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que deben alcanzar. La exigencia lógica del Estado se precisa por los fines o propósitos que una sociedad organizada le ha venido señalando de acuerdo con su propia naturaleza”.<sup>580</sup> Para el logro de dichos fines, los gobiernos se ven precisados a utilizar los recursos de la sociedad, mismos que pueden obtenerse de manera voluntaria o forzosa.

Cuando la colaboración de la sociedad y sus integrantes es forzada el Estado se vale de diversas figuras, entre otras, la impositiva, la expropiación, la requisa, la leva. La colaboración forzosa se da por tanto en el ámbito de la unilateralidad.

La participación de la sociedad con el Estado es, sin embargo, la mayor de las veces libre. Éste compra inmuebles y equipo, celebra arrendamientos para sus oficinas, adquiere gasolina, automóviles, papelería de los particulares al precio establecido por el mercado. No obstante su poder de imperio, la obtención de los

---

<sup>579</sup> Córdova, Arnaldo, *op. cit.*, nota 25, pp. 21, 45 y ss.

<sup>580</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., México, Porrúa, 1976, t. I, p. 20.

bienes y servicios que requiere de la sociedad se logra la mayoría de las veces a través de los mercados donde participa como un agente económico más.

La teoría jurídica ha desarrollado un binomio para distinguir cuando el Estado actúa bajo el poder de imperio y cuando no lo hace. Cuando utiliza su poder soberano se dice que realiza actos *jure imperii*, cuando no utiliza su poder estatal se dice realiza acto *jure gestionis*.

La distinción entre actos *jure gestionis* y *jure imperii*, se utilizó en la tradición jurídica romano-germana en el área del llamado derecho administrativo. En busca de la definición de los alcances de esta materia se señaló que el derecho administrativo era aplicable a los actos *jure imperii*, en tanto que los actos *jure gestionis* quedaban sometidos al derecho privado.<sup>581</sup> La aplicación del binomio en la delimitación de los alcances del derecho administrativo estuvo llena de problemas desde un principio.

En efecto, la distinción entre actos de autoridad y gestión como base para definir los alcances del derecho administrativo fue cuestionada a fines del siglo XIX, cuando se observó que aparte de los actos de imperio, el derecho administrativo también regulaba actos de un *tertium genus*, actos llevados a cabo por el gobierno que sin ser de carácter autoritario se enmarcan en el derecho administrativo por estar relacionados con la gestión pública. Esta observación la hizo patente la escuela de Burdeos.<sup>582</sup>

---

<sup>581</sup> La teoría jurídica tradicional ha distinguido entre derecho público y derecho privado, el primero es “el derecho que emana del Estado, constituido por la supresión del estado de naturaleza, por consiguiente es el derecho positivo en sentido estricto, el derecho cuya fuerza obligatoria deriva de la posibilidad de que en su defensa se ejerza el poder coactivo que pertenece exclusivamente al soberano”, el derecho privado por su parte es “el derecho del estado de naturaleza, cuyos institutos fundamentales son la propiedad y el contrato”. Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 19. Para un análisis de dicha distinción véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 186.

<sup>582</sup> Duguit, Leon, *Leçons de Droit Public Général*, Paris, Boccard, 1926, p. 150 ; Jèze, Gaston, *Principios generales de derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 322. En España un representante de dicha escuela fue Adolfo Posada, al respecto ver su obra *Tratado de derecho administrativo* según las teorías filosóficas y la legislación positiva, 2ª ed., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1923, t. I, p. 267. Uno de los últimos exponentes de dicha escuela

La ola de nacionalizaciones de mediados del siglo XX y la posterior marea de privatizaciones, comprobó que la prestación de servicios públicos podía llevarse a cabo no sólo por la administración pública sino por empresas de derecho privado. Al contrario, actividades que nada tenían que ver con el servicio público, como pudiera ser la fabricación de bicicletas, fueron llevadas a cabo por el Estado en la época de su mayor hipertrofia. Esta multiplicidad de funciones ha hecho caer a muchos administrativistas en la circularidad argumentativa, al sostener que un acto de la administración pública debe ser regulado por el derecho administrativo si dicha actividad puede calificarse como propiamente administrativa.<sup>583</sup>

Debido a la inutilidad del binomio actos *jure imperii*-actos *jure gestionis* para definir los alcances del derecho administrativo, los estudiosos de dicha rama han caído en la exageración de señalar que es inservible del todo. La utilización del binomio tuvo otro problema pues con base en él, se dijo que el Estado, al llevar a cabo actos de autoridad, actúa como persona de derecho público, mientras que en los de gestión es una persona de derecho privado, presentándose por tanto dos personalidades.<sup>584</sup> Atacando esta idea de la doble personalidad en un mismo

---

fue Pequignot, Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Editions A. Pedone, 1945, pp. 32 y ss.

<sup>583</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 50.

<sup>584</sup> Evidentemente señalar que el Estado cuando lleva a cabo actos *jure imperii* lo hace con personalidad distinta a cuando realiza acto *jure gestionis* es desacertada. En el sistema legal nacional el Estado no tiene dos personalidades sino una sola. Si un fiscal de la Procuraduría General de la República (PGR), se ve obligado a consumir en un bar en cumplimiento de su deber al estar vigilando a un criminal y la factura sale a nombre de la Institución, dicho contrato se celebra bajo la única personalidad legal reconocida a la (PGR) por el sistema legal mexicano. De igual forma si el mismo Ministerio Público logra consignar al criminal, lo hace a nombre de la Procuraduría y con la única personalidad jurídica que tiene reconocida. En ambos actos el fiscal actuó a nombre de la Institución y la personalidad de la misma no cambió, en un caso lo hizo llevando a cabo funciones investigativas y en el otro funciones auxiliares al ejercicio de su función ministerial. No obstante lo anterior cabe subrayar que la distinción entre actos *jure gestionis* y *jure imperii* no requiere de una doble personalidad del Estado, sino simplemente de aceptar que el órgano del sistema legal que comúnmente lleva a cabo funciones atribuidas a los gobernantes,

sistema jurídico se ha dicho que la distinción entre actos de imperio y gestión es obsoleta y desacreditada.<sup>585</sup>

Afortunadamente no es del interés de esta investigación definir los límites del derecho administrativo y para ello servirse de la distinción entre actos de imperio y gestión; tampoco tenemos que elucidar sobre qué actos de la Administración Pública deben ser regidos por el derecho administrativo y cuáles por el derecho privado, sin embargo en esas discusiones, muchas veces infructuosas, se ha desperdiciado la gran utilidad que pudiera tener la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*.

Una cosa es cierta y debe tenerse presente: el binomio actos de imperio–actos de gestión es limitado. Con esto en mente el derecho comercial internacional no ha utilizado el binomio como lo hizo el derecho administrativo.<sup>586</sup> Para el derecho internacional el binomio actos de imperio vs. actos de gestión debe leerse simplemente como actos de imperio vs. actos que no son de imperio.<sup>587</sup> De esta forma, el binomio, al definir por exclusión abarca el universo de los actos del Estado de manera complementaria uno del otro. En este caso los actos de gestión deben entenderse como aquellos que no son de imperio, y pueden ser de gestión, de promoción, de servicio público, de producción, o de otro tipo, siempre y cuando no sean de imperio.<sup>588</sup>

---

como puede ser la función policial, no restringe su actividad a dichas funciones, sino que puede llevar a cabo otras tantas funciones no soberanas. Los órganos de gobierno aunque son siempre parte del sistema legal, no actúan siempre como soberanos. *cfr.* García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 138 y ss.

<sup>585</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 8, p. 71.

<sup>586</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, *La ley norteamericana de inmunidad del Estado Soberano de 1976, Análisis y Comentarios*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, p. 39; Andrade-Max, Diego, “Las personas morales de derecho público como partes en el arbitraje comercial internacional”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 22, 1993, pp. 431 y ss.

<sup>587</sup> Carabiber, C., “L’arbitrage international entre gouvernements et particuliers”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1950, v. I, t. 176, p. 277.

<sup>588</sup> La distinción entre actos de imperio y no imperio ha sido reconocida por la mayoría de los sistemas legales, al respecto es famosa la distinción de la Corte Europea en el caso de Eurocontrol

Así, con motivo de la negativa de la embajada de Irán en Berlín de pagar la reparación de la calefacción y ante el alegato de inmunidad del Sha con base en su calidad soberana, la Corte Constitucional de Alemania señaló que para distinguir entre actos *jure imperii* y *jure gestionis*, era necesario referirse a la naturaleza de la transacción o a la relación legal resultante y no al motivo o propósito de la actividad estatal, concluyendo que el contrato para reparación de la calefacción no podía ser considerado una función soberana del Estado extranjero iraní.<sup>589</sup>

Para distinguir entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis* no basta que el contrato lo lleve a cabo un ente estatal, o que el propósito del contrato sea efectuar funciones soberanas. En un famoso caso con motivo de la negativa del pago de cemento comprado por el gobierno de Nigeria para construir barracas, Lord Denning señaló: "... se ha sugerido que el contrato original por el cemento fue... para la construcción de barracas del ejército. Por tal motivo se ha dicho que los contratos de compraventa fueron actos de naturaleza gubernamental—*jure imperii* y no de naturaleza comercial—*jure gestionis*... [No obstante,]... si una oficina de gobierno va a los centros mercantiles del mundo y compra botas o cemento —en una transacción comercial— dicha oficina gubernamental debe sujetarse a las reglas del lugar de la compraventa", y más adelante, para determinar si la oficina nigeriana correspondiente podía ser calificada de gubernamental, el famoso juez señaló: "... confieso que no puedo pensar en una prueba más satisfactoria que en averiguar sobre las funciones y el control de la organización u oficina, no creo que su naturaleza dependa de lo establecido en la

---

en la que señaló "Que aunque ciertos juicios dados en acciones entre una autoridad pública y una persona gobernada por derecho privado puede caer dentro del área de aplicación de la Convención [27 de septiembre de 1968], esto no es así cuando la autoridad pública actúa en el ejercicio de sus poderes". *LTU Lufttransportunternehmen GMBH & Co. KG, Dusseldorf, vs. European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol), Brussel*. European Court Reports, 1976, p. 1541

<sup>589</sup> *Claim against the Empire of Iran Case*, 1963, 45 International Law Reports 57, Federal Constitutional Court of Germany, pp. 80-81.

ley extranjera. Debe analizarse la evidencia para ver si la organización estaba bajo el control del gobierno y ejercía funciones gubernamentales”.<sup>590</sup>

### 3.2. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Hemos dicho que en la actividad estatal es posible que el gobierno lleve a cabo contratos con particulares atendiendo las reglas de los mercados en cuanto precio, calidad y forma. Un ejemplo de ello es cuando las distintas oficinas de gobierno compran gasolina para sus automóviles. En estos casos parece que el Estado se coloca en igualdad jurídica al particular,<sup>591</sup> la relación legal que nace se rige en estos casos por el llamado derecho privado en la tradición romana, lo cual no es óbice a que le sean aplicables al gobierno las normas propias del derecho público en cuanto a la competencia de sus agentes y formalidades que deben cubrirse para no incurrir en responsabilidad.<sup>592</sup>

Existen, sin embargo, casos donde la administración pública se sitúa en el mismo plano jurídico en que se ubica el particular, y no obstante actúa ejerciendo poderes aparentemente exorbitantes, sin poder calificar a los mismos de *imperium*. Este tipo de contratos, tanto en la tradición jurídica romano – germana, como en la anglosajona<sup>593</sup> se consideran no poder estar regidos por el derecho tradicionalmente aplicable a los contratos privados, mercantiles o civiles, debido a que las situaciones jurídicas que crean son de profundo interés general.

Tanto en los contratos de tipo común que celebra el Estado como en aquellos en que conserva poderes exorbitantes se tiene un conflicto conceptual si

---

<sup>590</sup> Trendtex Trading Corp v. Central Bank of Nigeria, [1977] QB 529, Court of Appeal.

<sup>591</sup> En este tipo de contratos los administrativistas llaman al particular colaborador. La idea subyacente es que el particular ayuda y colabora con la administración en sus soberanas tareas. Desde nuestro punto de vista produce equívocos llamarle colaborador, sería tanto como al que vende los clavos de una casa le digamos colaborador del arquitecto, en realidad al oferente particular le importa muy poco para que quiera las cosas el gobierno, simplemente le importa vender sus productos y obtener una ganancia.

<sup>592</sup> Berçaitz, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 484, pp. 6-7.

<sup>593</sup> Russell Motor Car Co. V. US 261 U.S. 514 (1923), USSC

se percibe a éste como un soberano que impone en toda circunstancia su voluntad, lo cual resulta inconciliable con la posición de igualdad entre las partes y el principio *pacta sunt servanda*.<sup>594</sup>

Los contratos de poderes desorbitados pertenecen a la llamada actividad multilateral de la administración pública (contrapuesta a la unilateral). Dentro de dicha actividad multilateral encontramos los conciertos administrativos, convenios de colaboración entre el particular y el Estado, contratos programa, convenios fiscales y los contratos administrativos *strictu sensu*.<sup>595</sup> El propósito de este trabajo no es hacer una distinción entre estas figuras, sino simplemente vislumbrar algunos elementos del llamado contrato administrativo, para entender su similitud y diferencia con el llamado contrato de Estado internacional.

El punto de partida de la polémica de un contrato celebrado por el Estado donde éste tiene poderes exorbitantes respecto a su contraparte, se alimenta sobre la inicial contradicción que parece tener lugar en pretender insertar en el derecho público la figura por excelencia del derecho privado, el contrato. Esta inserción parece irreconciliable con las notas que tradicionalmente marcan al derecho público, la desigualdad de las partes, la autoridad del gobierno, la prerrogativa soberana, la característica del gobierno en mandar unilateralmente mientras que el contrato implica negociación e igualdad de partes.

En todos los sistemas legales existen regímenes especiales para ciertos contratos, tales como aquellos a celebrar entre grandes empresas y los consumidores, entre trabajadores y sus patrones. Estos regímenes implican algunas veces facultades especiales o protección particular para una de las partes, prohibición de ciertas cláusulas y, en ocasiones, jurisdicciones especiales. El contrato administrativo forma parte de esos regímenes especiales de contratación existentes en los sistemas jurídicos.

¿Hasta qué punto son diferentes los contratos de derecho privado y los contratos administrativos? Los teóricos del derecho administrativo señalan que la

---

<sup>594</sup> Parada, Ramón, *Derecho administrativo I. Parte General*, 12ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 252.

<sup>595</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, pp. 644 y ss.



distinción en un principio se llevó a cabo simplemente por efectos jurisdiccionales que no tuvieron trascendencia en el plano material o sustantivo. Es decir, la distinción tuvo lugar por efectos pragmáticos que no tuvieron lugar por razones de distinta naturaleza contractual. La razón de diversas competencias fue simplemente para que las controversias administrativas fueran resueltas más rápidamente por tribunales con mayor conocimiento de la administración pública. Sin embargo, esta distinción tendría repercusiones posteriores en el proceso de sustantivación de los contratos administrativos que los diferenciaría de los contratos de derecho privado.<sup>596</sup>

Para la escuela de Burdeos, el contrato administrativo se diferenciaba del contrato de derecho privado porque en el primero los contratantes se encontraban en un estado de desigualdad, el Estado acudía representando el interés general, el servicio público y el particular solamente su propio interés. De esta forma el Estado estaba obligado no sólo a llevar a cabo su obligación contractual, sino a asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, de igual forma y más allá de lo que estableciera el derecho privado, estaba obligado a indemnizar al particular en caso de que una ampliación de sus obligaciones le causará un perjuicio anormal. De esta manera, el contrato administrativo tenía ciertas cláusulas exorbitantes al derecho privado, que le hacían diferente al mismo. La noción de cláusula exorbitante o derogatoria del derecho comúnmente aplicado a los contratos entre privados ha sido considerada el elemento central de la teoría del contrato administrativo.<sup>597</sup>

La ola de privatizaciones dejó claro que no se requiere ser gobierno para prestar un servicio público, es más, la condición gubernamental muchas veces es sinónimo de ineficiencia, estos hechos implicaron una revisión a la teoría de Burdeos. La teoría administrativa contemporánea sostiene que en toda clase de contratos en los que participe la administración pública, inclusive los de derecho privado, existe cierta modulación especial, al menos en el procedimiento de

---

<sup>596</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 656.

<sup>597</sup> De Laubadère, André, *Traite théorique et pratique des contrats administratifs*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzais, 1956, t. I, pp. 85 y ss.

formación del contrato.<sup>598</sup> Se sostiene con cierta circularidad que el criterio que distingue a los contratos de derecho administrativo y de derecho privado es que los primeros se ubican en el giro o tráfico peculiar de la administración pública, las obras y servicios públicos, lo que genera ciertas reglas no sólo para la formación del contrato sino para la ejecución, cumplimiento y extinción de los mismos.<sup>599</sup>

Sin necesidad de tratar de determinar el contenido del tráfico peculiar de la administración pública que da lugar a los contratos administrativos, podemos decir que tienen como objeto o finalidad, al menos para la administración pública, la satisfacción del interés público,<sup>600</sup> de las necesidades colectivas,<sup>601</sup> entendiendo dicho interés en un sentido amplio, acorde con el alcance que modernamente tiene la administración pública.<sup>602</sup>

Las áreas donde se dan estas situaciones de interés comunitario tienen que ver con: la provisión de un bien o servicio público, la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado, y la realización de obras públicas.

---

<sup>598</sup> Así, si una oficina pública arrienda un inmueble suyo para obtener una renta, el arrendamiento se regirá por el derecho privado, pero la formación de la voluntad contractual de la entidad administrativa y la selección del contratista deberán acomodarse a las reglas del derecho público.

<sup>599</sup> Este giro o tráfico administrativo no debe identificarse, según la nueva teoría administrativa con el servicio público como quiso la escuela de Burdeos, es decir como prestaciones encargadas a los particulares, sino de algo más amplio, comprendiendo toda la actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales. García de Enterría, Eduardo y *op. cit.*, nota 9, pp. 50, 660 y ss.

<sup>600</sup> Como vimos en la parte de Teoría General del Contrato, el interés público no es una agregación de intereses particulares, sino la intersección de todos ellos, este interés común constituye lo que las partes son y desean ser. Allot, P, *op. cit.*, nota 353, p. 36. “Cuando a un integrante del sistema legal se le otorga competencia para la protección no de sus intereses, sino de los intereses de la comunidad jurídica es un órgano público del sistema social”, García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 188.

<sup>601</sup> Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, vol. I, 1977, pp. 113-115.

<sup>602</sup> Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª Ed., Madrid, Tecnos, 1992, vol. II, p. 52.

### 3.2.1 Provisión de bien o servicio público

La teoría económica más liberal reconoce la necesidad de intervención del Estado en la provisión de ciertos bienes, que el mercado y los agentes privados no suministran o bien los suministran en cantidades insuficientes, estos son los llamados bienes públicos.<sup>603</sup>

Ejemplo de estos bienes públicos es el faro que ayuda a la navegación marítima. Los bienes públicos tienen dos características:<sup>604</sup> en primer lugar no cuesta nada que una persona adicional a las que ya lo hacen disfrute de sus ventajas. Formalmente, el hecho de que un individuo adicional disfrute del bien o servicio tiene un coste marginal nulo. En el límite, el costo del faro no depende del número de barcos que pasen por sus cercanías.

En segundo lugar, en general es difícil o imposible impedir que un tercero que no ha pagado por el bien público disfrute del mismo. Si colocamos un faro en una zona rocosa para que nuestros barcos puedan navegar sin peligro, es difícil o imposible impedir que lo utilicen otros barcos que naveguen por la misma zona. De igual forma es difícil cobrar a cada transeúnte el servicio proporcionado por un farol en la calle.

Aunque la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado,<sup>605</sup> es razonable suponer que toda actividad de éste tiene un interés general, salvo que perversamente los gobernantes utilicen el poder en beneficio propio. No obstante, el caso de los bienes públicos resulta de especial relevancia, porque aunque hay un claro interés general, no existe el incentivo económico suficiente para que un individuo privado lleve a cabo la provisión de dichos

---

<sup>603</sup> Varian, Hal, *Intermediate Microeconomics*, 3a ed., Nueva York, W.W. Norton & Company, Inc., 1993, pp. 579 y ss.

<sup>604</sup> Stiglitz, Joseph, *op. cit.*, nota 45, p. 78 y ss.

<sup>605</sup> Así la construcción de un supermercado por una empresa, aunque persigue el interés particular de quien lo construye, también responde al interés general de la comunidad de allegarse de los productos para su supervivencia.

servicios o bienes a su costo. En los bienes públicos, los costos para que un privado los provea son superiores a los beneficios que obtiene.

El dueño de un barco, aunque sabe de la utilidad del faro, le resulta poco redituable instalar los faros suficientes para poder navegar. El hecho de que los mercados privados no suministren los bienes públicos o lo hagan en cantidad insuficiente a las necesidades de la comunidad, justifica la intervención del Estado en la provisión de los mismos.

En la teoría jurídica romano-germana a la provisión de bienes públicos por parte del Estado se le ha denominado régimen de servicio público, y se caracteriza por ser una actividad creada con el fin de dar satisfacción a una necesidad de interés general que de otro modo quedaría insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha.<sup>606</sup>

La gestión de los servicios públicos (provisión de bienes públicos), puede hacerla el Estado directamente, a través de organismos creados para tal fin, o bien puede otorgar en concesión a los particulares la prestación de los servicios públicos. La concesión, es la gestión del servicio público que se entrega a un empresario privado bajo ciertas condiciones, reteniendo la Administración la titularidad última del servicio concedido y con ella las potestades de policía necesarias para su buena prestación.<sup>607</sup> En ocasiones, el órgano concedente delega en el concesionario el ejercicio de estas potestades de policía sobre los usuarios del servicio. Este ejercicio se traduce en ciertos actos como la imposición de multas, por ejemplo, al usuario que infringe los reglamentos del servicio, cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la Administración delegante. Se trata, pues, de verdaderos actos administrativos, en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública como delegado suyo.<sup>608</sup>

---

<sup>606</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989, 28ª ed., p. 243.

<sup>607</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 39.

<sup>608</sup> Así la Ley de Aeropuertos de 1995 de México establece que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes tiene la atribución, como autoridad aeroportuaria de construir, administrar, operar y explotar aeródromos civiles (Artículo 6, F. II). No obstante, la Secretaría puede dar en concesión la construcción, administración, operación y explotación de aeródromos de servicios (artículo 10), y el

### 3.2.2 Explotación de bienes del dominio estatal

Otro tipo de contratos que tradicionalmente se considera no deben guiarse por el régimen jurídico de los contratos privados, civiles o mercantiles, es cuando el Estado otorga en concesión la explotación de bienes de su dominio. En México este contrato cobra especial relevancia por el origen histórico de la propiedad. En efecto, en la época colonial la Corona española era considerada propietaria originaria y original de todo cuanto hubiera en la Nueva España.

Ots Capdequi señala al respecto que “no es aventurado afirmar que todo derecho de propiedad privada de los colonizadores en las Indias, derivaba, originariamente, de la gracia o merced real”.<sup>609</sup> De esta forma, los diputados

---

concesionario tendrá como obligación en materia de administración el coordinar las actividades de los prestadores de servicios y usuarios del aeródromo civil para lograr un adecuado funcionamiento del mismo (artículo 43).

<sup>609</sup> Ots Capdequi, J. M., *El Estado español en las Indias*, México, FCE, 1986, pp. 34, 124. Al respecto dice Florescano que “primero, por virtud del descubrimiento de América, luego por la donación otorgada en la burla *Inter Caetera*, y más tarde por la realidad de la Conquista, todas las tierras de las llamadas Indias Occidentales fueron consideradas jurídicamente como regalías de la corona de Castilla. Es decir, la tierra y otros bienes... vinieron a ser patrimonio del Estado... De esta manera, con exclusión de las tierras reservadas a los indígenas... el resto de las extensas tierras que constituyeron el territorio de la Nueva España sólo pudieron pasar a dominio particular o privado por virtud de una *gracia o merced real*”. *cfr.* Florescano, Enrique, “Los fundamentos de la propiedad: los títulos originarios de la propiedad de la tierra en la Nueva España”, en Cárdenas, Enrique (comp.), *Historia económica de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, El Trimestre Económico, no. 64, p. 331. Al respecto Levaggi sostiene: “En virtud de los títulos soberanos que poseía la Corona de Castilla sobre las Indias, todas las tierras fueron consideradas, en principio, como una regalía suya, o sea como bienes de la Corona... El modo como el rey se desprendió de la tierra baldía, que no se consideraba de propiedad indígena, fue mediante las llamadas *mercedes de tierras*. Entregaba la tierra, a título oneroso o gratuito, a los vasallos de toda condición, ya por haber sido fundadores de ciudades, haberle prestado algún servicio o simplemente por necesidad”. *cfr.* Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 210-211. Al respecto Cruz Barney señala: “Como resultado de la donación hecha de las tierras americanas por el Papa a los Reyes Católicos, se configuró un

constituyentes en su propuesta del 25 de enero de 1917 señalaron que “por virtud precisamente de existir en dicha legislación colonial el derecho de propiedad absoluta en el rey, bien podemos decir que ese derecho ha pasado con el mismo carácter a la nación. En tal concepto, la nación viene a tener el derecho pleno sobre las tierras y aguas en su territorio, y sólo reconoce u otorga a los particulares, el dominio directo, en las mismas condiciones en que se tuvo por los mismos particulares, durante la época colonial y en las mismas condiciones en que la República después lo ha reconocido u otorgado”.<sup>610</sup> Esta subrogación en los derechos de propiedad de la Corona por la nación mexicana ha sido llamada la teoría patrimonialista del Estado y está siempre presente al ejercer los derechos de reversión que sobre la tierra tiene la nación.<sup>611</sup>

No obstante, lo interesante de las teorías que los constitucionalistas han esgrimido respecto a, si el Estado o la nación mexicana conservan el dominio eminente sobre la propiedad privada, no es objeto de este estudio entrar a dicho análisis. Tampoco pretendemos discutir las características del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación mexicana sobre ciertos bienes como el

---

dominio eminente en cabeza del monarca, como titular del dominio y la jurisdicción universal sobre las Indias, y se hizo de sus vasallos dueños particulares por medio de la merced real o donación graciosa que el monarca hacía de determinado bien realengo con un fin determinado; ése fue el punto de partida del derecho de propiedad en las Indias. Tal dominio del rey sobre las Indias se justificó no sólo por la donación, sino por el descubrimiento y la ocupación de la tierra, además de la guerra justa. El dominio no sólo se hizo valer a través de la donación papal, sino también como sucesión del rey castellano respecto de los señores indígenas, por lo que sus tierras pasaron a la Corona, lo que implicaba el respeto a la propiedad indígena adquirida con anterioridad al descubrimiento y conquista. Al monarca correspondía el dominio y la jurisdicción sobre las tierras, aguas, montes y pastos indios... El nacimiento del derecho de propiedad sobre tierras a título particular se manifestó en las capitulaciones, instrucciones y ordenanzas sobre descubrimientos, conquistas y poblaciones”. *cfr.* Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2004, pp. 509-510.

<sup>610</sup> Valdés Abascal, Rubén, “Comentario al artículo 27” en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4ª ed., México, LV Legislatura Cámara de Diputados – Porrúa – IJ, UNAM, 1994, p. 247.

<sup>611</sup> Madrazo, Jorge, “Comentario al artículo 27” en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, IJIC UNAM, 1985.

subsuelo. México es un caso extremo en el mundo, de lo que se entiende por bienes del dominio público. Baste señalar que en general en los diversos sistemas jurídicos se esgrime el concepto del dominio eminente<sup>612</sup> que sobre la propiedad privada tienen los Estados en aras del bien común.

Cuando la explotación de las riquezas estatales se da en concesión se supone que el Estado busca que dicha explotación se lleve a cabo en la forma más provechosa para la comunidad. El otorgar a un privado el derecho de explotar una riqueza le genera la obligación de explotarla de manera adecuada. El supuesto es que el derecho de explotar bienes del dominio del Estado no se ejerce en beneficio exclusivo del que lo explota, sino en beneficio de la colectividad, y por ello existe un régimen especial de explotación. Aunque el derecho del concesionario es oponible *erga omnes*, no es un derecho real regulado por el derecho privado común sino por el régimen de derecho público.

Existe una diferencia entre las concesiones de servicio público y las de explotación de bienes del dominio Estatal. La segunda produce relaciones entre el Estado y el concesionario; en la primera se generan a parte de relaciones entre el Estado y el concesionario, relaciones entre el concesionario y los usuarios del servicio.

### **3.2.3 La obra pública**

Se ha definido a la obra pública como la “cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general, y que se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general”.<sup>613</sup>

---

<sup>612</sup> En Estados Unidos por ejemplo, el término *eminent domain* es prácticamente sinónimo del término expropiación utilizado en el Estado de Lousiana, de tradición romana. El dominio eminente se entiende como el poder de tomar la propiedad privada para uso público por parte del Estado, las municipalidades, y las personas privadas o las empresas autorizadas a ejercer funciones de carácter público. *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 75 S.Ct. 98, 99 L. ED. 27 (1954).

<sup>613</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 7ª ed., México, Porrúa, 1976, t. II, p. 434.

De acuerdo con el artículo 55 del Reglamento General de Contratación del Estado del 25 de noviembre de 1975 de España, el contrato de obra tiene como objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración. La ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista.

En atención a la finalidad se han clasificado las obras públicas en:<sup>614</sup> a) destinadas al asiento o ejercicio de una función pública, tales como la construcción o remodelación de los juzgados; b) las destinadas para servir de infraestructura de servicios públicos como puede ser la construcción de vías generales de comunicación, y c) las destinadas a la gestión o infraestructura económica a cargo del Estado como lo es la explotación de la industria petrolera o eléctrica en México.<sup>615</sup>

### 3.2.4 La naturaleza del contrato administrativo

Visto lo anterior podemos regresar a la discusión sobre la naturaleza del contrato administrativo. En primer lugar debe señalarse que hubo una discusión sobre si el contrato administrativo era o no un contrato. Algunos autores sostuvieron que el contrato administrativo era un acto administrativo unilateral cuya eficacia se surtía al otorgar el interesado su consentimiento.<sup>616</sup>

Otros autores sugirieron que el contrato administrativo era de naturaleza mixta,<sup>617</sup> de forma que las concesiones, por ejemplo, debían entenderse como actos jurídicos de triple naturaleza.<sup>618</sup> Por un lado eran actos reglamentarios, ya

---

<sup>614</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, nota 8, pp. 220 y ss.

<sup>615</sup> Para un estudio más profundo del contrato de obra pública en México se puede consultar Canals Arenas, Jorge Ricardo, *El contrato de obra pública*, México, Trillas, 1991, p. 278.

<sup>616</sup> Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, (trad. Buenaventura Pellisé Prats), 3ª ed., Barcelona, Bosch, t. I, 1970, pp. 165 y ss.

<sup>617</sup> Calafell, Jorge, "Teoría General de la Concesión", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 26, 1996, pp. 215 y ss.

<sup>618</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989, 28ª ed., p. 245.



que fijaban normas a las que se sujetaba la organización y funcionamiento del servicio que se prestaba o la explotación que se propone llevar a cabo. Al tener el carácter reglamentario, el gobierno podía variar la organización y funcionamiento de la explotación en cualquier instante de acuerdo con las necesidades del servicio o la necesidad de una mejor explotación de los bienes en cuestión. Desde este punto de vista el concesionario era visto como un colaborador del poder público en la prestación del servicio o en la explotación de los bienes del dominio estatal, ya que a éste se le encomendaba o comisionaba para la gestión de un servicio público y por ello la Administración retenía ciertos poderes necesarios para la buena marcha de los servicios de que se trataba.<sup>619</sup>

En segundo lugar, se sostuvo que estas figuras eran de naturaleza condicional al fijar requisitos para que el concesionario pudiera ocupar y explotar ciertos bienes del Estado, gozar de cierta excepción de impuestos, entre otros muchos beneficios.

Finalmente, se debía salvaguardar el interés del concesionario bajo una situación jurídica que no pudiera ser modificada unilateralmente por el Estado. Desde este punto de vista podían ser considerados como contratos.

Parece que hoy día, la discusión ya no está en si los contratos administrativos son o no contratos o tienen otra naturaleza, además de la contractual, sino en saber si son sustantivamente diferentes de los contratos de derecho privado.<sup>620</sup> Para efectos de nuestro estudio no es necesario entrar a tal discusión, sino simplemente referir algunas características de la modulación de la institución contractual administrativa para luego compararla con el contrato de Estado internacional.

Un punto importante, que puede resultar obvio, es que para que un contrato sea administrativo se requiere que una de las partes de dicho contrato sea la Administración Pública. No obstante lo anterior, cabe tener presente que aunque necesaria no es condición suficiente para que un contrato sea calificado como

---

<sup>619</sup> Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo. Parte especial*, 4ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 1999, p. 136.

<sup>620</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 651.

administrativo, el que el Estado sea parte contractual. Todo contrato administrativo tiene que estar suscrito por el Estado, pero no todo contrato que éste suscribe es administrativo.

El hecho de que un contrato sea celebrado por el Estado no influye sobre la naturaleza del contrato. Los requisitos formales exigidos para que una persona, como servidor público, obligue al Estado, no influyen en la relación jurídica creada, las obligaciones creadas no dependen de la naturaleza de los firmantes en particular, sino del régimen jurídico que reconozca dicha naturaleza contractual.

Son las reglas de ejecución, interpretación y terminación del contrato las que afectan el carácter que el mismo reviste. Son las normas que rigen la relación contractual las que definen la naturaleza de dicha relación. ¿Cuáles son dichas reglas? En los contratos administrativos, muchas de las disposiciones del derecho común de todo contrato perviven, pero son modificadas por el hecho de que los contratos administrativos tienen como finalidad la prestación de un servicio público<sup>621</sup> y por ello influye el funcionamiento regular y continuo de dicho servicio,

---

<sup>621</sup> CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS. La naturaleza administrativa de un contrato celebrado entre un órgano estatal y un particular puede válidamente deducirse de la finalidad de orden público que persigue, identificada también como utilidad pública o utilidad social, así como del régimen exorbitante del derecho civil a que está sujeto. De ello se infiere que los contratos celebrados por un órgano estatal con los particulares están regidos por el derecho privado cuando su objeto no esté vinculado estrecha y necesariamente con el cumplimiento de las atribuciones públicas del Estado y, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público. Juicio ordinario civil federal 1/2000.- Jesús Guillermo Puente Cutiño.- 20 de febrero de 2001.- Unanimidad de diez votos-Ausente: Genaro David Góngora Pimentel.- Ponente: Juan Díaz Romero.- Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Jurisprudencia,

o bien que se trata de la explotación de bienes del dominio del Estado en beneficio de la colectividad.<sup>622</sup>

Se ha dicho que lo que distingue al contrato administrativo de los contratos de derecho privado es el *fait du prince*.<sup>623</sup> Esta institución significa toda intervención de los poderes públicos que tenga como resultado afectar de alguna manera las condiciones jurídicas o de hecho en las cuales las partes de un contrato deben ejecutarlo,<sup>624</sup> en particular es relevante cuando una de las partes es el Estado.

De esta forma el hecho del príncipe permite a la Administración Pública mediante la emisión de cierta normatividad reglamentaria modificar unilateralmente un contrato del que sea parte. Un análisis más detenido nos lleva a concluir que dicho poder es independiente del contrato administrativo, y la posibilidad de alterar situaciones jurídicas existentes mediante disposiciones reglamentarias deviene de las facultades propias del Estado. Cuando se habla de hechos del príncipe lo que se refiere no es una característica especial del contrato, sino de potestades estatales que se ubican en planos diversos a la norma convencional, potestades que no sólo pueden afectar contratos administrativos sino cualquier tipo de contrato, inclusive contratos entre privados mediante alteraciones legislativas que hagan imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La confusión de traer a colación los hechos de príncipe como elementos definitorios del contrato administrativo se debe a que coinciden en un

---

Contradicción, Tribunal Pleno, Novena Época, vol. XIII, p. 324, Fecha de publicación: Abril del 2001.

<sup>622</sup> En este sentido el contrato administrativo ha sido definido como toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Dormí, Roberto, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 153.

<sup>623</sup> Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989, p. 476.

<sup>624</sup> De Laubadère, André, *Traite théorique et pratique des contrats administratifs*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzais, 1956, t. III, pp. 24-25.

mismo ente, la Administración Pública, el que emite el reglamento y el contratante.<sup>625</sup>

En cuanto a la compensación debe distinguirse el hecho del príncipe de la imprevisión, ya que en esta última la compensación puede ser parcial y en el hecho del príncipe la indemnización es integral para el co-contratante de la Administración Pública.<sup>626</sup>

La naturaleza del contrato administrativo debe buscarse en la relación legal creada, en el régimen jurídico especial, reconocido dentro del sistema legal, mismo que por otra parte convive con otros tantos regímenes especiales como lo son los contratos de trabajo o los de adhesión.

Los contratos administrativos tienen diversas características que los distinguen de los contratos de derecho privado. Los siguientes cinco principios pueden ser considerados como los definitorios del contrato administrativo: continuidad en la ejecución; potestad de dirección y control; mutabilidad o *potestas variandi*; potestad rescisoria, y potestad sancionadora.<sup>627</sup> Algunos autores, sin embargo, consideran que todos esos aspectos pueden englobarse en dos grandes rubros: la inspección y vigilancia en la ejecución del contrato, y la modificación o anulación unilateral por parte de la Administración Pública.<sup>628</sup> Cabe señalar que la *potestas variandi* no debe confundirse con el *factum principis*, pues el primero tiene lugar con motivo de la *lex contractus*, mientras que el segundo es un poder que tiene el Estado ajeno a la relación contractual.<sup>629</sup>

---

<sup>625</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 664.

<sup>626</sup> Badaoui, Saroit, *Le fait du Prince dans les contrats administratifs*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzais, 1955, p.140.

<sup>627</sup> Escola, Héctor Jorge, *op. cit.*, nota 601, pp. 382 y ss.

<sup>628</sup> Lajoie, Andrée, *Contrats administratifs: jalons pour une théorie*, Montreal, Les Éditions Thémis Inc, 1984, pp. 118 y ss.

<sup>629</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios administrativos, 1968, pp 7 y ss.

Un punto adicional a señalar es que todos estos controles se ejercen ejecutoriamente, es decir, previo a cualquier revisión judicial,<sup>630</sup> por ello se ha dicho que la Administración actúa “como juez provisional, decidiendo antes del verdadero proceso sobre la interpretación, anulación, modificación, rescisión, etc., de los contratos administrativos... [*dichos poderes son*]... el privilegio de decisión ejecutoria”.<sup>631</sup>

La continuidad de la ejecución deriva de que la finalidad del contrato administrativo es satisfacer el interés público, el cual prevalece sobre cualquier interés particular, por lo que la Administración Pública tiene el deber de exigir en toda circunstancia la continuación en la ejecución del contrato, es decir la prestación del servicio público, de modo que éste no se vea interrumpido por causa alguna.

Bajo este principio se ha desarrollado la importante teoría de la imprevisión; dicha teoría tuvo origen jurisprudencial en el caso *Gaz de Bordeuax* de 1916. La teoría de la imprevisión sostiene que cuando aparecen circunstancias independientes de la voluntad del privado, imprevisibles al momento de concluir el contrato, que vienen a hacer económicamente imposible para el co-contratante del Estado el cumplimiento del contrato, aquél debe continuar llevándolo a cabo y la autoridad debe ayudarle a solventar la dificultad sobrevenida.

En virtud del principio de la continuidad del servicio público, la teoría de la imprevisión solamente es aplicable a los contratos administrativos, ya que como señaló el Consejo de Estado francés en el caso que se comenta, “el interés general exige la continuación del servicio por la compañía”, en este sentido el privado tiene la obligación de continuar ejecutando el contrato; por otra parte, el Estado tiene la obligación de colaborar con el co – contrante para que la dificultad

---

<sup>630</sup> Estas características también han dado lugar a una justicia especial vinculada a los actos de la administración pública. Para un estudio al respecto véase Martínez Rosaslanda, Sergio, “La instancia administrativa”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 23, 1994, pp. 153 y ss.

<sup>631</sup> Parada, Ramón, *op. cit.*, nota 594, p. 274.

no lo ahogue económicamente. Desde esta perspectiva la obligación del Estado previene la *force majeure*.<sup>632</sup>

La mutabilidad del contrato administrativo consiste en la facultad de la Administración de modificar unilateralmente sus términos, afectando de este modo la ejecución y variando las prestaciones debidas por el particular. Recordemos que el fin de estos contratos, desde el punto de vista de la Administración Pública, es satisfacer de la mejor manera posible el interés público. De hecho, se ha sugerido que siempre que el Estado celebra un contrato administrativo busca satisfacer un interés público contractual.<sup>633</sup>

Se trata de construir la obra pública que demanda el interés general, en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades publicas que el servicio está llamado a cubrir. Si para alcanzar estos fines es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación se considera obligada por la teoría administrativa. La inalterabilidad del fin que es el interés público impone la adaptación,<sup>634</sup> consecuencia de la mutabilidad de las cargas es también la mutabilidad de las prestaciones al privado.

La potestad rescisoria consiste en la prerrogativa de la Administración Pública de disponer de manera unilateral la rescisión del contrato. Esta rescisión no es debida a falta o culpa contractual del co-contratante o por desaparición del objeto. Tiene lugar con motivo de razones de oportunidad, mérito o conveniencia para el interés público, debido a ello algunos autores llaman a esta facultad revocación,<sup>635</sup> no obstante, el término es más propio para actos unilaterales y no bilaterales como lo es un contrato.

La potestad de dirección y control significa que la Administración tiene potestades especiales de dirección y control sobre la forma y modo en cómo el co-

---

<sup>632</sup> De Laubadère, André, *op. cit.*, nota 624, pp. 71 y ss.

<sup>633</sup> Monedero Gil, José Ignacio, *Doctrina del contrato de Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 90; Calafell, Jorge Enrique, "La teoría del acto administrativo", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 23, 1995-I, p. 134.

<sup>634</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 699.

<sup>635</sup> Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo. Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1974, t. III-A, p. 560.

contratante cumple las obligaciones a su cargo. Este principio se justifica porque el interés del privado es puramente particular, y la Administración debe velar por la buena marcha de los asuntos públicos. En principio aún en contratos entre privados uno de ellos puede tener la facultad de supervisión en el caso de contratos de obra, no obstante, los actos que lleva a cabo el Estado para verificar y controlar son muy diversos y en cierto sentido exorbitantes a los del derecho común que rige los contratos privados, e incluyen tareas de inspección, análisis, pruebas, muestreos, procedimientos de fiscalización, y revisión de libros de contabilidad.

El poder de dirección y control se complementa por la potestad sancionadora. Las faltas en que incurra el co-contratante al transgredir lo establecido en el contrato o al no acatar o desatender las órdenes e instrucciones son sancionadas por la administración. Estas sanciones van más allá de las cláusulas penales de los contratos comunes, o la simple indemnización por daños y perjuicios causados.

La siguiente definición de concesionario, el co-contratante de la Administración Pública en uno de los contratos administrativos clásicos, resume lo antes dicho: “Concesionario es la persona físico o jurídica que se compromete contractualmente a realizar una obra pública o que gestiona o explota servicios públicos de titularidad exclusiva de las Administraciones, bajo su tutela y dependencia normativa, con sujeción a objetivos de carácter público y a requisitos o condicionamientos técnicos en la prestación, con una garantía de nivel mínimo en la prestación, instalaciones, equipos y material y, especialmente, con regularidad y continuidad”.<sup>636</sup>

Visto lo anterior se entiende porqué los contratos administrativos se dice se rigen por cláusulas exorbitantes del derecho comúnmente aplicable a los contratos entre privados. En efecto, la *lex contractus* del contrato administrativo se compone por el *consensus* entre el privado y el Estado y por una *grundlegung* especial que debido al interés público que se pretende resguardar, establece características

---

<sup>636</sup> Bermejo Vera, José, *op. cit.*, nota 619, p. 135.

particulares para este tipo de contratos, es un *grundlegung* que exige primariamente la satisfacción del interés general.

Una pregunta es necesaria. ¿Cómo es posible que exista una persona dispuesta a contratar con la Administración Pública bajo el régimen que regula el contrato administrativo siendo aquél tan exorbitante? La respuesta es que la teoría administrativa busca armonizar ambos componentes de la *lex contractus* del contrato administrativo, el *grundlegung* y el *consensus*. Esta armonización lleva a buscar el llamado equilibrio contractual,<sup>637</sup> la proporcionalidad o *aequitas* de las prestaciones respectivas, el *quid pro quo* de todo contrato, que en el administrativo es el contrapeso necesario a la desigualdad funcional del contrato.

Este punto del equilibrio contractual es el más debatido de la teoría del contrato administrativo, pues como vimos en la parte correspondiente a los contratos gratuitos es muy difícil establecer una equivalencia material y objetiva entre las prestaciones, ya que normalmente los contratos se celebran por motivos de desequilibrios económicos subjetivos, de forma que si cada uno de los contratantes no considerara qué gana en el contrato, éste no se celebraría. ¿Cómo pueden dos personas ganar en un mismo contrato? La respuesta escapa a este estudio, pero creemos que puede buscarse en las teorías de Adam Smith y Wilfredo Pareto sobre el intercambio económico.

Las alteraciones o adaptaciones hechas por el Estado con motivo del interés público en el contrato administrativo deben tener en todo caso su contrapartida en el deber legal de respetar la “ecuación financiera”<sup>638</sup> del contrato. Esta idea fue expresada por el Comisionado León Blum del Consejo de Estado Francés en el caso *Cie. Francaise des Trammways* el 11 de marzo de 1910 al señalar que “en todo contrato de concesión está implícita, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le

---

<sup>637</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, nota 629, 1968.

<sup>638</sup> “Dentro de toda la zona donde la Administración ejerce prerrogativas exorbitantes al derecho común, el carácter convencional de los contratos administrativos se manifiesta por el derecho del co-contratante a que, no obstante las modificaciones legítimamente llevadas a cabo por la Administración a la ejecución del contrato, el equilibrio financiero debe ser respetado” Vedel, Georges, *Droit Administratif*, Paris, Thémis, 1973, p. 255.



exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”.<sup>639</sup> Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son los dos polos básicos del contrato administrativo. Desde esta perspectiva no existen exorbitancias a ultranza sino bases de *grundlegung* distintas al derecho privado común para alcanzar el equilibrio contractual.

Como lo señalamos más arriba definir un contrato como aleatorio tiene relevancia cuando se invoca la teoría de la *lesión*, o desproporción notoria entre las prestaciones que tiene lugar debido a la explotación de la ignorancia, miseria o inexperiencia de una de las partes, teoría que algunos sistemas jurídicos reconocen. En el caso de los contratos administrativos éstos se llevan a cabo por riesgo y ventura del particular,<sup>640</sup> de forma que las aleatoriedades están implícitas en el *quid pro quo*. Podemos decir que el contrato administrativo está sujeto a tres aleas:

- I) Aleas administrativo, integrado por el conjunto de modificaciones administrativas que afectan al contrato por la acción unilateral de la administración. Modificaciones que pueden tener lugar por norma o por acto administrativo, y que pueden ser por *factum principis* (no contractual) o por *potestas variandi* (contractual).
- II) Aleas empresarial, que son los riesgos internos del negocio, en ellos se encuentran el *error calculi*, daños en las obras *–periculum rei–* y las dificultades del proyecto que lo encarezcan considerablemente.
- III) Aleas económico, que es el riesgo externo al negocio, la alteración en condiciones económicas no debidas a la mano del gobierno. En estos casos tenemos incremento en precios y salarios.

---

<sup>639</sup> Citado por García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota 9, p. 707.

<sup>640</sup> “En la concesión, la administración encomienda la explotación de un servicio de la que es titular a un particular que asume los riesgos económicos de la empresa”. *cfr.* Cruz Barney, Óscar, *El régimen jurídico del curso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1997, p. 125.

En cuanto a la obligación de compensación, reconocer el origen del alea es importante. Cuando se trata de modificaciones unilaterales de la Administración Pública e internas al contrato, es decir aquellas en ejercicio de la *potestas variandi*, viene a colación el principio de la equivalencia de las prestaciones. En el caso del *factum principis* normalmente se recurre a otros principios para efectos de la reparación, entre ellos el enriquecimiento ilegítimo, y en el caso de las otras aleas se acude al principio de riesgo y ventura por lo que no existe obligación de compensar nada.

Un punto adicional que ayuda a entender la naturaleza del contrato administrativo es que cuando llega a su extinción por cumplimiento, tiene lugar la reversión del servicio a la Administración. Antes de su cumplimiento y por razones de interés público. Esta última puede rescatar el servicio para gestionarlo directamente.<sup>641</sup>

En *common law* no existe la teoría del contrato administrativo, sin embargo, se han reconocido contratos gubernamentales que dan poderes especiales al Estado con base en la teoría de la “necesidad vital” y del “interés público”. Así con motivo de la Primera Guerra Mundial, el Congreso de los Estados Unidos de América expidió la Ley del 15 de junio de 1917 por medio de la cual facultó al Presidente de los Estados Unidos de América a “modificar, suspender, cancelar o requisar cualquier contrato existente o futuro para la construcción, producción, o compra de barcos o material” destinado a la lucha armada. La Suprema Corte de aquel país señaló respecto de la cancelación de ciertos contratos llevada a cabo por el gobierno de los Estados Unidos al finalizar la conflagración que “cuando la Ley fue expedida estábamos en medio de una gran guerra, misma que exigía la utilización de todos los recursos. Las necesidades fueron grandes, más allá del poder del Estado. El gobierno se enfrentó a una *necesidad vital*... pero era una necesidad que el Congreso, sabía que tarde o temprano llegaría a su fin, rápida y completamente. Con la terminación de la guerra... no proveer el cese de la

---

<sup>641</sup> Parada, Ramón, *op. cit.*, nota 594, p. 279.

producción, cuando la necesidad había pasado, hubiera sido una completa desatención del *interés público*".<sup>642</sup>

### **3.3 OTRAS FIGURAS ALREDEDOR DEL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL**

Aunque de alguna forma el contrato de Estado internacional es un contrato administrativo internacionalizado, la teoría administrativa convencional no ha podido dar respuesta a muchas de las interrogantes de este fenómeno de la inversión extranjera, y la jurisprudencia internacional poco a poco ha ido llegando a conclusiones muy similares a las de la teoría administrativista romano-germana.

El contrato de Estado internacional ha sido un vehículo para desarrollar proyectos de inversión en países con problemas de financiamiento; dicho contrato ha sido uno de los tantos mecanismos para canalizar inversión extranjera a países necesitados. Hoy día el proceso globalizador hace que los flujos de inversión tengan lugar tanto de países ricos a pobres como de pobres a ricos<sup>643</sup> y el derecho internacional acusado de conservador se fortalece y extiende en la utilización del arbitraje.<sup>644</sup> El nacimiento y desarrollo del contrato de Estado internacional se encuentra vinculado inexorablemente a la historia legal de todos los flujos de inversión internacional y por ello resulta útil dar un bosquejo a la historia de diversas instituciones que giran a su alrededor.

Puede pensarse que la historia legal de los procesos de inversión extranjera puede ser tendenciosa o falsa, de forma que no sea más que un medio para alcanzar un objetivo diverso.<sup>645</sup> Sin duda en materia de inversión extranjera la historia de las figuras jurídicas que le dan vida no puede ni debe ser

---

<sup>642</sup> *Russell Motor Car Co. v. US* 261 U.S. 514 (1923), USSC, ver también *De laval Steam Turbine Co. v. US*, 284 U.S. 61 (1931), USSC.

<sup>643</sup> *Maffezini v Kingdom of Spain*, 2000, ICSID, ARB/97/7, Jurisdiction.

<sup>644</sup> Para un análisis del arbitraje y su distinción con otros tipos de soluciones de controversias véase Briceño Sierra, Humberto, "El arbitraje y los negocios", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 23, 1994, pp. 153 y ss.

<sup>645</sup> Schaff, Adam, *Historia y verdad*, México, Grijalbo, 1971, p. 13.

descontextualizada de la historia de las relaciones económicas entre países exportadores de capital y países importadores de recursos.<sup>646</sup>

### 3.3.1 Protección diplomática

El padre del derecho internacional señaló que “la soberanía, que se deriva de la propiedad, da a una nación jurisdicción sobre el territorio que le pertenece. Es parte de su soberanía hacer cumplir la ley a lo largo del territorio que gobierna, tomar conocimiento de los crímenes cometidos en el mismo y de las diferencias que surjan entre sus súbditos”,<sup>647</sup> agregando que “las otras naciones deben respetar este derecho; y como la administración de justicia necesariamente requiere que cada sentencia, pronunciada en forma por la Corte de último recurso sea considerada como justa y ejecutada como tal, cuando un caso en el cual algún extranjero se encuentre involucrado haya sido decidido en forma, el soberano del litigante no puede revisar dicha decisión. El investigar lo justo de una sentencia definitiva es atacar la jurisdicción de la Corte que la dictó. Por ello el soberano no debe intervenir en las demandas de sus súbditos en países extranjeros ni otorgarles su protección, excepto en aquellos casos donde la justicia haya sido negada o la decisión sea clara y palpablemente injusta, o el procedimiento apropiado no haya sido observado, o en aquellos casos donde sus súbditos o extranjeros en general, hayan sido discriminados”.<sup>648</sup>

Bajo estos principios los soberanos defendieron sus agravios cometidos a través de sus súbditos, dando lugar a la protección diplomática, es decir, el reclamo que un soberano hace a nombre de su súbdito en contra de otro soberano que ha causado un agravio a dicho súbdito. El reclamo toma lugar a través de

---

<sup>646</sup> Shalakany, Amr A., “Arbitration and the Third World: A plea for reassessing bias under the specter of neoliberalism”, en *Harvard International Law Journal*, no. 41, año 2000, pp. 419 y ss.

<sup>647</sup> Vattel E., *op. cit.*, nota 77, p. 139.

<sup>648</sup> *Idem.*

canales diplomáticos y, en casos extremos, puede tomar la forma, inclusive, de una reclamación judicial a nivel internacional.<sup>649</sup>

En el caso de las concesiones Mavromatis, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que “...es un principio elemental del derecho internacional que un Estado tiene el derecho de proteger a sus súbditos cuando son agraviados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, de los cuales han sido incapaces de obtener satisfacción a través de los canales ordinarios. Al tomar el caso de uno de sus súbditos y recurrir a la acción diplomática o a procedimientos judiciales internacionales a su nombre, un Estado está en realidad afirmando sus propios derechos –su derecho a asegurar, en las personas de sus súbditos– respeto a las reglas del derecho internacional”.<sup>650</sup>

De lo anterior podemos destacar los siguientes elementos de la protección diplomática: I) ciertos actos atribuidos a los Estados constituyen una violación al derecho internacional; II) no obstante la regla general de que el derecho internacional rige las relaciones entre soberanos, estos actos violatorios del derecho internacional causan agravio directo a los súbditos de otro Estado; III) en virtud de ser una violación al derecho internacional, la única forma en que dicho súbdito puede encontrar satisfacción a tal agravio es a través de los canales internacionales, y IV) el privado, aunque ofendido legalmente, carece de capacidad reconocida por el sistema legal internacional para hacer cualquier tipo de reclamo. La satisfacción legal solamente puede ser reclamada por el Estado que lo reconoce como súbdito. Es más, el Estado no está obligado a ejercer protección diplomática, y la relación entre Estado y súbdito es puramente de derecho nacional.<sup>651</sup>

En el caso Mavromatis, Gran Bretaña adujo que en realidad no existía una disputa legal entre dicho país y Grecia, sino que la litis verdadera tenía lugar entre

---

<sup>649</sup> Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1990, t. I, pp. 486 y ss.

<sup>650</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, Greece v. UK, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1924, Jurisdiction, p. 12.

<sup>651</sup> Bindschedler, Rudolf, “La protection de la propriété privée en droit international public”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1956, vol. II, t. 90, p. 183.

el señor Mavromatis y el Alto Comisionado para Palestina en virtud del vínculo jurídico establecido por el sistema jurídico palestino en relación a unas concesiones para producir electricidad y dotar de agua potable a Jerusalén. Analizando la defensa de Gran Bretaña, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que una disputa legal, es un desacuerdo en un punto de hecho o de derecho, un conflicto de puntos legales o de intereses entre dos personas, y que la controversia entre Gran Bretaña y Grecia tenía dichas características; que Grecia “se encontraba afirmando sus propios derechos reclamando del gobierno de Su Majestad británica una indemnización sobre la base de que el señor Mavromatis, uno de sus súbditos, había sido tratado por las Autoridades británicas o palestinas en una forma incompatible con ciertas obligaciones internacionales que estaban obligadas a observar”.<sup>652</sup>

En este punto es importante destacar que la Corte distinguió entre el vínculo existente entre las autoridades palestinas (y británicas como titulares del mandato palestino) y el señor Mavromatis surgido de la concesión, y la violación de carácter internacional derivada de la inobservancia del vínculo nacional, la concesión, que estaba protegida por el tratado internacional que había establecido el mandato de Palestina. De esta forma, la Corte reconoció que un vínculo de un sistema jurídico nacional puede estar protegido por el sistema jurídico internacional; la única forma de explicar esto, como hemos señalado,<sup>653</sup> es considerando que el sistema jurídico nacional está vinculado como subsistema al sistema jurídico internacional y que el segundo priva sobre el primero.

La Corte señaló que si bien en primera instancia hubo una disputa entre una persona privada y un Estado –el señor Mavromatis y Palestina (Gran Bretaña)–, al ejercer la protección diplomática Grecia había hecho que la “disputa

---

<sup>652</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, Greece v. UK, Permanent Court of International Justice, 1924, Jurisdiction, p. 11.

<sup>653</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 75.

[entrara] a una nueva fase... al dominio del derecho internacional... [habiéndose] vuelto una disputa entre dos Estados”.<sup>654</sup>

Tres conclusiones se desprenden de lo anterior: I) las disputas, entre Mavromatis y el Alto Comisionado, y entre Grecia y Gran Bretaña, son disputas que se mueven en dominios diferentes, una en el dominio del derecho nacional y otra en el dominio del derecho internacional. La primera se rige por tanto el sistema legal nacional y la segunda por el sistema jurídico internacional; II) la disputa en el sistema nacional tiene lugar con motivo de la inobservancia de la concesión, la disputa en el sistema internacional nace de la inobservancia del tratado internacional que establece el mandato de Palestina que obliga a respetar las concesiones previas al mandato, y III) la incorporación en el tratado del mandato de Palestina de observar las concesiones, hace que la violación a un vínculo legal nacional, la concesión, de lugar a dos disputas en dos sistemas legales, el internacional y el nacional.

El caso Mavromatis es el parangón de la protección diplomática y vale contrastarlo con otros dos casos que la Corte resolvió cinco años después con motivo de protección diplomática: los préstamos serbios y brasileños. En el caso de los préstamos serbios<sup>655</sup> los hechos tuvieron lugar con motivo de una disputa entre el reino de Serbia y ciertos tenedores de bonos del gobierno serbio, emitidos y pagaderos en Francia. El conflicto surgió porque los tenedores querían que el servicio de la deuda se cubriera en francos oro, mientras que Serbia sostenía que su obligación debía solventarse en francos nominales. Después de la inflación que siguió la primera guerra mundial la diferencia en el pago no era menor.

En el caso Mavromatis quedó claramente establecido que “un Estado tiene el derecho de proteger a sus súbditos cuando son agraviados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado”. En los préstamos serbios la

---

<sup>654</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, Greece v. UK, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1924, Jurisdiction, p. 12.

<sup>655</sup> Los razonamientos del caso de los préstamos serbios fueron repetidos por la Corte Internacional en el caso de los préstamos brasileños. *Payment in gold of Brazilian Federal loans issued in France*, France vs. Brazil, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment No. 15, 12 de julio de 1929, Serie A, no. 20/21, pp. 93-155.

Corte hizo un recuento de los casos de protección diplomática y señaló que hasta ese momento “en todos los casos ante la Corte en los cuales habían estado involucrados intereses privados, el reclamo estatal se había basado en una alegada violación a un acuerdo internacional. La controversia sometida a la Corte en el presente caso, al contrario, solamente se refiere a las relaciones entre el Estado deudor y unas personas privadas, es decir, a relaciones que están, en sí mismas, dentro del dominio de un derecho nacional... obligaciones que surgen de contratos”.<sup>656</sup>

La Corte, observó que en el caso de los préstamos serbios no se alegaba por el Estado que ejercía protección diplomática una violación al derecho internacional, pero señaló que entre los gobiernos francés y serbio existía una “diferencia de opinión”<sup>657</sup> idéntica a la controversia existente entre Serbia y los tenedores de bonos, y que dicha “diferencia de opinión” era lo que la Corte debía solucionar.

De esta forma quedó asentado en la jurisprudencia internacional el antecedente de que la violación a una obligación internacional no era necesaria para acudir a protección diplomática, sino que bastaba que se alegara una violación a derecho nacional y que exista una diferencia de opinión entre los Estados al respecto.

El caso de los préstamos serbios nos proporciona un elemento adicional en materia de protección diplomática. En opinión disidente el juez Pessoa señaló que la protección diplomática debe ejercerse a nombre de un nacional. Que en el caso particular la disputa versaba sobre la forma de solventar una deuda con motivo de ciertos instrumentos mercantiles, de los cuales, debido a su naturaleza, resultaba imposible saber quiénes eran los tenedores verdaderos; de forma que lo más probable, y no obstante haber sido emitidos en Francia con obligación a pagar ahí mismo, fuera que ningún francés los tuviera en su poder. En este sentido Francia ejerció protección diplomática sobre súbditos no identificados, pues no había

---

<sup>656</sup> *Payment of various Serbian Loans Issued in France, op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en las páginas 17-18.

<sup>657</sup> *Idem.*



hecho llegar a la Corte una lista señalando a cada uno de los nacionales, tenedores de los bonos serbios, de los que había tomado el caso.<sup>658</sup>

La evolución entre el caso Mavromatis y los préstamos serbios y brasileños es fundamental y el hecho de que un tribunal internacional decidiera una “diferencia de opinión” idéntica a una disputa de derecho nacional sirvió de base para reclamos posteriores instituidos por los mismos privados extranjeros en contra de Estados huésped fuera de la figura de la protección diplomática.

En los casos de reclamos entre privados extranjeros y un Estado huésped, conocidos por los teóricos como arbitrajes mixtos,<sup>659</sup> normalmente se evita la discusión de si se está resolviendo una disputa de derecho nacional o una de derecho internacional al incorporar en un tratado internacional la obligación de respetar ciertos vínculos legales establecidos por el orden jurídico nacional, como sucedió en el caso Mavromatis, convirtiéndolas así en verdaderas disputas internacionales.<sup>660</sup> Así por ejemplo las comisiones de reclamaciones internacionales como el Tribunal de Reclamaciones entre Estados Unidos e Irán<sup>661</sup>

---

<sup>658</sup> Opinión disidente juez Pessoa, *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 64.

<sup>659</sup> Collier, John, *The settlement of disputes in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 59 y ss.

<sup>660</sup> “Cualquier contrato que no sea un contrato entre Estados en su capacidad como sujetos de derecho internacional está basado en el derecho interno de algún estado. La pregunta de a cuál derecho, forma la materia de la rama de la jurisprudencia que en el presente se describe usualmente como derecho internacional privado o teoría del conflicto de leyes. Las reglas de ello pueden ser comunes a varios Estados o pueden inclusive estar establecidas en convenciones internacionales o costumbres, en cuyo caso pueden poseer el carácter de verdadero derecho internacional gobernado las relaciones entre Estados”. *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41.

A este respecto el artículo 1105(1) del Tratado de Libre Comercio para América del Norte establece que los inversionistas de una de las partes del tratado deben recibir tratamiento de acuerdo con el derecho internacional.

<sup>661</sup> “El Tribunal decidirá todos los casos sobre la base del respeto a la ley, aplicando la elección de reglas de derecho y principios de derecho comercial e internacional que el tribunal determine sean aplicables, tomando en cuenta los usos relevantes del comercios, las provisiones contractuales y el cambio de circunstancias” Artículo V, de la Declaración del Gobierno de la República Popular y

han establecido expresamente que el derecho internacional es aplicable a una disputa entre un privado extranjero que contrata con un Estado huésped,<sup>662</sup> al estar el contrato protegido por un tratado inclusive con efectos retroactivos.

Así, un primer paso en esta evolución fue el tránsito de “diferencias de opinión” entre Estados, idénticas a *litis* entre un privado y un Estado regidas por el derecho nacional de dicho Estado, a disputas internacionales sobre dichas *litis* nacionales, protegidas por el derecho internacional mediante tratados.<sup>663</sup> Bajo esta transformación las reglas de derecho internacional público resultaron directamente aplicables a la disputa nacional.<sup>664</sup>

En la protección diplomática tradicional, aparte del requerimiento de que el Estado demandado haya violentado alguna obligación internacional hacía el Estado reclamante respecto de uno de sus nacionales, se exige que únicamente la

---

Democrática de Argelia referente a la solución de controversias entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica de Irán. <http://www.iusct.org/index-english.html>.

<sup>662</sup> “Un tribunal arbitral internacional (El Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos) se establece para el propósito de decidir demandas de nacionales de los Estados Unidos contra Irán y demandas de nacionales de Irán contra Estados Unidos, y cualquier contra demanda que surja del mismo contrato, transacción u ocurrencia que constituya la materia de la demanda del nacional, si tales demandas y contra demandas están vigentes al momento de este Acuerdo, hayan sido presentadas o no ante un tribunal, y surjan de deudas, contratos (incluyendo transacciones que estén sujetas a cartas de crédito o garantías bancarias), expropiaciones u otras medidas que afecten los derechos de propiedad...” Artículo II, párrafo 1 de la Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia referente a la solución de controversias entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica de Irán. <http://www.iusct.org/index-english.html>.

<sup>663</sup> Séfériadès, Stelio, “Le Problème de l'accès des particuliers a des juridictions internationales”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1935, vol. I, t. 51, p. 37.

<sup>664</sup> El 21 de abril de 1914, la Suprema Corte de Colonia señaló en el caso *Compañía ferroviaria Aix-la-Chapelle-Maastrich*, que en virtud de un tratado internacional, ciertos derechos que tenía el gobierno holandés sobre una mina de carbón ubicada en Prusia, habían pasado a tener naturaleza de “servidumbre internacional”, regida por el derecho internacional, y habían dejado de ser derechos derivados de una simple concesión, regida por el derecho prusiano. *cfr. American Journal of International Law*, vol. VIII, Issue 4, octubre 1914, pp. 858-860.

parte a la que se le violó dicha obligación sea la que ejerza la protección diplomática,<sup>665</sup> en este sentido la protección diplomática tuvo lugar con motivo de obligaciones de carácter sinalagmático. Un principio que complementa el hecho de que solamente el agraviado pueda ejercer protección diplomática es el principio de nacionalidad,<sup>666</sup> es decir que un Estado solamente puede ejercer protección respecto de sus súbditos.

El requerimiento de la nacionalidad es conclusión directa de la doctrina vatteliana. En principio los requerimientos para que alguien sea nacional de un Estado se dejan al Estado mismo,<sup>667</sup> no obstante, la nacionalidad debe ser real y efectiva, es decir genuina, basada en lazos fuertes de hecho entre la persona implicada y el Estado que lo reclama como nacional.<sup>668</sup> De igual forma la nacionalidad debe ser continua, existir al momento en que se dio la afectación y mantenerse hasta el momento en que se instituya el reclamo.<sup>669</sup> Cabe señalar que en derecho internacional el principio que rige es la nacionalidad y no la residencia.<sup>670</sup> En el caso de nacionalidad dual, cualquiera de los dos Estados que reclaman soberanía puede ejercer protección diplomática a un tercero,<sup>671</sup> y entre

---

<sup>665</sup> Fuera de litis la Corte señaló años después que las dos bases sobre las que descansa la protección diplomática son: I) que el Estado demandado haya violentado alguna obligación internacional hacia el Estado reclamante respecto de uno de sus nacionales, y II) que solamente el Estado al cual la obligación es debida y violada puede instaurar un reclamo respecto de dicha violación. *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, International Court of Justice, 1949.

<sup>666</sup> *Flegenheimer Claim*, US v Italy, 1958, 25 International Law Reports 91.

<sup>667</sup> “Las cuestiones de nacionalidad están, en opinión de la Corte, en principio dentro del dominio reservado [del Estado]”. *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco case*, Advisory Opinion, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1923.

<sup>668</sup> *Nottembohm Case*, Liechtenstein v Guatemala, Corte Internacional de Justicia, 1955.

<sup>669</sup> *Panevezys Saldutiskis Railway co. Case*, Estonia v Lithuania, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1939.

<sup>670</sup> *Martin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Interim decisión on preliminary jurisdiccional issues, ICSID Case, facilidades adicionales, ARB(Af)/99/1, 6 diciembre 2000, párrafo 32.

<sup>671</sup> Fuera del contexto de la protección diplomática y en acciones directas de particulares en contra de Estados extranjeros, lo único que se requiere en caso de que el particular tenga varias

ellos, el Estado de la nacionalidad dominante puede reclamar al Estado de la nacionalidad subordinada.<sup>672</sup> En el caso de empresas la nacionalidad se determina no por el control efectivo de la misma, sino por el lugar donde fue creada dicha empresa.<sup>673</sup>

Un requisito final es que “un Estado no puede ejercer protección diplomática y mucho menos recurrir a cualquier procedimiento internacional de reclamo, a menos que su súbdito haya previamente agotado los procedimientos legales ofrecidos por el Estado de cuya acción se queja”.<sup>674</sup> Se ha discutido mucho si el requerimiento de agotamiento de los remedios es de admisibilidad de la demanda o de jurisdicción, es decir, un impedimento procedimental o de fondo.<sup>675</sup> Nosotros sostenemos que es de fondo y que el agravio al particular extranjero no se ha dado sino hasta que se ha negado justicia, por lo cual el privado debe buscar remedio ante los tribunales del Estado que supuestamente le ha ofendido. El requerimiento de agotamiento de remedios locales se obvia si el perseguir los recursos no tiene sentido desde un inicio,<sup>676</sup> los remedios deben por tanto ser relevantes, suficientes<sup>677</sup> y adecuados.<sup>678</sup>

---

nacionalidades es que la que alega efectiva, con independencia de que las otras nacionalidades también lo sean o no. *Señor Eudoro Armando Olguin c. República del Paraguay*, CIADI, caso ARB/98/5, 26 julio 2001, párrafo 61.

<sup>672</sup> *Merge Claim*, US v Italy, 1955, 22 International Law Reports 443.

<sup>673</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Case*, Bélgica v. España, Corte Internacional de Justicia, 1970, posteriormente *Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A (ELSI)*, US v Italy, Corte Internacional de Justicia, 1989.

<sup>674</sup> *Interhandel Case*, Switzerland v US, Corte Internacional de Justicia, 1959. ver también *Ambiatelos Arbitration*, Grecia v. UK, 1956, 23 International Law Reports 306.

<sup>675</sup> Collier, John, *op. cit.*, nota 659, pp. 197 y ss.

<sup>676</sup> *Finnish Vessels in GB during the War*, 1934, 3 RIAA 1479.

<sup>677</sup> *Ireland v. United Kingdom*, E.C.H.R. Ser. A, No. 25 (1978).

<sup>678</sup> *Gallardo Rodríguez v México*, IACHR, 1996, 11.430, 43/96.

### 3.3.2 Doctrina Calvo

La protección diplomática clamó tener como objetivo el obtener justicia para los ciudadanos cuando ésta no era alcanzada por medio de los remedios judiciales del Estado huésped; no obstante, problemas con la aplicación de dicha figura pronto comenzaron a operar. En particular sucedió que los extranjeros acudían a sus gobiernos con muy poca evidencia de una violación real, el grado de la misma y sin haber intentado obtener algún remedio a nivel local. Los Estados extranjeros basados en información incompleta y bajo fuerte presión política interna hacían reclamos vía protección diplomática. El problema mayor fue que el recurso de la protección diplomática se hizo dependiente de consideraciones políticas en vez de legales y la fuerza del Estado reclamante pronto determinó el fondo de la disputa, pues la utilización de la fuerza armada para obligar a los gobiernos más débiles a cumplir con dudosas obligaciones no fue infrecuente. Adicionalmente la mayoría de las veces los daños reclamados estaban fuera de toda proporción al agravio originalmente sufrido.<sup>679</sup>

En efecto, durante el siglo XIX las disputas internacionales se solucionaban inclusive con guerra, la cual era calificada como otra forma de hacer política.<sup>680</sup> El siglo XIX fue testigo de multitud de sucesos de intervención armada en América Latina por parte de diversas naciones europeas en ejercicio de protección diplomática por virtud de una supuesta violación al derecho internacional en la persona de algún súbdito.<sup>681</sup>

---

<sup>679</sup> Shea, Donald, *The Calvo Clause*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, pp. 11 y ss.

<sup>680</sup> “La guerra no es solamente un acto meramente político, sino un instrumento político real, una continuación de la política comercial que se lleva a cabo por otros medios” Clausewitz, *On War* (Von Kriege) (1832), Londres, Penguin Books, 1968, p. 119.

<sup>681</sup> La intervención francesa en México de 1838 (guerra de los pasteles por un reclamo de \$600 mil pesos) y 1961 (intervención que terminó con la imposición de Maximiliano de Absburgo y que utilizó entre sus pretextos una deuda a un banco Franco-Suizo), la intervención norteamericana en Santo Domingo en 1904 y la invasión Alemana, Británica e Italiana a Venezuela en 1903, crearon la impresión de que el derecho internacional y particularmente la protección diplomática era una forma encubierta de ejercer el control y la dominación extranjera.

La crítica más fuerte a la protección diplomática vino de un eminente internacionalista estadounidense llamado Edwin Borchard.<sup>682</sup> El problema era mayor: Latinoamérica necesitaba fuertes recursos para poder desarrollarse, pero el precio a pagar por abusos reales o imaginarios y la protección diplomática e intervención armada debían detenerse. La mayor parte de la literatura legal internacional desarrollada por América Latina en la segunda parte del siglo XIX y la primera del XX se dedicó fundamentalmente a atender dicho problema.

El primer intento fue la llamada doctrina Drago,<sup>683</sup> que surgió en una nota de Luis Drago, ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, a los Estados Unidos en 1902, la cual sostenía que “el principio que la Argentina quisiera ver reconocido es que la deuda pública no sea ocasión para una intervención armada, ni mucho menos para la ocupación militar del territorio de las naciones americanas por una potencia europea”.<sup>684</sup>

No obstante, quien se hizo famoso por sus argumentos en contra de la protección diplomática fue el argentino Carlos Calvo, quien señaló que el principio de la igualdad de los Estados impide que se realicen intervenciones utilizando como pretexto aparentes daños a los intereses privados de los súbditos del Estado que realiza la intervención.<sup>685</sup> Carlos Calvo señaló también que los extranjeros no tenían por qué reclamar mayores derechos ni beneficios que aquellos que la legislación nacional del país donde invirtieron concede a los propios nacionales y por lo tanto dichos extranjeros debían conformarse con los remedios que proporcionaba la jurisdicción nacional del Estado huésped.

Las ideas de Calvo se desarrollaron de manera distinta en los diversos Estados latinoamericanos, pero todos convinieron en que “la jurisdicción de los Estados dentro de los límites de su territorio nacional aplica a todos los

---

<sup>682</sup> Borchard, Edwin, “Limitations on coercitive protection”, en *American Journal of International Law*, t. XXI, abril 1927, p. 303 y ss.

<sup>683</sup> Drago, Luis, “State Loans in their relation to international policy”, en *American Journal of International Law*, t. I, Julio 1907, pp. 692-726.

<sup>684</sup> Citado por Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1990, t. I, p. 487.

<sup>685</sup> Calvo, Carlos, *Le droit international théorique et pratique*, Paris, Arthur Rousseau, 1896.

habitantes... nacionales y extranjeros [quienes] están bajo la misma protección de la ley y autoridades nacionales; los extranjeros no pueden reclamar otros derechos o más extensivos a aquellos que gozan los nacionales”.<sup>686</sup> Al respecto los tratadistas no latinoamericanos señalaron que “se considera como un principio obvio del Derecho de gentes la afirmación de que un Estado no cumple totalmente sus obligaciones internacionales por el sólo hecho de otorgar a los extranjeros el mismo trato que a sus nacionales”.<sup>687</sup>

La mayor parte de las veces la doctrina Calvo se incorporó en contratos de Estado internacionales celebrados entre los Estados latinoamericanos y los inversionistas extranjeros en diversas cláusulas que variaban entre sí,<sup>688</sup> así por ejemplo, se establecieron cláusulas explícitas respecto al requerimiento del agotamiento previo de recursos nacionales. En México las ideas de Calvo llevaron a establecer la renuncia de los inversionistas extranjeros a solicitar protección diplomática, requerimiento que se incorporó en el artículo 27, fracción I de la Constitución de 1917 actualmente en vigor que a la letra señala: “El Estado podrá conceder el... derecho [de dominio sobre tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas] a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo”.

El argumento fundamental en contra de dicha interpretación de la doctrina Calvo es que en el ejercicio de la protección diplomática “el Estado debe ser visto como el único juez que decide cuando la protección será otorgada, en qué medida y cuando cesará. La protección diplomática es... [*por lo tanto*]... un poder

---

<sup>686</sup> “Convención sobre los derechos y deberes de los Estados adoptada por la séptima conferencia Panamericana en Montevideo” en *American Journal of International Law*, 1933, 28, Supp, 75 (1934).

<sup>687</sup> Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, p. 38.

<sup>688</sup> Sepulveda, Cesar, *Derecho internacional*, México, Porrúa, 1998, pp. 248 y ss.

discrecional [*del Estado*]<sup>689</sup>. De esta forma, la renuncia que hace el extranjero de invocar la protección de su Estado, no es oponible a dicho Estado, en virtud de que el derecho de ejercer protección diplomática pertenece al Estado y no al inversionista.<sup>690</sup>

No obstante lo anterior, la cláusula Calvo entendida como renuncia a pedir protección diplomática ha tenido efectos legales. En el arbitraje *North American Dredging Company*, se señaló que la cláusula Calvo creaba la obligación de agotar los remedios locales antes de acudir a la Comisión de Reclamación México–Estados Unidos, no obstante que el tratado que estableció la Comisión señalaba que ninguna acción sería negada bajo el argumento de que no se agotaron los remedios nacionales.<sup>691</sup>

### 3.3.3 Acciones legales ante terceras jurisdicciones

Experiencias de infructuosos reclamos de inversionistas privados extranjeros ante las cortes de los Estados huésped, por daños ocasionados por dicho Estado con motivo de interferencia ilegal con su propiedad y la falta de derecho de acción internacional, *ius standing*, del que carecen las personas privadas, llevaron a los extranjeros inversionistas a buscar remedios judiciales en terceros países.

Estos casos en terceras jurisdicciones, ajenas tanto al Estado del extranjero inversionista como al Estado huésped han tenido repercusiones allende fronteras. A través de los casos llevados a cabo en terceras jurisdicciones se ha ido desarrollando poco a poco una jurisprudencia comercial internacional que se ha ido aplicando a posteriores casos de contratos de Estado internacionales. Dos argumentos esgrimidos por los Estados demandados en dichos procesos resultan relevantes para nuestros propósitos: I) el acto de Estado, y II) la inmunidad.

---

<sup>689</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Case*, Belgium v. Spain, Corte Internacional de Justicia, 1970.

<sup>690</sup> Collier, John, *op. cit.*, nota 659, pp. 197 y ss.

<sup>691</sup> *North American Dredging Company*, 1926, 4 UNRIAA 26, p. 33.



La frase “acto de Estado” no es muy ilustrativa. Cualquier litigio que implique alguna referencia a una ley extranjera o a un sistema legal extranjero involucra de alguna forma un acto de Estado extranjero, ya sea legislativo, judicial o ejecutivo.

La sección 41 del Restatement (second) Foreign Relations Law of the United States, define al acto de Estado como “un acto de un Estado extranjero por virtud del cual dicho Estado ha ejercido su jurisdicción para dar efecto a sus intereses públicos”. Una típica acción gubernamental tratada como “acto de Estado” es la interferencia con la propiedad privada por parte de éste dentro de su territorio.<sup>692</sup>

En el caso *Underhill v. Hernandez*, George Dunhill demandó a José Manuel Hernández ante las cortes de Estados Unidos debido a que el último se había rehusado a otorgarle un pasaporte para dejar Venezuela y lo había dejado confinado en su propia casa cuando era comandante militar en dicho país. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en voz del juez Fuller, señaló que los actos de un gobierno extranjero llevados a cabo dentro de su propio territorio no podían ser llevados a juicio en las cortes de Estados Unidos debido a que cada Estado está obligado a respetar la independencia de los otros soberanos,<sup>693</sup> y que se trataba por tanto de un acto de Estado. Ahora bien, el acto de Estado no aplica cuando los hechos tienen lugar fuera del país que lo impone. Así por ejemplo en el caso de un asesinato cometido en Washington, aunque ordenado en Chile, la doctrina fue declarada inoperante.<sup>694</sup>

Los países que reconocen la teoría del acto de Estado señalan que el mismo es aplicable aún si el acto se aduce se ha cometido en contravención al derecho internacional, ello no porque un acto de Estado pueda estar sobre el

---

<sup>692</sup> *Libyan American Oil Co. v Government of Libyan Arab Republic*, LIAMCO arbitration, 1977, 62 *International Law Reports* 140.

<sup>693</sup> *Underhill v Hernandez*, 168 US 250 (1897).

<sup>694</sup> *Letelier v Chile*, 488 F. Supp 665 District Court, DC (1980).

derecho internacional, sino por que las Cortes nacionales no tienen jurisdicción para decidir el derecho internacional.<sup>695</sup>

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que la teoría del acto de Estado tiene como base constitucional la división de poderes, una decisión del poder judicial que cuestione la validez de un acto de un gobierno extranjero tendría serias consecuencias para el ejercicio del poder ejecutivo, el cual tiene a su cargo la política exterior.<sup>696</sup>

---

<sup>695</sup> El caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* surge con motivo de una enmienda a la Sugar Act en 1960, dicha enmienda permitió una reducción a la cuota de azúcar importada de Cuba por Estados Unidos. El gobierno cubano calificó la enmienda como “agresión” y decidió expropiar ciertos intereses estadounidenses como contramedida. Las cortes inferiores de los Estados Unidos señalaron que la doctrina del “acto de estado” era inaplicable cuando se violentaba el derecho internacional, y que en el caso de la expropiación cubana ello sucedía, ya que la misma no había sido motivada por un propósito público sino como represalia, fue discriminatoria por estar enfocada solamente a intereses norteamericanos y no se había proporcionado una compensación adecuada. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en *certiorari* señaló que la doctrina del acto de Estado era aplicable y que las Cortes de Estados Unidos carecían de competencia para decidir sobre el derecho internacional. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, USSC, 376 U.S., p. 398, 1964.

<sup>696</sup> *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, USSC, 376 U.S. 398, 1964.

Reconociéndose el efecto que pudiera tener una decisión judicial en la política exterior, con el afán de hacerlas compatibles y tratando de revertir la decisión *Sabbatino*, tuvo lugar la llamada segunda enmienda Hickenlooper. 1974, Foreign Assistance Act, 22 U.S.C. § 2370(e)(2).

(2) Notwithstanding any other provision of law, no court in the United States shall decline on the ground of the federal act of state doctrine to make a determination on the merits giving effect to the principles of international law in a case in which a claim of title or other rights to property is asserted by any party including a foreign state (or a party claiming through such state) based upon (or traced through) a confiscation or other taking after January 1, 1959, by an act of that state in violation of the principles of international law, including the principles of compensation and the other standards set out in this subsection: Provided, That this subparagraph shall not be applicable

(1) in any case in which an act of a foreign state is not contrary to international law or with respect to a claim of title or other right to property acquired pursuant to an irrevocable letter of credit of not more than 180 days duration issued in good faith prior to the time of the confiscation or other taking, or

Cabe señalar que no todo acto gubernamental puede ser llamado acto de Estado. Así por ejemplo la emisión de patentes no llega a cubrir los requerimientos de acto de Estado,<sup>697</sup> mientras que acción de guerra sin duda tiene dichas características.<sup>698</sup>

El segundo argumento importante para efectos de nuestro estudio esgrimido por los Estados demandados ante terceras jurisdicciones es el de la inmunidad a la jurisdicción. El punto de partida para el análisis de las inmunidades a la jurisdicción de un Estado es la decisión de 1812 del Juez Marshall, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *The Schooner Exchange v McFaddon*.<sup>699</sup> Los hechos que dieron lugar al litigio fueron los siguientes. Un barco de guerra francés atracó en Filadelfia para ser reparado después de una tormenta. John MacFaddon y otros demandantes ejercieron acción posesoria sobre el barco señalando que era suyo ya que en realidad se trataba del Schooner Exchange, asegurado por Francia en alta mar en 1810 por un decreto de Napoleón.

El juez Marshall al resolver el caso estableció las bases de la inmunidad a la jurisdicción de un Estado al señalar que dentro del territorio de una nación su jurisdicción es exclusiva y absoluta, y que cualquier excepción a dicha jurisdicción debe ser consentida por dicho Estado. En el ámbito internacional, apuntó el juez Marshall, una nación, al colocarse dentro de la soberanía de otro Estado, lo hace suponiendo que al entrar a dicho Estado tiene la licencia expresa y la confianza de que las inmunidades que le pertenecen como soberano independiente, aunque no hayan sido expresamente estipuladas, se respetarán. De esta forma opera el principio *par in parem non habet imperium*. Marshall señaló que la inmunidad a la

---

(2) in any case with respect to which the President determines that application of the act of state doctrine is required in that particular case by the foreign policy interests of the United States and a suggestion to this effect is filed on his behalf in that case with the court

Para un análisis de los eventos políticos respecto a dicha enmienda véase Wesley, Roger, "Expropriation challenge in Latin America: Prospects for Accord on Standards and Procedures", en *Tulane Law Review*, Tulane University, No. 46, 1971, p. 245

<sup>697</sup> *Mannington Mills Inc v Congoleums Corporation*, 595 F2nd 1287 (1979)

<sup>698</sup> *Saltany v Reagan & Thatcher*, 702 F Supp 319 1988

<sup>699</sup> *The Schooner Exchange v McFaddon*, 1812, USSC, 11 US 116 (Cranch)

jurisdicción de un Estado se basaba en la dignidad del príncipe extranjero, la perfecta igualdad de los Estados, la absoluta independencia entre soberanos, la cortesía y reciprocidad internacionales que obedecen al interés común y al continuo intercambio internacional. En estas bases sentadas por Marshall puede verse claramente que la inmunidad no destruye la jurisdicción de un Estado, sino que simplemente constituye una barrera para que dicho Estado ejerza su jurisdicción.

Ahora bien, la jurisprudencia comercial internacional ha señalado que no todo acto estatal da lugar a inmunidad a la jurisdicción de otros Estados. En el caso *Trendtex Trading Corp v. Central Bank of Nigeria*<sup>700</sup> resuelto en apelación por las cortes inglesas, se hizo la distinción entre actos *jure imperii* y *jure gestionis*, señalando que la inmunidad de un Estado a la jurisdicción de otro Estado solamente tiene lugar respecto del primer tipo de actos.<sup>701</sup> En el mismo caso se señaló que la inmunidad a la jurisdicción solamente puede ser reclamada por un gobierno extranjero, un departamento de Estado, o cualquier cuerpo que pueda ser considerado como un “alter ego u órgano” del gobierno de dicho Estado. Las leyes internas del país que reclama inmunidad son irrelevantes para el efecto de determinar si se trata de un alter ego; la respuesta debe buscarse en la naturaleza

---

<sup>700</sup> Los hechos que dieron lugar a la disputa fueron que en 1975 el Banco Central de Nigeria emitió una carta de crédito a favor de los demandantes, una compañía suiza, para cubrir el precio de cierta cantidad de cemento que sería vendido por los segundos a una empresa Inglesa; esta última había asegurado un contrato con el gobierno nigeriano para proveer de cemento a un proyecto de construcción de barracas en Nigeria. Bajo instrucciones del gobierno nigeriano el Banco rehusó pagar la carta de crédito. Debido a que el Banco Central de Nigeria tenía activos en Inglaterra, los demandantes ejercieron una acción contra dicho Banco en las cortes inglesas. *Trendtex Trading Corp v. Central Bank of Nigeria*, [1977] QB 529, Court of Appeal.

<sup>701</sup> La misma tesis fue sostenida posteriormente en *I Congreso del Partido*, [1983] 1 AC 244, ahí la corte señaló que la teoría restrictiva de la inmunidad surge del deseo de los Estados de entrar en transacciones comerciales o de derecho privado con individuos. Dicha teoría, según el tribunal, tiene dos fundamentos: I) El necesario interés por la justicia a los individuos que llevan a cabo tales transacciones con Estados de forma que se les permita llevar sus disputas a las cortes, y II) El requisito de que un Estado que responde a un reclamo judicial no implique un reto o una investigación en uno de los actos soberanos o gubernamentales de dicho Estado.

del órgano que reclama inmunidad de jurisdicción, en sus funciones y en el control ejercido por el gobierno. El punto relevante para la doctrina de la inmunidad, es que los hechos por los cuales se reclama inmunidad hayan sido llevados a cabo “en ejercicio de autoridad soberana”.<sup>702</sup>

La teoría de la inmunidad distingue entre inmunidad absoluta en el caso de acciones *in personam* en contra de jefes de Estado y diplomáticos<sup>703</sup> e inmunidad relativa en el caso de acciones *in rem*.<sup>704</sup> No obstante, las recientes decisiones en *Arab Monetary Fund v Hasim*<sup>705</sup> y *Pinochet*<sup>706</sup> respecto a que ciertos actos, como el robo y la tortura, respectivamente, no pueden entenderse como actos llevados a cabo en función oficial parecen sentar precedentes hacia una limitación a la teoría de la inmunidad absoluta.

La distinción entre actos en función oficial y privada no ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia, para cuyo tribunal la inmunidad absoluta en el caso de las relaciones diplomáticas debe mantenerse. No obstante, la Corte señaló que inmunidad de jurisdicción no significa impunidad, inmunidad a la jurisdicción criminal y responsabilidad penal son conceptos diferentes. Mientras la inmunidad a la jurisdicción es de naturaleza procesal, la responsabilidad criminal es una cuestión de derecho sustantivo. La inmunidad a la jurisdicción puede impedir que alguien sea consignado por un cierto periodo de tiempo, por ciertas ofensas, pero no puede exonerar a una persona de responsabilidad penal. Por otro lado, la Corte apuntó que “las normas que rigen la jurisdicción de las cortes nacionales deben distinguirse de las normas que rigen la inmunidad de la jurisdicción: jurisdicción no implica ausencia de inmunidad, mientras que ausencia

---

<sup>702</sup> *USA and France v Dollfus Mieg*, [1952] AC 582.

<sup>703</sup> La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961 señala en su preámbulo que el propósito de los privilegios e inmunidades es “asegurar la ejecución eficiente de las misiones diplomáticas como representantes de los Estados” de forma que sólo el Estado de origen puede renunciar a tal inmunidad.

<sup>704</sup> *The Philippine Admiral*, [1977] AC 373.

<sup>705</sup> *Arab Monetary Fund v Hasim*, [1991] 1 All ER 871 House of Lords.

<sup>706</sup> *R v Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, 1999 2 All ER 97.

de inmunidad no implica jurisdicción. De esta forma, aunque existen varias convenciones internacionales que imponen la obligación a los Estados de juzgar o extraditar, y por lo tanto exigen la ampliación de su jurisdicción criminal, tal extensión de jurisdicción de ninguna manera afecta las inmunidades bajo derecho internacional consuetudinario”. Finalmente la Corte dejó en claro que la doctrina de la inmunidad a la jurisdicción de un Estado aplica únicamente entre Estados, entre iguales, pero que no tiene lugar respecto a tribunales internacionales.<sup>707</sup>

La doctrina de la inmunidad de un Estado a la jurisdicción de otro Estado se inscribe en el derecho internacional vatteliano y fue expresada para respetar la soberanía entre los Estados. En el derecho del mundo global no tiene sentido y así lo expreso la Corte internacional, frente a tribunales internacionales, la doctrina de la inmunidad es inoperante.

La doctrina de la inmunidad de un Estado a la jurisdicción de otro Estado ha sido expresada como una barrera al ejercicio de la jurisdicción exclusiva y absoluta de un Estado dentro de su territorio. Desde este punto de vista, el alegato de inmunidad puede ser catalogado como un problema de admisibilidad, es decir, aun siendo el tribunal competente no puede conocer del caso por ser el otro Estado inmune a su jurisdicción. En un símil, la inmunidad se presenta como un requisito de procedibilidad para que un tribunal ejerza su jurisdicción, parecido a lo que en derecho mexicano se denomina fuero. En contraste, la doctrina del acto de Estado no impide que un tribunal conozca de un asunto, sino que el acto de Estado es un argumento de defensa dentro del juicio. La teoría del acto de Estado ha sido desarrollada principalmente en los Estados Unidos, mientras que para efectos similares otros estados se han basado en la doctrina de las inmunidades.<sup>708</sup>

---

<sup>707</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Congo v Belgium, 2002, Corte Internacional de Justicia, párrafos 55, 59, 60 y 61.

<sup>708</sup> *Compañía Naviera Vascongado v Cristina*, [1938] AC 485. En este caso España clamaba inmunidad y la corte inglesa sostuvo un argumento parecido al acto de estado: “The courts of this country will not allow the arrest of a ship, including a trading ship, which is in the possession of, and which has been requisitioned for public purposes by, a foreign sovereign state, inasmuch as to do

La doctrina de la inmunidad debe distinguirse también de la doctrina de lo no justiciable. La primera aplica en razón de la materia, actos en ejercicio de actividad soberana, mientras que la segunda implica falta de jurisdicción debido a que no existe materia para juzgar. Así aplicando la doctrina de lo no justiciable la Casa de los Lores declinó competencia para decidir un caso entre dos empresas petroleras que requería, entre otras cosas, determinar la frontera entre dos Estados del Golfo Pérsico;<sup>709</sup> en este caso dicho tribunal señaló no tener competencia para pronunciarse sobre un problema de derecho internacional igual que hizo la corte norteamericana en el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabatino*, pero distinguiendo los problemas de inmunidades de la justiciabilidad de un caso.

Un problema fundamental se presenta en materia de inmunidades y doctrinas similares. Todas ellas son desarrolladas en los países exportadores de capital, donde por determinada circunstancia los países importadores de flujos de inversiones poseen activos sobre los que pueda ejecutarse una sentencia. La doctrina contemporánea del derecho internacional vatteliano ha dejado en las manos de dichos países la determinación y creación del derecho en la materia, mientras que el resto del mundo permanece pasivo.

Debido a esta pasividad se quedan muchas preguntas en el tintero. ¿Quién puede renunciar a la inmunidad? ¿Esta respuesta debe darla el derecho nacional o el internacional? ¿Opera la renuncia a la inmunidad en actos *jure gestionis*? Un punto de arranque puede ayudar a contestar estas preguntas: desde el arbitraje Alabama ha quedado claro que el derecho interno no puede oponerse para cumplir una obligación internacional.<sup>710</sup>

En México donde la fracción X del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que es facultad y obligación del Presidente de la República dirigir la política exterior. Evidentemente esta disposición está

---

so would be an infraction of the rule well established in international law that a sovereign state cannot directly or indirectly be impleaded without its consent".

<sup>709</sup> *Buttes Gas & Oil Co. v Hammer*, [1982] AC 888, 938.

<sup>710</sup> *Alabama Claims*, US/UK, 1872, Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, 1898, vol. 1, p. 496.

inscrita en los límites soberanos y en la perspectiva del derecho internacional de Vattel. La visión de que el único contacto con el mundo exterior lo haga el Presidente de la República o ciertas personas especializadas llamadas diplomáticos está muy lejos de la realidad del mundo comercial actual.

El problema central de la inmunidad puede ser señalado en unas cuantas palabras. “Existe acuerdo general en que en algunas situaciones el derecho internacional requiere inmunidad de un Estado extranjero de la jurisdicción local de otro Estado. Existe un considerable cuerpo de opinión de que en otros casos (descritos variablemente como ‘comerciales’, ‘jure gestionis’, ‘de derecho privado’) la inmunidad no es requerida. Y es frecuentemente negado que el derecho internacional contenga, o pueda contener, criterios que distingan las transacciones de inmunidad de las que no son de inmunidad. La incoherencia no necesita demostración. La distinción es referida a la discreción del forum (en cuyo caso la regla de la inmunidad desaparece) o la validez de tal distinción es negada sobre bases *a priori*, en cuyo caso la excepción desaparece.”<sup>711</sup>

Nosotros sostenemos que en una verdadera comunidad internacional, no paritaria, los jefes de Estado no pueden ir renunciando a inmunidades juicio a juicio.<sup>712</sup> La distinción entre actos de imperio y actos comerciales, debe ser

---

<sup>711</sup> Crawford, James, “Execution of judgements and foreign sovereign immunity”, en *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, p. 854.

<sup>712</sup> El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión marzo 14 del 2002, establece en su cláusula 25.4 lo siguiente: “Inmunidad. Tanto la Comisión como el Productor acuerdan que el presente Contrato y las operaciones contempladas en el mismo constituyen actividades comerciales de las Partes. En la medida en que la Ley aplicable así lo permita, cada una de las Partes por este medio renuncia expresa e irrevocablemente a cualquier derecho de inmunidad de cualquiera de ellas o de sus activos que tenga o adquieran en el futuro (sea caracterizada como inmunidad soberana o de otra forma) respecto a cualquier procedimiento arbitral llevado a cabo conforme a la Cláusula 25.3 o de cualquier procedimiento legal seguido para ejecutar cualquier laudo que sea el resultado de cualquier procedimiento arbitral, sea en México o en cualquier jurisdicción extranjera, incluyendo, sin limitación, inmunidad para ser emplazado, inmunidad de jurisdicción o de la sentencia de cualquier corte o tribunal, inmunidad de ejecución de sentencia, e inmunidad de embargo



establecida a nivel mundial de forma que en el último tipo de actos los tribunales extranjeros ejerzan jurisdicción sobre el 'alter ego' del gobierno sin mayor trámite ni autorización presidencial.<sup>713</sup> La forma de lograr esto permanece en discusión.

Una forma de evitar los problemas con la definición de inmunidad es establecer en el CEI que la transacción es de naturaleza comercial o privada<sup>714</sup> y permitir a los entes de gobierno que puedan hacer tal calificación al CEI. De esta forma por ejemplo, el párrafo segundo del artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, reformada en enero del 2002, señala que en “actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto”.

---

precautorio sobre cualquiera de sus bienes; en la inteligencia de que conforme a las leyes aplicables, un tribunal mexicano no puede ordenar un embargo precautorio o uno para asegurar la ejecución de una sentencia, o una ejecución, sobre bienes de la Comisión”.

<sup>713</sup> En el argumento de inmunidad México ha tenido bastante experiencia en las cortes de los Estados Unidos. Entre los casos más representativos destacan: *Sedco, Inc., v. Petroleos Mexicanos, Compañía Petrolera Nacional de México*, 84-2512, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica, 12 agosto de 1985; *Petroleos Mexicanos vs. Crawford Enterprises, Inc.*, 643 F. Supp. 370, 3 de septiembre de 1986; *Estados Unidos de Norteamérica vs. Petroleos Mexicanos*, 91-2800, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Quinto Circuito, 4 de junio de 1992, entre otros. En estos casos básicamente las cortes han reconocido que PEMEX puede considerarse un Estado Soberano para efectos de la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera y por lo tanto en principio goza de inmunidad salvo que se demuestre que ha renunciado explícita o implícitamente a tal defensa, que realiza actividades *iure gestionis* y que los efectos sean directos y previsibles en los Estados Unidos. Para un análisis de todos estos casos y los argumentos esgrimidos en los mismos, véase Zenteno Barrios, Javier, *Coord. Inmunidad y Soberanía, Petróleos Mexicanos*, 1999.

<sup>714</sup> Delaume, Georges, “Economic development and sovereign immunity”, en *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, p. 339.

### 3.3.4 La facultad expropiatoria

Básicamente existen dos posturas respecto a la facultad expropiatoria. Por un lado la heredada del absolutismo y que sostiene que el príncipe tiene el *dominium eminens*, sobre todo cuanto existe en su reino. Por otro lado la derivada del derecho natural que llegó a su clímax con Hegel, y para quien la esencia de la personalidad se encontraba en la libre voluntad y en la propiedad: “propiedad, como existencia de la personalidad”.<sup>715</sup> Para Hegel la propiedad puede ser reconocida y garantizada por el sistema legal pero de ninguna manera puede pensarse que la crea. La propiedad, al ser reconocida, porque existe previamente, tampoco puede ser destruida.

Sin entrar en la discusión sobre estas dos posturas cabe señalar que comulgamos más con la idea de que la facultad expropiatoria es inherente al sistema jurídico que crea las figuras legales que convergen en el llamado derecho de propiedad. Bajo esta corriente algunos autores sostienen que no tiene caso preguntarse por los sustentos de la facultad expropiatoria del Estado sino tomarla como un hecho.<sup>716</sup> Enterría, por ejemplo, señala que “el tema clásico de la justificación de la potestad de expropiar no tiene sentido sustantivo. Es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado. La justificación del poder de expropiar entra, por ende, dentro de la justificación del poder del Estado en abstracto, y está afectado por los mismos límites. Sólo desde el dogma del carácter originario y absoluto de la propiedad privada pudo cobrar sentido este tema académico que en la Edad Media surge por la ausencia de una idea abstracta y general del poder público, herencia de la concepción regalística (las “regalías” como títulos concretos de poder). Para nuestra conciencia actual no tiene más sentido preguntarse por la justificación del poder de expropiar que el que tendría inquirir la justificación del poder estatal de regular las herencias, o la

---

<sup>715</sup> Hegel, G.W.F., *op. cit.*, nota 154, § pp. 41 y 51

<sup>716</sup> Orrego Vicuña, Francisco, “Some international law problems posed by the nationalization of the copper industry by Chile”, en *American Journal of International Law*, vol 65, No. 4, Octubre 1973, p. 712.

dote, o el contrato de sociedad”.<sup>717</sup> En concordancia con lo que sostiene Enterría no analizaremos si la facultad expropiatoria es eminente o no al poder del Estado, sino los límites reconocidos por el derecho internacional a dicha facultad.

En los diversos sistemas legales la facultad expropiatoria ha sido limitada constitucionalmente. La doctrina medieval del *dominium eminens*, por ejemplo, evolucionó en los países anglosajones, menos influidos por las ideas revolucionarias francesas pero sin duda grandes receptores de las ideas liberales. El *dominium eminens* sostiene que el soberano tiene el poder de reasumir la plenitud de su dominio latente sobre las cosas de su territorio. Gracias al movimiento constitucional dicha reasunción ha quedado sujeta a dos requisitos: I) uso o propósito público, y II) justa compensación económica.<sup>718</sup>

Debe tenerse en mente que aunque el *dominium eminens* es inherente al gobierno<sup>719</sup> y solamente puede ser ejercido mediante legislación o a través de delegación legislativa, usualmente a otro órgano gubernamental, dicho poder puede ser delegado también a empresas privadas como las encargadas de los

---

<sup>717</sup> García de Enterría, Eduardo, “*Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 45-46.

<sup>718</sup> *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 75 S.Ct. 98, 99 L. ED. 27 (1954). De acuerdo con la quinta enmienda: “*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”.

<sup>719</sup> “It has not been seriously contended during the argument that the United States government is without power to appropriate lands or other property within the States for its own uses, and to enable it to perform its proper functions. Such an authority is essential to its independent existence and perpetuity. These cannot be preserved if the obstinacy of a private person, or if any other authority can prevent the acquisition of the means or instruments by which alone governmental functions can be performed... No one doubts the existence in the State governments of the right of eminent domain,-a right distinct from and paramount to the right of ultimate ownership. It grows out of the necessities of their being, not out of the tenure by which lands are held. It may be exercised, though the lands are not held by grant from the government, either mediately or immediately, and independent of the consideration whether they would escheat to the government in case of a failure of heirs.”. *Kohl v. US*, 91 U.S. 367 (1875).

monopolios naturales o *utilities*<sup>720</sup> en áreas de ferrocarriles o puentes, cuando promueven un propósito público válido.<sup>721</sup>

Para la Europa continental, la institución legal de la expropiación nace a partir de la revolución francesa. La Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, establece en su artículo 17 que “la propiedad es un derecho inviolable y sagrado del cual nadie puede ser privado sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización”.<sup>722</sup> De esta forma los revolucionarios franceses consagraron como sagrado e inviolable el derecho de propiedad, al mismo tiempo, aceptaron el poder estatal de expropiar pero lo limitaron de toda una eventualidad de garantías, concretamente tres: I) necesidad pública evidente (*causa expropriandi*); II) constatación por la ley de ese caso límite, y III) indemnización de justa cuantía (*justum pretium*). La regulación de la expropiación se articula así en el reconocimiento de la facultad estatal (potestad activa), y en un sistema de garantías compatibles con la idea de que la propiedad es sagrada (garantía del sujeto pasivo).<sup>723</sup>

---

<sup>720</sup> Para una explicación de lo que es un monopolio natural y un *utility* véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 60, pp. 93 y ss. Véase también López Velarde Estrada, Rogelio, “La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideración desde la perspectiva del derecho internacional privado”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1995-I, pp. 281 y ss.

<sup>721</sup> Mediante una ley de febrero de 1888, el Congreso de los Estados Unidos autorizó a una compañía privada a construir un ferrocarril a través del territorio sureste indio. La Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo al respecto que “el Congreso ha indicado su punto de vista de que la ley simplemente autoriza el ejercicio del derecho de dominio eminente” mediante otra ley de 1894, el Congreso señaló: “será legal para la nueva empresa construir y operar ramales de su ruta principal y para tal propósito tomará y usará los derechos de vía.... Bajo compensación hecha por tal motivo, tal como se proveyó en el caso de la toma de tierra para su ruta principal”. *Noble v. Oklahoma City*, 297 U.S. 481 (1936).

<sup>722</sup> «La propriété étant un droit inviolable et sacré; nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité».

<sup>723</sup> García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, p. 195.

Al respecto Enterría ha señalado que “la potestad de expropiar es construida legalmente como un poder circunscrito a límites concretos, aunque más o menos extensos, que se funcionalizan específicamente como presupuestos de validez de tal potestad, de modo que sólo dentro de los mismos el ataque al patrimonio privado puede calificarse de poder jurídico; todo el contorno negativo definido por tales límites integra automáticamente una zona protegida, pues al margen de esos límites no existe expropiación, sino “vía de hecho”, no un poder jurídico, sino un despojo ilegal contra el cual el ordenamiento reacciona por su propia virtud y eficacia”.<sup>724</sup>

En el argot del derecho internacional el término expropiación tiene una connotación amplia y comúnmente engloba todo tipo de desposesión, mediante indemnización o sin ella, producto de una sanción penal o por causa de utilidad pública u otro título.<sup>725</sup> Nosotros utilizaremos la palabra expropiación<sup>726</sup> para la interferencia legal del Estado en el patrimonio privado. Cuando sea ilegal le llamaremos, siguiendo la terminología propuesta por Schwarzenberger,<sup>727</sup> confiscación, aunque *taking of property* es más común en derecho internacional.<sup>728</sup> Debe distinguirse la expropiación del embargo o aseguramiento, es decir la toma de la propiedad que hacen las cortes como medida precautoria para reparar el

---

<sup>724</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 717, p. 97.

<sup>725</sup> Se distingue también la nacionalización de la confiscación y la expropiación en que el carácter de la primera es de orden general y tiene por objeto eliminar, por razones políticas, empresas privadas en ciertos sectores económicos. Cfr. Petré, S, “La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1963, vol. II, t. 109, p. 493.

<sup>726</sup> Cabe señalar que en los países anglosajones el término *expropriation* es utilizado para una confiscación sin compensación.

<sup>727</sup> Schwarzenberger, Georg, *Foreign investments and international law*, London, Stevens & Sons, 1969, p. 17.

<sup>728</sup> Para interferencia no legal con la propiedad privada además de *taking of property* y confiscación se utilizan en derecho internacional los términos de nacionalización, desposesión, privación, aseguramiento, requisición, secuestro y transferencia de propiedad, entre otros.

daño; del decomiso que tiene lugar en materia penal<sup>729</sup> y de la liquidación judicial en sentencia que soluciona una controversia.

Fuera de lo anterior, no todo acto gubernamental que afecte la propiedad privada puede considerarse una expropiación. En Estados Unidos, por ejemplo, el *taking of property*,<sup>730</sup> entendida como la situación que surge cuando una acción del gobierno interfiere directamente con, o sustancialmente, perturba el uso y disfrute de la propiedad de una persona, se distingue de la *regulation*, es decir, las reglas y órdenes emitidas en ejercicio de una facultad administrativa para hacer cumplir la ley en virtud del poder de policía,<sup>731</sup> y que no es indemnizable. Esta distinción es toral y debe tenerse presente en lo que resta del tema.

En derecho internacional nunca se ha llegado al extremo de negar la potestad activa del Estado por expropiar o ejercer el *dominium eminens*. De hecho, en la era de las Naciones Unidas los principios de “autodeterminación económica” y “soberanía permanente sobre la riqueza y los recursos naturales”<sup>732</sup> han refinado esta facultad estatal.

---

<sup>729</sup> Sin embargo debe tenerse cuidado que el decomiso por motivos de sanción penal no sea un pretexto para expropiar como lo fue en la Alemania nazi. *cf.* Bindschedler, Rudolf, “La protection de la propriété privée en droit international public”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1956, vol. II, t. 90, p. 212.

<sup>730</sup> Black’s Law Dictionary, Minnesota, West Publishing, Centenal Edition 1991. La Corte Internacional de Justicia ha sostenido que el término *taking* es más amplio que el de *espropriazione*. *Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A (ELSI)*, US v Italy, Corte Internacional de Justicia, 1989, §113.

<sup>731</sup> Autoridad conferida por la Constitución de los Estados Unidos en la Décima Enmienda sobre los Estados, y a su vez a los gobiernos locales, por el cual se faculta a establecer un departamento de policía y adoptar regulaciones para prevenir la comisión del fraude y el delito, asegurar la promoción y mantenimiento del bienestar, la moral, la seguridad y la salud. 57 North Western Reporter 331, 333.

<sup>732</sup> “La soberanía, expresión de la ‘supremacía’ única, entera e indivisible del poder del Estado dentro de ‘los límites de las fronteras territoriales’ y también expresión de ‘la independencia de éste en relación con cualquier otra potencia’, expresa el derecho del estado de explotar libremente sus recursos y sus riquezas, sobre la base de su independencia económica”. *cf.* Elian, George, “Souveraineté sur les ressources nationales”, en *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, vol. I, tomo 149, 1976, p. 9.

En tribunales arbitrales algunos países señalaron que el principio de soberanía permanente sobre la riqueza y recursos naturales era un principio de *ius cogens*; por lo tanto, en términos del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, era un principio no derogable y solamente podía ser modificado por otra norma de igual jerarquía por lo que tampoco era renunciable por parte de los Estados. Al respecto los tribunales señalaron que aunque la soberanía permanente es un principio de derecho internacional consuetudinario no llega al rango de *ius cogens* y, por lo tanto, su existencia no implica la prohibición al Estado de comprometerse internacionalmente a no ejercer su facultad expropiatoria respecto de ciertos bienes o personas, ejercerla de determinada manera, o no ejercerla durante cierto tiempo.<sup>733</sup> El compromiso internacional de no ejercer la facultad expropiatoria en ciertos casos puede tener lugar con un privado extranjero o bien con un Estado. Así por ejemplo el artículo 6º de la Convención referente a Silesia del Norte concluida en Ginebra en 1922 entre Polonia y Alemania señalaba: “Polonia puede expropiar en Silesia Polaca del Norte de conformidad con lo previsto en los artículos 7 a 23, negocios pertenecientes a la categoría de industrias pesadas incluyendo depósitos minerales y propiedades rurales. Excepto lo señalado en los citados artículos, la propiedad, derechos e intereses de los nacionales alemanes o de compañías controladas por nacionales alemanes no puede ser liquidada en Silesia Polaca del Norte”. De esta forma, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que el ejercer la facultad expropiatoria cuando el Estado se ha obligado a no hacerlo constituye un acto ilegal comparado a una confiscación que no puede ser llamado expropiación.<sup>734</sup>

En el caso de limitaciones contractuales a la facultad expropiatoria estas deben cumplir tres requisitos para ser jurídicamente posibles: 1) estar expresamente estipuladas en el contrato, 2) caer dentro de las regulaciones que

---

<sup>733</sup> *Kuwait v American Independent Oil Co*, AMINOIL Case ,1982, 66 International Law Reports 519.

<sup>734</sup> *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, Indemnity, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1928, Judgment 13, p. 46.

gobiernan la celebración de los contratos de Estado internacionales y 3) se espera que deberían cubrir solamente un periodo de tiempo relativamente limitado.<sup>735</sup>

De acuerdo a un famoso laudo la “expropiación puede ser definida como la transferencia compulsiva de derechos de propiedad y puede incluir cualquier derecho que pueda ser objeto de una transacción comercial. Esto es libremente vendido y comprado y por lo tanto de un valor monetario”.<sup>736</sup> En derecho internacional la discusión se ha dado sobre los límites a la facultad expropiatoria. Los argumentos han girado en torno al binomio “estándar mínimo de trato internacional” vs. “estándar nacional”. La primera doctrina ha sido avanzada por los países exportadores de capital, la segunda por los países receptores de inversión extranjera, en particular hemos ya analizado las doctrinas Drago y Calvo como representantes de la doctrina del “estándar nacional”.

El problema del estándar mínimo no está limitado por supuesto al derecho internacional, sino que surgió desde hace mucho tiempo en el derecho nacional a través de la doctrina de los derechos humanos, solo que ahora el discurso se ha internacionalizado. Los aspectos más sensibles del estándar internacional mínimo de justicia cristalizan alrededor de dos áreas: por un lado, el problema del *debido proceso*, entendido como complejas salvaguardas procesales designadas a proteger al individuo contra las arbitrariedades en el trato de un Estado extranjero; por el otro lado, la pregunta de los límites que el derecho internacional impone sobre la libertad de cualquier Estado para interferir en la vida, libertad y propiedad de un extranjero.<sup>737</sup> En este trabajo nos enfocamos más a los aspectos sustantivos del llamado estándar mínimo de trato y únicamente vemos aquellos referentes a la expropiación.

Si bien la facultad expropiatoria es reconocida como un atributo de la soberanía estatal, los países exportadores de recursos han señalado repetidamente que la interferencia gubernamental con la propiedad privada

---

<sup>735</sup> *Kuwait v American Independent Oil Co*, AMINOIL Case ,1982, 66 International Law Reports 519.

<sup>736</sup> *Amoco International Finance Corp v Iran*, 1987, US v Iran, Iran US CTR.

<sup>737</sup> Friedman, W, *op. cit.*, nota 79, p. 501.



extranjera solamente puede tener lugar bajo un “estándar mínimo internacional”. Podemos decir que de forma similar a la expropiación nacional, la facultad expropiatoria a extranjeros tiene dos aspectos: reconocimiento al ejercicio de la potestad expropiatoria y garantías para el expropiado.

Un primer elemento de este estándar mínimo internacional es que la expropiación debe ser atribuible al Estado.<sup>738</sup> Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que cuando un particular tiene el derecho de requerir una expropiación se rompe la legalidad de la misma.<sup>739</sup> Además de que un particular no puede pedir que se lleve a cabo una expropiación, es importante que el órgano gubernamental ejerza funciones de imperio, ya que no cualquier órgano de gobierno puede llevar a cabo actos atribuibles al Estado que puedan ser llamados expropiaciones.<sup>740</sup>

Ahora bien, para el ejercicio de la facultad expropiatoria no es necesario que el Estado cumpla con alguna formalidad. Inclusive no es necesario que se de una transferencia en los títulos de propiedad y ni siquiera que exista el *animus expropriandi* por parte del Estado.

Básicamente podemos distinguir dos tipos de expropiaciones, directa e indirecta. La directa importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa. La indirecta incluye expropiaciones de dos tipos, *de facto* y *creeping*. Se habla de expropiaciones *de facto*,<sup>741</sup> cuando se presentan medidas que neutralizan los beneficios de la propiedad, actos gubernamentales que intervienen

---

<sup>738</sup> *Tradex Hellas, S.A. vs. Republic of Albania*, ICSID Case number ARB/94/2, laudo final, 29 abril 1999, § 136.

<sup>739</sup> “La Corte sostiene, por lo tanto, que debido a que M. Rutenberg poseía el derecho de pedir la expropiación de las concesiones Mavromatis, la cláusula en cuestión era contraria a las obligaciones [del gobierno británico]” *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, Greece v. UK, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1925, Merits, p. 40.

<sup>740</sup> *Schering Corp v Iran*, 1984, Iran US CTR.

<sup>741</sup> Sacerdoti, Giorgio, “Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1997, t. 269, p. 382.

tanto con los derechos de propiedad que éstos se vuelvan sin sentido<sup>742</sup> y entonces tiene lugar una expropiación.<sup>743</sup> En estos casos los bienes pueden ser o no son transferidos a un tercero distinto al Estado expropiador o bien pueden no ser transferidos a nadie. Se habla de expropiación *creeping* cuando los actos tienen lugar en forma gradual o creciente.

A parte de las dos clásicas expropiaciones, directa e indirecta,<sup>744</sup> algunos tribunales han dicho que una interferencia incidental con la propiedad que tenga el efecto de privar al propietario, en todo o en parte significativa del uso o de los beneficios económicos razonablemente esperados de la propiedad puede llegar a constituir una expropiación, aunque ello no necesariamente redunde en un beneficio para el Estado huésped.<sup>745</sup> No obstante esta interferencia incidental que

---

<sup>742</sup> “It follows from the above considerations that the continuous denial of the applicant's access to her property in northern Cyprus and the ensuing loss of all control over the property is a matter which falls within Turkey's "jurisdiction" within the meaning of Article 1 and is thus imputable to Turkey. B. Interference with property rights” *LOIZIDOU v. TURKEY* (Merits), (40/1993/435/514), 18 December 1996, European Court of Human Rights, § 57.

<sup>743</sup> “It is undisputed in this case that the government of Iran did not issue any law or decree according to which the project was nationalised or expropriated. However, it is recognised in international law that measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated even though the state does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner”. *Starrett Housing Corp v Iran*, Interlocutory award, US v Iran, 1983, Iran US CTR. Véase al respecto Contreras Garza, Joaquín, “Algunas consideraciones sobre la protección a la inversión extranjera directa a la luz del derecho internacional privado”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1995-I, p. 153.

Para el caso de medidas impositivas que llegan a ser expropiatorias *Marvin Feldman contra México*, Caso ARB(AF)/99/1, EIADRI, 16 diciembre 2002.

Para el caso de regulación bancaria como la revocación de una licencia a una sucursal que no llega a constituir expropiación ver Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., y A.S. Baltoil vs. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, 25 junio 2001.

<sup>744</sup> Higgins, Rosalyn, “The taking of property by the state: recent developments in international law”, en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 1982, vol. III, t. 176, pp. 322 y ss.

<sup>745</sup> *Metalclad Corporation v United Mexican States*, 2000, ARB (AF)/97/1, ICSID, §103. Para un análisis al respecto véase Dodge, William, “Metalclad Corporation v. México. ICSID Case No.

llega a ser catalogada de expropiación<sup>746</sup> no ha sido alegada como parte del derecho internacional general sino simplemente como producto de regímenes particulares de inversión.<sup>747</sup> En cualquier caso “la pérdida de beneficios o expectativas no es un criterio suficiente [para considerar que ha habido una expropiación], aún cuando es un criterio necesario... una empresa no es expropiada solamente porque sus deudas no son pagadas u otras obligaciones hacía ella no son cumplidas...ausente una intervención arbitraria por parte del Estado que equivalga a una confiscación virtual o una esterilización de la empresa”.<sup>748</sup>

---

ARB/(AF)/971.40 ILM 36” en *American Journal of Interantional Law*, vol. 95, 2001, pp. 910-919. Cruz Barney, Oscar & Rábago Dorbecker, Miguel, “Protección al medio ambiente y a la inversión extranjera en el TLCAN: ¿Objetivos contradictorios? Una mirada desde la práctica arbitral”, en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, Argentina, Zavalía, 2004, pp. 336 y ss.

<sup>746</sup> “Puede notarse que el Artículo 1110(1) distingue entre expropiación directa o indirecta por un lado y medidas equivalentes a expropiación por la otra. Una expropiación indirecta es aún una confiscación. En contraste cuando una medida equivalente a expropiación es alegada, puede no haber transferencia real, confiscación o pérdida de la propiedad por una persona o entidad, sino en vez de ello un efecto sobre la propiedad que hace las distinciones formales de propiedad irrelevantes”. *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, caso ARB(AF)/00/3, 30 abril 2004, párrafo 143.

<sup>747</sup> Murphy, Sean, “U.S. Interpretation of Core NAFTA Investment Standards”, en *American Journal of International Law*, vol. 95, No. 4, Octubre 2001, p. 884.

Un razonamiento de un tribunal más tradicional respecto de lo que debe considerarse “expropiación ” puede encontrarse en *S.D. Meyers v. Government of Canada*, Laudo Parcial, 13 noviembre 2000, p. 70.

Para un estudio al respecto véase Weiler, Todd, “Substantive law developments in NATFA arbitration” en *Mealey’s Internacional Arbitration Report*, Lexis Nexis, 2001, No. 17, pp. 7 y ss.

Como sea, el término expropiación está en continua evolución en derecho internacional, lo anterior puede percibirse en el siguiente párrafo: “No puede excluirse que bajo ciertas circunstancias se consideraría una expropiación si el Estado permite la privación del uso de la tierra de un joint venture basado en inversión extranjera o si falla en otorgar protección contra interferencia si un deber legal para proteger se encuentra que existe”. *Tradex Hellas, S.A. v. Republic of Albania* (jurisdiction) ICSID case number ARB/92/2, 24 diciembre 1996, p. 185.

<sup>748</sup> *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, caso ARB(AF)/00/3, 30 abril 2004, párrafos 159-160.

Podemos decir que existe responsabilidad por una confiscación llevada a cabo por actos atribuibles al Estado que privan a un extranjero de sus derechos de propiedad, sin importar si el Estado obtuvo o no algún beneficio; la responsabilidad no se ve afectada porque los actos hayan sido intencionales o no; la responsabilidad tampoco requiere de transferencia de propiedad alguna. El punto sutil es que la responsabilidad no surge de actos que están comúnmente aceptados dentro de los poderes de policía y de actos impositivos de los Estados,<sup>749</sup> finalmente la responsabilidad no se ve afectada porque el Estado haya actuado por razones legítimas económicas o sociales y de conformidad con su legislación interna.<sup>750</sup>

El grado en que una medida regulatoria afecta el valor de los bienes es un primer parámetro para distinguir si la medida cae dentro de las facultades regulatorias, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, o es una expropiación *de facto*, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Además se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de tal forma que toda manera de explotarlos ha desaparecido; es decir, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativo a sido virtualmente neutralizado o destruido.<sup>751</sup>

Un segundo requisito internacional es que la desposesión legal solamente tiene lugar al momento de la desposesión de facto; la simple emisión de una ley

---

<sup>749</sup> “¿Cuándo un acto gubernamental que interfiere con derechos de propiedad deja de ser una reglamentación válida y se transforma en una expropiación? Es difícil de contestar y nadie ha podido trazar una línea divisoria” *Marvin Feldman contra México*, Caso ARB(AF)/99/1, EIADRI, 16 diciembre 2002, párrafo 100.

<sup>750</sup> Aldrich, George, “What constitutes a compensable taking of property? The decisions of the Iran – United States Claims Tribunal”, en *American Journal of International Law*, vol. 88, 1994, pp. 585-610.

<sup>751</sup> *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A., v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, Caso ARB(AF)/00/2, 29 mayo 2003, §115 y 116.

sin el acto de ejecución heteroaplicativo no es suficiente para constituir desposesión.<sup>752</sup> El estándar internacional es más exigente que algunos estándares nacionales; así, en Estados Unidos *taking of property* puede tener lugar sin que exista toma física o apropiación de la cosa, de forma que cualquier interferencia real o material con los derechos de propiedad constituye un *taking* y requiere compensación justa.

Un tercer elemento de derecho internacional para el ejercicio de la facultad expropiatoria es que “un Estado... solamente puede expropiar por razones de utilidad pública”.<sup>753</sup> “El derecho a expropiar propiedad extranjera por un propósito público es hoy unánimemente aceptado, aún por los Estados que rechazaban el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, considerado por la mayoría de las naciones como el fundamento legal del derecho de expropiación”.<sup>754</sup>

Respecto al concepto de propósito público, interés público, utilidad pública, uso público “una definición precisa... no ha sido alcanzada en derecho internacional y ni aún ha sido sugerida. Como resultado de la aceptación moderna del derecho a expropiar el término es interpretado ampliamente”.<sup>755</sup> De esta forma el propósito público “difícilmente puede ser cuestionado a menos que esté

---

<sup>752</sup> ‘A claim for the expropriation of property must be held to have arisen when the possession of the owner is interfered with and not when the legislation is passed which makes the later deprivation of possession possible’... ‘Practical common sense indicates that the mere passage of an act under which private property may later be expropriated without compensation by judicial or executive action should not at once create an international claim on behalf of every alien property holder in the country’. *Mariposa Development Company Case*, Panama US Claim Commission, 1933, 6 UNRIAA 338.

Para un razonamiento en contrario véase *Ethyl Corporation vs. The Government of Canada* (Jurisdiction) NAFTA/UNCITRAL Case, 24 Junio 1998, pp. 33 y ss.

<sup>753</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, Greece v. UK, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1925, Merits, p. 40, *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, Merits, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1926, Judgment 7, p. 22.

<sup>754</sup> *Amoco International Finance Corp v Iran*, 1987, US v Iran, Iran US CTR.

<sup>755</sup> *Idem*.

completamente más allá del límite razonable... [y] cualquier ausencia de propósito público normalmente será difícil de probar”.<sup>756</sup>

Un caso donde el propósito público estuvo ausente fue cuando Libia adujo ante el Consejo de Seguridad como razón para justificar la expropiación de British Petroleum que el Reino Unido se había rehusado a intervenir para prevenir que Irán ocupara las Islas Tunb en el Golfo Pérsico. Las islas eran territorio del Estado Crucial de Ras-Al-Khaymah, que al momento de la ocupación estaba bajo la protección del Reino Unido por un tratado. El árbitro del caso, profesor Lagergren, señaló que la desposesión violaba el derecho internacional debido a que “había sido hecha por extrañas razones puramente políticas”.<sup>757</sup>

Un cuarto elemento exigido por el derecho internacional para la expropiación y que complementa el anterior para que no sea arbitraria, es que la misma no sea discriminatoria, enfocada solamente a extranjeros o a una nacionalidad en particular. En el caso de British Petroleum, el 49 por ciento de las acciones de dicha empresa eran propiedad del gobierno británico y el árbitro consideró por ello que la expropiación había sido discriminatoria y contraria al derecho internacional.<sup>758</sup> No obstante, la expropiación puede darse dentro de una política coherente de reforma estructural y razonablemente puede operar gradualmente en etapas sucesivas.<sup>759</sup>

El derecho internacional reclama además que las inversiones sean tratadas justa y equitativamente. Así un acto atribuible al Estado que cause daño al inversionista será violatorio del estandar de trato justo y equitativo “si la conducta es arbitraria, extremadamente desleal, injusta o peculiar al individuo, es discriminatoria y expone al demandante a presiones excluyentes o raciales, o

---

<sup>756</sup> Domke, Martin, “Foreign Nationalizations”, en *American Journal of International Law*, vol. 55, Issue 3, julio, 1961, p. 585.

<sup>757</sup> *British Petroleum v Libya*, 1974, Lagergren Arbitrator, 53 International Law Reports 297.

<sup>758</sup> “The taking by the respondent of the property, rights and interest of the claimant clearly violates public international law as it was made for purely extraneous political reasons and was arbitrary and discriminatory in character”. *British Petroleum v Libya*, 1974, Lagergren Arbitrator, 53 International Law Reports 297

<sup>759</sup> *Amoco International Finance Corp v Iran*, 1987, US v Iran, Iran US CTR.

implica una falta del debido proceso que lleva a un resultado que ofende la integridad judicial – como puede ser el caso de una manifiesta falla de justicia natural en procesos judiciales o una falta completa de transparencia y objetividad en un proceso administrativo. Al aplicar este estandar es relevante que el trato sea en violación de las representaciones hechas por el Estado huésped en las que razonablemente descansó el demandante”.<sup>760</sup>

Para que la interferencia con propiedad extranjera sea legal, es decir, pueda ser llamada expropiación se requiere que exista una indemnización<sup>761</sup> o compensación. De acuerdo con la famosa fórmula Hull,<sup>762</sup> esta compensación debe reunir tres características: I) ser adecuada;<sup>763</sup> II) efectiva<sup>764</sup> y III) pronta.<sup>765</sup> Cabe señalar que la fórmula Hull no representa derecho internacional

---

<sup>760</sup> *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, caso ARB(AF)/00/3, 30 abril 2004, párrafo 98.

<sup>761</sup> Indemnizar viene de dos vocablos latinos *in* y *damnum*. *In* significa “sin” y *damnum* quiere decir “daño”. En realidad indemnización y expropiación no son cosas distintas sino caras de la misma moneda. Sanabria Enzastiga, Armando, “Tratamiento fiscal de la indemnización en materia expropiatoria”, en *Ars Juris. Revista del Instituto de documentación e investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 30, 2003, pp. 238 y ss.

<sup>762</sup> “The right to expropriate property is coupled with and conditioned on the obligation to make adequate, effective and prompt compensation. The legality of an expropriation is in fact dependent upon the observance of this requirement” Nota con motivo de la Expropiación Petrolera Mexicana de 1938, del Secretario de Estado del gobierno de los Estados Unidos, Mr. Hull, al gobierno mexicano en 1940.

<sup>763</sup> El requerimiento de adecuada es similar a “justa”, “equitativa”, “razonable”. La compensación es adecuada si, ni el tiempo, ni la forma de pago la transformen en una medida confiscatoria o un simple despojo de la propiedad privada. Secciones 185 a 188 del Restatement (Second), Foreign Relations Law of the United States.

<sup>764</sup> Para que una compensación sea efectiva se requiere que la misma tenga lugar en moneda libremente convertible. Sacerdoti, Giorgio, “Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1997, t. 269, p. 402.

<sup>765</sup> Pronto pago tiene como sinónimos “inmediato”, “tan pronto como sea posible”, “razonable periodo”.

consuetudinario,<sup>766</sup> sino un parámetro que algunos países sostienen debe eventualmente alcanzarse y que por lo tanto es pertinente analizar.

Respecto a lo adecuado de la reparación debe tenerse bien claro que la compensación que acompaña la expropiación y que la hace legal no tiene la naturaleza de una sanción. La compensación expropiatoria no es consecuencia de un deber violado, sino requisito para que la expropiación sea legal.<sup>767</sup>

El paradigma en el punto es el caso de la fábrica de Chorzow. En dicho caso la Corte Permanente de Justicia Internacional hizo una clara distinción entre una expropiación y una confiscación, es decir una desposesión legal y una desposesión ilegal de propiedad privada.<sup>768</sup> Dicha distinción ha sido confirmada en posteriores casos de los cuales dos de los más famosos son *Aminoil*<sup>769</sup> y *Amoco*.<sup>770</sup>

De acuerdo con Chorzow al tener lugar una desposesión ilegal de propiedad surge como consecuencia del ilícito la obligación de reparar todos los daños ocasionados al propietario. “Es un principio de derecho internacional que la violación a un compromiso implica la obligación de reparar en una forma adecuada”.<sup>771</sup> “La reparación del ilícito debe consistir en una indemnización correspondiente al daño que el nacional del Estado afectado ha sufrido como

---

<sup>766</sup> Dolzer, Rudolf, “New foundations of the law of expropriation of alien property”, en *American Journal of International Law*, vol. 75, No. 3, Julio 1981, p. 572. Schachter, Oscar, “Compensation for expropriation”, en *American Journal of International Law*, vol. 78, No. 1, Enero 1984, pp. 121 y ss. Robinson, Davis, “Expropriation in the Restatement (revised)”, en *American Journal of International Law*, vol. 78, No. 1, Enero 1984, pp. 176 y ss

<sup>767</sup> *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Affaire CIRDI ARB/95/3, 10 febrero 1999, § 135.

<sup>768</sup> Norton, Patrick, “A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation”, en *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, p. 476.

<sup>769</sup> *Kuwait v American Independent Oil Co*, AMINOIL Case, 1982, 66 International Law Reports 519.

<sup>770</sup> *Amoco International Finance Corp v Iran*, 1987, US v Iran, Iran US CTR.

<sup>771</sup> *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, July 26, 1927, judgment no. 8 Jurisdiction, p. 21.



resultado del acto contrario al derecho internacional”.<sup>772</sup> Así, en el caso de una infracción al derecho internacional en el tema de reparación surgen tres cuestiones fundamentales: 1) la existencia de la obligación incumplida a reparar, 2) la existencia del daño que debe servir de base para el cálculo del monto de la indemnización y 3) la extensión del daño.<sup>773</sup>

En el caso de una desposesión ilegal “la compensación debida... no necesariamente es el límite del valor de lo tomado al momento de la desposesión más los intereses al día de pago. Este límite solamente sería admisible si ...[*la desposesión hubiera sido legal*] ... y si el único problema fuera no haber pagado... el justo precio de lo expropiado... tal consecuencia no solamente sería injusta... sería tanto como volver una liquidación legal y una desposesión ilegal indistinguibles en lo que respecta a su resultado financiero”.<sup>774</sup>

De esta forma, en el caso de desposesión ilegal aplican las reglas de la responsabilidad internacional del Estado. Estas sugieren como compensación *restitution in integrum*.<sup>775</sup> Por otro lado, una expropiación (legal) da lugar al pago de una compensación justa, el precio adecuado de lo expropiado.<sup>776</sup> “Obviamente el precio de lo expropiado no varía de acuerdo con la legalidad o ilegalidad de la desposesión. En cualquiera de los dos casos y en el lenguaje tradicional del

---

<sup>772</sup> *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, September 13, 1928, Indemnity, judgment no. 13, p. 27. Véase al respecto Moyano Bonilla, César, “Principio de la primacía del derecho internacional”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 23, 1995-I, pp. 313 y ss.

<sup>773</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>774</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>775</sup> En derecho internacional el remedio de *restitutio in integrum* aunque otorgado por los tribunales, rara vez a sido exigido literalmente; a conocimiento de quien escribe únicamente se exigió en el caso *Texaco Overseas Petroleum Co. / California Asiatic Oil Co., v. The Government of the Libyan Arab Republic*. *International Law Materials*, vol. 53, 1979, pp. 389 y ss., por el árbitro Dupuy. *restitutio in integrum* más bien ha servido como vehículo para establecer el monto de la compensación a pagar. *cfr.* Mehren, Robert & Kourides, Nicholas, “International arbitration between status and foreign private parties: The Libyan nationalization cases”, en *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, p. 536.

<sup>776</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v Arab Republic of Egypt*, 1992, 3 ICSID 112.

derecho internacional el *damnum emergens* debe ser compensado. La diferencia es que si la desposesión es legal, el valor de lo tomado al tiempo de la desposesión es la medida y el límite de la compensación, mientras que si la desposesión es ilegal, este valor es, o puede ser, solamente una parte de la reparación a pagar.<sup>777</sup> En cualquier evento de desposesión ilegal el daño verdaderamente sufrido es la medida de la reparación, y no existe indicación de que daños punitivos sean considerados.

Este *damnum emergens* o compensación por la pérdida sufrida comprende tanto daño directo al acreedor como daño indirectamente causado.<sup>778</sup> La guía fundamental para determinar la compensación por la pérdida sufrida es “el valor de lo tomado al momento de la desposesión más los intereses al día de pago”.<sup>779</sup>

En cuanto al valor de lo tomado éste debe determinarse considerando “todas las circunstancias relevantes al caso concreto evitando caer en discusiones teóricas, de forma que una cláusula estabilizadora, que prohíbe tomar medidas confiscatorias, crea expectativas legítimas que deben ser consideradas en un contrato de largo plazo”.<sup>780</sup>

El valor incluye dos elementos: el valor de lo tomado al momento de la expropiación<sup>781</sup> más las ganancias que se hubieren obtenido después de esa

---

<sup>777</sup> *Amoco International Finance Corp v Iran*, 1987, US v Iran, Iran US CTR.

<sup>778</sup> Nwogugu, E. I., “Legal problems of foreign investments”, en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 1977, vol. IV, t. 157, p. 223.

<sup>779</sup> *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, 1928, Indemnity, p. 47. Al respecto se ha dicho que “El hecho de que los laudos arbitrales normalmente requieran el pago de intereses sobre la compensación otorgada de la fecha de la desposesión indica que la obligación de pago nace inmediatamente después de dicho acto” ver Shawcross, “The problems of foreign investment in international law”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1961, I, t. 102, p. 345.

<sup>780</sup> *Kuwait v American Independent Oil Co*, AMINOIL Case, 1982, 66 International Law Reports 519.

<sup>781</sup> Cabe señalar que para efectos de valuación el valor debe hacerse al momento en que la interferencia gubernamental con la propiedad tornó los derechos sobre la propiedad sin valor o inútiles; no al momento en que jurídicamente se concretó la expropiación. *Compañía del*

fecha hasta el día del juicio. En cuanto al valor de lo tomado se deben incluir tres categorías: propiedades corpóreas, derechos contractuales y otros valores intangibles como pueden ser prospectos futuros. Éstos últimos deben distinguirse de las pérdidas en ganancia (*lucrum cessans*). Los primeros hacen referencia a una empresa en marcha y desde este punto de vista son predecibles con cierta seguridad, los segundos a ganancias que hipotéticamente se hubieren tenido y por lo tanto no son totalmente predecibles.<sup>782</sup>

Para propósitos de la justa compensación el valor de mercado es el estándar más recurrido,<sup>783</sup> sin embargo muchas veces este valor es ambiguo o no existe mercado,<sup>784</sup> fenómeno recurrente en el caso de empresas extractivas.<sup>785</sup> En dicho caso los tribunales arbitrales recurren al método de la empresa en marcha que se determina usualmente por el método del descuento del flujo futuro de ganancias.<sup>786</sup>

La compensación que acompaña una expropiación debe ser pronta. Esto es, si bien el pago no debe ser inmediato debe haber una oferta seria de compensación. Así en el caso de *British Petroleum*, el árbitro consideró que dos años sin hacer una oferta de compensación debían ser considerados suficientes para hacer de la toma de propiedad privada de carácter confiscatorio.<sup>787</sup>

Finalmente cabe señalar que si bien lo normal es otorgar interés simple, “en derecho internacional el interés compuesto no es desconocido ni está excluido.

---

*Desarrollo de Santa Elena, S.A. vs. The Republic of Costa Rica*, Laudo final, ICSID Case number ARB/96/1, 17 febrero 2000, párrafo 78.

<sup>782</sup> *Amoco International Finance Corp v Iran*, 1987, US v Iran, Iran US CTR.

<sup>783</sup> El artículo 1110 (2) del TLACN señala que los “criterios de valuación deberán incluir el valor de la empresa en marcha, valor de activos incluyendo el valor de los impuestos declarados de la propiedad tangible y otros criterios, apropiados para determinar el valor justo del mercado”.

<sup>784</sup> *Amoco International Finance Corp v Iran*, 1987, US v Iran, Iran US CTR.

<sup>785</sup> Steiner, Henry & Vagts, Detlev, *Transnational legal problems*, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 1976, p. 417.

<sup>786</sup> Rosenn, Keith, “Suggested principles for regulating foreign investment”, en *Consulting Assistance on Economic Reform Discussion Papers No. 26*, Harvard Institute for International Development, Abril 1998.

<sup>787</sup> *British Petroleum v Libya*, 1974, 53 International Law Reports 297.

Sobre todo se otorga cuando el propietario de una propiedad ha pedido el valor de sus activos en un punto en el tiempo y no ha recibido el equivalente monetario que entonces se le debía, el monto de la compensación debe reflejar, al menos en parte, la suma adicional que su dinero hubiera ganado, si lo hubiera reinvertido cada año a la tasa de interés prevaleciente”.<sup>788</sup>

No obstante todo lo anterior, en la práctica la discusión legal muchas veces se obvia y entran otro tipo de consideraciones al momento del pago. En grandes proyectos de expropiación se acostumbra recurrir a negociación diplomática y buscar la recuperación de la compensación en conjunto de forma que se llega a un acuerdo de suma fija, que por no tener carácter legal y no obstante lo recurrentes que han sido, no desvirtúan lo antes dicho.

### **3.3.5 Los tratados bilaterales de inversión**

El estándar mínimo de trato siempre fue considerado por los Estados importadores de capital como una intromisión a su soberanía. Por otro lado, el derecho internacional consuetudinario resultaba poco preciso en cuanto a los derechos y obligaciones que tenían las partes de un contrato de Estado internacional. De esta forma se pensó que lo que en el derecho internacional general (consuetudinario) no estaba del todo claro debía quedar fijado en derecho internacional particular: “es extremadamente importante que la regla existente de derecho consuetudinario sea formulada y reafirmada en acuerdos de carácter comercial, acuerdos de garantías de inversión y convenciones de responsabilidad estatal”.<sup>789</sup>

Una técnica destinada a favorecer los contratos de Estado internacionales y la inversión internacional a través de la disminución de los riesgos es la creación

---

<sup>788</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. vs. The Republic of Costa Rica*, Laudo final, ICSID Case number ARB/96/1, 17 febrero 2000, párrafos 103 y 104. Ver también *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case ARB/99/6, 12 abril 2002, §174.

<sup>789</sup> Domke, Martín, *op. cit.*, nota 756, p. 616.

de seguridades de inversión a través de un tratado de protección o cobertura (*umbrella agreement*) entre el Estado de origen del operador extranjero y el Estado huésped. Dicho tratado crea un marco legal de base, *grundlegung*, claro para ambas partes del contrato de Estado internacional que permite una negociación más fácil y ágil, y en caso de problemas puede sin mayor dificultad ser elemento para la interpretación de obligaciones.<sup>790</sup>

Un primer antecedente en materia de protección a la inversión extranjera fueron los tratados de Amistad, Comercio y Navegación (ACN) celebrados por los Estados Unidos con distintos países. Después de la guerra de independencia Estados Unidos envió un grupo de personalidades, entre las que destacaban Thomas Jefferson, John Adams y Benjamín Franklin, a negociar una serie de Tratados ACN con varios países europeos, incluyendo Francia, España, Prusia, Holanda y la misma Gran Bretaña.

Un segundo grupo de tratados ACN fueron negociados con posterioridad por los Estados Unidos con los recientemente independientes países latinoamericanos y una tercera y cuarta ronda tuvieron lugar entre las guerras mundiales y final de la segunda. El propósito de todos estos tratados era establecer relaciones comerciales entre EE.UU y diversos países. Aunque el contenido de dichos instrumentos resultaba enfocado a los problemas vinculados con el ambiente propicio para el intercambio comercial, los tratados ACN preveían algún tipo de protección menor a la inversión extranjera; dicha protección se reflejaba en cláusulas que prohibían la expropiación de propiedad perteneciente a los extranjeros sin el pago de compensación, y han tenido fuertes efectos en

---

<sup>790</sup> De esta forma en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A & Compagnie Générale des Eaux, demandantes c. República de Argentina, Demandada*, Laudo, Caso CIADI ARB/97/3, 3 de julio de 1991, el tribunal sostuvo que no obstante que el contrato de concesión que dio lugar a la disputa señalaba que “A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán”, ello no constituía una renuncia de los derechos de los demandantes bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y Francia.

materia de jurisprudencia internacional como lo demuestran los casos de Nicaragua,<sup>791</sup> ELSI<sup>792</sup> y Plataformas petroleras.<sup>793</sup>

Después de la Segunda Guerra Mundial el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio se convirtió en el marco para regular el intercambio comercial internacional. Dada la presencia de este instrumento multilateral los acuerdos bilaterales ACN de tipo tradicional perdieron su razón de ser. En ese momento Estados Unidos decidió dar un nuevo enfoque a sus tratados ACN y agregarles cláusulas de protección a la inversión. Así entre los años de 1946 a 1966, Estados Unidos suscribió 21 tratados ACN enfocados simultáneamente a la creación de las condiciones favorables para el intercambio comercial y a la protección de la inversión extranjera.

En Europa el pionero en tratados de protección a la inversión fue Alemania, que decidió promover la suscripción de tratados exclusivamente dedicados a la protección de la inversión extranjera, de forma que entre 1962 y 1972 concluyó 46 tratados. Una diferencia importante entre los tratados alemanes y los ACN estadounidense era que los primeros se enfocaban exclusivamente a la protección de la inversión.

De la experiencia Europea, los Estados Unidos decidieron lanzar un programa para la suscripción de tratados exclusivamente dedicados a la protección de la inversión. El 7 de marzo de 1977 el Departamento de Estado de los Estados Unidos dio a conocer la propuesta de los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT por su acrónimo en inglés que es el que normalmente se utiliza).

---

<sup>791</sup> *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, Nicaragua v. US, International Court of Justice, jurisdiction and admissibility, 1984.

<sup>792</sup> *Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A (ELSI)*, US v Italy, International Court of Justice, 1989. Para un análisis del caso véase Mann, F.A., "Foreign investment in the International Cour of Justice: The ELSI case", en *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, pp. 92-102.

<sup>793</sup> *Case concerning Oil platforms*, Iran v US, International Court of Justice, Preliminary objection, 1996.

Tres razones sustentaban el lanzamiento del programa: una legal, una política y una económica.<sup>794</sup>

La consideración legal era construir una red de tratados que adoptaran el principio de que la expropiación de la inversión extranjera era ilegal a menos que fuera acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva. Se puede decir que este fin fue el más importante del programa BIT estadounidense.

Es importante a este respecto considerar el contexto en que el programa BIT de Estados Unidos fue lanzado. Entre 1960 y 1970 tuvieron lugar múltiples expropiaciones de propiedad estadounidense en diversos países en vías de desarrollo, estas expropiaciones comenzaron en 1959 con una filial de AT&T en Brasil y siguieron con las expropiaciones de Fidel Castro en Cuba.

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados adoptada por la Asamblea General en 1974<sup>795</sup> constituyó la pieza central del Nuevo Orden Económico Internacional,<sup>796</sup> esta carta plasmó los intereses de los países en

---

<sup>794</sup> Vandeveld, Kenneth, "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal", en *Proceedings to the 86<sup>th</sup> Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, Abril 1992, p. 534.

<sup>795</sup> Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974, General Assembly Resolution 3281. "Art 2., § 1. Every state has and shall freely exercise full permanent sovereignty... over all its wealth, natural resources and economic activities. § 2. Each State has the right: (a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment... (c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid ... taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State consider pertinent... In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of State and in accordance with the principle of free choice of means." Para un estudio al respecto véase: Weston, Burns, "The Charter of Economic Rights and Duties of States and the deprivation of foreign-owned wealth", en *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, pp. 437-475.

<sup>796</sup> El Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) pretendió ser la esfera normativa por medio de la cual los países menos desarrollados, que integraron en 1960's el 'grupo de los 77', pretendían promover el desarrollo económico, mejorar los términos de intercambio con los países

desarrollo, rebasando lo reconocido por los países industrializados en materia de inversión extranjera en la Resolución 1803 sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales de 1962,<sup>797</sup> dicha carta parecía sugerir que gran parte de

---

industrializados, asegurar la transferencia de tecnología, cambiar las reglas tradicionales del derecho internacional económico. El primer paso al NOEI fue la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1962, denominada 'Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales', que fue basada en el principio de autodeterminación de los pueblos. Cabe citar el principio citado en el párrafo 4 de dicha resolución "4. El Nuevo Orden Económico Internacional deberá estar fundado en el pleno respeto a los siguientes principios: ... (e) Plena y permanente soberanía de cada Estado sobre sus recursos naturales y actividades económicas. Con el fin de salvaguardar tales recursos, cada Estado está facultado para ejercer control efectivo sobre ellos y su explotación con los medios adecuados a su propia situación, incluyendo el derecho a nacionalizar o transferir la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la soberanía permanente del Estado. Ningún Estado será sujeto de coerción económica, política o de otro tipo para prevenir el libre y completo ejercicio de este derecho inalienable." Respecto a cómo surge este concepto véase Brownlie, I, "Legal status of natural resources", en *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, vol. I, tomo 162, 1979, pp. 253 y ss. Seidl-Hohenveldern, *op. cit.*, nota 96, pp. 24 y ss. Verwey, Wil, Schrijver, Nico, "The taking of property under international law: a new legal perspective" en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XV, 1984, pp. 3 – 96.

<sup>797</sup> Esta resolución reconoció por ejemplo la posibilidad de que el Estado celebrara contratos de Estado internacionales regidos por el derecho internacional, es decir, pactara con entes diversos a otros Estados, señalando que dichos compromisos debían ser honrados en buena fe. "La Asamblea General declara... 1.- El derecho de los pueblos y naciones a la soberanía permanente sobre su riqueza natural y recursos debe ser ejercido en el interés de su desarrollo nacional y en el bienestar del pueblo del Estado de referencia... 4.- Las nacionalizaciones, expropiación o requisiciones deberán basarse en bases o razones de utilidad pública, seguridad o interés nacional que se sobrepongan al puro interés privado o individual, sea éste nacional o extranjero. En tales casos el propietario deberá ser pagado de una compensación apropiada, de acuerdo con las reglas en vigor en el Estado que toma tales medidas en ejercicio de su soberanía y de acuerdo con el derecho internacional. En cualquier caso donde surja una cuestión de compensación de lugar a una controversia, la jurisdicción nacional del Estado que toma las medidas deberá ser agotada. Sin embargo, bajo acuerdo de los Estados soberanos y otras partes interesadas la solución de la controversia puede llevarse a cabo bajo adjudicación o arbitraje internacional... 8.- Las inversiones extranjeras libremente celebradas por o entre Estados soberanos deberán ser observadas en buena fe..."



la comunidad mundial receptora de recursos extranjeros sostenía la legalidad de expropiaciones no acompañadas del pago de compensación completa.<sup>798</sup>

La hostilidad general a la inversión extranjera en el mundo durante el periodo de 1959 a 1975 preocupó de sobremanera a los Estados Unidos, al ser este un país exportador de capital. Varias acciones fueron tomadas al respecto, la enmienda Hickenlooper,<sup>799</sup> la enmienda González,<sup>800</sup> y provisiones similares en la

---

<sup>798</sup> El término en idioma inglés de *full compensation*, incluye el que la compensación se pronta, adecuada y efectiva.

<sup>799</sup> 1962, Foreign Assistance Act, 22 U.S.C. § 2370(e)(1).

Sec. 2370. - Prohibitions against furnishing assistance.

(e) Nationalization, expropriation or seizure of property of United States citizens, or taxation or other exaction having same effect; failure to compensate or to provide relief from taxes, exactions, or conditions; report on full value of property by Foreign Claims Settlement Commission; act of state doctrine.

(1) The President shall suspend assistance to the government of any country to which assistance is provided under this chapter or any other Act when the government of such country or any government agency or subdivision within such country on or after January 1, 1962.

(A) has nationalized or expropriated or seized ownership or control of property owned by any United States citizen or by any corporation, partnership, or association not less than 50 per centum beneficially owned by United States citizens, or.

(B) has taken steps to repudiate or nullify existing contracts or agreements with any United States citizen or any corporation, partnership, or association not less than 50 per centum beneficially owned by United States citizens, or

(C) has imposed or enforced discriminatory taxes or other exactions, or restrictive maintenance or operational conditions, or has taken other actions, which have the effect of nationalizing, expropriating, or otherwise seizing ownership or control of property so owned,

and such country, government agency, or government subdivision fails within a reasonable time (not more than six months after such action, or, in the event of a referral to the Foreign Claims Settlement Commission of the United States within such period as provided herein, not more than twenty days after the report of the Commission is received) to take appropriate steps, which may include arbitration, to discharge its obligations under international law toward such citizen or entity, including speedy compensation for such property in convertible foreign exchange, equivalent to the full value thereof, as required by international law, or fails to take steps designed to provide relief from such taxes, exactions, or conditions, as the case may be; and such suspension shall continue until the President is satisfied that appropriate steps are being taken, and provisions of this subsection shall not be waived with respect to any country unless the President determines and

Trade Act de 1974 así como la iniciativa para la Cuenca del Caribe,<sup>801</sup> todas las cuales imponían sanciones a los Estados extranjeros que expropiaran propiedad estadounidense sin el pago de compensación completa.

En este contexto es que los políticos estadounidenses decidieron dar un apoyo a la posición tradicional de Estados Unidos en el sentido de que el derecho internacional general requería el pago de compensación pronta, adecuada y efectiva para que una expropiación pudiera ser considerada legal. Los asesores sugirieron que una red de tratados que incorporaran sin excepción este principio sería una manera de fortalecer la *inveterata consuetudo* y la *opinio juris* requerida

---

certifies that such a waiver is important to the national interests of the United States. Such certification shall be reported immediately to Congress.

Upon request of the President (within seventy days after such action referred to in subparagraphs (A), (B), or (C) of this paragraph, the Foreign Claims Settlement Commission of the United States (established pursuant to Reorganization Plan No. 1 of 1954, 68 Stat. 1279) is hereby authorized to evaluate expropriated property, determining the full value of any property nationalized, expropriated, or seized, or subjected to discriminatory or other actions as aforesaid, for purposes of this subsection and to render an advisory report to the President within ninety days after such request. Unless authorized by the President, the Commission shall not publish its advisory report except to the citizen or entity owning such property. There is hereby authorized to be appropriated such amount, to remain available until expended, as may be necessary from time to time to enable the Commission to carry out expeditiously its functions under this subsection.

<sup>800</sup> Bajo esta enmienda de enero de 1973 la administración Nixon buscó presionar al gobierno de Salvador Allende que había nacionalizado las empresas de cobre en Chile. La enmienda ordenaba a los representantes del gobierno de Estados Unidos en organismos internacionales de préstamo, a votar en contra del otorgamiento de créditos a gobiernos que hubieran expropiado sin el pago de compensación. Foreign Relations, 1969-1976, vol. IV, Foreign Assistance, International Development Trade Policies, 1969-1972, U.S. Department of State, <http://www.state.gov/r/pa/ho/frus/nixon/iv/15229.htm>.

<sup>801</sup> Se denomina Iniciativa de la Cuenca de Caribe a un conjunto de programas comerciales englobados en la *Caribbean Basin Economic Recovery Act*, por medio de la cual Estados Unidos buscó fortalecer el desarrollo y diversificar la exportación de las economías de la Cuenca del Caribe. [http://www.ustr.gov/Trade\\_Development/Preference\\_Programs/CBI/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Trade_Development/Preference_Programs/CBI/Section_Index.html).

por el derecho internacional consuetudinario para apoyar la posición tradicional norteamericana.<sup>802</sup>

El fin económico del programa BIT fue proteger la inversión estadounidense localizada en el resto del mundo.<sup>803</sup> Esto se lograría de diferentes formas: I) establecer un umbral mínimo de protección, sin ello no era posible lograr el nivel de protección nacional o el tratamiento de la nación más favorecida; II) asegurar que las leyes del Estado huésped que regulaban la inversión fueran abiertamente reconocidas y difundidas, este concepto recibió el nombre de transparencia; y III) asegurar que hubiera un procedimiento de solución de controversias vinculante para el Estado huésped de forma que pudiera garantizarse la protección a la inversión. Los conceptos de umbral mínimo de trato o al menos de trato de nación más favorecida, transparencia y resolución de disputas vinculante fueron los pilares del programa BIT.

El objetivo político del programa BIT fue evitar que el gobierno estadounidense estuviera continuamente involucrado en problemas de protección diplomática vinculados con expropiaciones a inversiones norteamericanas, ello sin disminuir la efectividad de los remedios disponibles a los inversionistas. El objetivo era despolitizar las disputas sobre inversión extranjera.

Antes de los BIT y debido a la limitada posibilidad en obtener compensación en las cortes nacionales de los países expropiadores, los inversionistas estadounidenses frecuentemente recurrían a la asistencia de su gobierno. La esperanza era que Estados Unidos hiciera suyo el caso y buscara un remedio a través de la negociación diplomática o bien ante una corte internacional, o que al menos impusiera sanciones económicas al país que expropiaba y no pagaba compensación completa. La enmienda Hickenlooper así como otras medidas

---

<sup>802</sup> Kishoiyian, Bernard, "The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary international law", en *Journal of International Law & Business*, Northwestern School of Law, Invierno 1994, p. 374.

<sup>803</sup> Vandevelde, Kenneth, "The political economy of a Bilateral Investment Treaty", en *American Journal of International Law*, vol. 92, No. 4, 1998, pp. 621-641.

legislativas por ejemplo se emitieron exigiendo al Presidente de los Estados Unidos impusiera sanciones a países que expropiaban sin pagar compensación.

Esta presión resultaba embarazosa ya que de tiempo en tiempo un problema de inversión extranjera podría interferir con negociaciones sensibles en otros aspectos de la relación internacional de Estados Unidos que fueran considerados más importantes. El objetivo para los estadounidenses era crear un remedio efectivo para los inversionistas que no requiriera intervención alguna gubernamental.

El corazón de cualquier BIT siempre fue el artículo de expropiación. Esta cláusula señalaba que una expropiación era ilegal a menos que I) fuera llevada a cabo por un propósito público, II) fuera no discriminatoria, III) estuviera acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva, IV) fuera realizada cumpliendo con las garantías del debido proceso legal, y V) no fuera inconsistente con algún acuerdo previo.

Los BIT también tenían una provisión referente a las transferencias de capital, la cual exigía al país huésped permitir las transferencias de capital de manera libre tanto hacía fuera como adentro del Estado huésped y ello sin retraso alguno. Normalmente esta provisión siempre fue objeto de negociación, pues aún el Fondo Monetario Internacional reconoce ciertas limitaciones a las transferencias de capital en el caso de problemas con balanza de pagos.<sup>804</sup>

La tercera disposición crítica del BIT fue el requerimiento de que la inversión gozara de tratamiento no menos favorable que el requerido por el derecho internacional. De esta forma, al estar formado el derecho internacional básicamente por derecho consuetudinario, todo el derecho internacional general y no solamente el particular de tratados entre el Estado huésped y el Estado exportador de capital, era incorporado en el BIT. Así, cualquier violación al derecho internacional general violaba automáticamente el BIT, con la implicación práctica de que el inversionista podría recurrir a los mecanismos de solución de controversias a su disposición de las que no contaba en derecho internacional

---

<sup>804</sup> Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, Artículo VI sección 3; VII sección 3 b); y XIV sección 2.

general. Violaciones al derecho internacional consuetudinario podrían ser reclamadas mediante mecanismos diseñados para violaciones al BIT.

Así una gran innovación de los BIT fue el mecanismo de solución de disputas entre el inversionista y el Estado huésped. Bajo el BIT un inversionista podía obligar al Estado a llevar una disputa a arbitraje internacional vinculativo. Si el Estado huésped se rehusaba a participar, el BIT preveía la designación de árbitros a nombre del Estado de forma que el procedimiento pudiera seguir adelante aún sin la cooperación del Estado demandado. Esta provisión en solución de controversias fue novedosa porque fue la primera vez que inversionistas privados de Estados Unidos tenían acceso a un recurso de defensa internacional sin necesidad de que el reclamo fuera tomado por el gobierno de los Estados Unidos vía protección diplomática. Más aún, la mayoría de los BIT se decidió por la “i griega en el camino”, es decir, el recurso a remedios locales excluía recurso a adjudicación internacional y viceversa.<sup>805</sup> En otras palabras, no solamente el BIT no requería el agotamiento de los recursos nacionales, sino que hacía del uso de dichos recursos una barrera al procedimiento del BIT.

En cuanto a la relación de los BIT con algún contrato de Estado internacional, los BIT requerían que el Estado huésped honrara cualquier acuerdo que hubiera celebrado previamente respecto a una inversión. El BIT pasaba a formar parte de esta manera del *grundlegung* que sostiene el *consensus* del contrato de Estado internacional. Bajo esta provisión el efecto fue que cualquier violación al contrato de Estado internacional se tornaba una violación al BIT mismo, cualquier violación al contrato referido significaba la posibilidad de que la

---

<sup>805</sup> La teoría ha señalado que la exclusión de jurisdicción nacional y arbitral internacional en el caso de controversias entre particulares y Estados debe ser considerada como derecho consuetudinario en virtud de que la regla de agotamiento de remedios locales solamente tiene sentido en protección diplomática. *cfr.* Schwebel, Stephen & Wetter, Gillis, “Arbitration and the exhaustion of local remedies”, en *American Journal of International Law*, vol. 60, No. 3, Julio 1966, pp. 484 y ss. La regla de la exclusión de acciones ha sido incorporada también en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte en su artículo 1121 y sostenida por los tribunales arbitrales. *cfr.* Waste Management, Inc. Vs. United Mexican States, ICISD, facilidades adicionales, caso ARB(AF)98/2, 2 junio 2000.

misma fuera reclamada bajo el sistema de solución de controversias previsto en el BIT.

Podemos concluir esta sección con una famosa cita de Mann: “La comercialización de los tratados y la internacionalización de los contratos son aspectos diferentes de la misma idea fundamental. No es ya atractivo sugerir que el derecho internacional público y el derecho privado respectivamente tienen campos de aplicación que están claramente y quizá inflexiblemente definidos y que son determinados por concepciones a priori, tal como la fórmula de que el derecho internacional público solamente es aplicable entre personas internacionales o que todas las relaciones entre personas internacionales deben estar regidas por derecho internacional público”.<sup>806</sup>

---

<sup>806</sup> Mann, F.A., “The proper law of contracts concluded by international persons”, en *British Yearbook of International Law*, 1959, p. 56.

## **CAPÍTULO IV**

### **EL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL**

#### **4.1 EL PUNTO DE VISTA TRADICIONAL**

En el campo de la inversión extranjera son comunes los acuerdos celebrados entre empresas creadas en países con capacidad técnica y económica con gobiernos de países sin tecnología o liquidez suficiente, pero con recursos y riquezas a explotar para el desarrollo económico. Ejemplo de estos acuerdos son aquellos que buscan desarrollar sectores energéticos o minerales, establecer ductos petroleros o de gas, desarrollar áreas sin cultivar, y en general llevar a cabo inversiones conjuntas o proyectos económicos de largo plazo. A estos acuerdos les denominamos contratos de Estado internacionales (CEI's).<sup>807</sup>

Los CEI's han evolucionado a lo largo del tiempo. Hasta la década de los setenta del siglo pasado se identificaban con contratos de concesión preocupados por proteger los intereses de los inversionistas.<sup>808</sup> Las décadas de los setenta y ochenta fueron testigos de un nuevo tipo de contratos desarrollados a raíz de ciertas resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones

---

<sup>807</sup> Las denominaciones para este tipo de contratos son varias: contratos internacionales, contratos internacionalizados, acuerdos cuasi-internacionales, acuerdos de desarrollo económico, acuerdos transnacionales y contratos gubernamentales, acuerdos de inversión transnacionales, entre otros.

<sup>808</sup> Este tipo de contratos tenía las siguientes características: 1) usaban las regalías como las bases primarias para fijar las obligaciones de los concesionarios; 2) otorgaban posesión de tierra a las corporaciones internacionales que en los hechos se convertían en enclaves extranjeros; 3) los acuerdos eran fijados por plazos no menores a 50 años; 4) bajo las concesiones los Estados huésped estaban excluidos de cualquier decisión relacionada con la operación comercial, y 5) las compañías extranjeras descansaban en derechos de propiedad otorgados a las mismas bajo la concesión respecto de todo lo extraído. Adede, A.O., "Legal trends in international lending and investment in the developing countries", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1983, II, t. 180, p. 122. Véase también El-Kosheri, Ahmed Sadek, "Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1974, vol. II, t. 142, pp. 230 y ss.

Unidas,<sup>809</sup> en los cuales se buscaba privilegiar el desarrollo económico del país receptor. Actualmente los CEI's son contratos transaccionales complejos y detallados que otorgan al inversionista extranjero el derecho de involucrarse en actividades estatales en el país huésped e imponen al inversionista y al gobierno una serie de derechos y obligaciones relacionados.<sup>810</sup> Dichos contratos están hechos a la medida, para cubrir necesidades únicas.<sup>811</sup>

---

<sup>809</sup> El Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional en 1974. Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3201 y 3202, "4. El Nuevo Orden Económico Internacional deberá estar fundado en el pleno respeto a los siguientes principios: ... (e) Plena y permanente soberanía de cada Estado sobre sus recursos naturales y actividades económicas. Con el fin de salvaguardar tales recursos, cada Estado está facultado para ejercer control efectivo sobre ellos y su explotación con los medios adecuados a su propia situación, incluyendo el derecho a nacionalizar o transferir la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la soberanía permanente del Estado. Ningún Estado será sujeto de coerción económica, política o de otro tipo para prevenir el libre y completo ejercicio de este derecho inalienable." Charter of Economics Rights and Duties of States, 1974, General Assembly Resolution 3281. "Art 2., p. 1. Every state has and shall freely exercise full permanent sovereignty... over all its wealth, natural resources and economic activities. p. 2. Each State has the right: (a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment... (c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid ... taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State consider pertinent... In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of State and in accordance with the principle of free choice of means".

El reconocimiento legal de distintos niveles de desarrollo económico y su repercusión en el mundo comercial internacional ha sido reconocido también en el marco de la Organización Mundial del Comercio, al respecto véase Cruz Miramontes, Rodolfo, "Alcance jurídico del concepto económico de país en vías de desarrollo", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1994, pp. 59 y ss.

<sup>810</sup> Las siguientes cuatro características describen un CEI: I) una de las partes contratantes es un gobierno soberano y la otra es un nacional o una empresa privada de un Estado extranjero; II) el contrato refiere a movimientos de capital extranjero al país huésped con el propósito de actividades de inversión durante un periodo específico; III) el contrato se refiere a una actividad de inversión



A diferencia de los contratos administrativos estudiados por la tradición romana-germana, en los CEI la relación soberano-súbdito es inexistente y por tanto los resultados de dicho estudio son inaplicables. Como se señaló en la parte correspondiente al contrato administrativo, elemento principal del mismo es la potestad rescisoria que tiene la administración pública, potestad que se traduce en la prerrogativa gubernamental de disponer de manera unilateral la rescisión del contrato. La rescisión en el contrato administrativo puede darse sin falta o culpa del privado co-contratante de la administración pública, y encontrar su fundamento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia para el interés público, interés que supuestamente es representado por el Estado.<sup>812</sup> Cabe señalar que aunque la facultad rescisoria ha sido sostenida por la teoría del contrato administrativo en la tradición romano-germana, dicha potestad ha sido reconocida como poder estatal en la mayoría de los sistemas legales sin importar la familia a la que pertenezcan y esto incluye a los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>813</sup>

En derecho internacional, quizá debido a la falta de un poder central que, a semejanza del Estado se apropie la representación del interés general, la facultad rescisoria por motivos de oportunidad o conveniencia para el Estado no ha sido reconocida para el caso de los CEI's. Punto controversial en los contratos de Estado internacionales es si la facultad de rescindir el acuerdo en cualquier tiempo debe ser considerada como un aspecto no negociable del poder estatal derivado del deber de los gobiernos de servir el bienestar económico y social de sus pueblos.

---

que desde el punto de vista del Estado huésped ayudará a su desarrollo económico, y IV) el contrato específicamente señala condiciones vinculantes para ambas partes en términos de derechos y obligaciones recíprocos. Cherian, Joy, *Investment contracts and arbitration*, Leyden, Sijthoff, 1975, p. 16.

<sup>811</sup> Steiner, Henry & Vagts, Detlev, *op. cit.*, nota 785, p. 495.

<sup>812</sup> Debido a esta unilateralidad en la facultad rescisoria por parte del Estado, algunos autores prefieren denominarle facultad de revocación. Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo. Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, t. III-A, p. 560.

<sup>813</sup> *Russell Motor Car Co. v. US* 261 U.S. 514 (1923), USSC, ver también *De Laval Steam Turbine Co. v. US*, 284 U.S. 61 (1931), USSC.

Dado que la facultad rescisoria es aceptada por la mayoría de los sistemas legales donde se llevan a cabo las inversiones extranjeras, los inversionistas han luchado porque el CEI no sea regido por el sistema jurídico del Estado huésped de la inversión. Se trata de evitar que la facultad rescisoria sea ejercida por los Estados.<sup>814</sup> Estas dos posturas contradictorias, deslocalización vs. localización del acuerdo de inversión han dado lugar en la doctrina a dos escuelas al respecto, la discusión sobre el tema oscila entre estos dos extremos.<sup>815</sup>

Las contradicciones entre los intereses del Estado huésped de la inversión y la protección que buscan los inversionistas extranjeros ha dado lugar a una regulación internacional especial que puede resumirse en las siguientes seis proposiciones expuestas por Schwarzenberger hace un tiempo y que continúan siendo sostenidas por la doctrina imperante.<sup>816</sup>

I) Los CEI's son acuerdos entre sujetos y objetos del derecho internacional. La presunción es a favor de que dichos contratos estén gobernados por el derecho nacional del Estado parte.<sup>817</sup> Bajo esta perspectiva, depende del

---

<sup>814</sup> En este sentido se ha dicho que este contrato se encuentra en un difícil equilibrio entre dos extremos, la máxima deslocalización y la lucha por la relocalización respecto al sistema jurídico nacional. *cfr.* Frignani, Aldo, *Il diritto del commercio internatiozionale. Manuale teorico pratico per la redazione del contratti*, II Edizione, Ipsoa Informatica, 1990, p. 97. Delaume, Georges, *op. cit.*, nota 301, p. 2.

<sup>815</sup> Para una revisión de estas dos escuelas véase Sornarajah, M., "Settlement of investment disputes", conferencia en el simposium *Acuerdos de inversión internacionales y sus implicaciones para los países árabes*, 17-18 de mayo de 1999, Hotel Sheraton, El Cairo.

<http://www.unctad.org/iaa/regional/egypt/sornarajah.pdf>

<sup>816</sup> Schwarzenberger, Georg, *Foreign investments and international law*, London, Stevens & Sons, 1969, pp. 5 y ss.

<sup>817</sup> "No puede sostenerse que la intención del Estado prestatario fue someterse a una ley que no sea la suya como la aplicable respecto a la sustancia de sus deudas y la validez de las condiciones establecidas respecto de la misma, a menos que exista. sino una provisión expresa en este sentido, evidencia de que todas las circunstancias muestren irrefutablemente que esa fue la intención". *Payment in gold of Brazilian federal loans issued in France*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment no. 15, Julio 12, 1929, en la página 122.

sistema jurídico nacional en concreto si los CEI's deben ser interpretados como contratos o actos unilaterales y/o si pertenecen al derecho público o privado.

- II) Bajo el principio de la autonomía de la voluntad, depende de la intención de las partes el que el CEI esté regido por el derecho nacional del Estado parte o por el de otro Estado, por los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas<sup>818</sup> o por un tercer sistema legal<sup>819</sup> distinto al derecho nacional e internacional como puede ser la *lex mercatoria*.<sup>820</sup>
- III) Si las partes del CEI señalan que el derecho internacional es la ley aplicable ello puede significar una de dos cosas. El sujeto del derecho internacional

---

<sup>818</sup> En el caso de *Lena Goldfields*, el tribunal arbitral sostuvo que en todas las cuestiones de naturaleza local, las leyes de la Unión Soviética aplicarían, excepto que fueren excluidas de manera expresa por el contrato, pero que los principios generales del derecho reconocidos por el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional constituían la "ley propia del contrato". Prueba de lo anterior, sostuvo el tribunal, fue que la concesión había sido suscrita por el Comisario de Relaciones Exteriores, y que muchos de los términos del contrato contemplaban la aplicación de principios de derecho internacionales en vez de nacionales. *Lena Goldfields, Ltd (1930)*, 36 *Cornell law quarterly*, (1950-51), p. 50.

<sup>819</sup> Compárese por ejemplo los siguientes acuerdos arbitrales en relación a la ley aplicable: "The tribunal was to decide: a) In accordance with the Saudi Arabian law, b) In accordance with the law deemed by the arbitration tribunal to be applicable in matters beyond the jurisdiction of Saudi Arabia" *Saudi Arabia v Arabian American Oil Company*, ARAMCO, 1958, 27 *International Law Reports* 117; "Art III (2) law governing the substantive issues shall be determined by the Tribunal, having regard of the quality of parties, trans-national character of their relations, principles of law and practice prevailing in the modern world" *Kuwait v American Independent Oil Co*, AMINOIL, 1982, 66 *International law reports* 519. Para una relación más extensa de este tipo de cláusulas véase Bishop, Doack, "Internacional arbitration of petroleum disputes: The development of a 'Lex Petrolea'", The Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/article2-3.html>, 2000.

<sup>820</sup> Para un análisis conciso y profundo de la *lex mercatoria* véase a Maniruzzaman, Abul, "The *lex mercatoria* and internacional contracts: a challenge for internacional comercial arbitration?", en *American University Internacional Law Review*, vol. 14, 1999, pp. 658 y ss. De igual forma, Highet, Keith, "The internationalization of law and legal practice: the enigma of the *lex mercatoria*", en *Tulane law review*, Febrero 1989, No. 63, p. 613. Delaume, Georges, "The internationalization of law and legal practice: comparative analysis as a basis of law in state contracts: the myth of the *lex mercatoria*", en *Tulane law review*, Febrero 1989, No. 63, p. 575.

involucrado intenta<sup>821</sup> dar personalidad internacional al objeto de derecho internacional para propósitos particulares de la relación contractual, o bien las partes tratan de aplicar por analogía el derecho internacional y en realidad se sujetan a un cuasi régimen internacional como la *lex mercatoria*.<sup>822</sup>

IV) Un CEI legalmente celebrado es un derecho adquirido en el sentido que dicho término tiene en derecho internacional<sup>823</sup> y que fue reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional.<sup>824</sup>

---

<sup>821</sup> Este otorgamiento de personalidad sin embargo no es oponible a terceros. *Nanni v Pace and the Sovereign Order of Malta*, Italian Court of Cassation, 1935.

<sup>822</sup> “La pregunta interesante respecto a la ley mercatoria no es su naturaleza o su sustancia, sino sus límites”. *cf.* Albert, Mathias, “Legalisation or global law formation? On the evolution of law in world society”, en Presentación en la conferencia *Transnacional business in the age of globalization*, Munich, 26 de octubre de 2001, pp. 4 y ss. De igual forma véase a Bonell, Michael Joachim, “The UNIDROIT principles and transnational law”, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>, agosto 2000.

<sup>823</sup> Shawcross, “The problems of foreign investment in international law”, *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1961, I, t. 102, p. 351. En derecho anglosajón “se llama derecho adquirido a aquel derecho que completa y definitivamente una persona ha hecho suyo de forma que no puede ser cancelado o desafiado por un acto de otra persona, por lo que tanto en derecho como en equidad el gobierno debe reconocerle y protegerle como legal, de forma que su titular no puede ser arbitrariamente privado del mismo sin que ello sea considerado una injusticia y solamente puede ser privado por los métodos procesales establecidos y por necesidad pública”. Black’s law dictionary, Minnesota, West publishing, Centenal edition 1991.

<sup>824</sup> “El principio de los derechos adquiridos... forma parte del derecho internacional generalmente aceptado” *Certain german interests in Upper Silesia, (Factory of Chorzow case)*, *op. cit.*, nota 143, pp. 4-107, en p. 42.

En derecho internacional “la expresión derecho adquirido... evoca un derecho cuyos elementos constitutivos han sido ya realizados en su totalidad. Esta expresión es corriente cuando se habla de conflictos de leyes en el tiempo; el cambio de legislación no influye sobre los derechos creados con anterioridad al mismo”. El reconocimiento de los derechos adquiridos es tan importante que se sostiene que “ninguna relación internacional sería posible si los derechos adquiridos en un país no pudiesen conservarse en los demás”. Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, pp. 13 y 14.

El principio de derechos adquiridos generados por concesiones ha sido discutido también en el caso de cambios de soberano, al respecto se ha dicho que “un mero cambio de soberano no produce ninguna modificación en la situación de los derechos que existen en el territorio”. Moore,

V) En el caso de un CEI gobernado por el derecho nacional del Estado parte, este último tiene la facultad rescisoria respecto del contrato. En virtud de su soberanía una renuncia a dicha facultad rescisoria no puede presumirse. El ejercicio legal de la facultad rescisoria al estar acompañada de compensación completa, equivale a una expropiación, facultad estatal que es reconocida como legal por el derecho internacional general.

VI) Si el CEI, aunque sujeto al derecho nacional del Estado parte, prevé que el Estado no llevará a cabo actos de interferencia legislativa o administrativa, tal promesa cristaliza la relación contractual entre las partes al momento en que se celebró el contrato.

Los anteriores seis postulados constituyen el núcleo de la teoría tradicional en derecho internacional en materia del CEI. Dichos postulados se enmarcan en las reglas del derecho internacional de protección a las inversiones extranjeras. A lo largo de este trabajo hemos proporcionado diversas herramientas para el análisis de dichos postulados, de forma que comenzaremos por hacer notar algunas inconsistencias en la teoría tradicional, para luego proponer nuevas aproximaciones.

#### **4.1.1 Compromisos entre sujetos y objetos del derecho internacional**

Si en el sistema jurídico internacional solamente los Estados y ciertas organizaciones internacionales tienen personalidad reconocida<sup>825</sup> es imposible, desde el punto de vista de éste sistema legal, que un contrato celebrado entre uno de sus sujetos y un ente que no tenga personalidad legal reconocida por dicho sistema, sea gobernado por tal orden legal.<sup>826</sup> De ahí que cuando las partes

---

John Bassett, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1906, vol. I, p. 415.

<sup>825</sup> *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory opinión, Corte Internacional de Justicia, 1949.

<sup>826</sup> En los contratos de préstamos celebrados entre un Estado y una organización internacional como el Banco Mundial, ambos entes con personalidad internacional, se prevé en ocasiones que los derechos y obligaciones del Estado que suscribe puedan ser cedidos *in toto* o en parte a

establecen como ley aplicable el derecho internacional, su decisión no puede ser reconocida ni tener efectos legales dentro de un sistema legal que no reconoce personalidad legal suficiente para dicho efecto. El CEI solamente puede ser gobernado por un sistema legal en el que ambos contratantes tengan personalidad legal reconocida para celebrarlo.

No obstante lo antes argumentado sobre las partes de un CEI y su diferente status en materia de personalidad en derecho internacional, la relación contractual en el CEI es reconocida por el sistema jurídico internacional en los siguientes sentidos:

- I) El sistema legal internacional otorga calidad de derecho adquirido y califica de propiedad al CEI respecto del inversionista.
- II) El sistema legal internacional reconoce la facultad soberana de rescindir el CEI. Si dicha facultad se ejerce cumpliendo con las formalidades legales la califica de expropiación. Si la facultad rescisoria se lleva a cabo sin seguir las formalidades legales se convierte en confiscación.
- III) La relación legal CEI, aunque no esté gobernada por el derecho internacional de manera inmediata, lo está en cuanto derecho adquirido.
- IV) Aunque la relación legal CEI no esté gobernada por el derecho internacional, este último sistema legal establece, a manera de *grundlegung* de dicho pacto consensual, que la facultad estatal rescisoria establecida en el sistema legal estatal puede ser objeto de restricción mediante convenio expreso; de esta forma aunque el contrato esté gobernado por un sistema legal nacional que establezca la irrestrictibilidad de la facultad rescisoria, la presencia de cláusulas de estabilización genera una obligación para el Estado que si no respeta da lugar a responsabilidad internacional. Bajo este intricado

---

personas privadas. La pregunta que surge es si el derecho internacional aplicable al contrato original continúa o no gobernando la relación jurídica una vez realizada la cesión en comento. Delaume, Georges, "The proper law of loans concluded by international persons: A Restatement and a forecast", *American Journal of International Law*, January 1962, vol. 56, Issue 1, p. 81., ver también el clásico estudio de Mann, F.A., "The law governing state contracts", en *British Yearbook of International Law*, 1944, p. 32.

esquema la relación contractual CEI queda gobernada y no gobernada, al mismo tiempo, por el derecho internacional general.

El juez Cardoso señalaba que “la ley y la obediencia a la ley eran hechos confirmados cada día a nosotros en la experiencia de la vida. Si el resultado de una definición es hacerles ver como ilusiones, tanto peor para la definición; debemos alargarla hasta que sea lo suficientemente amplia para responder a las realidades”.<sup>827</sup> El derecho internacional tradicional es incapaz de dar respuesta satisfactoria al fenómeno CEI como se celebra en el mundo contemporáneo. Las causas ya han sido largamente explicadas en este trabajo y baste citarlas: el dogma soberano como principio de las relaciones internacionales, falta de personalidad suficientemente reconocida a los privados,<sup>828</sup> supervivencia de conceptos inscritos en los límites estatistas como son el binomio público–privado, soberano–súbdito, entre otros.

La necesidad de replantear la relación entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales es la única forma de explicar coherentemente el fenómeno CEI. Desde nuestra perspectiva la única manera de dar lógica al CEI y a su relación con el derecho internacional y los demás sistemas jurídicos nacionales y otros órdenes legales como puede ser la *lex mercatoria*, es considerar que el *grundlegung* de la relación contractual CEI es el derecho internacional general que engloba como subsistemas a los demás sistemas legales, y que todos ellos, en una complicada red de normas, regulan la relación

---

<sup>827</sup> Benjamín N. Cardozo, *The nature of the judicial process*, 1921.

<sup>828</sup> El derecho internacional comercial ha comenzado a reconocer ciertos derechos directamente a los agentes económicos, empresas o individuos, y no sólo a los Estados. Así por ejemplo en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), bajo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, se reconocen derechos de propiedad intelectual a los nacionales de otros Estados miembros de la OMC. Lo que no existe todavía en un derecho internacional es una acción para el individuo para hacer valer el derecho sustantivo. Charnovitz, Steve, “La OMC y los derechos del individuo”, en *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 26, 2001, pp. 101-129. Booyesen, hercules, “Is international law relinquishing its exclusively public law nature?”, en *Tulsa journal of comparative & internacional law*, No. 129, Primavera 1997, pp. 223 y ss.

CEI en todos sus aspectos. Este esfuerzo además es parte de una tendencia mayor que pretende alcanzar la *Eunomia* de Allott,<sup>829</sup> la revolución de las representaciones morales de Habermas,<sup>830</sup> el *pactum subjectionis* de Ferrajoli<sup>831</sup> y la idea de orden público de Kelsen<sup>832</sup> a nivel internacional.

La explicación de la relación contractual CEI es similar a la de un contrato celebrado entre dos entes con personalidad reconocida en dos sistemas jurídicos distintos pero que se encuentran a la vez subsumidos en un sistema legal global. Pensemos en un préstamo mercantil entre una sociedad civil constituida conforme a las leyes de Chiapas y un comerciante de Los Ángeles, préstamo a ser honrado en Guatemala, regido por el derecho mercantil mexicano y pactado en moneda canadiense. Este ejemplo es sin duda del tipo de las relaciones legales que quedan gobernadas por más de un sistema legal y que para tener lógica deben ser interpretados en la complicada red de vinculaciones entre los distintos sistemas jurídicos que intervienen.

#### **4.1.2 La autonomía de la voluntad en el CEI**

El principio de la autonomía de la voluntad es reconocido por el derecho internacional general como aplicable a los CEI's. Dependiendo de la intención de las partes el contrato estará regido por el derecho nacional del Estado parte o por el sistema jurídico de otro Estado, por los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas o por un sistema de cuasi derecho internacional como la *lex mercatoria* y en ocasiones por el derecho internacional.

En este punto cabe simplemente traer a colación las conclusiones de la discusión expuesta en la sección que trató el principio de la autonomía de la voluntad: las partes de un contrato son autónomas únicamente en la medida y extensión en que se los permite el sistema legal en que se mueven. Son libres en

---

<sup>829</sup> Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XXVII.

<sup>830</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

<sup>831</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 178

<sup>832</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 91.



la medida de sus grados de libertad. Si tienen la facultad de escoger entre diversos sistemas legales, de forma que en cada sistema legal a elegir se reconozca el compromiso, mismo que además es reconocido por los sistemas jurídicos mutuamente, ello se debe a que se cumple con uno de dos supuestos: i) se crea una red de  $n^n$  relaciones sinalagmáticas de reconocimiento mutuo entre los sistemas  $n_i$ , o ii) la obligación de reconocimiento está prevista en un sistema jurídico que engloba otros tantos sistemas legales. La elección entre estos dos tipos de soluciones es la diferencia entre el sistema legal internacional tradicional y el kantiano que en este trabajo se apoya. Para finalizar esta sección baste decir que los reconocimientos entre sistemas legales se dan en la práctica, lo que aquí simplemente se propone es una forma diferente de explicar esos reconocimientos al sostener que dicha forma es la que más se apega a la realidad cotidiana.

#### **4.2 FACULTADES NACIONALES LIMITADAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL**

En el caso del CEI se presume que éste es gobernado por un derecho nacional. Si el derecho nacional de mérito reconoce la facultad rescisoria del Estado, el derecho internacional respeta tal facultad interna calificándole de expropiación y simplemente exige que cuando se lleve a cabo se sigan las formalidades debidas para evitar que dicha expropiación se torne confiscación y surja responsabilidad internacional. En particular se exige compensación completa, es decir el pago total del valor de la inversión. ¿Por qué sobre una facultad reconocida por un sistema legal otro sistema jurídico exige que el primero cumpla ciertas formalidades en su ejercicio bajo la amenaza de responsabilidad en el segundo? La única explicación es que el sistema legal que estatuye la facultad sea un subsistema del sistema jurídico que exige el cumplimiento de formalidades. Solamente en este sentido el segundo sistema puede limitar el ejercicio de la facultad postulada por el primero.

La explicación propuesta no tiene nada de novedosa pues desde Kant se ha sugerido. Por otro lado, la permeabilidad intersistémica entre los órdenes legales

nacionales y otros órdenes y el sistema legal internacional ha sido reconocida desde hace tiempo por la antecesora de la Corte Internacional de Justicia al señalar en el asunto de la nacionalidad que “la cuestión sobre si cierta materia se encuentra o no exclusivamente dentro de la jurisdicción de un Estado es esencialmente una pregunta relativa; depende del desarrollo de las relaciones internacionales. Así en el presente estado del derecho internacional... la nacionalidad no está en principio regulada por el derecho internacional, sin embargo, el derecho de un Estado para usar su discreción se encuentra restringido por las obligaciones que tenga hacia otros Estados”.<sup>833</sup>

Expuestas estas contradicciones de la teoría imperante en materia del CEI, pasaremos al análisis exegético de la relación legal que significa el contrato de Estado internacional; en dicho análisis buscamos señalar cómo es que típicamente se integra un contrato de Estado internacional y cómo es que las cláusulas del mismo pueden ser interpretadas coherentemente a la luz de todo lo discutido hasta este momento.

### **4.3 LOS OBJETIVOS DEL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL**

Los contratos de Estado internacionales han sido definidos como instrumentos por medio de los cuales un Estado y un inversionista extranjero coordinan sus relaciones respecto a una inversión,<sup>834</sup> debido a ello durante cierto tiempo fueron también llamados “acuerdos de desarrollo económico”,<sup>835</sup> concepto y término hoy en desuso ya que las nuevas teorías sobre contratación internacional consideran que dicha denominación se enfoca en el propósito de una sola de las partes y descuida el interés del extranjero, preocupado mucho más en

---

<sup>833</sup> *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco case*, Advisory Opinion, Permanent Court of International Justice, 1923, p. 24.

<sup>834</sup> Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 260.

<sup>835</sup> McNair, Arnold, “The general principles of law recognized by civilized nations”, *The British Year Book of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1957, p. 1; Hyde, James, “Economic development agreements”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1962, vol. I, t. 105, p. 282.

la rentabilidad de la empresa que en el desarrollo económico del Estado en cuestión.

Sin embargo vale rescatar un punto de la definición citada. Característica principal del CEI es la coordinación pactada entre el Estado huésped de la inversión y el inversionista extranjero, coordinación que surge de la interdependencia necesaria para sacar adelante un complejo proyecto de inversión.

Si bien es cierto que todo contrato significa un acuerdo de voluntades, existe una gran diferencia entre las transacciones basadas en la interdependencia y colaboración en proyectos de largo plazo y los acuerdos de tipo finalístico. De esta forma, Faria sostiene que “la conducta precisa requerida por la futura cooperación a largo plazo es imposible que sea especificada de antemano, como tampoco lo pueden ser los deberes con respecto al objeto de esa cooperación”, lo que obliga a las partes a aceptar “una norma vaga y productiva de equidad en la conducta con respecto a sus relaciones. En las transacciones de largo plazo de naturaleza “cooperativa” no es nada fácil especificar anticipadamente –y de forma precisa y rigurosa, como en el caso de los contratos *discontinuos*– precio, cantidad, calidad o lugar y plazo de entrega, dadas las sucesivas transformaciones tecnológicas y la subsiguiente mutabilidad del mercado. A causa de las constantes alteraciones en los procesos productivos, en los flujos financieros y en los propios elementos constitutivos de los bienes y servicios, también es muy difícil establecer de antemano obligaciones y responsabilidades precisas con relación a un posible incumplimiento de una de las partes contratantes; y es prácticamente imposible conjeturar, estimar o suponer todas las contingencias del futuro o –como en los contratos con *cláusulas abiertas* –especificar previamente los términos de los eventuales ajustes. Esta imposibilidad de reducción de la incertidumbre y de neutralización de los riesgos hasta niveles mínimamente controlables o aceptables induce a las partes a optar por una relación contractual eminentemente flexible. Ante tanto dinamismo, tanta innovación, tantos cambios y tantas contingencias que además afectan no sólo a cada empresa considerada individualmente sino a toda la cadena productiva de bienes y servicios en que esté situada, lo que se

puede hacer para formalizar transacciones complejas, permanentes y continuas es establecer procesos de negociación en los que los términos de intercambio y ajuste se decidirán durante el curso de la actividad productiva y comercial. Surge así la figura de los contratos *relacionales*".<sup>836</sup>

De esta forma los CEI's no son contratos suscritos de una vez y para siempre. Dichos contratos no establecen derechos y obligaciones finalísticas, sino procesos y métodos para el desenvolvimiento de la conducta de las partes en la vida del contrato.<sup>837</sup> El punto crítico de dichos procesos y métodos es "establecer un equilibrio entre los intereses del Estado contratante [*promover el desarrollo económico y otros objetivos sociales*]... y ... los intereses de los operadores extranjeros que comúnmente no son instituciones filantrópicas sino empresas comerciales... estas empresas buscan sobre todo la estabilidad y la seguridad. El problema es definir las técnicas que permitan realizar dicho equilibrio".<sup>838</sup>

Clásico problema de cualquier contrato de largo plazo es el azar moral. En el caso del CEI normalmente no habrá problema si la inversión es improductiva, es casi seguro que sobre empresas en quiebra la disputa entre las partes sea más sencilla de solucionar que si la inversión resulta un éxito; en el último caso el gobierno siempre tendrá la tentación de quedarse con el negocio y sacar a su contraparte del mismo. Para ello, nada mejor que utilizar las facultades soberanas y cambiar, a conveniencia, la *lex contractus (grundlegung + consensus)* del CEI. En los hechos esto equivale a la rescisión unilateral del contrato suscrito.

Como en todo contrato de largo plazo la negociación en el CEI que tiene lugar entre el Estado y el inversionista es compleja. El gobierno normalmente requiere llevar a cabo estudios precontractuales, estudios que son parte integral de la planificación a la que el Estado está sujeto y medio para comparar y evaluar

---

<sup>836</sup> Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 169-170.

<sup>837</sup> Kratochwill, Friedrich, "The limits of contract", *European Journal of International law*, vol. 5, No. 4, 1994.

<sup>838</sup> Lalive, Jean-Flavien, *op. cit.*, nota 182, p. 38.

diversos proyectos a fin de fijar prioridades nacionales en materia de inversiones.<sup>839</sup>

La complejidad mayor de la negociación en el CEI no radica en lo complejo de la inversión sino en la desigualdad entre la empresa extranjera y el Estado en cuanto a las herramientas de que dispone el último dentro de su sistema legal. Por esta razón se ha dicho que “lo que caracteriza a los contratos internacionales... no es su fin ni su contenido, que pueden variar al infinito, no es tampoco la nacionalidad diferente de las partes, sino la desigualdad jurídica de los contratantes”.<sup>840</sup>

El CEI es producto de la negociación de los objetivos del Estado y del inversionista. Desarrollo económico para el país y estabilidad económica y seguridad jurídica en las inversiones para los extranjeros. Este equilibrio contractual en los CEI's se logra a través de cuatro elementos:<sup>841</sup>

- I) elección de una ley aplicable al contrato apropiada para ambas partes;
- II) inclusión de cláusulas de estabilización en el contrato,
- III) inclusión de cláusulas de arbitraje internacional, y
- IV) establecimiento de sistemas de garantía o seguridad de inversiones.<sup>842</sup>

---

<sup>839</sup> Un primer estudio precontractual es el de oportunidad, en él se prevén aspectos económicos y técnicos que se generarían de las diversas posibilidades de inversión sin definir los parámetros de un proyecto a detalle. Un estudio posterior es de prefactibilidad, mediante el cual se determinan la viabilidad técnica y financiera del proyecto elegido. Este estudio es seguido por un estudio de factibilidad integral en el cual se definen los parámetros de la inversión, por ejemplo, el tamaño de las instalaciones, su localización, el costo estimado, la capacidad de producción y eventualmente las técnicas que se utilizarán. En todos estos estudios lo conveniente para el Estado es que la empresa encargada de llevarlos a cabo no esté dentro del universo de las empresas que podrían suscribir el CEI y así evitar conflictos de intereses.

<sup>840</sup> Lalive, Jean-Flavien, *op. cit.*, nota 182, p. 31.

<sup>841</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>842</sup> Estos sistemas de garantías operan tanto para el Estado como para el inversionista. En cuanto a garantías para el Estado tenemos por ejemplo la siguiente garantía preoperativa solicitada por la Comisión Federal de Electricidad de México para el proyecto Mexicali II, en su propuesta de

El análisis de estos elementos de negociación nos conduce al corazón del CEI y serán estudiados al analizar sus cláusulas.

## **4.4 LAS PARTES**

### **4.4.1 El Estado**

No es objetivo de este trabajo dilucidar sobre lo que en derecho internacional se entiende por Estado,<sup>843</sup> para nuestros efectos baste apuntar que para que un CEI exista es necesario que una de las partes sea un Estado. En

---

contrato de provisión de la Capacidad Neta Garantizada y la venta de la Producción Neta de Energía asociada, versión de marzo de 2002, cláusula 5.4, Garantía preoperativa: Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de este Contrato a partir de la fecha de celebración del mismo y hasta la Fecha de Operación Comercial, el Productor deberá entregar a la Comisión, simultáneamente a la firma del presente Contrato, una carta de crédito incondicional e irrevocable en favor de la Comisión, expedida por un banco de primera clase, aceptable a juicio de la Comisión, por la cantidad establecida en el Anexo 5(3) (la 'Garantía Preoperativa') en la inteligencia de que el Productor podrá presentar cartas de crédito emitidas por un banco que no opere legalmente en México, siempre que dicho banco cuente con una calificación de cuando menos 'A' de Standard & Poor's (o cualquier equivalente) y siempre que la Comisión pueda hacer efectiva la Garantía Preoperativa en México o en la Ciudad de Nueva York, Nueva York, Estados Unidos de América. En caso de que la Garantía Preoperativa sea emitida por un banco que no opere legalmente en México, esta deberá ser avisada o notificada por un banco que opere legalmente en México. La Garantía Preoperativa será pagadera a la primera demanda de la Comisión al emisor, y deberá constituirse en la forma y con el contenido indicados en el Anexo 9. El Productor deberá incrementar el monto de la Garantía Preoperativa hasta alcanzar el monto establecido en el Anexo 5(4) en la Fecha de Inicio. En caso de ampliación de Fechas de Eventos Críticos conforme a las Cláusulas 4.5, 4.6(b), 5.9(b) o 6.3, el Productor deberá ampliar la vigencia de cualquier carta de crédito emitida conforme a esta Cláusula 5.8 por el período de tal ampliación de tal forma que la Garantía Preoperativa y las Garantías Adicionales (de haberlas) se mantengan vigentes por los plazos y montos requeridos. El Productor deberá probar fehacientemente la ampliación de la vigencia de las cartas de crédito a la Comisión con por lo menos 30 días de anticipación al vencimiento original de las mismas. El incumplimiento del Productor en incrementar el monto o efectuar la ampliación de la vigencia de las cartas de crédito según se establece en este Contrato será causa de terminación del Contrato, y se estará a lo estipulado en la cláusula 13."

<sup>843</sup> Sobre el tema véase a Crawford, James, *op. cit.*, nota 309.

términos más precisos lo que se requiere para la existencia de un contrato de Estado internacional es que la suscripción del mismo sea atribuible a un Estado.

En la mayoría de los casos los CEI's son suscritos por empresas gubernamentales. La cuestión en consecuencia es si la suscripción de un CEI por una empresa gubernamental puede atribuirse al Estado. Las empresas públicas surgen de la necesidad de combinar agilidad y libertad comercial con autoridad pública,<sup>844</sup> la empresa gubernamental está equipada con personalidad legal y capacidad para suscribir transacciones legales de diversos tipos,<sup>845</sup> sin perder su responsabilidad pública.

La problemática es que en momentos difíciles los Estados huésped han sugerido que la empresa pública, al ser creada al interior de sus sistemas legales como entes con personalidad y patrimonios propios, no puede trasladar obligaciones al Estado. Dichos esfuerzos han sido la mayoría de las veces infructuosos. Bajo el principio de que un Estado no puede interponer su derecho nacional para incumplir una obligación internacional, los tribunales arbitrales han hecho a un lado las pretensiones de los Estados nacionales de evitar verse responsabilizados por empresas creadas por ellos que suscriben los contratos de Estado internacionales. El problema verdadero no es de concepto sino de evidencia, es importante demostrar ante los tribunales arbitrales el abuso de formas corporativas.

Ejemplo de lo anterior es el *joint venture* de 1993 constituido entre Bridas, empresa argentina y Kemir, empresa de Turkmenistán, para llevar a cabo operaciones de hidrocarburos por 25 años en el último país. El *joint venture* se constituía por diversos instrumentos, entre ellos un compromiso firmado por Bridas y Turkmenneft, una empresa de Turkmenistán creada por decreto presidencial.

---

<sup>844</sup> Friedman, W, *op. cit.*, nota 79, pp. 484, 485.

<sup>845</sup> Por ejemplo, el artículo 3º del Proyecto de Reformas a la Ley Orgánica de la Comisión Federal de Electricidad, organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, presentado a fines del 2002 por el Presidente de México al Congreso, señalaba que “tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, la Comisión Federal de Electricidad podrá convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar todo tipo de acuerdos, cuando así lo convengan sus intereses”.

Ninguno de los instrumentos del *joint venture* había sido suscrito directamente por el gobierno. En controversia posterior Turkmenistán alegó ante el tribunal arbitral no tener responsabilidad en virtud de que en su derecho interno la responsabilidad era exclusiva de Kemir. En este caso el tribunal sostuvo que “el gobierno no era parte del *joint venture* o de cualquier documento, pero llevó a cabo el proceso de consulta, negoció los términos de las cláusulas y fue un agente activo en el manejo de la explotación mercantil... las provisiones del acuerdo de *joint venture* de Kemir contienen obligaciones que solamente el gobierno puede cumplir, tal como tratamiento especial para la exportación y un régimen de impuestos preferentes. Tomadas de forma aislada ninguna de las provisiones sería concluyente para sugerir que fue la intención de las partes que el gobierno estuviera obligado por las provisiones del *joint venture*, pero de manera acumulativa evidencian un involucramiento de los poderes e intereses del gobierno en la relación contractual”.<sup>846</sup>

Los Estados Unidos han sido tradicionalmente un país exportador de capitales y sus empresas frecuentemente han tenido que lidiar con argumentos que tratan de evitar que un Estado huésped se haga responsable por la suscripción de un CEI por una empresa estatal. Al respecto, y frente a estos problemas la Ley Norteamericana de Inmunidad del Estado Soberano de 1976, estableció que un Estado extranjero no es solamente la entidad política soberana, sino sus diversas subdivisiones políticas, agencias o entes jurídicos, en particular dicha ley señala que resulta atribuible al Estado extranjero un acto jurídico:<sup>847</sup>

- a) cuando se trata de una persona moral diversa o de una sociedad mercantil,
- b) constituye un órgano del Estado o bien es una subdivisión política del mismo, o cuando la mayor parte de las acciones o partes sociales de interés son propiedad del Estado en sí o de alguna de sus subdivisiones políticas, y además
- c) no es ciudadano de los Estados Unidos de América o no ha sido creado de conformidad con las leyes de un tercer país.

---

<sup>846</sup> *Bridas v Turkmenistan and others*, Case 9058, International Chamber of Commerce, 1999.

<sup>847</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 586, p. 65.



A nivel internacional sirven como ejemplo de qué se considera un Estado huésped los acuerdos que pusieron fin al conflicto entre Irán y Estados Unidos con motivo de la toma de la embajada de los Estados Unidos por el gobierno de Irán después de la caída del Sha; en dichos acuerdos se estableció que Irán o Estados Unidos significaría en el contexto del compromiso para llevar casos ante el Tribunal de Reclamaciones, el gobierno de Irán o Estados Unidos, cualquier subdivisión política del mismo, cualquier agencia, instrumentalizada o entidad controlada por dicho gobierno o subdivisión política del mismo.<sup>848</sup>

En este punto, cabe simplemente remitir la discusión a la sección entre actos de imperio y gestión, y tener en cuenta que lo relevante no es que el Estado mismo esté celebrando el contrato, sino que dicho acto jurídico sea atribuible al primero.

En este sentido para que un acto de una empresa estatal sea atribuible al Estado el derecho internacional sostiene que las empresas deben ser controladas por el Estado.<sup>849</sup> Es necesario recordar que el derecho internacional reconoce la separación de las entidades corporativas que realizan los derechos nacionales, excepto en aquellos casos donde el “velo corporativo” es una herramienta de engaño o un vehículo para el fraude o la evasión.<sup>850</sup> Por otra parte, en derecho internacional el hecho de que un Estado cree una sociedad no es suficiente para que todos los actos de dicha sociedad sean atribuibles a dicho Estado.<sup>851</sup> La conducta de las empresas estatales no será atribuible al Estado a menos que estén ejerciendo elementos de autoridad gubernamental en el sentido de que tomen el lugar de un órgano estatal o bien lleven a cabo funciones públicas o regulatorias y en estos sentidos gubernamentales. Lo que se considera

---

<sup>848</sup> Artículo VII, párrafos 3 y 4, de la Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia referente a la solución de controversias entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica de Irán. <http://www.iusct.org/index-english.html>.

<sup>849</sup> Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, p. 112.

<sup>850</sup> *Barcelona Traction, Light and power company, limited*, second phase, International Court of Justice, 1970, p. 39.

<sup>851</sup> *Otis Elevator Co. v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 14 Iran – U.S.C.T.R. 283.

gubernamental “depende de la sociedad particular, su historia y tradiciones. De particular importancia será no sólo el contenido de los poderes sino la forma en que fueron conferidos a la entidad, los propósitos para los cuales tienen que ser ejercidos y el grado en el cual la entidad es responsable ante el gobierno de su ejercicio.”<sup>852</sup>

#### 4.4.2 Operador extranjero

Tradicionalmente se ha dicho que el derecho internacional regula las relaciones entre Estados mientras que el derecho nacional regula la conducta de los individuos, tal generalización peca de parcial.<sup>853</sup> El objeto de todo sistema legal es regular conducta humana y los Estados no tienen conducta. La regulación del comportamiento humano se hace por el derecho a diferentes niveles y mediante las más diversas disposiciones legales. Kelsen observaba que el derecho nacional imponía directamente obligaciones a los seres humanos, mientras que el derecho internacional solamente lo hacía por excepción.<sup>854</sup> En opinión de Kelsen el derecho internacional regula conducta humana de manera indirecta, señalando el contenido material de la norma y dejando a los Estados la determinación del contenido personal.<sup>855</sup> Así un postulado básico del derecho internacional vatteliano es que el derecho internacional nunca puede alcanzar al individuo sin una previa transformación en el derecho nacional.<sup>856</sup>

---

<sup>852</sup> Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, p. 101.

<sup>853</sup> Higgins, Rosalyn, *Problems & process. International law and how we use it*, Oxford, Oxford University Press, 1993. p. 12.

<sup>854</sup> Una de estas excepciones es la prohibición de piratería y otros crímenes internacionales. Sperduti, Giuseppe, “L’individu et le droit international”, en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 1956, vol. II, t. 90, p. 766.

<sup>855</sup> Sin embargo, “cuanto más aumente la obligación y autorización directa de individuos por el Derecho internacional, más tenderá a desaparecer la frontera entre éste y el Derecho nacional”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 124.

<sup>856</sup> Jiménez de Aréchega, Eduardo, “International law in the past third of a century”, en *Recueil des cours*, the Hague Academy of International Law, 1978, vol. I, t. 159, p. 172.

La imposición directa de obligaciones a seres humanos por el derecho internacional implica necesariamente dotarles de alguna clase de personalidad internacional.<sup>857</sup> Este reconocimiento a empresas y seres humanos en el derecho internacional se ha dado forzado por la realidad a paso muy moderado<sup>858</sup> y la mayor parte de las veces frente a fuerte resistencia.<sup>859</sup> El punto de partida siempre ha sido que tanto seres humanos como empresas carecen de toda personalidad legal; la consecuencia lógica es que carecen de capacidad para celebrar compromisos internacionales.

Bajo la teoría tradicional una violación a los compromisos contraídos entre un Estado huésped y un privado extranjero no puede ser analizada por un tribunal internacional por no ser un compromiso internacional el que surge. Así por ejemplo, en el caso *Anglo Iranian Oil Company*, el Reino Unido sostenía que la concesión otorgada por Persia, materia de la disputa, tenía un doble carácter: I)

---

<sup>857</sup> “Los sujetos de derecho en cualquier sistema legal no son necesariamente idénticos en su naturaleza ni en el alcance de sus derechos, todo depende de las necesidades de la comunidad” *Reparations for injuries suffered in the service of the UN*, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, 1949. Esta diferencia entre derechos y obligaciones de los miembros de un sistema legal ha sido denominada “geometría variable” del sistema legal. Wellens, K.C., “Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends”, en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1984, pp. 34 y ss.

<sup>858</sup> Charney, Jonathan, “Transnational corporations and developing public international law”, en *Duke law journal*, Septiembre de 1983, pp. 748 y ss. Seidl-Hohenveldern, *op. cit.*, nota 96, pp. 34 y ss. Kokkini – Iatridou, D & De Waart, P.J.I.M., “Foreign investment in developing countries – legal personality of multinationals in international law” en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XIV, 1983, pp. 87 – 131.

<sup>859</sup> Bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) el procedimiento *antidumping* es una mezcla que aplica un procedimiento internacional con reglas nacionales e internacionales simultáneamente, también es un híbrido de derecho nacional e internacional que reconoce partes privadas y gubernamentales. Irish Maureen, “NAFTA chapter 19 and the law of judicial review in Canada”, en *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 21, septiembre de 1999, p. 191. Para un estudio profundo sobre los mecanismos de solución de controversias referidos véase Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porrúa – UNAM, 2002, p. 288.

por un lado era un contrato de concesión entre Persia y la *Anglo Iranian Oil Company*, y II) por otro lado podría ser catalogada como un tratado al ser el Reino Unido el accionista mayoritario de la compañía. La Corte Internacional de Justicia no aceptó ese doble carácter y sostuvo que el compromiso “no era más que un contrato de concesión entre un gobierno y una compañía extranjera donde el Reino Unido no era parte del contrato”.<sup>860</sup>

No obstante lo anterior se ha reconocido que los Estados pueden convenir entre sí que en un CEI se otorgue a la parte privada derecho de acción ante un tribunal internacional, pues “el derecho internacional no impide a un Estado otorgar a otro el derecho de que sus nacionales recurran directamente a los tribunales arbitrales internacionales para obtener un laudo por motivo de compensación por daño sufrido a ellos como resultado de infracciones al derecho internacional por el primer Estado”.<sup>861</sup> La nota que se cita de la Corte Permanente de Justicia Internacional sugiere que un contrato que no es de naturaleza internacional puede incluir una cláusula arbitral que de derecho de acción internacional a un ente no estatal sujeto a que exista una violación internacional.

En una situación como la que se describe la complementariedad entre sistemas legales es indispensable. La *lex contractus* puede estar regida por cualquier sistema legal; sin embargo, incumplimientos a la *lex contractus* de alguna manera dan lugar a violaciones en el sistema jurídico internacional, mismas que pueden ser reclamadas vía diplomática, y por ello los Estados pueden convenir que sean atendidas por un tribunal internacional. La pregunta que subyace es: ¿De qué forma una violación a una *lex contractus* gobernada por un  $S_x$  sistema legal genera una violación al orden jurídico internacional  $S_I$ ? ¿Será que la *lex contractus* está conectada a través de la *grundlegung* al derecho internacional? ¿Qué relación existe entre  $S_x$  y  $S_I$ ? Estas preguntas serían innecesarias si se reconociera que la *lex contractus* del CEI es regulada

---

<sup>860</sup> *Anglo Iranian Oil Company, United Kingdom v Iran, Jurisdiction, International Court of Justice, 1952.*

<sup>861</sup> *Certain German Interests in Upper Silesia, (Factory of Chorzow case), Corte Permanente de Justicia Internacional, Indemnity, 1928, p. 28.*

directamente por el derecho internacional, es decir  $S_x$  es subconjunto de  $S_j$ . Ello por supuesto conlleva a reconocer cierta personalidad legal internacional a la parte privada extranjera del CEI.

Cabe tener presente que el CEI es el ropaje legal de una inversión. Esta inversión puede canalizarse a través de un solo contrato con una sola empresa o a través de varios contratos con diversas empresas, o un contrato multipartes. Todo depende de las necesidades de la inversión.

Si hablamos de instalaciones industriales como pueden ser fábricas petroquímicas o terminales termoeléctricas, la fórmula contractual mediante la cual un empresario único está a cargo de ejecutar todas las tareas necesarias para lograr la creación de la terminal o fábrica, se denomina “contrato llave en mano”. Dentro de este tipo de contrato puede darse la desventaja de que el empresario se encuentre motivado por ofrecer un precio interesante pero que se despreocupe de garantizar la operación de la planta en el largo plazo.

El “contrato producto en mano” confiere la responsabilidad al inversionista no solamente de lograr la creación de las instalaciones sino también de transferir los conocimientos técnicos y administrativos para hacer funcionar correctamente la instalación.<sup>862</sup> Pueden preverse cláusulas especiales donde una vez que la producción esté en manos del Estado, el inversionista privado tenga la obligación de dar mantenimiento y proveer repuestos.

En proyectos muy complejos, técnica o financieramente hablando, quizá lo viable sea involucrar a varias empresas. En este caso y dependiendo del sistema legal se denominan operaciones conjuntas, consorcios, *joint venture* o contratos de asociación.<sup>863</sup> En lo particular este tipo de contratos cuidan de no crear una personalidad jurídica independiente.<sup>864</sup>

---

<sup>862</sup> CNUDCI, *Guide juridique de la commission des nations unies pour le droit commercial international pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, New York, CNUDCI, 1988, pp. 14 y ss.

<sup>863</sup> Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. “La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.”

Muchas veces el Estado huésped exige a los inversionistas que formen una empresa en dicho país con el fin de facilitar la inversión. En este caso la empresa será responsable de llevar a cabo la creación de la instalación.

En cualquier caso es conveniente establecer claramente las responsabilidades y obligaciones de todos y cada uno de los inversionistas que conforman el grupo. Lo clásico es además obligar a todos los involucrados conjunta y solidariamente en la ejecución del proyecto. No está demás el establecimiento de garantías de buena ejecución por parte de los miembros del grupo inversor.

Definir si el inversor es extranjero puede no resultar fácil. ¿En el caso de una inversión ejecutada mediante una empresa creada *ad hoc* en el territorio del país huésped, se pierde la calidad de extranjero? Para el caso del Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos se estableció que un nacional de Irán o de Estados Unidos, como sea el caso, significaba:

- a) una persona que sea ciudadano de Irán o de los Estados Unidos, y
- b) una sociedad u otra entidad legal que esté organizada bajo las leyes de Irán o Estados Unidos o cualquiera de sus Estados o territorios, el Distrito de Columbia o Puerto Rico, si colectivamente personas que son ciudadanos de dicho país poseen, directa o indirectamente, un interés en tal empresa o entidad equivalente al cincuenta por ciento o más del capital social.<sup>865</sup>

En particular aplica el principio de la continuidad en la nacionalidad. De esta forma, quedó establecido en el compromiso Estadounidense-Iraní que las demandas de nacionales de Irán o Estados Unidos, como sea el caso, significarían “demandas poseídas de manera continua, desde la fecha en la cual la demanda surgió a la fecha en la cual este Acuerdo entra en vigor, por nacionales de dicho Estado, incluyendo demandas poseídas indirectamente por tales

---

<sup>864</sup> Artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. “La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación”.

<sup>865</sup> Artículo VII, párrafo 1, de la Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia referente a la solución de controversias entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica de Irán. <http://www.iusct.org/index-english.html>.

nacionales a través de su participación en el capital social u otros intereses de propiedad en personas jurídicas, dado que los intereses de tales nacionales, de forma conjunta, sean suficientes al momento en que surge el reclamo para controlar la empresa u otra entidad o la entidad y siempre que ésta última no pueda en sí misma demandar en los términos de este Acuerdo”.<sup>866</sup>

#### **4.5 NORMA CONVENCIONAL. ESTRUCTURA DEL CONTRATO ESTATAL, PRINCIPIOS Y CLÁUSULAS.**

##### **4.5.1 Principio de Autonomía de la voluntad**

El CEI y el derecho comercial internacional descansan en un sistema legal más general. Evidencia de este *grundlegun* es el gran número de principios que complementan la voluntad de las partes, y que operan con independencia de que hayan sido expresadas en la norma convencional. Entre dichos principios encontramos *pacta sunt servanda, buena fe, trato justo, usos y prácticas del comercio, autonomía de la voluntad*.

Los CEI's son contratos comerciales internacionales, como tales el derecho internacional reconoce a las partes que los celebran libertad para contratar y determinar el contenido del mismo.<sup>867</sup> Este principio merece los siguientes comentarios:

##### *4.5.1.1 Lo comercial*

En los países de tradición romana se distingue entre contratos comerciales y aquellos que no lo son. En términos amplios lo comercial depende de la naturaleza de las partes y está restringido a una lista de actividades determinadas por ley.<sup>868</sup> Cabe señalar que en muchos países el arbitraje solamente está

---

<sup>866</sup> Artículo VII, párrafo 2, *Ibidem*.

<sup>867</sup> Artículo 1.1. Los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, 1994.

<sup>868</sup> Artículo 75 del Código de Comercio, México, 1889.

permitido respecto de contratos comerciales. A nivel internacional y desde los Protocolos de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales de 1923, los Estados reconocen los arbitrajes “relacionados a la materia mercantil o cualquier otra”. No obstante lo anterior, a cada Estado se le ha reconocido internacionalmente la facultad de limitar su obligación de reconocer arbitrajes a contratos que sean considerados comerciales bajo su derecho nacional, esta es la llamada reserva comercial que aparece en la Convención de Nueva York.<sup>869</sup>

El adjetivo comercial en los CEI's implica el reconocimiento de la distinción entre actos *iure gestionis* y *iure imperi*, y por tanto la posibilidad de que el Estado suscriba contratos comerciales. Una característica importante del CEI es precisamente que es arbitrable.

Lo comercial debe entenderse en un sentido amplio; al respecto UNIDROIT sostiene que el término abarca la oferta y el intercambio de bienes y servicios, así como otro tipo de transacciones económicas como son los contratos por servicios profesionales y los acuerdos de inversión y concesión estatales.<sup>870</sup>

Un punto es relevante. En los CEI's el binomio *iure gestionis*–*iure imperi* se conjuga constantemente. Un CEI es a la vez comercial y a la vez gubernamental, gubernamental en el sentido que se señaló en la parte correspondiente a la atribuibilidad del CEI al Estado.

#### 4.5.1.2 *Lo internacional*

Al término internacional en el CEI también debe dársele la más amplia interpretación posible. Más allá de las relaciones entre Estados, o más allá de las relaciones entre privados de distinta nacionalidad, el término internacional se aplica a contratos donde los elementos relevantes del mismo no están conectados

---

<sup>869</sup> Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, artículo 1.3. “En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el Artículo 10, todo Estado podrá ... declarar que solo aplicara la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.”

<sup>870</sup> Preámbulo, *op. cit.*, nota 867.



a un país únicamente, es decir, un contrato donde más de un sistema legal nacional tenga intervención,<sup>871</sup> o en palabras de Goldschmidt, donde la norma trascienda un sistema legal en particular.<sup>872</sup> En términos de la teoría conflictual un CEI siempre dará lugar a un conflicto de leyes, es decir, a una situación en la cual dos o más jurisdicciones tienen algún tipo de contacto.<sup>873</sup>

#### 4.5.1.3 Libertad e igualdad

Un órgano de un sistema legal es aquel ente que lleva a cabo una función (deber, facultad, potestad) prevista por dicho sistema.<sup>874</sup> Los órganos del orden jurídico, al ejecutar las funciones que tienen asignadas, dan vida al sistema legal. Los órganos del sistema jurídico, al llevar a cabo las funciones encomendadas por el sistema, necesariamente: I) identifican las disposiciones legales que les dan competencia, y II) localizan y seleccionan aquellas disposiciones jurídicas que aplican. Las partes del CEI, al identificar las disposiciones legales que les dan competencia para crear la norma internacional contractual y aplicarla actúan como órganos de un sistema legal, el sistema legal internacional.

Los órganos que crean la norma CEI, como cualquier órgano que crea una norma, lo hacen en el marco de las competencias (libertad) reconocidas por el *Grundlegung* (sistema legal). Este es el alcance del principio de la autonomía de la

---

<sup>871</sup> El criterio de internacionalidad clásico en la teoría francesa es el del doble flujo de los valores, teoría que se basaba en la idea de que entre dos países un valor de una mercancía pasaba de un país al otro y la exportación de un valor destinado a saldar dicho precio. *cfr.* Maalouli, Tony, *La notion du contrat international*, <http://www.dm.net.lb/tmalouli/practice/contint.html>, 1996.

Contreras Vaca, Francisco, "Análisis de la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Ars Juris. Revista del Instituto de documentación e investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 21, Septiembre de 1999, p. 7.

<sup>872</sup> Goldschmidt, Werner, "Transactions between States and public firms and foreign private firms (a methodological study)", en *Recueil des cours, the Hague academy of international law*, 1972, vol. II, t. 136, p. 216.

<sup>873</sup> Siegel, David, *Conflicts*, 2a. ed., Massachusetts, West Publishing, 2003, p.1.

<sup>874</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 186.

voluntad, que sólo opera en el proceso de creación de la norma, libertad que desaparece cuando la norma convencional ha sido creada, pues no está en el querer de los vinculados por la norma obedecerle o no.

Las partes en el CEI se suponen iguales y libres. Libertad e igualdad entre las partes son supuestos jurídicos no realidades fenomenales. Dichos supuestos han sido criticados por no verificarse en la realidad. En particular el ataque ha sido contra la libertad e igualdad negocial. En el caso del CEI es claro que en los hechos no existe igualdad negocial entre un inversionista extranjero y los poderes soberanos de un Estado. ¿Cuáles son los efectos de la diferencia entre el supuesto nouménico de igualdad negocial y la realidad fenoménica de desigualdad de partes? Utilizando la distinción de Ferrajoli podemos decir que el CEI es una norma hipotética; esto es, una norma que genera un estado jurídico como efecto de la aplicación de una norma secundaria que regula su creación, es decir, como aplicación de una hipótesis. Las normas hipotéticas, en este caso, la norma CEI genera desigualdades y exclusión entre los miembros del sistema jurídico, desigualdad que es resultado inevitable del principio de autonomía negocial.<sup>875</sup>

#### 4.5.2 Pacta sunt servanda

Quizá el principio más importante de los CEI's sea *pacta sunt servanda*,<sup>876</sup> que implica que un contrato:

- I) es obligatorio entre las partes, y
- II) sólo puede ser modificado por
  - a. acuerdo entre las partes, o
  - b. una norma de mayor jerarquía dentro del *Grundlegun*.

*Pacta sunt servanda* no es una disposición legal que nace con la norma convencional, ni que se presenta solamente *vis-à-vis* las partes contratantes, de

---

<sup>875</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 156, 164 y 165.

<sup>876</sup> *Mavromatis Concession Case*, Grecia v. Reino Unido, Marzo 26, 1925, Juicio No. 5, Merits, p. 48.

manera sinalagmática, *erga singulum*, sino que es una obligación *erga omnes*, impuesta por la comunidad jurídica, el sistema jurídico, el *grundlegung*, al que pertenecen las partes contratantes.<sup>877</sup>

El principio *pacta sunt servanda* es precisamente lo que hace al CEI una norma jurídica, una disposición legal, cuyo cumplimiento no es optativo. La teoría jurídica ha observado que donde se encuentra el fenómeno llamado “derecho” la conducta humana se lleva a cabo de manera no opcional. La obligatoriedad de los contratos es por tanto una consecuencia directa de la obligatoriedad del derecho.<sup>878</sup>

El principio *pacta sunt servanda* priva aún sobre el incumplimiento simultaneo de las dos partes vinculadas por la norma, de forma que dicha inobservancia simultanea “no lleva a... [*la norma convenida*]... a su fin ni justifica su terminación”.<sup>879</sup>

Una conclusión importante del principio de incorporación de normas a los sistemas legales explicado más arriba es que *pacta sunt servanda* aplica no solamente a contratos creados conforme al sistema legal S, sino también a contratos reconocidos por dicho sistema legal.<sup>880</sup>

La regla general es que la norma convencional es obligatoria, en principio, solamente a las partes que intervinieron en el proceso de su creación, *res inter*

---

<sup>877</sup> Basdevant, Jules, “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours*, Hague academy of international law, 58, 1936, IV, p. 643.

<sup>878</sup> *Pacta sunt servanda* se ha dicho que aplica tanto para “contratos entre Estados como contratos entre Estados y compañías privadas... [*ya que uno considere a los últimos*] como acuerdos quasi-internacionales o que uno les adscriba otro carácter, el principio de la santificación de los contratos debe siempre ser aplicado”. Wehberg, Hans, “Pacta sunt servanda”, en *American journal of international law*, vol. 53, Issue 4, Octubre 1959, p. 786.

<sup>879</sup> *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, Corte Internacional de Justicia, 1997.

<sup>880</sup> Al respecto por ejemplo el artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México establece que “Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República”.

*alios acta*.<sup>881</sup> Mediante el procedimiento convencional las partes contratantes generan una norma primaria que establece deberes jurídicos entre las mismas y las vincula mediante un *nexum*. El órgano del sistema legal que crea la norma convencional cumple una función de legislador y crea normas vinculantes para los integrantes de dicho legislador.

No obstante, el principio *res inter alios acta* debe ser redimensionado. En normas convencionales lo común es que las mismas sean de aplicación *inter pares*, pero ello no excluye que terceros a los contratantes se encuentren obligados por la norma convencional, una norma convencional puede ser oponible a sujetos que no intervinieron en su creación. La característica de la oponibilidad *inter pares* u oponibilidad general, la característica de *erga singulum* o *erga omnes*, no nace de la voluntad de las partes, no se pacta, sino que la establece la *grundlegung*, la impone la ley como característica del derecho creado. Para algunos estudiosos el hecho de la oponibilidad *erga omnes*, aparece como una contradicción a la naturaleza de la convención, sin embargo, esto no es más que evidencia de que la norma convencional no puede ser entendida por sí misma, aislada del sistema jurídico de base al que pertenece.

En efecto, un contrato no es un sistema jurídico contenido en sí mismo. Aún el contrato más detallado deriva su validez de un sistema jurídico. El sistema jurídico de base, *grundlegun*, establece diversas disposiciones de carácter obligatorio que no puede derogar la voluntad convencional.

En el derecho internacional privado la discusión de normas obligatorias inderogables en un contrato celebrado entre personas de distinta nacionalidad se soluciona conectando al contrato con un sistema legal en particular ya sea aplicando la regla de la conexión más cercana<sup>882</sup> o la de la prestación

---

<sup>881</sup> “Un tratado solamente crea derecho entre los estados que son parte del mismo; en caso de duda, ningún derecho puede ser deducido de éste a favor de terceros Estados” *Factory of Chorzow Case, Alemania v. Polonia*, Mayo 25, 1926, Juicio No. 7, Merits, p. 29.

<sup>882</sup> Para una crítica a dicha regla véase Juenger, Friedrich, K, “El derecho aplicable a los contratos internacionales”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1994, pp. 50 y ss.

característica.<sup>883</sup> El dogma soberano hace más difícil la solución cuando se trata de un CEI, es decir cuando los contratantes son un Estado y un inversionista extranjero que han pretendido no someter el contrato a legislación nacional alguna; en este caso, no es un derecho nacional en particular el que debe prevalecer, sino el derecho internacional general. Una de las normas inderogables del derecho internacional general es precisamente el principio *pacta sunt servanda*.<sup>884</sup>

Cabe señalar que existen fuertes críticas al principio de *pacta sunt servanda* en el CEI. En particular se dice que es inaplicable debido a que el poder de negociación entre los contratantes del CEI es desigual y por lo tanto no puede exigirse la aplicación estricta del principio, sino que se ha sugerido apliquen principios parecidos a los contratos administrativos donde el Estado tiene poderes especiales. Así, respecto de *pacta sunt servanda* se ha dicho que “lo vacío de la pretensión de que las transacciones de los poderes coloniales con jefes iletrados sean libremente negociadas entre partes de igual fortaleza de negociación es evidente. Aún la variante moderna de estas transacciones, los acuerdos de inversión entre el gobierno de un país en desarrollo y una empresa multinacional, no puede ser verdaderamente descrita como una transacción basada en la libre voluntad de las partes con igual poder de negociación debido a la superioridad de las herramientas negociadoras, conocimiento y posición favorable en la cual la empresa multinacional se encuentra al comienzo de la relación... Un acuerdo de

---

<sup>883</sup> El artículo 7° de la Convención de la Comunidad Europea sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, suscrita en Roma en 1980, señala que “cuando aplicando las leyes de un Estado, deba darse efecto a las normas obligatorias de otro Estado con el cual la situación guarde una conexión cercana, estas últimas normas deberán aplicarse no importando cual sea la ley que rija el contrato”.

<sup>884</sup> Otra norma no derogable por la contratación comercial internacional es la dispuesta en el artículo VIII (2) (b) del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, referente a regulaciones de tipo de cambio, que a la letra señala: “Los contratos de cambio que comprendan la moneda de un país miembro y que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios mantenidas o impuestas por dicho país miembro de conformidad con este Convenio serán inexigibles en los territorios de cualquier país miembro...”

inversión de largo plazo que establece de manera detallada la relación entre un gobierno y una empresa respecto del desarrollo y comercialización de un recurso natural y que especifica todos los acuerdos fiscales relevantes es todo menos un contrato privado... los gobiernos de los países menos desarrollados muy apropiadamente consideran estos acuerdos como instrumentos de política pública, herramienta en sus estrategias de desarrollo, difícilmente distinguible de un plan de desarrollo económico... en corto, estos acuerdos caen más en el dominio del derecho público [estatal] que en la esfera del contrato privado [*internacional*].<sup>885</sup>

Sobre el particular nuestra opinión es que el principio de *pacta sunt servanda* debe ser atendido en todo convenio. La desigualdad contractual efectivamente es consecuencia de la naturaleza tética de la norma convencional y siempre será fuente de desigualdades. El problema debe atacarse no negando el principio *pacta sunt servanda* sino incorporando cláusulas de revisión y renegociación en el CEI, tema que se tratará un poco más adelante.

#### 4.5.3 Principio de usos y prácticas

Otro principio que regula la contratación comercial internacional es el de usos y prácticas, el cual simplemente significa que las partes de una norma convencional, a falta de disposición expresa en contrario, están vinculadas a observar las prácticas y usos del sector comercial respectivo.<sup>886</sup> Ahora bien, se requiere que dichos usos y prácticas sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el sector comercial de mérito. El principio de usos y prácticas es aplicable excepto cuando dicha aplicación sea no razonable.<sup>887</sup>

---

<sup>885</sup> Asante, Samuel, "Stability of contractual relations in the transnational investment process", en *International and comparative law quarterly*, Oxford University Press, vol. 28, Julio de 1979, p. 403.

<sup>886</sup> Artículo 1.8. *op. cit.*, nota 867. Al respecto véase también Bonell, Michael Joachim, "The UNIDROIT principles of international commercial contracts. Nature, purposes and first experiences in practice", <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.html>.

<sup>887</sup> El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del marzo 14 del 2002, establece en sus definiciones lo siguiente: "Prácticas

---

Prudentes de la Industria' significa aquellas prácticas, métodos, técnicas y estándares, tal como los mismos puedan ser modificados a lo largo del tiempo y que (a) son generalmente aceptados en la industria de la generación de energía eléctrica en México y, en su caso, en el país de origen del representante común del licitante promotor de la Propuesta, para su uso en la ingeniería de las instalaciones para generar energía eléctrica, así como aquellas operaciones para el diseño, la realización de la ingeniería necesaria, la construcción, la realización de pruebas, la operación y el mantenimiento de equipos de manera legal, segura, eficiente y económica, y (b) que se encuentran en conformidad en todos sus aspectos relevantes, con los lineamientos de operación y mantenimiento del fabricante, en cada caso, tal y como sea aplicable al equipo en cuestión, teniendo en cuenta su tamaño, servicio y tipo. Las Prácticas Prudentes de la Industria no se limitan a la práctica o método óptimo, con exclusión de las demás, sino que se refieren a las prácticas y métodos comunes y razonablemente usados. Las Partes convienen que cuando existiere discrepancia entre las prácticas prudentes de la industria del país de origen del representante común del licitante promotor de la Propuesta y las prácticas prudentes de la industria en México, éstas últimas prevalecerán sobre las anteriores". De igual forma, el inciso c) de la cláusula 5.1 establece como obligación del productor "Diseñar las Instalaciones y cumplir con (I) las especificaciones contractuales, (II) las prácticas prudentes de la industria, (III) las leyes aplicables, (IV) los documentos de la licitación, (V) todos los requisitos necesarios para mantener las garantías otorgadas por los proveedores de materiales y equipos principales, (VI) el sistema de aseguramiento de calidad, (VII) el sistema de administración ambiental y (VIII) las fechas de eventos críticos" Las prácticas prudentes rigen en general toda la vida del contrato, desde estudios, pruebas, mantenimiento, despacho de energía, compromisos con terceros, y una muy importante de no responsabilidad del productor en el supuesto de cambio en la ley aplicable establecida en la cláusula 17.6 que reza: "No Responsabilidad del Productor. Para los efectos previstos en ésta Cláusula 17, el Productor no será responsable por falta de cumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones derivadas del Contrato en la medida y por el tiempo en que dicho cumplimiento no fuese posible como resultado de actos que el Productor necesariamente deba adoptar a fin de cumplir con un Cambio en la Ley, en el entendido de que el Productor deberá efectuar sus mejores esfuerzos y actuar con la debida diligencia para, en cuanto sea posible, concluir las acciones requeridas de acuerdo con las Prácticas Prudentes de la Industria para cumplir con un Cambio en la Ley".

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales del 17 de marzo de 1994, señala en su artículo 10 respecto del derecho aplicable que "... se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto".

#### 4.5.4 Buena fe y trato justo

En derecho internacional general, el principio *pacta sunt servanda* se integra por dos elementos: I) obligatoriedad de la norma convencional, y II) ejecución de buena fe.<sup>888</sup> El primer elemento, la obligatoriedad de la norma creada, ya ha sido explicado. El segundo elemento cobra importancia especial en derecho de la contratación comercial internacional y de hecho es tratado la mayor de las veces en sus propios méritos, alejado del principio de la obligatoriedad de la norma.

El principio de buena fe va de la mano con otro principio, el de trato justo; estos dos umbrales son rectores en la contratación comercial internacional y cobran especial importancia en los CEI's debido a que este tipo de contrato es de largo plazo. Bajo buena fe y trato justo se espera que cada parte, aún en ausencia de provisiones especiales, actúe en el proceso de negociación y a lo largo de la vida del contrato persiguiendo la buena fe y la justicia.

Si bien es cierto que las partes son libres para decidir cuándo y con quién negociar un contrato y cómo y por cuánto tiempo deben proceder en sus esfuerzos para alcanzar un acuerdo, esta libertad se encuentra limitada. Las partes no pueden romper negociaciones abruptamente y sin justificación.

Otra aplicación de dichos principios tiene lugar con motivo de que las contrapartes conozcan, durante las negociaciones, información comercial confidencial. La parte que tuvo acceso a la misma, por el principio de buena fe y trato justo, aunque no llegue a concluir el contrato, se encuentra obligada a no revelar información a la que tuvo acceso.<sup>889</sup>

Ahora bien, durante la vida del contrato, estos principios tienen especial importancia y sin ellos sería imposible alcanzar el fin y cumplimiento del mismo,

---

Cabe señalar que México hizo una reserva en el sentido de que la convención no es aplicable al CEI.

<sup>888</sup> Artículo 26, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969.

<sup>889</sup> Artículo 2.15. *op. cit.*, nota 867.



pues “el principio de buena fe obliga a las partes a ejecutar sus compromisos de una manera razonable de forma que el propósito pueda ser alcanzado”.<sup>890</sup> De esta forma, “una expropiación, cuyo único propósito haya sido evadir obligaciones contractuales de un Estado no puede ser considerada legal en derecho internacional. Tal expropiación claramente sería contraria al principio de buena fe”.<sup>891</sup>

Buena fe y trato justo deben ser interpretados también a la luz de las condiciones especiales del comercio internacional de que se trate, los términos de la práctica comercial varían considerablemente de un sector económico a otro y aún en el mismo sector los términos pueden ser menos o más exigentes dependiendo de las condiciones socioeconómicas de los contratantes, su capacidad económica, su tamaño, capacidad técnica, entre otras variables.

Los principios de buena fe y trato justo son tan importantes en los contratos comerciales internacionales que los mismos pueden ser catalogados como normas fundamentales del *grundlegun* internacional, no derogables y obligatorios para las partes contratantes.<sup>892</sup>

Una aplicación clásica del principio de trato justo en los contratos comerciales internacionales tiene lugar en la teoría de la excesiva desproporción (gross disparity).<sup>893</sup> La excesiva desproporción permite a la parte aventajada solicitar la anulación de un contrato donde existe una gran disparidad entre sus obligaciones y las de su contraparte.<sup>894</sup> A diferencia del *hardship*,<sup>895</sup> que veremos más adelante, el desequilibrio en obligaciones contractuales de la ventaja excesiva se da desde el momento de la creación de la norma contractual y no en el desarrollo del contrato mismo.

---

<sup>890</sup> *Case concerning the Gabcikovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

<sup>891</sup> *Amoco International Finance Corp v Iran*, 1987, US v Iran, Iran US CTR.

<sup>892</sup> Artículo 1.7, *op. cit.*, nota 867.

<sup>893</sup> Artículo 3.19, *Ibidem*.

<sup>894</sup> El principio de excesiva desproporción tiene consecuencias parecidas a lo que en nuestro sistema legal se conoce como lesión. Adame, Jorge, *op. cit.*, nota 326, p. 36.

<sup>895</sup> *Hardship* se traduce en el foro como “situación difícil”

La ventaja excesiva por si misma no hace inválido un contrato, sino que da a la parte afectada un derecho procesal para reclamar la invalidez del mismo. El punto crítico de la ventaja excesiva es el cálculo de la injusticia, pues dicha valoración puede resultar muy subjetiva; UNIDROIT señala que el desequilibrio debe ser de tal magnitud que altere la conciencia de una persona razonable. Muchas veces la ventaja excesiva tiene lugar con motivo de urgencia, ignorancia o inexperiencia de la contraparte. En otras ocasiones la ventaja excesiva se deriva de la naturaleza del contrato y de las condiciones de contratación; por ejemplo, existiría ventaja excesiva en un contrato de compra de maquinaria que incluyera en una cláusula el término de un día para poder reclamar defectos de funcionamiento. En un caso como éste se trataría también de una violación al principio de trato justo por estar la cláusula fuera de los límites del comercio razonable.<sup>896</sup>

El principal corolario de los principios de buena fe y trato justo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es que dichas obligaciones no se limitan a las expresamente estipuladas en las cláusulas del contrato, sino que existen otras tantas obligaciones implícitas. Desde este punto de vista todo principio es un límite a la libertad contractual de las partes.<sup>897</sup> Por otro lado cabe subrayar que estos principios por si solos no generan obligaciones. “La buena fe es un principio bien establecido del derecho internacional que rige la creación y ejecución de obligaciones legales, pero en si mismo no es una fuente de obligaciones donde ninguna existe previamente”,<sup>898</sup> es decir, la buena fe, requiere para operar de obligaciones y derechos previos a ser ejercidos en buena fe. De

---

<sup>896</sup> Artículo 3.10, *op. cit.*, nota 867.

<sup>897</sup> Lookofsky, Joseph, “The limits of commercial contract freedom: Under the UNIDROIT ‘Restatement’ and Danish Law” en *American journal of comparative law*, No. 46, 1998, pp. 485-508, en p. 494.

<sup>898</sup> *Case concerning the land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria*, Cameroon v Nigeria, Preliminary objections, Interim measures, International Court of Justice, 1996, §. 39

esta forma, la buena fe está relacionada con el ejercicio de derechos y libertades sin llegar a constituir un abuso.<sup>899</sup>

Con base en los principios de buena fe y trato justo, el UNIDROIT ha señalado que “un contrato no es meramente un punto de encuentro de intereses en conflicto, sino hasta cierto sentido, debe ser visto como un proyecto común en el cual cada parte debe cooperar”.<sup>900</sup> La Corte Internacional de Justicia por su parte ha sostenido que “un principio básico que gobierna la creación y ejecución de las obligaciones legales, cualquiera que sea su origen, es la buena fe. Confianza y seguridad son inherentes a la cooperación internacional”.<sup>901</sup>

Buena fe y trato justo son aplicables dependiendo de la naturaleza de la obligación a cumplir. El grado de diligencia requerido en la ejecución de una obligación varía dependiendo de la naturaleza de la obligación respectiva. En este respecto es necesario distinguir entre deberes de alcanzar un resultado específico y deberes de hacer los mejores esfuerzos; en el primer caso, el deber de obtener un resultado específico, *ceteris paribus*, siempre resulta más oneroso que el deber de hacer los mejores esfuerzos para alcanzar el resultado.

#### **4.5.5 Principio de independencia de las cláusulas**

Otro principio del derecho internacional general que da vida a los compromisos CEI's y a la contratación comercial internacional es el de separabilidad o independencia de las cláusulas de un contrato. El principio básicamente establece que si una cláusula del contrato resulta nula, dicha nulidad

---

<sup>899</sup> El principio de no abuso de derechos ha sido reconocido en derecho internacional desde hace tiempo y ha sido incorporado al artículo 300 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar de 1982. El mismo principio ha sido referido por diversos tribunales arbitrales como es el caso del *Southern Bluefin Tuna Case*, Australia v Japan; New Zealand v. Japan; Jurisdiction and admissibility, Arbitral Tribunal, UNCLOS, 2000, p. 64.

<sup>900</sup> Comentario al Artículo 5.3, *op. cit.*, nota 867.

<sup>901</sup> *Nuclear Test Cases*, Australia v France; New Zealand v France, 1973, interim measures, Corte Internacional de Justicia.

no afecta al resto del convenio, salvo que en las circunstancias sea irrazonable mantenerlo vivo del todo.

De hecho, en casos en que un contrato sea declarado totalmente nulo, existen ciertas cláusulas que sobreviven. Dichas cláusulas son las de arbitraje, jurisdicción y elección de los integrantes del tribunal arbitral. La pregunta que los tratadistas han hecho respecto a este punto es ¿cómo puede ser que si en un compromiso entre dos partes, el mismo resulta nulo, cierta parte de dicho compromiso siga siendo válida?

Una explicación ha sido entender que existen compromisos separados. Uno de dichos compromisos refiere a las obligaciones de las partes en cuanto al negocio que les interesa y otros compromisos refieren a contratos colaterales al negocio que contienen diversas obligaciones como la de solucionar disputas por medio de arbitraje que puedan surgir de la relación contractual.<sup>902</sup>

Otra explicación de la independencia de las cláusulas es el propósito que tiene cada uno de los compromisos. Así se ha dicho que no obstante que un contrato llegue a su término, el mismo “sobrevive para el propósito de los reclamos que surgen del incumplimiento y la cláusula arbitral sobrevive para determinar el modo de su solución. Los propósitos del contrato no se han alcanzado, pero la cláusula arbitral no es uno de los propósitos del contrato”.<sup>903</sup>

Creemos que la mejor forma de explicar el principio de la separabilidad de las cláusulas de un contrato es por la existencia de un *grundlegun*, es decir, la independencia entre cláusulas se deriva de que toda norma contractual está inscrita en un sistema jurídico. Esto es, si existiera una norma contractual fuera de todo sistema legal, por sí misma, la nulidad del contrato necesariamente implicaría la nulidad de la cláusula arbitral por ejemplo. Sin embargo, como la norma contractual tiene por fuerza que estar inscrita en un sistema legal, existen ciertas disposiciones de la llamada norma convencional que deben sobrevivir más allá de la voluntad de las partes.

---

<sup>902</sup> Redfern, Alan y Hunter Martin, *op. cit.*, nota 543, p. 154.

<sup>903</sup> Lord MacMillan en *Herman v. Darwins Ltd.* [1942] A.C. 356, en 374.

La existencia de un *grundlegun* tiene otras consecuencias importantes aparte de la autonomía de las cláusulas entre sí; una de dichas consecuencias es el poder de cualquier tribunal arbitral para decidir sobre su propia jurisdicción.<sup>904</sup> Los principios Kompetenz–Kompetenz y autonomía de la cláusula arbitral están por tanto íntimamente relacionados.<sup>905</sup>

#### 4.5.6 Hardship

*Pacta sunt servanda* implica que la ejecución de las obligaciones contenidas en los CEI's debe llevarse a cabo siempre que sea materialmente posible cumplirlas y sin importar la carga que se haya impuesto a la parte ejecutante. En otras palabras, si la parte obligada experimenta pesadas pérdidas en vez de los beneficios esperados los términos del contrato deben ser respetados.

En secciones precedentes analizamos la excepción *rebus sic stantibus* al principio *pacta sunt servanda*. Vimos que *rebus sic stantibus* es una excepción a la obligatoriedad de los contratos reconocida por el derecho internacional. Vimos también que existen otras excepciones a *pacta sunt servanda* en los sistemas legales y que estas excepciones cobran muchas formas: *rebus sic stantibus*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, imprevisión, *excesiva onerosità sopravvenuta*, entre otros.

No obstante la multiplicidad de excepciones a *pacta sunt servanda* en derecho comercial internacional la excepción clásica es una institución heredada

---

<sup>904</sup> *Prosecutor v Dusko Tadic AKA Dule*, *op. cit.*, nota 83. “The principle ‘competence de la competence’ is inherent jurisdiction to any judicial or arbitral tribunal, and consists of its jurisdiction to determine its own jurisdiction, it had not to be provided in the constitutive document”.

<sup>905</sup> Grigera Naón, Horacio “Choice of law problems in international commercial arbitration”, en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 2001, t. 289, p. 40. Broches, Aron, “The 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: an exercise in international legislation” en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVII1, 1987, p. 31.

del derecho anglosajón conocida como *hardship*, o cláusula de adaptación por situaciones difíciles.<sup>906</sup>

*Hardship* debe distinguirse de *rebus sic stantibus*. En el segundo caso se trata de que ciertas circunstancias que fueron esenciales para la existencia del *consensus* desaparecen de forma que no es posible sostener más la existencia de aquél. En el supuesto de *hardship* no se trata de desaparición de circunstancias que eliminan el *consensus*, sino de un cambio en circunstancias, previstas o no, que llevan a un desequilibrio en las obligaciones contractuales. De esta forma cuando circunstancias supervenientes a la celebración del convenio llevan a una alteración fundamental del equilibrio contractual, surge *hardship*. En *rebus sic stantibus* se trata de un cambio en la naturaleza de las circunstancias, en *harship* de la magnitud.

Si bien los contratos se firman justamente por si las circunstancias cambian, el *hardship* es una cláusula que opera cuando las circunstancias cambian más allá de cierto umbral. *Pacta sunt servanda* opera aún cuando las circunstancias hayan variado, pero si dicho cambio es de tal magnitud que el equilibrio contractual se rompe de manera fundamental, tiene lugar *hardship*.

El que una alteración sea de tal magnitud que lleve a un desequilibrio fundamental depende del caso concreto. Para poner el umbral en algún lado, el UNIDROIT ha dicho que una alteración que llegue al 50 por ciento o más del costo o valor de la ejecución de la obligación es probable que constituya una alteración fundamental.<sup>907</sup>

En principio una alteración fundamental en el equilibrio contractual puede manifestarse de dos formas que constituyen las caras de una misma moneda. Por un lado puede significar el incremento sustancial en el costo que una de las partes debe soportar al llevar a cabo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; por otro lado, puede significar un decremento significativo en el valor de lo que recibe la parte que debe ejecutar la obligación. En cualquier caso, lo más

---

<sup>906</sup> CNUDCI, *op. cit.*, nota 862, pp. 253 y ss.

<sup>907</sup> Comentario al Artículo 6.2.1, *op. cit.*, nota 867.

conveniente es que los incrementos de costos o decrementos de valor sean tasados objetivamente.

En algunos CEI's se dispone abiertamente de una cláusula que busca mantener el equilibrio financiero mediante la remuneración justa del concesionario manteniendo tasas internas de retorno constantes y para ello conviviendo en realizar los ajustes necesarios en las demás variables, como pueden ser las tarifas cobradas.<sup>908</sup>

A diferencia de la desventaja excesiva, *hardship* tiene lugar a lo largo de la vida del contrato, después de que se suscribió, y por lo tanto solamente tiene lugar, como *rebus sic stantibus*, en normas convencionales cuyo cumplimiento no es instantáneo. Lo más probable es que la aparición de *hardship* se dé gradualmente, a lo largo de un periodo de tiempo.

*Hardship* sólo tiene lugar por eventos que van más allá del control de la parte en desventaja. Si los cambios que llevaron al desequilibrio contractual pudieron haber sido razonablemente previstos entonces no puede hablarse de *hardship*. De igual forma, si la parte en desventaja asumió los riesgos del cambio de circunstancias, como en los contratos especulativos, es imposible reclamar *hardship*.

Como *hardship* consiste en una alteración de ciertas circunstancias que generan un desequilibrio contractual, los efectos de su existencia significan el derecho de la parte en desventaja a solicitar a la contraparte el comienzo de renegociaciones para adaptar el contrato original a las nuevas condiciones y reestablecer el equilibrio contractual, en realidad se trata de celebrar un nuevo contrato.<sup>909</sup> *Hardship* no opera, por tanto, cuando el contrato contiene cláusulas

---

<sup>908</sup> Ver por ejemplo *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (AUCOVEN) contra República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, caso ARB/00/5, laudo 23 septiembre 2003, § 29.

<sup>909</sup> El método para solucionar este tipo de controversias es justamente conocido como "adaptación de contratos" y puede ser de dos tipos, llenado de lagunas o adaptación de cláusulas. Cruz Barney, Oscar, "Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias", en *Ars juris. revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 23, Mayo 2001, p. 133. Cruz

que prevén la automática adaptación del contrato<sup>910</sup> a la condición cambiante específica, por ejemplo una cláusula de indexación para aliviar problemas de inflación.<sup>911</sup>

Cabe precisar que *force majeure* y *hardship* deben ser distinguidos. En la primera el cumplimiento de obligaciones resulta real o prácticamente imposible, mientras que en la segunda el cumplimiento es particularmente oneroso, no imposible.<sup>912</sup>

En el caso de las concesiones Mavromatis la Corte Permanente de Justicia Internacional después de haber señalado que el mantenimiento de los contratos y los acuerdos debidamente suscritos era un principio fundamental del derecho internacional,<sup>913</sup> reconoció que la única manera en que dichas concesiones, otorgadas antes de la Primera Guerra Mundial, podían ser mantenidas era readaptándolas a las nuevas condiciones económicas y que era un derecho de

---

Miramontes, Rodolfo & Cruz Barney, Oscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Porrúa – INAM, 2004, p. 16.

Véase también Estavillo Castro, Fernando, “Medios alternativos de solución de controversias”, en *Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 26, 1996, p. 384.

<sup>910</sup> Debe distinguirse *hardship*, cláusula de adaptación por circunstancias difíciles no especificadas, de las cláusulas de adaptación por eventos específicos que operan de forma automática. No puede argüirse *hardship* si el contrato considera ya adaptación por el evento específico. El Chianti, A.Z., “Protection of investment in the context of petroleum agreements”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, vol IV, t. 204, 1987, p. 105.

<sup>911</sup> La inclusión de cláusulas de adaptación es considerada como un mecanismo efectivo que permite a las partes ajustar el contrato a desarrollos inesperados de la industria. *cfr.* Kuruk, Paul, “Renegotiating transnational investment agreements: lessons for developing countries from the Ghana–Valco experience”, en *Michigan journal of international law*, vol 13, otoño 1991, p. 79. Este tipo de cláusulas han sido mantenidas válidas por los tribunales ver por ejemplo Tanzania Electric Suplí Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited, Final award, ICSID Case Number ARB/98/9, 12 julio 2001.

<sup>912</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis & Carrascosa González, Javier, *op. cit.*, nota 7, pp. 125-132.

<sup>913</sup> Mavrommatis Palestine Concessions Case, Greece v. UK, Merits, Permanent Court of International Justice, 1925, p. 48.



Mavromatis reclamar que sus concesiones fueran puestas en conformidad con las nuevas condiciones económicas por medio de la readaptación.<sup>914</sup>

La solicitud de renegociar un contrato debe hacerse inmediatamente después de que la parte en desventaja se ha dado cuenta de la existencia de *hardship*, un retraso significativo en pedir renegociaciones hará difícil determinar si en verdad existió o no la figura.

Cabe señalar finalmente que en derecho internacional general la excepción a *pacta sunt servanda* es una mezcla entre *hardship* y *rebus sic stantibus* que se ha denominado según el artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cambio fundamental de circunstancias.<sup>915</sup>

#### 4.5.7 Cláusulas interpretativas

Las reglas de interpretación varían a lo largo de los distintos sistemas legales. En el derecho inglés por ejemplo la regla general de la interpretación es que el que interpreta no legisle si es el caso de que en la norma algo no esté previsto,<sup>916</sup> *casus omissus*;<sup>917</sup> de igual forma se sostiene que el que interpreta

---

<sup>914</sup> Mavrommatis Palestine Concessions Case, Greece v. UK, Merits, Permanent Court of International Justice, 1925, p. 50.

<sup>915</sup> Artículo 62. Cambio fundamental en las circunstancias.

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:

- a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
- b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

<sup>916</sup> Esta regla también aplica en derecho comercial internacional. “Cuando un tratado describe en detalle y con precisión los requerimientos para presentar una demanda, no existe espacio para implicar dentro del tratado requerimientos adicionales”. *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, ARB(AF)/00/3, 30 abril 2004, párrafo 85

<sup>917</sup> En derecho anglosajón se distingue ‘construction’ de ‘interpretation’, la primera hace referencia al caso donde la norma contiene una laguna y es necesario completarla, la segunda se refiere a

tampoco puede eliminar lo que considere no apropiado, *casus male inclussus*.<sup>918</sup> Estas reglas son comunes a varios sistemas legales nacionales debido a la teoría de la separación de poderes y a que los parlamentos buscaron siempre evitar que los jueces tergiversaran sus leyes.<sup>919</sup> De esta forma se sostuvo que “si las palabras de una ley son en sí mismas precisas y claras, entonces simplemente es necesario exponer esas palabras en su sentido natural y ordinario. Estas palabras por si solas, en tal caso, son la mejor declaración de la intención del legislador”.<sup>920</sup> Esta es la regla de la interpretación literal del derecho que normalmente aplican en los sistemas jurídicos nacionales.

Por su parte el derecho internacional consuetudinario, incorporado en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, establece que la interpretación debe ser literal pero de buena fe, y atendiendo al contexto, objeto y fin del instrumento que se interprete,<sup>921</sup> “el propósito del tratado y las intenciones de las partes al concluirlo, deben prevalecer sobre una aplicación literal”.<sup>922</sup>

En el mundo mercantil las reglas de interpretación literal aplican buscando la intención común de las partes, y si no es posible descubrir tal intención, se interpretará de acuerdo al significado razonable de las palabras que una persona similar a las partes le hubiera dado en las mismas circunstancias.<sup>923</sup> La regla de la interpretación basada en la intención común de las partes ha sido reconocida por diversos tribunales arbitrales, así por ejemplo se ha sostenido que “Como

---

casos en que la norma está en contradicción consigo misma y es necesario dilucidar su sentido verdadero. Weintraub, R.J., “Development in choice of law for contracts”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1984, IV, t. 187, p. 253.

<sup>918</sup> Glanville, Williams, *Learning the law*, Stevens and Sons, Londres, 1982, p. 102.

<sup>919</sup> Cross, Rupert, *Statutory Interpretation*, Butterworths, Londres, 1995, p. 15.

<sup>920</sup> Sussex Peerage Case, (1884), 11 Cl & Fin 85 en 143.

<sup>921</sup> Artículo 31. Regla general de interpretación.

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

<sup>922</sup> *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

<sup>923</sup> Artículo 4.1, *op. cit.*, nota 867.

cualquier convención, una convención a arbitrar no debe ser interpretada restrictivamente, no como un hecho, amplia o liberalmente. Debe ser interpretada de forma que lleve a encontrar y respetar la intención común de las partes; tal método de interpretación no es sino la aplicación del principio fundamental *pacta sunt servanda*, un principio común, de hecho, a todos los sistemas legales nacionales y al derecho internacional.<sup>924</sup>

Los términos de un contrato no deben interpretarse de manera aislada, sino como parte integral del contexto más general que significa la norma convencional. En consecuencia los términos del contrato deben ser interpretados a la luz de toda la norma convencional. En principio se supone que los términos empleados por los contratantes no fueron puestos sin propósito, así que la interpretación debe buscar, en caso de términos poco claros, dar significado a los mismos en vez de privarles de todo significado.

Un problema se presenta cuando las partes de un contrato no crearon una disposición en particular y entonces el tribunal se ve obligado a crearla. Si la intención de las partes no puede ser deducida del contrato, entonces la cláusula creada debe determinarse de acuerdo a la naturaleza y propósito del contrato y de conformidad con los principios de razonabilidad, buena fe y trato justo.<sup>925</sup>

Un ejemplo de la aplicación de los principios de interpretación en el caso de los contratos mercantiles internacionales como los CEI's es el caso de los llamados términos estandarizados, es decir aquellas provisiones contractuales que se redactan con anterioridad a la negociación y que son utilizadas por una de las partes en sus contratos en general de manera repetida. En principio la parte que se adhiere a los términos estandarizados los acepta como un todo y se vincula a observarles conozca o no su contenido o entienda completamente sus implicaciones. Sin embargo, los principios de buena fe y trato justo califican las obligaciones de términos estandarizados cuando en virtud del lenguaje utilizado, el contenido, o la presentación de los mismos no sea razonable haberlos

---

<sup>924</sup> *Amco Asia Corporation v. Indonesia* (Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/81/1, 25 de septiembre de 1983. 23 *International Law Materials*, 351, 359. (1983)

<sup>925</sup> Artículo 4.8, *op. cit.*, nota 867.

esperado.<sup>926</sup> De esta forma, si las partes negociaron específicamente ciertos términos del contrato, tales provisiones deben prevalecer sobre provisiones estandarizadas en conflicto, en virtud de que las primeras reflejan la intención de las partes.

#### 4.5.8 Cláusula de integridad o fusión

La cláusula integradora o de fusión es común en los contratos de Estado internacionales y en la negociación comercial internacional. La cláusula integradora surge debido a que las negociaciones entre el inversionista y el Estado huésped normalmente han tenido lugar durante largo tiempo y las partes desean poner en claro que el documento que firman constituye el acuerdo final de toda la negociación. De igual forma existe una cláusula integradora cuando existen diversos documentos que simultáneamente constituyen el CEI.

En general la cláusula de integridad no priva de efecto a los acuerdos previos de negociación, estos pueden ser utilizados como medios de interpretación del contrato final,<sup>927</sup> pero esta regla general puede ser anulada por acuerdo de las partes.<sup>928</sup>

---

<sup>926</sup> Artículo 2.20, *Ibidem*.

<sup>927</sup> Artículo 2.17, *op. cit.*, nota 867.

<sup>928</sup> El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Valladolid III, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del diciembre 5 del 2002, establece en su cláusula 24.6, lo siguiente: "Integridad. El presente Contrato es la compilación completa y exclusiva de todos los términos y condiciones que rigen el acuerdo de las Partes en relación con el objeto del mismo. Ninguna declaración de ningún agente, empleado o representante del Productor o de la Comisión realizada con anterioridad a la celebración del presente Contrato será admitida en la interpretación de los términos del mismo excepto por las respuestas formales y por escrito dadas por la Comisión a los Licitantes en las series de preguntas y comentarios llevadas a cabo conforme a las Bases de Licitación, en la inteligencia de que en caso de que exista un conflicto entre dichas respuestas, la posterior en tiempo prevalecerá y en caso de que hubiera conflicto entre una respuesta y una disposición del Contrato, la disposición del presente Contrato prevalecerá. En caso de que

En caso de duda la cláusula integradora es evidencia de que el contrato ha sido creado. En efecto, si la negociación ha sido compleja y prolongada, sin una secuencia identificable de oferta y aceptación de dicha oferta (la imagen en espejo de la oferta), puede ser muy difícil determinar en qué momento el contrato surgió.

En particular, el problema surge porque las partes emiten durante negociaciones complejas y largas, diversos documentos denominados “acuerdo preliminar”, “memorandum de entendimiento”, “carta de intención” o algún otro término similar. Dichos documentos previos, contienen los acuerdos hasta ese momento alcanzados, pero al mismo tiempo siempre señalan que la ejecución será obligatoria una vez alcanzado un documento formal posterior, “sujeto a contrato”, “acuerdo formal posterior”. En algunos casos las partes consideran que el contrato ya ha sido alcanzado y comienzan la ejecución, esperando que la firma del documento formal sea simplemente una confirmación.

#### **4.5.9 Cláusula de términos deliberadamente abiertos**

La cláusula de términos deliberadamente abiertos surge cuando las partes concluyen el contrato y sin embargo dejan intencionalmente un punto importante sujeto a negociaciones futuras o a ser determinado por una tercera persona.

Este supuesto debe distinguirse de aquel en que las partes se pusieron de acuerdo respecto de las cláusulas principales y algunas accesorias no fueron ni pensadas en la negociación. En el caso de la cláusula de términos intencionalmente abiertos, el término no acordado es principal para la vida del contrato.

En este caso dicha situación no precluye la existencia del contrato. Pero ¿qué sucede si posteriormente el acuerdo no se logra respecto de la cláusula intencionalmente abierta o la tercera persona no lo fija? En principio el contrato no deja de existir si hay un medio alternativo para hacer la cláusula definitiva. Pero ¿qué tal si no se fijó ese medio alternativo? Debe recurrirse a la conducta de las

---

existiera conflicto entre el texto del presente Contrato y sus Anexos, el texto del presente Contrato prevalecerá sobre los Anexos.”

partes como evidencia de su acuerdo para mantener vivo el contrato, por ejemplo, la ejecución parcial de ciertas obligaciones.

#### **4.5.10 Cláusula de elección de ley aplicable**

En la mayoría de los contratos comerciales internacionales, incluyendo aquellos donde un Estado o un ente estatal es una de las partes, es común que los contratantes escojan la ley aplicable al contrato.<sup>929</sup> En este punto es necesario distinguir entre lo que se denomina la ley propia del contrato y otras leyes relacionadas pero que son o pueden ser distintas como la ley propia del arbitraje. Un acuerdo para arbitrar en Estocolmo respecto de una disputa que surge de un contrato hecho bajo la ley inglesa implica la elección de la ley inglesa como la aplicable al contrato y la ley sueca como aplicable al arbitraje.<sup>930</sup>

A lo largo de este trabajo hemos tratado de explicar como romper el círculo vicioso que explique cómo es que las partes tienen la facultad de elegir la ley aplicable antes de que cualquier ley les otorgue dicha facultad, por lo que no discutiremos más el punto.

La elección de una ley aplicable es la elección del *grundlegung*, del sistema jurídico de base. Hemos referido que un sistema legal no es simplemente un agregado de disposiciones jurídicas sin conexión entre sí; un sistema legal mantiene conexiones y relaciones internas y externas que le dan estructura y lógica, estructura que resulta relevante en el momento de interpretar un contrato

---

<sup>929</sup> Cabe también la posibilidad de que la ley aplicable esté dada por un tratado que cubra el tema de manera particular. Así en el capítulo 19 del TLCAN se establece que el criterio de revisión (*standard of review*), es decir la ley aplicable a la controversia será, para el caso mexicano, el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación y los principios generales del derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora. Veyta Palomino, Hernany, "El criterio de revisión para México", en *Ars juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 21, Septiembre de 1999, p. 193.

<sup>930</sup> *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v James Millar & Partners Ltd*, [1970] AC 583.

inscrito en dicho sistema.<sup>931</sup> La elección de un sistema legal como ley aplicable a un contrato busca proveer respuesta a cualquier cuestión legal que pueda surgir, al elegirlo surge la posibilidad de que el sistema sea conocido y capaz de una interpretación precisa por abogados experimentados. De esta forma la ley aplicable se torna un estándar legal contra el cual los derechos y responsabilidades de las partes pueden ser determinadas y en caso de disputa los contratantes pueden saber con cierta precisión su posición legal y las posibilidades de éxito o fracaso.

En la elección de la ley aplicable al contrato opera el principio de la autonomía de la voluntad, y las partes pueden escoger directamente dicha ley, *voie directe*.<sup>932</sup> No obstante al surgir una disputa muchas veces el tribunal que conoce del asunto termina por escoger una ley aplicable distinta a la elegida por las partes al utilizar las reglas de conflicto del sistema legal originalmente elegido, *voie indirecte*.<sup>933</sup> Para evitar los problemas del reenvío algunas disposiciones arbitrales excluyen expresamente dicha posibilidad.<sup>934</sup> En cualquier caso las partes pueden escoger un solo sistema jurídico o una mezcla de disposiciones de diversos sistemas legales,<sup>935</sup> la explicación a este fenómeno legal es que se trata de jugar con subsistemas de un sistema global.

---

<sup>931</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 147 y ss.

<sup>932</sup> Grigera Naón, Horacio “Choice of law problems in international commercial arbitration”, en *Recueil des cours*, the Hague academy of international law, 2001, t. 289, p. 198; Ver también Reglas de la ICC de 1988, artículo 13 (3).

<sup>933</sup> Esta posibilidad está considerada en el artículo 42 (1) de la Convención para la Solución de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados de Washington de 1965 que señala que en ausencia de acuerdo sobre ley aplicable el tribunal arbitral aplicará la ley del Estado contratante, incluyendo las reglas de conflicto, y aquellas reglas de derecho internacional que sean aplicables.

<sup>934</sup> Ley Modelo de UNCITRAL artículo 28 (1).

<sup>935</sup> Así lo permite por ejemplo el artículo 17 (1) de las reglas de la ICC que señala en plural que “Las partes pueden escoger libremente las reglas de derecho a ser aplicadas por el tribunal arbitral al fondo de la disputa. En ausencia de tal acuerdo, el tribunal arbitral aplicará las reglas de derecho que determine sean apropiadas”.

En casos muy politizados los tribunales evitan escoger una ley en particular para no caer en conflictos con alguna de las partes. En otras ocasiones simplemente hacen una interpretación hermenéutica del contrato o recurren a principios generales del derecho para evitar recurrir a disposiciones externas al mismo.<sup>936</sup>

El no elegir una ley aplicable genera problemas muchas veces difíciles de solventar. Tal fue el caso de un *joint venture* entre una empresa de Hong Kong, el gobierno de Sir Lanka e individuos privados para establecer una compañía bajo las leyes de Sir Lanka para cultivar y exportar camarones al Japón. El problema surgió porque un grupo de guerrilleros ocuparon la granja y la destruyeron. Bajo la sección 8.1 del Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones de 1980 suscrito por el Reino Unido y Sir Lanka, la empresa de Hong Kong instauró un procedimiento arbitral reclamando la restitución a Sir Lanka. En el acuerdo de *joint venture* no existía una cláusula de ley aplicable y la empresa argumentó que el Acuerdo de 1980 debía ser considerado por la ley aplicable tal como lo señalaba el citado artículo 42 (1) de la Convención para la Solución de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados de Washington de 1965. En este caso el tribunal sostuvo que “el proceso de elección de la ley aplicable normalmente se materializa después de que surge la disputa,

---

<sup>936</sup> “Se ha admitido por el Dr. Idelson, consejero de Lena, que en todos los aspectos nacionales de la URSS, las leyes de la Rusia Soviética aplicarían excepto en lo que fueran excluidas por el contrato, de esta manera respecto a la ejecución del contrato por ambas partes dentro de la URSS la ley rusa es la ‘ley propia del contrato’, esto es, la ley contra la cual el contrato debe ser interpretado. Pero se ha dicho por el mismo Dr. Idelson que para otros propósitos los principios generales del derecho como aquellos reconocidos por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional en La Haya deben ser considerados como la ‘ley propia del contrato’ y en apoyo a tal dicho el consejero de Lena apunto que el Contrato de Concesión mismo y el Acuerdo de Junio de 1927, por el cual las minas de carbón habían sido transferidas, fueron suscritos no solamente a nombre del gobierno ejecutivo de Rusia sino por el Comisario de Asuntos Externos, y que muchos términos del contrato contemplaban la aplicación de principios de derecho internacional y no solamente nacionales. Por lo tanto, en caso de una diferencia en la interpretación esta Corte sostiene que dicha interpretación es correcta”. *Lena Goldfields, Ltd*, septiembre 1930, §22, reproducido en 36 Cornell Law Quarterly (1950/51), pp. 42 y ss.



observando e interpretando la conducta de las partes a lo largo del procedimiento arbitral, en el presente caso ambas partes han actuado en una forma que demuestran su acuerdo mutuo en considerar las provisiones del tratado de inversión bilateral entre el Reino Unido y Sir Lanka como la fuente principal de las reglas legales aplicables”.<sup>937</sup>

La elección de un sistema nacional como ley aplicable es lo más común en la contratación comercial internacional. Así por ejemplo, el proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada denominado CC Valladolid III propuesto por la Comisión Federal de Electricidad, versión del 5 de diciembre de 2002, establecía como cláusula de ley aplicable lo siguiente: “0.1 Ley Aplicable. Este Contrato se regirá e interpretará de acuerdo con la legislación federal de México, incluyendo la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y su Reglamento”.

No obstante lo anterior, en el caso particular de los CEI's se han hecho intentos para que la ley que lo gobierne sea “no nacional”. Los candidatos han sido el derecho internacional, los principios generales de derecho<sup>938</sup> y la *lex mercatoria*. Una variante ha sido mezclar el sistema jurídico nacional con el derecho internacional, tal como lo prevé el artículo 42 (1) de la Convención para la Solución de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados de Washington de 1965.<sup>939</sup>

---

<sup>937</sup> *Asian Agricultural Ltd v Republic of Sri Lanka*, 1990, 4 ICSID Reports 245, 1990, §20.

<sup>938</sup> Weil, Prosper, “Principes généraux du droit et contrat d'État”, en *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offerts a Berthold Goldman*, Paris Litee, 1982, pp. 387-414.

<sup>939</sup> Esta idea tiene sus orígenes en los siguientes antecedentes:

Artículo 17 del acuerdo de concesión petrolera entre el Sheik of Abu Dhabi y Petroleum Development Ltd establecía “El Sheik y la compañía declaran que basarán la ejecución de este acuerdo en la buena fe y la sinceridad en la creencia y la interpretación de este acuerdo se hará de una manera consistente con la razón”. *Petroleum Development Ltd v Sheik of Abu Dhabi* (1951) 18 International Law Reports 144.

La cláusula 28 (7) del acuerdo de concesión petrolero entre Texaco Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. y Libia establecía que “la concesión será gobernada por la ley de Libia que sea común a los principios del derecho internacional, en ausencia por el derecho internacional general incluyendo aquellos principios aplicables por los tribunales internacionales. *Texaco*

Es importante distinguir un punto que normalmente se confunde. Asociado con la idea de la elección de un derecho no nacional que rijan el contrato internacional aparece la idea de un arbitraje deslocalizado, esto es libre del control de cualquier sistema legal nacional. Dichas ideas son paralelas y debe quedar claro la distinción entre *lex arbitri* y *lex contractus*.<sup>940</sup> La primera rige el procedimiento arbitral, la segunda los aspectos sustantivos del contrato. Cuando hablamos de elección de un derecho no nacional nos referimos a la *lex contractus*, mientras que cuando hablamos de la deslocalización de un arbitraje nos referimos a la *lex arbitri*.<sup>941</sup>

En derecho internacional público la *lex arbitri* y la *lex contractus* están regidas por el mismo *grundlegung*, de forma que el lugar del arbitraje es irrelevante, la *lex arbitri* se encuentra desvinculada de derecho nacional alguno. Sin embargo, en derecho internacional privado el arbitraje no es internacional en el sentido de que la *lex arbitri* esté desvinculada de un sistema jurídico nacional, el problema finalmente es el del cumplimiento de un laudo que no haya sido expedido con base en una *lex arbitri* de legislación estatal alguna.<sup>942</sup> ¿Es deseable

---

*Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. v. Libya, Texaco v Libya* (1977) 53 International Law Reports 289.

El artículo III (2) del contrato de concesión entre Kuwait y American Independent Oil Co, establecía que “la ley que rige los aspectos sustanciales será determinada por el Tribunal, tomando en cuenta la calidad de las partes, el carácter transnacional de sus relaciones, los principios de derecho y la práctica prevaleciente del mundo moderno”. (1982) 21 International Law Materials 976.

<sup>940</sup> En arbitraje puede distinguirse entre diversas leyes: I) la ley que gobierna la capacidad de las partes para ir a un arbitraje; II) la ley que gobierna el compromiso arbitral y la ejecución de dicho compromiso; III) la ley que gobierna el procedimiento arbitral, *lex arbitri*; IV) la ley que gobierna los aspectos sustantivos de la materia, *lex contractus*, y V) la ley que gobierna el reconocimiento y cumplimiento del laudo. Redfern, Alan y Hunter Martin, *op. cit.*, nota 543, p. 77.

<sup>941</sup> El artículo 15 de las reglas de la ICC señala que un arbitraje puede estar regido por ciertas reglas “se haya hecho o no referencia a reglas de procedimiento de un derecho nacional a ser aplicado al arbitraje”. Para una discusión sobre la conveniencia de arbitrajes deslocalizados véase Collier, John, *op. cit.*, nota 659, pp. 232-235.

<sup>942</sup> Luzzatto, “International commercial arbitration and law of States”, en *Recueil des cours*, the Hague academy of international law, 1977, vol. IV, t. 157, p. 90.

un arbitraje deslocalizado de forma que no pueda exigirse claramente la satisfacción de reglas obligatorias del *lex loci arbitri*? El punto de discusión no desaparecerá mientras el reconocimiento de laudos y ejecución de los mismos sea una prerrogativa soberana no gobernada por el *grundlegung* del derecho internacional público.

En este punto de la ley aplicable al CEI cabe recordar que la *lex contractus* (es decir, las disposiciones jurídicas de la norma convencional) se integra por el *consensus* creado por los contratantes que cobra vida dentro de un *grundlegung* (*lex contractus* = *grundlegung* + *consensus*). También hemos sostenido que la facultad de elección de la ley aplicable debe entenderse como la facultad de elegir un subsistema legal dentro de un sistema global debido a que la facultad de contratar debe estar reconocida antes por un sistema legal. En este sentido, puede concluirse que los CEI's se rigen por tanto de una mezcla de disposiciones legales de tipo regulatorio (*grundlegung*) y otras de tipo contractual (*consensus*).<sup>943</sup>

#### **4.5.11 Cláusulas arbitrales**

En caso de que surja algún conflicto legal respecto de un CEI las partes deberán dirigirse a una jurisdicción competente. ¿Cuál es la jurisdicción a la que acudir cuando las partes no han elegido con anterioridad dicha jurisdicción? Las posibilidades son múltiples: el foro del deudor, del acreedor, lugar de ejecución del contrato, lugar de la prestación característica, lugar de ubicación de los bienes, lugar de la firma del contrato, entre otras.

La elección del foro es central en la dialéctica de los contratos internacionales. Lo común es que cada una de las partes se niegue a aceptar la competencia de los jueces de la otra ya que ninguna quiere darle la ventaja práctica y táctica de defenderse en su lugar, en su lengua, delante de sus jueces, y de conformidad a un procedimiento conocido.

---

<sup>943</sup> El Chianti, A.Z., "Protection of investment in the context of petroleum agreements", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, vol IV, t. 204, 1987, p. 37.

Ante la ausencia de una jurisdicción internacional permanente y obligatoria las disputas económicas internacionales pueden no encontrar solución alguna. Esta debilidad ha sido subrayada por Kelsen al señalar que “el primer paso hacia una paz duradera debe consistir en el establecimiento de una comunidad internacional, cuyos miembros estén obligados a someter todas las disputas que surjan entre ellos a un tribunal internacional permanente y a respetar las decisiones de esta autoridad”.<sup>944</sup>

En una sociedad donde la solución de controversias mediante jueces elegidos por las partes y con base en la norma legal<sup>945</sup> es opcional y depende del consentimiento de las partes, el acuerdo para arbitrar se vuelve de crítica importancia. En este contexto el arbitraje además de ser una vía para solucionar controversias, es también un medio de estabilización de la relación contractual.<sup>946</sup> Así, las herramientas con las cuales se ha buscado fortalecer los flujos de inversión incluyen tratados bilaterales de inversión, sistemas de aseguramiento, y mecanismos de solución de controversias.<sup>947</sup> Con esto en mente se ha dicho que “los procedimientos de controversias de inversión son una influencia estabilizadora importante con respecto a la confianza del inversionista en el ambiente de inversión”.<sup>948</sup>

Cuando las partes convienen un arbitraje no sujeto a jurisdicción nacional se dice que la disputa se ha “internacionalizado” al aislarla de las jurisdicciones

---

<sup>944</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 182.

<sup>945</sup> Estos son los dos elementos básicos de cualquier arbitraje. Gómez Robledo, Antonio, *México y el arbitraje internacional*, México, Porrúa, 1965, p. IX.

<sup>946</sup> Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 264.

<sup>947</sup> Gill, David, “Legal principles and practices relating to private foreign investment”, en *Proceedings of the 77th annual meeting*, American Society of International Law, Washington, 1983, p. 292.

<sup>948</sup> Grahman, Edward & Wilkie, Christopher, “Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales: las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN”, en *Ars juris. Revista del Instituto de Documentación e investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 21, 1999, p. 47.

nacionales que pudieran resultar competentes.<sup>949</sup> Hemos referido en el punto que antecede que en el estado que guardan las relaciones internacionales, sin jurisdicción internacional obligatoria, no resulta muy clara la conveniencia de este tipo de arbitrajes deslocalizados.<sup>950</sup>

Si existe un arbitraje válido es que existe previamente un acuerdo para arbitrar válido; el reconocimiento y cumplimiento de un laudo puede ser rechazado si las partes de un compromiso para arbitrar se encuentran bajo alguna incapacidad o si el acuerdo no fue válido bajo su propia ley.<sup>951</sup> Un acuerdo para

---

<sup>949</sup> En el famoso contrato de concesión petrolera entre Texaco y el gobierno de Libia se estableció lo siguiente: "Clause 28 (1) If at any time during or after the currency of this concession any difference or dispute shall arise... if fail to settle it by agreement, the case will be referred to two arbitrators and an umpire... (3) If a party fails to appoint it, the other party may request the president of the International Court of Justice to appoint it... (7) Concession shall be governed by law of Libya common to the principles of International Law, in absence by General International Law, including such principles as applied by international tribunals". Respecto de la cláusula arbitral el árbitro señaló que la misma es un proceso para internacionalizar un contrato. *Texaco Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. v. Libya*, Texaco v Libya, 1977, 53 International Law Reports, 389.

<sup>950</sup> "En sentido legal no existe un arbitraje comercial internacional. De la misma forma en que cada sistema de derecho internacional privado es parte del sistema legal de una nación, cada arbitraje es un arbitraje nacional, es decir, sujeto a un sistema legal nacional". Mann, F., "Lex facit arbitrum", en *International arbitration liber amicorum for Martin Domke*, Pieter Sanders Ed., The Hague, Martinus Nijhoff, 1967, p.159

"Los arbitrajes comerciales internacionales son simplemente arbitrajes privados nacionales que tienen algún aspecto internacional". Caron, David, "The nature of the Iran-United Status Claims Tribunal and the evolving structure of international dispute resolution", en *American journal of international law*, Enero 1990, p. 113.

En un análisis mas detallado puede distinguirse deslocalización en cuatro sentidos: ejecución, exclusión de recurso de nulidad, procedimiento arbitral, derecho aplicable. Lo pertinente en el momento del desarrollo de las relaciones internacionales es no tener laudos arbitrales deslocalizados en su ejecución. González de Cossio, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, pp. 20 y ss.

<sup>951</sup> Esto es reconocido por ejemplo por la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958. Artículo V. 1. "El reconocimiento y ejecución de un laudo puede ser negado, a petición de la parte contra la cual es invocado, solamente si dicha parte prueba ante la autoridad competente donde el reconocimiento y cumplimiento es buscado

arbitrar puede ser incorporado en el mismo contrato y se le conoce como cláusula arbitral<sup>952</sup> o en un acuerdo separado, denominado compromiso para arbitrar.<sup>953</sup> Normalmente si se incorpora en una cláusula del contrato se tratará de controversias futuras y si se hace un compromiso especial se referirá a controversias ya surgidas. Cualquiera que sea su forma este acuerdo se encuentra bajo el principio de independencia de las cláusulas del contrato, es decir, no obstante que el contrato principal sea declarado nulo, la cláusula arbitral seguirá siendo válida, desde nuestro punto de vista porque no es el *consensus* el que lo mantiene vivo una vez creado, sino el *grundlegung* sobre el cual descansa el *consensus*.

Para el propósito del cumplimiento internacional un acuerdo para arbitrar debe constar por escrito,<sup>954</sup> la razón, se ha dicho, es porque el acuerdo para arbitrar significa no ejercer uno de los derechos fundamentales de un ciudadano reconocido por los Estados soberanos, es decir, el derecho de recurrir a sus propias cortes.<sup>955</sup>

La cláusula para arbitrar normalmente es un compromiso complejo para resolver una disputa por la vía del derecho, y contiene elementos que hacen posible dicha solución. Entre dichos elementos destaca la formación del tribunal; opciones en el caso de que una de las partes no quiera formar el tribunal,<sup>956</sup> en

---

que: (a) Las partes al acuerdo referido en el artículo II fueron, bajo la ley aplicable a ellos, bajo alguna incapacidad, o dicho acuerdo no es válido bajo la ley a la cual las partes lo han sometido o bajo la ley del país donde el laudo es dictado.”

<sup>952</sup> *Clause compromissoire*, en el argot comercial.

<sup>953</sup> *Compromis*

<sup>954</sup> Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958. Artículo II “Cada Estado parte reconocerá un acuerdo por escrito bajo el cual las partes han comprometido a someter a un arbitraje, todas o algunas diferencias que surjan o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación legal, sea contractual o no, referente a una materia que sea capaz de resolverse por arbitraje”.

<sup>955</sup> Redfern, Alan y Hunter Martin, *op. cit.*, nota 543, p. 5.

<sup>956</sup> Los tratados de paz entre los poderes aliados y Bulgaria, Hungría y Rumania, establecían comisiones para escuchar disputas referentes a los tratados. Cada parte debía nombrar un miembro y ambos miembros nombrados por acuerdo nombrarían al tercero. Si no llegaban a un

ocasiones la elección de la *lex contractus*,<sup>957</sup> la posibilidad de recurrir a métodos alternativos de solución de controversias antes del arbitraje, el lugar del arbitraje, la *lex arbitri*,<sup>958</sup> los términos de referencia,<sup>959</sup> entre otras tantos elementos importantes de considerar.<sup>960</sup>

#### 4.5.12 Cláusulas de estabilización

Preocupación central para el inversionista extranjero que suscribe un CEI regido por el derecho nacional del Estado parte, es que su contraparte modifique unilateralmente el contenido del compromiso ejerciendo poderes gubernamentales o legislativos (*fait du prince*),<sup>961</sup> trastocando así los términos de la ecuación

---

acuerdo el Secretario General de las Naciones Unidas lo haría. *Interpretation of peace treaties with Bulgaria Hungary and Romania*, 1950, Opinión Consultiva, Corte Internacional de Justicia.

<sup>957</sup> El contrato entre dos empresas transnacionales involucradas en la construcción del canal que une a Francia con Inglaterra establece: "Clause 68: the construction, validity and performance of the contract shall in all respects be governed by and interpreted with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals. Subject to the French and English public policy provisions". *Channel tunnel group Ltd. v. Balfour beatty construction Ltd.*, House of Lords, [1993] AC 334.

<sup>958</sup> El mismo contrato referido en la nota anterior señalaba en la cláusula 67 métodos de solución de controversias que surgieran durante la ejecución de los trabajos, a resolver por un panel de expertos, no árbitros, y solución final por arbitraje en Bruselas, de acuerdo a las reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, la corte Inglesa señaló: 'The proper substantive law of this contract is the law, if such it can be called, chosen in clause 68. But the curial law must I believe be the law of Belgium'. *Channel tunnel group Ltd. v. Balfour beatty construction Ltd.*, House of Lords, [1993] AC 334.

<sup>959</sup> Los términos de referencia fijan el alcance que tiene el tribunal y los límites de la disputa que las partes quieren que resuelva. Así en el famoso arbitraje Trail Smelter se fijaron como términos de referencia: "whether damage caused by the Trail Smelter in the State of Washington has occurred since the first day of January, 1932, and, if so, what indemnity should be paid therefore?", *Trail smelter arbitration USA v. Canada*, 1941, 3 UNRIAA 1938.

<sup>960</sup> El tema de arbitraje es inacabable, baste para nuestros fines remitir a autores especializados entre los cuales destaca Redfern, Alan y Hunter Martin, *op. cit.*, nota 543.

<sup>961</sup> De Laubadère, André, *op. cit.*, nota 624, pp. 24-25.

contractual. Ejemplo de lo anterior sería la agravación de las cargas fiscales durante el periodo de ejecución del contrato con el fin de que al inversionista le resulte poco redituable continuar con el negocio y el Estado se haga cargo del mismo.

Hemos visto que en algunos sistemas legales nacionales los contratos administrativos tienen diversas características que los distinguen de los contratos de derecho privado. Entre estas características se encuentran la continuidad en la ejecución; potestad de dirección y control; mutabilidad o *potestas variandi*; potestad rescisoria, y potestad sancionadora.<sup>962</sup> También revisamos que muchos autores consideran que estos cinco aspectos pueden englobarse en dos grandes rubros: la inspección y vigilancia en la ejecución del contrato, y la modificación o anulación unilateral por parte de la Administración Pública.<sup>963</sup> Importante en su momento fue subrayar que la *potestas variandi* tiene lugar con motivo de la *lex contractus*, mientras que el *factum principis*, es un poder del Estado ajeno a la relación contractual.<sup>964</sup>

Dos cuestionamientos son importantes en el CEI: ¿Existe *factum principis*? ¿Existe *potestas variandi*?

La protección al inversionista extranjero que suscribe un CEI ha sido considerada primordial por el derecho internacional debido a los riesgos que conlleva. En el arbitraje Sapphire señalaba por ejemplo que “la compañía extranjera estaba trayendo asistencia técnica y financiera a Irán, lo que implicaba inversiones, responsabilidades y riesgos considerables. Por lo tanto parece normal que éstos estuvieran protegidos contra cualquier cambio legislativo que pudiera alterar el carácter del contrato y que estuvieran asegurados por medio de alguna seguridad legal. Esto no estaría garantizado por la aplicación absoluta de la legislación iraní que está dentro del poder del Estado de Irán cambiar”.<sup>965</sup>

---

<sup>962</sup> Escola, Héctor Jorge, *op. cit.*, nota 601, pp. 382 y ss.

<sup>963</sup> Lajoie, Andrée, *Contrats administratifs: jalons pour une théorie*, Montreal, Les Éditions Thémis Inc, 1984, pp. 118 y ss.

<sup>964</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, nota 629, pp 7 y ss.

<sup>965</sup> *Sapphire Internacional Limited v. The national Iranian oil company* (1963) 35 International Law Reports 136, p. 171.



En este sentido los CEI's acostumbran incluir la llamada cláusula de estabilización de derechos<sup>966</sup> que en general ha sido definida como aquella "que designa como ley aplicable una ley que no está en poder del Estado parte del contrato cambiar unilateralmente".<sup>967</sup> La cláusula de estabilización de derechos es introducida en los contratos internacionales para reforzar y dar al operador privado una seguridad adicional, destinada a contrabalancear, tanto como sea posible la aleatoriedad resultante de la calidad estatal de la contraparte. De esta forma la cláusula de estabilización da al contrato la característica de un doble compromiso. Por medio de ella el Estado se compromete a respetar su compromiso.<sup>968</sup> La cláusula de estabilización es un término genérico que incluye diversas cláusulas:<sup>969</sup>

Cláusula de elección de ley extranjera. Un método para estabilizar un CEI es elegir como *grundlegung* una ley nacional aplicable distinta a la del Estado parte. Debido a que la presunción es que un CEI esté gobernado por el derecho nacional del Estado parte,<sup>970</sup> la cláusula que elige un derecho extranjero debe ser clara y precisa.

---

<sup>966</sup> Al respecto cabe señalar que los términos no han quedado claros en el derecho comercial internacional. Algunos autores llaman cláusulas de estabilización a las que otros denominan de intangibilidad. Siguiendo a la tradición inglesa nosotros preferimos considerar a la cláusula de estabilización como el género de otras tantas cláusulas incluyendo la de intangibilidad.

<sup>967</sup> Collier, John, *op. cit.*, nota 659, p. 243.

<sup>968</sup> Sin embargo, a falta de esta cláusula la existencia misma de un CEI no es motivo para que el Estado no expropie. Pellonpää & Fitzmaurice, "Taking of property in the practice of the Iran- United States Claims Tribunal", en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XIX, 1988, p. 67

<sup>969</sup> El Chianti, A.Z., "Protection of investment in the context of petroleum agreements", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, vol IV, t. 204, 1987, p. 115.

<sup>970</sup> "No puede sostenerse que la intención del Estado prestatario fue someterse a una ley que no sea la suya como la aplicable respecto a la sustancia de sus deudas y la validez de las condiciones establecidas respecto de la misma, a menos que exista, sino una provisión expresa en este sentido, evidencia de que todas las circunstancias muestren irrefutablemente que esa fue la intención". *Payment in gold of Brazilian Federal Loans Issued in France*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment no. 15, Julio 12, 1929, en la página 122.

Cláusula que elige como ley aplicable un sistema jurídico no nacional. Este es el caso cuando se elige como sistema legal aplicable a los principios generales del derecho, derecho internacional general, *lex mercatoria*, que hemos ya comentado con anterioridad.<sup>971</sup>

Cláusulas híbridas y de tronco común. Este caso es cuando se elige como ley aplicable los principios comunes de diversos sistemas legales.<sup>972</sup>

Cláusula de intangibilidad que puede definirse como la obligación por parte del Estado de no modificar, abrogar o hacer inejecutable la *lex contractus* unilateralmente<sup>973</sup> mediante algún poder legislativo o administrativo posterior.<sup>974</sup>

---

<sup>971</sup> Artículo 17 del acuerdo de concesión petrolera entre el Sheik of Abu Dhabi y Petroleum Development Ltd establecía “El Sheik y la compañía declaran que basarán la ejecución de este acuerdo en la buena fe y la sinceridad en la creencia y la interpretación de este acuerdo se hará de una manera consistente con la razón”. *Petroleum development Ltd. v Sheik of Abu Dhabi* (1951) 18 International Law Reports 144.

La cláusula 28 (7) del acuerdo de concesión petrolero entre Texaco Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. y Libia establecía que “la concesión será gobernada por la ley de Libia que sea común a los principios del derecho internacional, en ausencia por el derecho internacional general incluyendo aquellos principios aplicables por los tribunales internacionales. *Texaco Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. v. Libya*, Texaco v Libia (1977) 53 International Law Reports 289.

El artículo III (2) del contrato de concesión entre Kuwait y American Independent Oil Co, establecía que “la ley que rige los aspectos sustanciales será determinada por el Tribunal, tomando en cuenta la calidad de las partes, el carácter transnacional de sus relaciones, los principios de derecho y la práctica prevaleciente del mundo moderno”. (1982) 21 International Law Materials 976.

<sup>972</sup> El contrato entre dos empresas transnacionales involucradas en la construcción del canal que une a Francia con Inglaterra establece: “Clause 68: the construction, validity and performance of the contract shall in all respects be governed by and interpreted with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals. Subject to the French and English public policy provisions”. *Channel tunnel group Ltd. v. Balfour beatty construction Ltd.*, House of Lords, [1993] AC 334.

<sup>973</sup> El punto relevante de la cláusula de intangibilidad parece ser la no modificación unilateral del contrato. Rábago Dorbecker, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, México, Porrúa – Universidad Iberoamericana, 2004, p. 29.

Los tribunales arbitrales han señalado que las cláusulas de intagibilidad no son una prohibición de expropiación,<sup>975</sup> pero que existe responsabilidad estatal a raíz de interferencia con la propiedad de un extranjero en virtud de que dichas cláusulas implican el principio de *estoppel o venire contra factum proprium*.<sup>976</sup> Es decir, el gobierno debe ser considerado como prevenido de actuar en contra de las expectativas legítimas que ha creado por sí mismo y ello se ve reflejado al momento de establecer el monto de la compensación.<sup>977</sup>

---

<sup>974</sup> Frignani, Aldo, *Il diritto del commercio internatiozionale. Manuale teorico pratico per la redazione del contratti*, II Edizione, Ipsoa Informatica, 1990, p. 97. Ejemplo de dicha cláusula es el numeral 16 del acuerdo de concesión entre Texaco Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. y Libia que establecía que: “Los derechos contractuales expresamente creados por esta concesión no serán alterados excepto por mutuo consentimiento de las partes”. *Texaco Overseas Petroleum Co and California Asiatic Oil Co. v. Libya*, Texaco v Libya (1977) 53 International Law Reports 289. Otro ejemplo de este tipo de cláusula la encontramos en Lena Goldfields, en cuyo arbitraje se dijo que “Lena estaba sometida a toda legislación existente y futura, pero sujeta a una calificativa extremadamente importante – ‘hasta en tanto condiciones especiales no estuvieran consideradas en el acuerdo’ (artículo 75); y el gobierno se comprometió a no alterar el Acuerdo por Orden, Decreto, u otro acto unilateral excepto con el consentimiento de Lena (artículo 76). El resultado de los artículo 75 y 76 fue completamente proteger la posición legal de Lena, esto es, prevenir que los derechos y obligaciones mutuas de las partes bajo el contrato fueran alteradas por cualquier acto del gobierno, legislativo, ejecutivo o fiscal o cualquier acción de autoridades locales o sindicatos”. *Lena Goldfields, Ltd v. USSR*, (1930), 36 Cornell Law Quaterly, (1950-51), p. 46.

<sup>975</sup> Parece que puede sostenerse hoy día que el principio *pacta sunt servanda* en materia de CEI ha sido bastante calificado. De esta forma autores claramente identificados como importantes autoridades en derecho internacional sostienen que dicho sistema legal reconoce el derecho del Estado parte de rescindir un CEI, y que en el caso operan las reglas de la expropiación. Una cláusula de estabilización suspendería dicha facultad. Bowett, Derek, “Claims between status and private entities: the twilight zone of international law”, en *The Catholic University Law Review*, Verano 1986, vol. 35, p. 936.

De esta forma, la ruptura unilateral del contrato CEI por el Estado no es en sí misma ilegal. Berlin, Dominique, “Les contrats d’États (state contracts) et la protection des investissements internationaux”, en *Droit et pratique du comerce international*, 1987, vol 13, No. 2, p. 211.

<sup>976</sup> Friedman, W, *op. cit.*, nota 79, p. 506.

<sup>977</sup> El Artículo 11 del contrato de concesión entre AMINOIL y Kuwait establecía: “ninguna alteración será hecha a los términos de este acuerdo ya sea por el Shaikh o por la compañía, excepto por

Una cláusula muy parecida a la intangibilidad es la de congelamiento, que es “el compromiso por parte del Estado contratante de que no cambiará los términos del contrato por acción legislativa, sin el consentimiento de la otra parte del contrato”.<sup>978</sup> En este caso dicha cláusula congela el sistema legal nacional del Estado parte al momento de la conclusión del contrato.<sup>979</sup> La diferencia entre la cláusula de intangibilidad y la de congelamiento es que la primera hace referencia a la *lex contractus*, mientras que la segunda al *grundlegung* cuando éste es el sistema jurídico nacional del Estado parte.<sup>980</sup>

Debido a que las cláusulas de un acuerdo se vuelven progresivamente obsoletas conforme las condiciones económicas cambian, un inversionista razonable no puede esperar que el ambiente legislativo y fiscal de un país se congele en búsqueda de su seguridad jurídica. En este contexto es preferible estabilizar contratos con reglas claras de renegociación, señalando cuándo se satisfacen las condiciones para activar negociaciones, ya sea al cumplirse un plazo determinado, después de un cambio de circunstancias, tales como exceso

---

acuerdo entre ambos” *Kuwait v American Independent Oil Co*, AMINOIL, 1982, 66 International Law Reports 519.

<sup>978</sup> Redfern, Alan y Hunter Martin, *op. cit.*, nota 543, p. 102, aunque este autor prefiere llamarla de estabilización y no de intangibilidad.

<sup>979</sup> Ejemplo de una cláusula de congelamiento fue la establecida entre el gobierno de Jamaica y una compañía estadounidense en un contrato de concesión minero, dicho acuerdo contenía una cláusula de “no impuestos adicionales, por la cual Jamaica se comprometía a no imponer impuestos o derechos reales adicionales a los establecidos en el contrato. En 1974 Jamaica emitió la Ley Impositiva sobre la Producción de Bauxita violando el acuerdo según lo determinó el tribunal arbitral *Kaiser Bauxite Company v The government of Jamaica*, 1975, 1 ICSID 296.

<sup>980</sup> Sin embargo, parece que si no existen herramientas estabilizadoras en el CEI, la ley aplicable es aquella al momento de la aplicación y no de suscripción del contrato. Delaume, Georges, “State contracts and transnational arbitration”, en *American Journal of International Law*, Vol. 75, 1981, p. 805.

de pérdidas o ganancias, cambios en precios de mercado, cambios en la estructura interna del mercado.<sup>981</sup>

De esta forma la naturaleza de las cláusulas estabilizadoras ha cambiado de promesas de Estados soberanos de no modificar leyes a mecanismos de contratación comercial que especifican indemnizaciones por motivo de incumplimiento de obligaciones o cambios en las circunstancias, dando lugar a un mecanismo híbrido que combina estabilización con dispositivos renegociados<sup>982</sup> o cláusulas de reajuste.<sup>983</sup>

En este contexto, existen cláusulas estabilizadoras que no tornan rígido un contrato, estas son cláusulas que prevén indemnizaciones para el caso que la ley aplicable o la estructura del mercado sean modificadas. Un ejemplo de dicho tipo de consideraciones se prevé en la siguiente cláusula del proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del marzo 14 del 2002: Cláusula 17.1 que establece que "... los Pagos Mensuales ... serán ajustados de conformidad con esta Cláusula 17.1 si el Productor incurre en costos mayores o menores en relación con el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de este Contrato a causa de Cambios en la Ley..."<sup>984</sup>

---

<sup>981</sup> Kuruk, Paul, "Renegotiating transnational investment agreements: lessons for developing countries from the Ghana-Valco experience", en *Michigan journal of international law*, vol 13, Otoño 1991, p. 79.

<sup>982</sup> Wealde, Thomas & Ndi, George, "Stabilizing International Investment Commitments: international law versus contract interpretation", en *Texas International Law Journal*, Primavera 1996, No. 216, pp. 219-220.

<sup>983</sup> Delaume, Georges, *op. cit.*, nota 301, p. 3.

<sup>984</sup> y continúa: "...siempre que el valor neto acumulado de dichas variaciones de costos fuese superior a U.S \$100,000 por año. Dicha cantidad será actualizada cada año conforme a la variación del *Consumer Price Index* de los Estados Unidos de América, publicado por el *Bureau of Labor Statistics* del *U.S. Department of Labor*. Si el valor neto acumulado de dichas variaciones de costos fuere inferior a U.S \$100,000 (tal como dicha cantidad sea actualizada) durante cualquier año, el monto al cual hubieren ascendido las variaciones de costos acumuladas durante tal año será considerado como saldo inicial para el cálculo del valor neto de las variaciones de costos

Un punto final cabe señalar. La *potestas variandi* existente en algunos sistemas legales respecto del contrato administrativo no se da en el CEI debido a que el mismo es considerado en derecho internacional un derecho adquirido.<sup>985</sup> La

---

correspondientes al año siguiente, debiendo ajustarse los pagos mensuales de conformidad con esta Cláusula 17.1, cuando el valor neto de tales variaciones alcance U.S. \$100,000 (tal como dicha cantidad sea actualizada). Cualquiera de las partes podrá notificar a la otra la ocurrencia de cambios en la Ley que aumenten o disminuyan los costos del Productor por un monto superior al mencionado en esta Cláusula 17.1, en la inteligencia de que el ajuste previsto en esta Cláusula 17 no será aplicable con respecto a Cambios en la Ley cuyo impacto económico sea reflejado directa o indirectamente mediante algún otro mecanismo de ajuste previsto en este Contrato. Dentro de los 30 días posteriores a dicha notificación, el Productor deberá entregar a la Comisión un estimado por escrito del aumento o disminución en los costos que se derive de los Cambios en la Ley, una propuesta para el ajuste de los Pagos Mensuales y un análisis de los fundamentos de dicha propuesta (colectivamente, el "Ajuste Estimado"). El Productor deberá hacer sus mejores esfuerzos para minimizar cualquier aumento o maximizar cualquier disminución, según sea el caso, en costos que resulte de Cambios en la Ley". Dicha disposición se complementa con la siguiente de no responsabilidad del inversionista extranjero por cambio en la ley hecha por el Estado huésped: "17.6 No Responsabilidad del Productor. Para los efectos previstos en ésta Cláusula 17, el Productor no será responsable por falta de cumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones derivadas del Contrato en la medida y por el tiempo en que dicho cumplimiento no fuese posible como resultado de actos que el Productor necesariamente deba adoptar a fin de cumplir con un Cambio en la Ley, en el entendido de que el Productor deberá efectuar sus mejores esfuerzos y actuar con la debida diligencia para, en cuanto sea posible, concluir las acciones requeridas de acuerdo con las Prácticas Prudentes de la Industria para cumplir con un Cambio en la Ley".

<sup>985</sup> En derecho anglosajón "se llama derecho adquirido a aquel derecho que completa y definitivamente una persona ha hecho suyo de forma que no puede ser cancelado o desafiado por un acto de otra persona, por lo que tanto en derecho como en equidad el gobierno debe reconocerle y protegerle como legal, de forma que su titular no puede ser arbitrariamente privado del mismo sin que ello sea considerado una injusticia y solamente puede ser privado por los métodos procesales establecidos y por necesidad pública". Black's law dictionary, Minnesota, West Publishing, Centenal Edition 1991.

En derecho internacional privado "la expresión derecho adquirido... evoca un derecho cuyos elementos constitutivos han sido ya realizados en su totalidad. Esta expresión es corriente cuando se habla de conflictos de leyes en el tiempo; el cambio de legislación no influye sobre los derechos creados con anterioridad al mismo". El reconocimiento de los derechos adquiridos es tan importante que se sostiene que "ninguna relación internacional sería posible si los derechos

idea de que con base en el interés público un Estado pueda modificar, anular, rescindir o no ejecutar obligaciones contractuales no es sostenida en derecho internacional contemporáneo.<sup>986</sup> La razón es que el gobierno crea en la parte con quien acuerda la expectativa legítima de que una situación particular continuará, y por lo tanto la obligación del gobierno a actuar de buena fe, con actitud consistente y sin violar el acuerdo contractual que se espera.<sup>987</sup>

## 4.6 VIDA DEL CONTRATO

### 4.6.1 No ejecución

La no ejecución de una obligación establecida en un CEI puede estar justificada legalmente o no. Es decir, el no ejecutar una obligación puede deberse a una excusa legal válida o no. Los efectos de uno u otro caso son distintos; en principio la parte afectada no se encuentra legitimada a reclamar daños o ejecución específica por no ejecución justificada.<sup>988</sup> Las circunstancias en que un Estado no ejecute un contrato con un extranjero son críticas y básicamente

---

adquiridos en un país no pudiesen conservarse en los demás”. Niboyet, J.P., *op. cit.*, nota 4, pp. 13 y 14.

Finalmente, “el principio de los derechos adquiridos... forma parte del derecho internacional generalmente aceptado” *Certain German Interests in Upper Silesia, (Factory of Chorzow case)*, *op. cit.*, nota 143, pp. 4-107, en p. 42.

<sup>986</sup> Cherian, Joy, *Investment contracts and arbitration*, Leyden, Sijthoff, 1975, p, 13.

<sup>987</sup> Domke, Martín, *op. cit.*, nota 756, p. 594.

<sup>988</sup> “Se confunde la cuantificación de *daños* debidos a la violación de un contrato con la regla de *compensación justa* con motivo de la toma de propiedad por el *poder de dominio eminente*. Al fijar la compensación justa, la Corte debe considerar el valor del contrato al tiempo de su cancelación, no lo que hubiera producido por motivo de ganancias para la Car Company, si es que hubiera sido completamente ejecutado. Es evidente que ninguna *persona prudente*, que deseara adquirir este contrato, hubiera pagado por él, el monto total de lo que hubiese sido producido hasta completarlo.... El contrato, hemos asumido, se concluyó considerando la prospectiva de su cancelación, debido a que la Ley era obligatoria y debía haber sido leída junto con el contrato”. *Russell Motor Car Co. V. US 261 U.S. 514 (1923)*, USSC.

pueden enmarcarse en dicha dicotomía. Algunos autores han sostenido que la dicotomía se basa en la distinción entre actos *iure gestionis* y *iure imperii*, de forma que si la no ejecución del contrato se realiza en ejercicio de un poder contractual (*iure gestionis*) no surge responsabilidad internacional; mientras que si la terminación del contrato se realiza en ejercicio de un poder soberano (*iure imperii*) surge la responsabilidad internacional.<sup>989</sup>

Matizando, podemos ver que la responsabilidad internacional por no ejecución de un contrato internacional no se basa en la contraposición *iure gestionis* vs. *iure imperii*, sino en que la no ejecución constituya o no un incumplimiento, es decir se haya hecho en ejercicio de un poder legal o se haya hecho ilegalmente, el ejercicio del *iure imperii* puede ser ilegal. Es simplemente la distinción entre acto ilegal que genera responsabilidades y acto legal que no las genera.<sup>990</sup>

En efecto, si la no ejecución de un CEI se realiza en contravención a “una obligación de un tratado, de un acuerdo especial entre el gobierno y los extranjeros, o de un principio de derecho internacional reconocido, la medida se torna *per se* un ilícito<sup>991</sup> que implica responsabilidad internacional”.<sup>992</sup> Un *acto de poder* no necesariamente implica el ejercicio de un *derecho* por parte del Estado.<sup>993</sup>

---

<sup>989</sup> Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 267.

<sup>990</sup> “El Estado sólo incurrirá en responsabilidad si el acto no únicamente causa daño a un extranjero, sino que además al mismo tiempo esté marcado por un elemento de ilegalidad, de lo cual el más claro ejemplo es la ignorancia de un tratado”. “Responsabilidad de los Estados por daños causado en su territorio a personas o propiedad extranjera”. League of nations document, C. 75. M. 69, 1929, *American journal of international law*, vol. 24, Issue 1, Enero, 1930, p. 48.

<sup>991</sup> Llamado por los escritores anglosajones *tort*. *cf.* Parry, Clive, “Some considerations upon the protection of individuals in international law”, en *Recueil des cours*, the hague academy of international law, 1956, vol. II, t. 90, p. 689. Un *Tort* es un mal o un daño que resulta del incumplimiento de un deber legal que existe por virtud de expectativas sociales en relación con la conducta personal, en vez de un contrato o una relación privada. North Eastern Reporter, Second Series, 254, 259.

<sup>992</sup> Domke, Martín, *op. cit.*, nota 756, p. 585.

<sup>993</sup> Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 271.



Cabe subrayar que la no ejecución de obligaciones establecidas en una norma convencional sin una justificación legal válida no extingue (termina) la norma convencional, sino que simplemente da lugar a un derecho procesal para la parte afectada a buscar la ejecución del contrato o la rescisión<sup>994</sup> del mismo.<sup>995</sup>

¿Bajo qué circunstancias surge responsabilidad internacional para un Estado que se rehúsa a ejecutar un contrato internacional? Como regla general podemos decir que la no ejecución de un contrato es legal si se da en ejercicio de un derecho establecido por una norma, sea esta contractual o del sistema legal en el que está inscrito el contrato, norma que permita no ejecutar el contrato.

Dentro de los supuestos de no ejecución justificada tenemos, para el caso de convenciones bilaterales con deberes jurídicos idénticos o recíprocos para ambas partes la excepción *non adimpleti contractus*.<sup>996</sup> La excepción de contrato no cumplido es reconocida en la contratación comercial internacional e incorporada por la UNIDROIT,<sup>997</sup> la excepción sostiene que cuando una parte no cumple su obligación, y la otra, a consecuencia de dicho actuar, llegare a incumplir su deber, entonces la primera carece de derecho para exigir a la segunda el cumplimiento. Este principio se basa en el concepto más amplio de que nadie puede beneficiarse de su propio mal.<sup>998</sup> De esta forma, la rescisión de una

---

<sup>994</sup> 'Terminación' es el vocablo utilizado en el argot del comercio internacional.

<sup>995</sup> La Corte Internacional de Justicia ha sostenido al respecto que inclusive en el caso de que las dos partes de un tratado incumplan sus obligaciones mutuamente "ello no lleva al tratado a su fin ni justifica su terminación. La Corte sentaría un precedente de implicaciones trastornadoras en las relaciones contractuales y en la integridad de la norma *pacta sunt servanda* si concluyera que un tratado en fuerza entre Estados... puede ser anulado de manera unilateral bajo el argumento de incumplimiento recíproco". *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

<sup>996</sup> En derecho anglosajón se reconoce a dicha excepción procesal con el nombre de "*non-performance*".

<sup>997</sup> Artículo 7.1.3., *op. cit.*, nota 867.

<sup>998</sup> Con esto en mente, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo en el caso *Chorzow Factory* que "una parte no puede avalarse a sí misma del hecho de que la otra no ha cumplido alguna obligación.... si la primera parte ha, por algún acto ilegal, impedido a la última el cumplimiento de la obligación en cuestión", esto porque el principio de que una parte no puede

concesión de limpieza en un municipio en ejercicio de un derecho contractual, debido a la falta de cumplimiento por parte de los concesionarios, fue razón suficiente para que un tribunal arbitral sostuviera la legalidad de dicha rescisión.<sup>999</sup>

El principio citado se conoce en la tradición romana como *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (la acción en justicia será negada al actor, cuando invoque en apoyo de su demanda un acto inmoral que haya realizado) y en la tradición anglosajona como *clean hands doctrine* (en jurisdicción de equidad no se otorgará remedio a una parte, que siendo actor busque ejercer acción si tal parte en una conducta previa ha violado un principio de conciencia o de buena fe. Quien busque equidad no debe tomar ventaja de su mal).<sup>1000</sup>

Otros supuestos de no ejecución justificada de obligaciones contractuales en el caso del CEI son frustración, imposibilidad de ejecución y fuerza mayor, los mismos se entrelazan y confunden en derecho comercial internacional; no obstante es importante distinguirlos.

En el supuesto de frustración se excusa la promesa de ejecución de una obligación en situaciones donde los objetivos del contrato han desaparecido por circunstancias posteriores a la suscripción del compromiso debido a razones más allá del control de las partes.<sup>1001</sup> La ejecución de las obligaciones en el caso de

---

tomar ventaja de su propio mal, es “generalmente aceptado en la jurisprudencia internacional arbitral, así como por las cortes nacionales”. *Chorzow Factory, Germany v. Poland*, PCIJ, Jurisdicción, 1927.

<sup>999</sup> *Robert Azinian et al v. The United Mexican States*, ICSID, ARB (AF)/92/2, Noviembre 1, 1999.

<sup>1000</sup> A este respecto la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo: “Un principio importante de equidad es ‘quien busque equidad debe obrar conforme a la equidad’; cuando dos partes han asumido obligaciones idénticas o recíprocas, una parte que ha incurrido en una continua falta de cumplimiento de dicha obligación no debe ser permitida que tome ventaja de un incumplimiento similar de dicha obligación por la otra parte”. *The diversion of water from the Meuse*, Netherlands v Belgium, 1937, PCIJ.

<sup>1001</sup> La doctrina de la frustración nace en el *common law*. En Estados Unidos el término frustración se acota a situaciones donde es posible ejecutar un contrato pero dicha ejecución perdió su sentido. El ejemplo clásico de frustración es el contrato que permite utilizar un departamento con vista a un desfile en un día en especial, en el caso de que dicho evento se posponga por motivos de enfermedad de la reina del desfile, el contrato se ha frustrado.

frustración se encuentra excusada no obstante que no exista impedimento real para ejecutarlas.

Por su parte, el supuesto de imposibilidad de ejecución (*Impossibility of performance*) “requiere la desaparición permanente o destrucción del objeto indispensable para la ejecución del tratado”.<sup>1002</sup> La presencia de imposibilidad de ejecución libera a una de las partes del convenio de su obligación, cuando el cumplimiento de la misma es imposible.<sup>1003</sup>

La imposibilidad de ejecución debe ser objetiva y no simplemente supuesta por quien la sostiene. Para que opere se exige a la parte que reclama imposibilidad de ejecución que llegue al reclamo con las *manos limpias*, “imposibilidad de ejecución no puede ser invocada para terminar un tratado por una parte del mismo cuando resulta de la violación de dicha parte a una obligación que nace del tratado”.<sup>1004</sup>

Por otra parte, en derecho internacional general se ha distinguido entre imposibilidad de ejecución y *fuerza mayor*. La primera es una excepción que da derecho a la parte afectada a reclamar la rescisión (terminación) de la norma convencional; la segunda sirve como defensa para evitar que nazca la *responsabilidad* por incumplimiento de la norma convencional,<sup>1005</sup> esto mientras

---

<sup>1002</sup> *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

<sup>1003</sup> En Inglaterra, el término frustración se usa para cubrir casos de imposibilidad de ejecución como el de frustración señalado por el desfile. Perillo, Joseph, “Force majeure and hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, en *Contratación Internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM–UP, 1998, p. 111.

<sup>1004</sup> *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

<sup>1005</sup> El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del marzo 14 del 2002, establece en su cláusula 16.1 lo siguiente: “Exención de Responsabilidad por Incumplimiento. Salvo por disposición en contrario contenida en este Contrato, ninguna de las Partes será responsable por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones en la medida y por el plazo en que la imposibilidad de cumplimiento de la Parte afectada se deba a Caso Fortuito o Fuerza Mayor. La Parte que alegue Caso Fortuito o Fuerza

las condiciones de fuerza mayor prevalezcan, pero una vez que la fuerza mayor se esfume la obligación derivada de la norma convencional es completamente exigible.<sup>1006</sup> En este sentido, *fuerza mayor* actúa como un escudo no como una espada.<sup>1007</sup>

Un punto es relevante ¿puede el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Estado dar lugar a una confiscación o expropiación del derecho en cuestión, o al menos la conducta ser considerada como una medida equivalente a expropiación de tal derecho? En derecho internacional se ha buscado distinguir entre una falla o rechazo a cumplir con un contrato y conducta que cruza el umbral de la confiscación o la expropiación. La respuesta que los

---

Mayor deberá efectuar sus mejores esfuerzos, incluyendo el gasto de sumas razonables, para subsanar, mitigar o remediar los efectos de Caso Fortuito o Fuerza Mayor”.

<sup>1006</sup> En los términos generales y condiciones de la planta para almacenamiento y regasificación de Gas Natural Licuado a establecer en Baja California México por ChevronTexaco de Mexico, S.A. de C.V., proyecto de octubre de 2002, se estableció como cláusula de force majeure la siguiente: “Neither party shall be liable for any failure or delay in performance under this Agreement (other than for delay in the payment of money due and payable hereunder) to the extent said failures or delays are proximately caused by causes beyond that party's reasonable control and occurring without its fault or negligence, including, without limitation natural disasters as earthquakes, hurricanes or floods, wars, riots terrorism or other major upheaval, labor actions by employees, social disruption, demonstrations or blockings and/or failure of suppliers, subcontractors, and carriers, or party to substantially meet its performance obligations under this Agreement, provided that, as a condition to the claim of non-liability, the party experiencing the difficulty shall give the other prompt written notice, with full details following the occurrence of the cause relied upon. Dates by which performance obligations are scheduled to be met will be extended for a period of time equal to the time lost due to any delay so caused. ChevronTexaco de Mexico S.A. de C.V. Terminal and Liquefied Natural Gas Supplier will negotiate appropriate force majeure provisions such that should either ChevronTexaco de Mexico S.A. de C.V. Terminal or Liquefied Natural Gas Supplier be rendered unable, wholly or in part, by force majeure to carry out its obligations under the Service Agreement, the obligations of such Party, so far as they are affected by force majeure, and the other Party's corresponding obligations shall be suspended during the continuance of any inability so caused, but for no longer period, and such cause shall, so far as possible, be remedied with all reasonable dispatch. Where practical, the Party affected by force majeure shall give notice of the occurrence to the other.”

<sup>1007</sup> Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, p. 160.

tribunales han dado es poco satisfactoria y se basa en la distinción público vs. privado: “Cualquier parte privada puede fallar en la ejecución de sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son inherentemente actos gubernamentales... la respuesta normal de un inversionista que enfrenta una violación a un contrato por su contraparte gubernamental ... es demandar en una Corte apropiada para remediar la violación. Es solamente cuando tal acceso es legal y prácticamente imposible que la violación puede equivaler a una definitiva negación del derecho”.<sup>1008</sup>

Finalmente, en derecho comercial internacional es muy común encontrar cláusulas que limiten la responsabilidad de la parte que incumplió la norma convencional y no llevó a cabo la ejecución de la obligación que le correspondía. Bajo el principio de libertad de contratación dichas cláusulas son válidas mientras permanezcan dentro de límites razonables, de forma que ciertos tribunales arbitrales han ignorado aquellas que aparecen groseramente injustas de forma que el considerarla válida tendría como efecto romper el balance entre las prestaciones de las partes.<sup>1009</sup>

---

<sup>1008</sup> *Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, caso ARB(AF)/00/3, 30 abril 2004, párrafo 174.

<sup>1009</sup> Así por ejemplo en los contratos de licencia de usuario final de los productos software vendidos por Hewlett Packard Company a lo largo del mundo se establece: “Limitación de responsabilidad. No obstante cualesquiera daños en que pueda incurrir, la responsabilidad completa de HP y de sus proveedores, bajo la disposición del presente contrato y su único recurso legal en el futuro, estará limitada a la cantidad realmente pagada por usted por el Producto de Software de forma independiente o a U.S. \$5.00 en todo lo que permita la ley vigente, en ningún caso HP o sus proveedores serán responsables por daños especiales, incidentales, indirectos o directos (incluyendo pero sin limitarse a daños por lucro cesante o información confidencial o de otra índole, por interrupción de negocios, por daños personales, por pérdida de la privacidad que resulten o estén relacionados de alguna manera con el uso del producto de software o su incapacidad de uso o en lo relacionado con la disposición del presente contrato, inclusive en el caso de que HP o su proveedor hayan sido advertidos de la posibilidad de tales daños e inclusive si el recurso fracasa en su propósito esencial. Algunos estados o jurisdicciones no permiten la exclusión o limitación de daños incidentales o directos, en tal caso la limitación o exclusión de responsabilidad antes mencionada no se aplica a usted ”.

#### 4.6.2 Remedios

En la parte correspondiente a Teoría General del Contrato concluimos que toda violación a un deber legal genera responsabilidad,<sup>1010</sup> que cuando el deber violado es debido a un integrante del sistema jurídico en particular, *erga singulum*, la violación constituye una *injuria* directa, y que cuando el deber que se violó no corresponde a una persona en particular, sino a la comunidad jurídica como un todo, *erga omnes*, la violación es *injuria* indirecta.

Vimos también que todo incumplimiento de un *deber jurídico* al generar, al menos la *injuria* indirecta, da lugar al surgimiento de responsabilidad, y que la *responsabilidad* que surge del incumplimiento de un *deber jurídico* implica la creación de nuevas relaciones jurídicas distintas a las relaciones que se violaron.<sup>1011</sup>

Finalmente señalamos que en un sistema jurídico tan simple y llano como el internacional, el responsable tiene, al menos, el deber jurídico de:

- I) *cesar y no repetir el incumplimiento* del deber jurídico primario<sup>1012</sup>
- II) *reparación por la injuria ocasionada*<sup>1013</sup>

---

<sup>1010</sup> De esta forma se ha dicho que “cualquier violación de un Estado de cualquier obligación, cualquiera que sea su origen [costumbre, tratado, principio general de derecho], da lugar a responsabilidad estatal”. *Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda/Francia, 1987, RIAA, vol XX, p. 217 (1990).

<sup>1011</sup> García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, p. 178.

<sup>1012</sup> La Corte Internacional de Justicia ha dicho por ejemplo: “una situación ilegal no puede permanecer sin consecuencia” refiriéndose a la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia después de la terminación del Mandato que hizo el Consejo de Seguridad, agregando “Sudáfrica siendo responsable, tiene la obligación de ponerle un fin. Los Estados miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilegalidad e invalidez del acto y abstenerse a brindar apoyo o asistencia y abstenerse de establecer relaciones contractuales con Sudáfrica en casos en los que actúe a nombre de Namibia” concluyendo “la terminación del Mandato y la declaración de ilegalidad de la presencia de Sudáfrica son oponibles a todos los Estados en el sentido de impedir *erga omnes* la legalidad de una situación que se mantiene en violación al derecho internacional”. *Legal consequences for States of the continued presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276* (1970), ICJ 1971.

Cesación y no repetición son parte importante en la restauración de la relación legal afectada por el incumplimiento del deber jurídico y del estado de derecho mismo. Normalmente los sistemas jurídicos buscan que la situación prevista por el sistema legal se restaure. El remedio de cesación y no repetición es conocido en derecho internacional bajo el nombre de *injunctive relieve*, que en derecho anglosajón es un remedio otorgado con el propósito de requerir a una parte se abstenga de hacer o continuar haciendo un acto o actividad particular. Usualmente fue utilizado por las cortes de equidad para restringir a las partes a conducirse de acuerdo a la “equidad y buena conciencia”.<sup>1014</sup>

Señalamos también que la reparación por la injuria ocasionada puede cobrar multitud de formas. De esta forma se ha dicho que “la naturaleza del remedio [reparación] significa una medida sobre la identificación precisa de la violación legal.”<sup>1015</sup> En derecho internacional la restitución<sup>1016</sup> es la forma primaria de

---

<sup>1013</sup> Comentando sobre los sucesos de la toma de la embajada de los Estados Unidos por estudiantes y el apoyo subsiguiente del gobierno de Irán a tales hechos, la Corte Internacional de Justicia dijo: “la acción requerida por el Derecho General Internacional [como contrapuesto al derecho internacional particular generado por tratados] a Irán era que hiciera todo esfuerzo para llevar la flagrante violación a un final rápido, reestablecer el status quo y ofrecer reparación por el daño” *US diplomatic and consular staff in Tehran case (Hostages Case)*, US v Iran, ICJ, 1980, p. 68.

<sup>1014</sup> En derecho romano al lado de los derechos consagrados por el *ius civile*: leyes y costumbres, cuya violación daba derecho al ejercicio de una acción, había relaciones que no tenían el carácter preciso de un derecho. En caso de desavenencia entre dos personas, el magistrado dictaba una regla para las dos partes, *inter duos edictum*, luego conocida como *interdictum*, que era como una ley particular que regulaba el negocio sometido a su jurisdicción. Normalmente el *interdictum* ordenaba a las partes hacer o dejar de hacer y se dividían en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Petit, E., *op. cit.*, nota 296, pp. 807-809.

<sup>1015</sup> Higgins, Rosalyn, “The taking of property by the state : recent developments in international law”, en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 1982, vol. III, t. 176, p. 314.

<sup>1016</sup> En la tradición anglosajona la restitución es un remedio de la jurisdicción de equidad consistente en que a una persona se le restaure a su posición original antes de la pérdida o daño, o se le coloque en la posición en que hubiera estado si la violación no hubiera ocurrido. Como remedio está disponible para prevenir enriquecimiento injusto, para corregir un pago realizado por error, y para permitir a la parte agraviada recuperar depósitos dados como anticipo de un contrato.

reparación, pero puede ser el caso de que la misma sea imposible y entonces opera la compensación (*damages*).<sup>1017</sup> En algunos sistemas jurídicos la reparación puede incluir castigo, por ejemplo pago de daños ejemplares;<sup>1018</sup> mientras que en otros sistemas legales, como el derecho internacional, no se incluyen.

---

En equidad la restitución es esencialmente la medida de los daños. En *common law* aunque restitución y daños están disponibles, son dos remedios excluyentes. Restatement of the law, Restitution, p. 1.

*In integrum restitutio* es una acción del derecho romanista que surgía cuando alguna persona era lesionada por la realización de un acto jurídico o la aplicación de una norma de *Ius Civile* y este resultado era contrario a la equidad. En este caso, el pretor, operaba el reestablecimiento de un estado anterior de derecho, motivado en consideración de equidad; el magistrado tenía por no ocurridos determinados hechos o actos jurídicos, a los cuales el derecho estricto atribuía ciertas consecuencias y ponía a las partes en la misma situación en que se hubieran encontrado, de no haber ocurrido aquellos hechos o actos. La restitución no se concedía sino por causas graves como la violencia, el dolo, la prisión de guerra y la menor edad. Bonfante, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, 5ª ed., (trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979, pp. 136-137; Shulz Fritz, *Derecho Romano Clásico*, (trad. de José Santa Cruz Teigeiro), Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1960, pp. 65 y 66; Petit, E., *op. cit.*, nota 296, p. 811.

<sup>1017</sup> Indemnización monetaria por los daños sufridos. “El principio esencial contenido en la noción de acto ilegal –principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales– es que la reparación debe, tanto como sea posible, limpiar las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que hubiera, con toda probabilidad, existido si dicho acto no se hubiese cometido. Restitución en especie y sino es posible pago de una suma correspondiente al valor de la restitución en especie” *Chorzow factory case*, Germany v. Poland, Merits, PCIJ, 1928.

<sup>1018</sup> En la tradición anglosajona, los daños son un remedio consistente en una indemnización en forma de *compensación monetaria* que puede ser recuperada en las cortes por cualquier persona que ha sufrido una pérdida, detrimento o daño, ya sea hacía su persona, propiedad o derechos, a través de un acto ilegal, omisión o negligencia de otro. Una suma de dinero otorgada por las cortes a una persona dañada por un acto de *tort* o por violación de un contrato. Los daños pueden ser *compensatorios* o *punitivos* (ejemplares) dependiendo de si se otorgan como medida de la pérdida real o como compensación en exceso de daños reales. Daños reales deben haber sido otorgados antes de que daños ejemplares puedan ser encontrados, los daños ejemplares surgen con motivo de malicia o comportamiento inadecuado deliberado. *Black's law dictionary*, West Publishing Co., St Paul MN, 1991.



Cabe señalar que el remedio de daños es herencia del derecho anglosajón, sin embargo algunos tribunales ordenan compensación no con motivo de daños sino de enriquecimiento ilegítimo,<sup>1019</sup> institución más familiar al derecho romano. Así en *Lena Goldfields*, el tribunal arbitral señaló que los planes quinquenales que afectaban la concesión eran una violación al contrato mismo,<sup>1020</sup> por lo que Lena: a) resultaba liberada de la carga de obligaciones futuras, y b) tenía derecho a ser compensada en dinero por el valor de los beneficios de los que había sido ilegalmente privada. Frente a una violación al contrato lo normal en derecho anglosajón hubiera sido otorgar *daños*, pero el tribunal prefirió igualar la violación al *enriquecimiento ilegítimo*,<sup>1021</sup> señalando que “el problema era, por lo tanto, similar a aquel de fijar un precio por una compra justa de una empresa en marcha”.<sup>1022</sup>

La responsabilidad que surge ante el incumplimiento de un *deber jurídico* se genera por ministerio de ley, es decir, no tiene que ser pactada ni se deriva de la relación jurídica generada por el *deber jurídico* y el *derecho reflejo*.<sup>1023</sup>

---

<sup>1019</sup> Se ha dicho que el principio de enriquecimiento ilegítimo tiene lugar debido a que un Estado no puede tomar ventaja del hecho de que recursos de otro Estado hayan entrado a su esfera territorial y se enriquezca así mismo con tales recursos a expensas de su vecino. Carlston, Kenneth, *op. cit.*, nota 301, p. 266.

<sup>1020</sup> La opinión prevaleciente es que el Estado se torna internacionalmente responsable si emite una legislación incompatible con una concesión que ha otorgado, o con un contrato que ha hecho con un extranjero. “Responsabilidad de los Estados por daños causado en su territorio a personas o propiedad extranjera”. League of nations document, C. 75. M. 69, 1929, *American journal of international law*, vol. 24, Issue 1, Enero, 1930, p. 49.

<sup>1021</sup> El uso de la figura de enriquecimiento ilegítimo en derecho internacional ha sido muy criticada porque sus detractores sostienen que entre las naciones, la equidad y la justicia es un concepto mucho más complejo y elusivo que los conceptos en derecho nacional de *cause* o *consideration* en los contratos. Una decisión de que un Estado se ha enriquecido a costa de otro o de propiedad extranjera es muy compleja e involucra el examen no sólo de los títulos legales, sino de la historia económica política entre las partes. Friedman, Wolfgang, *op. cit.*, nota 301, p. 296.

<sup>1022</sup> *Lena Goldfields, Ltd v USSR (1930)*, 36 *Cornell Law Quarterly*, (1950-51), p. 51.

<sup>1023</sup> De esta forma, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que “es un principio del derecho internacional que una violación a un compromiso implica la obligación de reparación en una forma adecuada. Reparación es por lo tanto el complemento indispensable de la falla en

Resulta importante subrayar que la responsabilidad surge no solamente del incumplimiento de una obligación pactada e incorporada en la norma convencional, sino de cualquier obligación que regule la norma contractual, una violación a una disposición del *grundlegung*. Así en la fase precontractual la violación al deber de no revelar información confidencial de la contraparte genera responsabilidad.

Ahora bien, en principio la parte agraviada tiene derecho a que el agravio sufrido sea totalmente reparado. En el caso de daños opera el principio de completa compensación, lo cual incluye daño sufrido al honor, a la estética, daño futuro (en la probabilidad de su ocurrencia)

En derecho de la contratación internacional opera el principio de que la reparación es total si la parte agraviada por su parte mitigó el daño, ya que si la parte agraviada contribuyó al daño sufrido, resulta injusto que la contraparte repare totalmente por injurias de las cuales no es totalmente responsable.

Aparte de restitución y compensación existen otros remedios en contratación internacional que vale la pena comentar:

En los CEI's a veces lo pertinente es buscar la preservación del contrato. Una de las formas de preservarlo ante una violación es dar a la parte que no ha llevado a cabo el cumplimiento de su obligación la oportunidad de cumplirla. El efecto es extender el tiempo de ejecución más allá del establecido en el contrato originalmente. El si esta solución es adecuada depende de las circunstancias, es necesario valorar en el caso concreto si la cura será exitosa en resolver el problema o si lo más probable es que el retraso en la ejecución la haga irrazonable y la lleve a constituir una violación sustancial del contrato. La noticia de cura debe darse a la parte afectada inmediatamente y de cualquier forma la parte que incumplió sigue siendo responsable por los daños ocasionados al no cumplir en tiempo.

---

cumplir una convención y no hay necesidad de que esto sea establecido en la convención misma. *Chorzow Factory Case, Germany v. Poland, Jurisdiction (reparation), PCIJ, 1927, p. 21.*

En el caso de no ejecución de una obligación contractual, la parte agraviada puede solicitar también la ejecución de la obligación, solicitar la ejecución específica<sup>1024</sup> de la obligación, si se cubren las siguientes condiciones:

1. la ejecución no sea imposible en derecho ni hecho;
2. la ejecución no sea irrazonablemente gravosa;
3. la parte legitimada a pedir la ejecución específica no pueda obtener dicha ejecución de otras fuentes, y
4. la ejecución no sea de carácter personal.

Otro remedio es la rescisión o terminación de un contrato, este remedio tiene lugar cuando la no ejecución de las obligaciones convencionales equivale a una violación sustancial del contrato. Hemos visto que en el caso de *force majeure*, la norma deja de ser exigible de manera temporal, esto es mientras prevalece la situación de *force majeure*.<sup>1025</sup> En el caso de una violación sustancial (*material breach*) de la convención existe la posibilidad de que la norma convencional deje de ser obligatoria de manera indefinida, para ello se requiere que:

1. se presente una repudiación no permitida a la norma convencional, o
2. se dé una violación a una provisión que sea esencial para el cumplimiento del objeto y propósito de la norma convencional.<sup>1026</sup> En este sentido la violación a la convención no puede ser menor.

---

<sup>1024</sup> *Specific performance*: En la tradición anglosajona, remedio de la jurisdicción de equidad consistente en la ejecución exacta de un contrato en la forma específica en que fue hecho, o de acuerdo con los términos precisos en que se acordó. El cumplimiento real de un contrato por la parte que esta obligada a llevarlo a cabo. La doctrina de ejecución específica, sostiene que otorgar daños pecuniarios resulta inadecuado como compensación por la violación de un acuerdo, el deudor o vendedor están obligados a ejecutar específicamente lo que ha sido acordado. A diferencia de daños, que pueden hacerse cumplir en contra de la propiedad, ejecución específica, requiere que la parte en contra de quien el decreto es dirigido haga un acto en particular bajo pena de ser encarcelado si no lo lleva a cabo. *Black's law dictionary*, West Publishing Co., St Paul MN, 1991.

<sup>1025</sup> D'Hollander Juliette & Lefebvre Guy, *Le contrat international d'ingénierie – construction: étude comparée des contrats – types et de la pratique contractuelle des sociétés québécoises*, Centre de Recherche en Droit Public, Université de Montréal, vol. 32, marzo 2000. pp. 98 y ss.

<sup>1026</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 60.

Comentado sobre si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estaba facultado para dar por terminado el Mandato que permitía a Sudáfrica encargarse de Namibia, en virtud de las violaciones que la primera había cometido en el ejercicio del mismo, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que “la parte que deshonra o no cumple sus obligaciones no puede ser reconocida manteniendo los derechos que clama derivan de dicha relación”, y agregó “de acuerdo con un principio general de derecho internacional, incorporado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el derecho a rescindir (terminar) un tratado sobre la base de una violación debe ser presumida que existe respecto de todos los tratados y el consentimiento del violador a tal forma de terminación no puede ser requerido”.<sup>1027</sup>

Respecto a los efectos de la terminación del tratado la Corte dijo: “una situación ilegal no puede permanecer sin consecuencia. Sudáfrica, siendo responsable tiene la obligación de poner un fin [*a la situación ilegal*]. Los miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilegalidad y la invalidez de dicho acto y abstenerse de brindar apoyo y asistencia, así como abstenerse de entrar en relaciones contractuales con Sudáfrica en casos en los que actué a nombre de Namibia ... la terminación del Mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica son oponibles a todos los Estados en el sentido de que impide *erga omnes* la legalidad de una situación que es mantenida en violación al derecho internacional”.<sup>1028</sup>

La violación sustancial puede tener lugar tanto en convenciones *quid pro quo*, bilaterales; como en convenciones que generen deberes jurídicos, en beneficio de terceros, tal fue el caso del mandato de Namibia, donde el objeto del mandato era el *sacred trust of civilization* en beneficio del pueblo de Namibia.

*Per se* la violación sustancial no termina la convención, sino que simplemente da derecho a que la parte afectada invoque la violación como base para dar por terminada la norma convencional. En el derecho internacional, y con

---

<sup>1027</sup> *Legal consequences for States of the continued presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276 (1970)*, Advisory Opinión, 1971, ICJ.

<sup>1028</sup> *Idem*.

base en la experiencia del caso de Namibia parece ser que no es necesario invocar dicha suspensión ante una Corte, ni ejercer ninguna *actio* al respecto. Es también importante tomar en cuenta que el alegato de violación sustancial puede no ejercerse si existen normas superiores en el sistema legal correspondiente, y en este sentido la excepción de violación sustancial no puede alegarse si el efecto es incumplir tratados de carácter humanitario.<sup>1029</sup>

Para poder reclamar la violación sustancial como razón para dar por rescindido un convenio internacional se exige que el reclamante llegue con las manos limpias.<sup>1030</sup>

Los efectos de la rescisión de una norma convencional, como los de cualquier otra norma del sistema jurídico, son la liberación de todos aquellos obligados por la norma contractual de las obligaciones para llevar a cabo o efectuar prestaciones. El efecto de la terminación del contrato no implica, dada la existencia del *grundlegung*, la inexistencia del derecho de la parte agraviada a reclamar daños. De hecho existen algunas cláusulas del contrato que no mueren no obstante que dicho contrato haya sido terminado, ejemplo de este tipo de cláusula es la obligación de no divulgar información confidencial.

Un remedio casi nunca considerado pero fundamental en la contratación internacional es la misma declaración que hace el tribunal de la ilegalidad de la parte responsable. Este poder de realizar juicios declaratorios es inherente a los poderes de cualquier tribunal, su misma razón de ser. La función del laudo es finalmente “asegurar el reconocimiento de una situación en derecho, de una vez y para siempre, con fuerza vinculante entre las partes; de forma que la posición legal así establecida no pueda ser nuevamente cuestionada hasta el punto en que los efectos legales que surgen de la misma se refiere”.<sup>1031</sup>

---

<sup>1029</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 60.

<sup>1030</sup> Así la Corte sostuvo en el caso *Gabcikovo Nagymaros*, donde Hungría reclamaba terminación por violación sustancial por parte de Eslovaquia, que “Hungría por su propia conducta, había causado perjuicio a su derecho de rescindir el tratado”. *Case concerning the Gabcikovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

<sup>1031</sup> *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, Jurisdiction, PCIJ, 1927.

## CONCLUSIONES

Frente a las posturas tradicionales respecto del CEI y después de todo lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

- a. El CEI solamente puede ser gobernado por un sistema legal, *grundlegung*, en el que ambos contratantes tengan personalidad legal reconocida para celebrarlo. No obstante el diferente status de las partes en un CEI desde el punto de vista del derecho internacional, la relación contractual CEI es reconocida por el sistema jurídico internacional en varios sentidos, de forma que su pretendido status local es absorbido por el derecho internacional. De esta forma la única manera de entender coherentemente el CEI es considerarlo gobernado por el derecho internacional.
- b. La necesidad de replantear la relación entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales es la única forma de explicar coherentemente el fenómeno CEI. Desde nuestra perspectiva la única manera de dar lógica al CEI y a su relación con el derecho internacional y los demás sistemas jurídicos nacionales y otros órdenes legales como puede ser la *lex mercatoria*, es considerar que el *grundlegung* de la relación contractual CEI es el derecho internacional general que engloba como subsistemas a los demás sistemas legales, y que todos ellos, en una complicada red de normas, regulan la relación CEI en todos sus aspectos. Este esfuerzo además es parte de una tendencia mayor que pretende alcanzar la revolución de las representaciones morales y la idea de orden público a nivel internacional.
- c. Se trata de poner en claro que una violación a una *lex contractus* gobernada por un  $S_x$  sistema legal genera una violación al orden jurídico internacional  $S_i$ . La única forma de explicar dicha violación es que la *lex contractus* esté conectada a través de la *grundlegung* al derecho internacional. De reconocer que existe una relación estrecha entre  $S_x$  y  $S_i$ , es decir de reconocer que  $S_x$  es subconjunto de  $S_i$ . Ello por supuesto conlleva a reconocer cierta personalidad legal internacional a la parte privada extranjera del CEI.

- d. La *lex voluntatis* aplica al fenómeno CEI; sin embargo las partes de un contrato son autónomas únicamente en la medida y extensión en que se los permite el sistema legal en que se mueven. Son libres en la medida de sus grados de libertad. Si tienen la facultad de escoger entre diversos sistemas legales, de forma que en cada sistema legal a elegir se reconozca el compromiso, compromiso que además es reconocido por los sistemas jurídicos mutuamente, ello se debe a que se cumple con uno de dos supuestos: i) se crea una red de  $n^n$  relaciones sinalagmáticas de reconocimiento mutuo entre los sistemas  $n_i$ , o ii) la obligación de reconocimiento está prevista en un sistema jurídico que engloba otros tantos sistemas legales. La elección que proponemos es que el sistema legal que permite la *lex voluntatis* engloba a todo sistema jurídico que se diga gobernar un CEI.
- e. Característica principal del CEI es la coordinación pactada entre el Estado huésped de la inversión y el inversionista extranjero, coordinación que surge de la interdependencia necesaria para sacar adelante un complejo proyecto de inversión. De esta forma el CEI es un contrato relacional que gobierna una dependencia entre las partes evolutiva y flexible. Mientras más adaptable mejor se acomodará a las necesidades de las partes. El CEI no debe establecer derechos y obligaciones finalísticas, sino procesos y métodos para el desenvolvimiento de la conducta de las partes en la vida del contrato. El punto crítico de dichos procesos y métodos es mantener un equilibrio entre los intereses del Estado contratante, es decir la promoción del desarrollo económico y otros objetivos sociales, y los intereses de los operadores extranjeros.
- f. Los CEI se rigen de una mezcla de disposiciones legales de tipo regulatorio (*grundlegung*) y otras de tipo contractual (*consensus*) en una complicada red de sistemas legales que se entrelazan.
- g. El CEI y el derecho comercial internacional descansan en un sistema legal más general. Evidencia de este *grundlegun* es el gran número de principios que complementan la voluntad de las partes, y que operan con

independencia de que hayan sido expresadas en la norma convencional. Entre dichos principios encontramos *pacta sunt servanda*, *buena fe*, *trato justo*, *usos y prácticas del comercio*, *autonomía de la voluntad*, *separatibilidad de las cláusulas*.

- h. Finalmente cabe señalar que el principio de *pacta sunt servanda* debe ser atendido en todo CEI. La desigualdad contractual entre el particular y el Estado es consecuencia de la naturaleza tética de la norma convencional y siempre será fuente de desigualdades. El problema debe atacarse no negando el principio *pacta sunt servanda* sino incorporando cláusulas de revisión y renegociación en el CEI.



## BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA, FUENTES Y CASOS

### BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989.

Adame Goddard, Jorge, et al, *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM-UP, 1998.

Adolfo Posada, *Tratado de derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, 2ª ed., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1923, t. I.

Aldcroft, Derek, *Historia de la economía europea, 1914-1980*, Barcelona, Grijalbo, 1989.

Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, (trad. Buenaventura Pellisé Prats) trad., 3ª ed., Barcelona, Bosch, t. I, 1970.

Alfonsín, Quintín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1950.

Allott, Philip, *Eunomia. New order for a new world*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Historia del derecho romano*, (trad. Francisco de Pelsmaeker E Ibáñez), Madrid, Reus, S.A., 1974.

Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, (trad. José M. Caramés Ferro), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973.

Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

Arnaud, André Jean, et al, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

Arrow, Kenneth y Hahn, Frank, *Análisis general competitivo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

Ashworth, William, *Breve historia de la economía internacional desde 1850*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

Austin, John, *The Providence of Jurisprudence Determined* (1832), London, Weidenfeld & Nicholson, 1955.

Badaoui, Saroit, *Le fait du Prince dans les contrats administratifs*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzais, 1955.

Barrena Nájera, Guadalupe, *La doctrina de la unidad de derecho*, Tesis para obtener el grado de licenciado en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2003.

Batiffol, Henri, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Libraire du recueil Sirey, 1938.

Baudrit Carrillo, Diego, *Teoría general del contrato*, San José, Juricentro, 1982

Beck, Ulrico, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998.

Begg, David, *La revolución de las expectativas racionales en la macroeconomía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a ed. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.

Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo. Parte especial*, 4ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 1999.

Blanchard, Olivier, *Macroeconomics*, New Jersey, Prentice Hall, 1997.

Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2ª ed., (trad. Jorge Guerrero), Bogotá, Temis. S.A., 2002.

Bodin, J, *Los seis libros de la República* (1586), Caracas, Universidad de Venezuela, 1966, Libro I.

Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1978.

Bonfante, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, 5ª ed., (trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979

- Bonnecase, Julien, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1931.
- Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 13ª ed., México, Porrúa, 1994.
- Brierly, J.L., *The Law of Nations. An introduction to the international law of peace*, by Waldock, 6<sup>th</sup> ed, Oxford, Clarendon Press, 1963.
- Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 5<sup>th</sup> ed., 1998.
- Cahn, Edmond, *Supreme Court and Supreme Law*, Indiana University Press, 1954.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis & Carrascosa González, Javier, *Curso de contratación internacional*, Madrid, Editorial COLEX, 2003.
- Calvo, Carlos, *Le droit international théorique et pratique*, Paris, Arthur Rousseau, 1896.
- Canals Arenas, Jorge Ricardo, *El contrato de obra pública*, México, Trillas, 1991.
- Caracciolo, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.
- Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Editorial Reus, 1951, t. III, Derecho de Obligaciones.
- Cavers, David, *The choice of law process*, Michigan, University of Michigan Press, 1965.
- Clausewitz, On War (Von Kriege) (1832), Londres, Penguin Books, 1968.
- Collier, John, *The settlement of disputes in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Córdova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Era, S.A., 1972.
- Córdova, Arnaldo, *Sociedad y Estado en el mundo moderno*, México, Grijalbo, 1976.
- Coriat, Benjamín, *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, México, Siglo XXI, 1982.

Crawford, James, *The creation of States in international law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University, 2002.

Cross, Rupert, *Statutory Interpretation*, Butterworths, Londres, 1995.

Cruz Barney, Óscar, *El régimen jurídico del curso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1997.

Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2004, pp. 509-510.

Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porrúa – UNAM, 2002.

Cruz Miramontes, Rodolfo & Cruz Barney, Oscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Porrúa – INAM, 2004

Cruz Miramontes, Rodolfo, *La ley norteamericana de inmunidad del Estado Soberano de 1976, Análisis y Comentarios*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

Chabod, Federico, *La idea de nación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

Chacholiades, Miltiades, *Economía internacional*, México, McGraw Hill, 1981.

Cherian, Joy, *Investment contracts and arbitration*, Leyden, Sijthoff, 1975.

D'Hollander Juliette & Lefebvre Guy, *Le contrat international d'ingénierie – construction: étude comparée des contrats – types et de la pratique contractuelle des sociétés québécoises*, Centre de Recherche en Droit Public, Université de Montréal, vol. 32, marzo 2000.

D'Ors, *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1991.

De Aquino, Tomás, *Suma de Teología*, Parte II, cuestión 5, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1947.

De Laubadère, André, *Traite théorique et pratique des contrats administratifs*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzais, 1956, t. I.

De Laubadère, André, *Traite théorique et pratique des contrats administratifs*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzais, 1956, t. III.

Dicey and Morris, *The conflict of laws*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1980

Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1990, t. I.

Dormí, Roberto, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

Duguit, Leon, *Leçons de Droit Public Général*, Paris, Boccard, 1926.

Enneccerus, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, t. II, Teoría General.

Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, vol. I, 1977.

Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

Feller, A.H., *The Mexican claims commissions. 1923-1934. A study in the law and procedure of international tribunals*, Nueva York, MacMillan Company, 1935.

Ferguson, A., *An essay on the history of civil society (1767)* Duncan Forbes Ed., Edinburgh, University Press, 1966.

Fernández Rozas, José Carlos, Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho internacional privado*, 1ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 1999.

Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo. Contratos*, 2ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003.

Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.

Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001.

Fiore, Pascual, *Derecho Internacional Privado*, (trad. García Moreno), México, Talleres de la Ciencia Jurídica, 1898, t.II.

Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989, 28ª ed.

Freeman, Michael, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, Londres, Sweet and Maxwell, 1994, 6a ed.

Frignani, Aldo, *Il diritto del commercio internatiozionale. Manuale teorico pratico per la redazione del contratti*, II Edizione, Ipsoa Informatica, 1990.

García Castillo, Tonatiuh, *Ley Federal de competencia económica. Comentarios, concordancia y jurisprudencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la INAM, 2003.

García Castillo, Tonatiuh, "Derecho penal internacional vs. Derecho internacional penal", *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, México, No. 4, 2002.

García Castillo, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes: Derecho internacional / derecho nacional*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2004.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5ª ed., Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1991, t. I.

García de Enterría, Eduardo, "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.

García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, Madrid, Editorial Civitas, 1990.

García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1970.

Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª Ed., Madrid, Tecnos, 1992, vol. II.

Dornbusch, Rudiger, et al, *Public Debt Management: Theory and History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

Fix-Fierro, Héctor et al., *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.

Glanville, Williams, *Learning the law*, Stevens and Sons, Londres, 1982.

Gómez Robledo, Antonio, *México y el arbitraje internacional*, México, Porrúa, 1965.

González Campos, Julio, *et al, Derecho internacional privado, parte especial*, Oviedo, Apel, 1989.

González de Cossio, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004.

Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

Guardans i Cambó, Ignasi, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992.

*Guide juridique de la commission des nations unies pour le droit commercial international pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, New York, CNUDCI, 1988, pp. 14 y ss.

Guillemin, Hervé & Maule, Martine, *Le marché du travail, salaires et emploi dans les théories économiques*, Paris, Eyrolles, 1993.

Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*, (trad. Genaro R. Carrio), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

Hayek, Frederich, *La desnacionalización del dinero*, Barcelona, Planeta–Agostini, 1994.

Hayek, Frederich, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, University of Chicago, 1973, vol. I

Hayek, Frederich, *Law, Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Routledge & Kegan Paul Ed., Londres, 1967.

Hayek, Frederich, *The road to serfdom*, Londres, Routledge, 1944.

Hayek, Friedrich, *The political ideal of the rule of law*, El Cairo, National Bank of Egypt. Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, 1955.

Hegel, G.W.F, *Filosofía del derecho*, (1820) México, UNAM, 1985.

Herman, Timothy, *Inversión en la globalización*, México, Bolsa Mexicana de Valores, 1998.

Higgins, Rosalyn, *Problems & process. International law and how we use it*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

Hohfeld, W. N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Cook, Yale University Press, 1923

Holmes, Oliver W., *The common law*, (1881), New York, Dover Publications, Inc., 1991.

Hume, David, *Essays, Moral, political and literary* (1777), Eugene F. Miller Ed., Indianapolis, Liberty Press, 1987.

Hurrell, "International society and the study of regimes", V. Rittberger editor, *Regime Theory and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 12ª ed. Barcelona, Ariel, 1999.

Ihering Von, R, *La lucha por el derecho*, (trad. Adolfo Posada), Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881.

Jellinek, Georg, *L'Etat Moderne et son droit*, (trad. de Georges Fardis), Paris, V. Girad & E. Brière, 1911, t. I.

Jessup, Phillip, *Transnational law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

Jèze, Gaston, *Principios generales de derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1949.

Josserand, L, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, (trad. José María Cajica), Jose Cajica Jr. Editor, Puebla, 1946.

Juenger, Friedich, "Jurisdiction, choice of law and the elusive goal of decisional harmony", en Sumampouw, Mathilde ed. *Law and Reality*, The Hague, Asser Instituut, 1992.



Justiniano, *El digesto*, versión castellana de A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, m. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, Edit. Aranzadi, 1975, t. III.

Kant, Immanuel, *Kant's Political Writings*, H. Reiss ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, México, Porrúa, 1982.

Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, (1797), México, UNAM, 1978.

Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.

Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Editora Nacional, 1974.

Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, (trad. Eduardo García Manynez), México, UNAM, 1943.

Kelsen, Hans, *General theory of law and State*, Cambridge MA, Harvard, 1945

Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California, 1967.

Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, (1979), México, Trillas, 1994.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, (1944), (trad. Eduardo García Maynez), México, UNAM, 1988.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, (1934), (trad. Roberto Vernengo), México, Porrúa, 1991.

Keynes, John, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, (1936), México, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., 1ª reimpresión, 1956.

Lagarde, Paul, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, "Paris, R. Pichon & R. Durand – Auzias, 1959.

Lajoie, Andrée, *Contrats administratifs: jalons pour une théorie*, Montreal, Les Éditions Thémis Inc, 1984.

Laski, Harold, *El Liberalismo Europeo (1936)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 11.

Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1987.

López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1997.

Loussouarn Yvon & Bredin Jean-Denis, *Droit du Commerce International*, Paris, Sirey, 1969.

Luhmman, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos Editorial, 1991.

Lutzesco, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, México, Porrúa, 1945.

Malanczuk, P, *Akenhurst's modern introduction to international law*, 7<sup>nd</sup> ed., New York, Routledge, 1997.

Manrique Campos, Irma, "Reforma financiera: innovación, desregulación y crisis" en *Arquitectura de la crisis financiera*, México, UNAM, 2000.

Maquiavelo, Nicolás, "El Príncipe", en *Obras Políticas*, La Habana, Editora de Ciencias Sociales, 1971.

Maravall, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)*, Madrid, Revista de Occidente, S.A., 1972, t. I.

Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo. Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1974, t. III-A.

Marx, K, *El capital*,(1894), México, FCE, t. I.

Mazeaud, Henry y Léon & Mazeaud, Jean, *Lecciones de derecho civil, Parte II, Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral, vol. I*, (trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América.

Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, (trad., Fontanorrosa, Sentis Melendo, Volterra), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa–América, 1986, t.I.

Monedero Gil, José Ignacio, *Doctrina del contrato de Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

Moore, John Bassett, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1906, vol. II.

Moore, John Bassett, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1906, vol. I.

Morand, Charles Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

Mun, Thomas, *La Riqueza de Inglaterra por el comercio exterior, (1664)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1954.

Muñoz, Luis, *Teoría general del contrato*, 1ª ed., Cárdenas Editor, México, 1973.

Niboyet, J.P., *Principios de derecho internacional privado*, (trad. Andrés Rodríguez), México, Editora Nacional, 1969.

Ots Capdequi, J. M., *El Estado español en las Indias*, México, FCE, 1986.

Ozaki, Muneto, *Negociar la flexibilidad. Función de los interlocutores sociales y del Estado*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2000.

Ozono, Akio, et al, *La economía japonesa en una época de transición*, Barcelona, Círculo Internacional de Editores, 1995.

Parada, Ramón, *Derecho administrativo I. Parte General*, 12ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2000.

Pataut, Étienne, *Principe de souveraineté et confits de juridictions (étude de droit international privé)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999.

Paulson, Stanley, et al, *Normativity and norms. Critical perspectives on kelsenian themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

Pequignot, Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Editions A. Pedone, 1945.

Pérez Vera, Elisa; Guzmán Zapater, Mónica, “Las obligaciones contractuales” en *Derecho internacional privado vol.II, Derecho civil internacional*, Coord., Pérez Vera, Elisa, 3ª ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991.

Petit, E, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1951.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil, Teoría general de los contratos, Contratos especiales*, (trad. José María Cajica), Cárdenas Editor, México, 1983.

Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*. México, Porrúa, 2ª Ed., 2004.

Quintana, Adriano, Elvia, Arcelia, *El comercio exterior de México. Marco jurídico, estructura y política*, México, Porrúa, 2003.

Rábago Dorbecker, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, México, Porrúa – Universidad Iberoamericana, 2004, p. 29.

Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, México, Porrúa.

Raz, Joseph, *The authority of law. Essays on law and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

Raz, Joseph, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, Oxford, OUP, 1973.

Raz, Joseph, *Post scriptum al concepto de derecho de Hart*, México, UNAM, 2000.

Redfern, Alan y Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999.

Ricardo, David, *Principios de economía política y tributación, (1817)* México, Fondo de Cultura Económica, 1959.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Antigua Librería Robredo, 1954, t VI, Contratos, vol. I.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, México, Porrúa, 1981, t. V, Obligaciones, vol. I.

Rojina Villegas, Rafael, *Teoría jurídica de la conducta*, México, Ediciones Botas, 1947.

Ross, Alf, *Lógica de las normas*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971.

Ross, Alf, *On law and justice*, Berkeley, University of California Press, 1974.

Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, vol. II, Madrid, Ed. Reus, 1931.

Santi Romano, *L'ordenamento giuridico*, (1918) Florencia, Sansoni, 2ª ed., 1ª reimpresión, 1951.

Savigny, M.F.C., *Sistema del Derecho Romano Actual (1849)*, Mesía Jacinto y Poley Manuel trad., Madrid, Centro Editorial de Góngora, sin año de edición, t. VI.

Scout, Robert & Graus Jody, *Contract law and theory*, Newark, Lexis Nexis, 3ª edición, 2002.

Schaff, Adam, *Historia y verdad*, México, Grijalbo, 1971.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1952.

Schwarzenberger, Georg, *Foreign investments and international law*, London, Stevens & Sons, 1969.

Sée, Henri, *Orígenes del capitalismo moderno*, México, 4ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1977.

Sepulveda, Cesar, *Derecho internacional*, México, Porrúa, 1998.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., México, Porrúa, 1976, t. I.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 7ª ed., México, Porrúa, 1976, t. II.

Shea, Donald, *The Calvo Clause*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

Shulz Fritz, Derecho Romano Clásico, (trad. de José Santa Cruz Teigeiro), Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1960

Siegel, David, *Conflicts*, 2a. ed., Massachussets, West Publishing, 2003.

Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, (1776) México, Fondo de Cultura Económica, 1958.

Sofocles, *Las siete Tragedias*, México, Porrúa, 1988.

Sohm, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano (Historia y sistema)*, (trad. Wenceslao Roces), México, Editora Nacional, 1975.

Spinoza, Baruch, *Tratado teológico político*, (1670) Madrid, Alianza Editorial, 1986.

Steiner, Henry & Vagts, Detlev, *Transnational legal problems*, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 1976.

Stiglitz, Joseph, *La Economía del sector público*, Barcelona, Antoni Bosch, 2ª ed., 1995.

Stiglitz, Rubén, *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

Tamayo Lombana, Alberto, *Manual de obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1990.

Torres Gaytán, Ricardo, *Teoría del comercio internacional*, México, Siglo XXI, 1972.

Troeltsch, E, *El protestantismo y el mundo moderno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967.

Valéry, Jules, *Manuel de Droit international Privé*, Paris, Fonteming et Cie, 1914.

Varian, Hal, *Intermediate Microeconomics*, 3a ed., Nueva York, W.W. Norton & Company, Inc., 1993.

Vattel E., *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law applied to the conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns* (1758), Washington, Editor C.G. Fenwick, 1916.

Vedel, Georges, *Droit Administratif*, Paris, Thémis, 1973.

Weber, Max, *Historia económica general*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1942.

Weil, Prosper, et al, *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offerts a Berthold Goldman*, Paris Litee, 1982.

*Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v James Millar & Partners Ltd*, [1970] AC 583.

Wolf, C, *The Law of Nations according to a Scientific Method*, (1749/1764), Oxford, Oxford University Press, 1934.

Wolff, Martin, *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1944.

Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, México, UNAM, 1990

Zenteno Barrios, Javier, Coord. *Inmunidad y Soberanía*, Petróleos Mexicanos, 1999.

## HEMEROGRAFÍA

Adame Goddard, Jorge, “Reglas de valides de los contratos internacionales (estudio comparativo)” en *Ars juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 19, Octubre de 1998.

Adede, A.O., “Legal trends in international lending and investment in the developing countries”, en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1983, II, t. 180.

Albert, Mathias, “Legalisation or global law formation? On the evolution of law in world society”, en Presentación en la conferencia *Transnacional business in the age of globalization*, Munich, 26 de octubre de 2001.

Aldrich, George, “What constitutes a compensable taking of property? The decisions of the Iran – United States Claims Tribunal”, en *American Journal of International Law*, vol. 88, 1994.

Allot, Philip, “The concept of international law”, en *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 1, 1999.

Allott, Philip, “Reconstituting humanity–new international law” en *European journal of international law*, vol. 3, No. 2, 1992.

Andrade-Max, Diego, "Las personas morales de derecho público como partes en el arbitraje comercial internacional", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 22, 1993.

Arce Gargollo, Javier, "Notas sobre el capítulo de formación del contrato en los principios de UNIDROIT", en *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 19, octubre de 1998.

Asante, Samuel, "Stability of contractual relations in the transnational investment process", en *International and comparative law quarterly*, Oxford University Press, vol. 28, Julio de 1979.

Basdevant, Jules, "Règles générales du droit de la paix", *Recueil des cours*, Hague Academy of International Law, 58, 1936, IV.

Berlin, Dominique, et al, "Les contrats d'États (state contracts) et la protection des investissements internationaux", en *Droit et pratique du commerce international*, 1987, vol 13, No. 2.

Berman, Harold J, "The Origins of Western Legal Science", *Harvard Law Review*, Cambridge Mass, March 1977, vol. 90, N° 5.

Bindschedler, Rudolf, "La protection de la propriété privée en droit international public", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1956, vol. II, t. 90.

Bishop, Doack, "Internacional arbitration of petroleum disputes: The development of a 'Lex Petrolea'", The Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/article2-3.html>, 2000.

Blanco, Herminio, "Un modelo de los ataques especulativos contra el peso mexicano", en *Estudios económicos*, vol. 1, México, Colegio de México, 1986.

Bobbio, Norberto, "Hans Kelsen, the theory of law and the international legal system. A talk", en *European Journal of International Law*, vol 9, No. 2, 1998.

Bonell, Michael Joachim, "The UNIDROIT principles of international commercial contracts. Nature, purposes and first experiences in practice", <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.html>.

Bonell, Michael Joachim, "The UNIDROIT principles and transnational law", <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>, 2000.



Booyesen, Hercules, "International law as legal system: the quest and the need for a private-law leg", <http://home.yebo.co.za/~interlegal/private-leg.html>.

Booyesen, Hercules, "Is international law relinquishing its exclusively public law nature?", en *Tulsa journal of comparative & international law*, No. 129, Primavera 1997.

Borchard, Edwin, "Limitations on coercitive protection", en *American Journal of International Law*, t. XXI, abril 1927.

Bowett, Derek, "Claims between status and private entities: the twilight zone of international law", en *The Catholic University Law Review*, Verano 1986, vol. 35.

Briceño Sierra, Humberto, "El arbitraje y los negocios", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 23, 1994.

Broches, Aron, "The 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: an exercise in international legislation" en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XVII1, 1987.

Brownlie, I, "Legal status of natural resources", en *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, vol. I, tomo 162, 1979

Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *DOXA Cuadernos de filosofía del derecho*, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1991.

Calafell, Jorge Enrique, "La teoría del acto administrativo", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 23, 1995-I.

Calafell, Jorge, "Teoría General de la Concesión", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 26, 1996.

Carabiber, C., "L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers", *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1950, v. I, t. 176.

Cárdenas, Enrique (comp.), *Historia económica de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, El Trimestre Económico, no. 64.

Carlston, Kenneth, "Concession agreements and nationalization", *American Journal of International Law*, April 1958, vol. 52, Issue 2

Caron, David, "The nature of the Iran–United States Claims Tribunal and the evolving structure of international dispute resolution", en *American journal of international law*, Enero 1990.

Contreras Garza, Joaquín, "Algunas consideraciones sobre la protección a la inversión extranjera directa a la luz del derecho internacional privado", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1995-I.

Contreras Vaca, Francisco, "Análisis de la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Ars Juris. Revista del Instituto de documentación e investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 21, Septiembre de 1999.

Crawford, James, "Execution of judgements and foreign sovereign immunity", en *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981.

Cruz Barney, Oscar & Rábago Dorbecker, Miguel, "Protección al medio ambiente y a la inversión extranjera en el TLCAN: ¿objetivos contradictorios? Una mirada desde la práctica arbitral", en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, Argentina, Zavalia, 2004, pp. 336 y ss.

Cruz Barney, Oscar, "Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias", en *Ars juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 23, Mayo 2001

Cruz Miramontes, Rodolfo, "Alcance jurídico del concepto económico de país en vías de desarrollo", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1994.

Charney, Jonathan, "Transnational corporations and developing public international law", en *Duke Law Journal*, Septiembre de 1983.

Charnovitz, Steve, "La OMC y los derechos del individuo", en *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 26, 2001.

D. Reed Freeman, Jr., "What is a contract?",  
[http://www/profs.lp.findlaw.com/contracts/contract\\_1.html](http://www/profs.lp.findlaw.com/contracts/contract_1.html), 1999.

Davidow, Joel & Chiles, Lisa, "The United States and the binding or voluntary nature of international codes of conduct regarding restrictive business practices", en *American Journal of International Law*, vol. 72, No. 2, Abril 1978.

De Boer, Th. M., "Facultative choice of law. The procedural status of choice of law rules and foreign law", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1996, t. 257.

De Prada García, Aurelio, "Apuntes para una teoría glocal del derecho", Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. núm. 5-2002, <http://www.uv.es/CEFD/5/prada.html>.

Delaume, Georges, "Economic development and sovereign immunity", en *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985.

Delaume, Georges, "State contracts and transnacional arbitratron", en *American Journal of International Law*, Vol. 75, 1981.

Delaume, Georges, "The internationalization of law and legal practice: comparative analysis as a basis of law in state contracts: the myth of the lex mercatoria", en *Tulane law review*, Febrero 1989, No. 63.

Delaume, Georges, "The proper law of loans concluded by international persons: A Restatement and a forecast", *American Journal of International Law*, January 1962, vol. 56, Issue 1

Delaume, Georges, "The proper law of State contracts reviseted", en *ICSID Review, Foreign investment law journal*, vol. 12, Primavera 1997.

Dernburg, H. "Some Basic Aspects of the German Debt Settlement", *The Journal of Finance*, September 1953, vol. 8, No. 3

Diamnod, Aubrey, "Harmonization of private international law relating to contractual obligations", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, Vol IV, Tomo 199, 1986.

Dodge, William, "Metalclad Corporation v. México. ICSID Case No. ARB/(AF)/971.40 ILM 36" en *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001.

Dolzer, Rudolf, "New foundations of the law of expropriation of alien property", en *American Journal of International Law*, vol. 75, No. 3, Julio 1981.

Domke, Martín, "Foreign nationalizations", *American journal of international law*, vol. 55, Issue 3, Julio, 1961.

Drago, Luis, "State Loans in their relation to international policy", en *American Journal of International Law*, t. I, Julio 1907.

El Chianti, A.Z., "Protection of investment in the context of petroleum agreements", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, Vol IV, Tomo 204, 1987

Elian, George, "Souveraineté sur les ressources nationales", en *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, vol. I, tomo 149, 1976.

El-Kosheri, Ahmed Sadek, "Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1974, vol. II, t. 142.

Estavillo Castro, Fernando, "Medios alternativos de solución de controversias", en *Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 26, 1996

Fatouros, A.A., "International law and the internationalized contract", *The American Journal of International Law*, vol 74, No. 1, Enero 1980.

Fenwick, C., "War as an instrument of national policy", *American Journal of International Law*, October 1928, vol. 22, Issue 4

Friedman, W, "Some impacts of social organization on international law", Bufalo, Nueva York, *American Journal of International Law*, 3 de Julio 1956, vol., 50.

Friedman, Wolfgang, "The uses of 'general principles' in the development of international law", *American Journal of International Law*, April 1963, vol. 57, Issue 2

Gill, David, "Legal principles and practices relating to private foreign investment", en *Proceedings of the 77th annual meeting*, American Society of International Law, Washington, 1983.

Goldschmidt, Werner, "Transactions between States and public firms and foreign private firms (a methodological study)", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1972, vol. II, t. 136.

González de Cossio, Francisco, "La Convención Interamericana y los Contratos Internacionales", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 27, 1997.

González-Posada Martínez, Elías, "Las reglas jurídicas de la globalización", <http://www.der.uva.es/trabajo/regjur.doc>

Grahan, Edward & Wilkie, Christopher, "Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales: las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN", en *Ars juris. Revista del Instituto de Documentación e investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 21, 1999.

Grigera Naón, Horacio "Choice of law problems in international commercial arbitration", en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 2001, t. 289.

Grün, Ernesto, *El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio*, [www.filosofiyderecho.com/rtfd](http://www.filosofiyderecho.com/rtfd), Revista telemática de filosofía del derecho, nº 1, 1997/98.

Grün, Ernesto, *La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético*, 2004, <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/global.html>.

Habermas, Jürgen, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, (trad, Manuel Jiménez Redondo), Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988.

Higet, Keith, "Eason–Weinmann Center for Comparative Law Colloquium: The Internationalization of law and legal practice: the enigma of the *lex mercatoria*", 63 *Tulane Law Review* 613, Tulane University, Febrero 1989.

Higgins, Rosalyn, "The taking of property by the state : recent developments in international law", en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 1982, vol. III, t. 176.

Higet, Keith, "The internationalization of law and legal practice: the enigma of the *lex mercatoria*", en *Tulane law review*, Febrero 1989, No. 63

Hyde, James, "Economic development agreements", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1962, vol. I, t. 105.

Irish Maureen, "NAFTA chapter 19 and the judicial review in Canada", en *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 21, septiembre de 1999.

Jiménez de Aréchega, Eduardo, "International law in the past third of a century", en *Recueil des cours*, the Hague Academy of International Law, 1978, vol. I, t. 159.

Juenger, Friedrich, K, "El derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1994.

Juenger, Friedrich, "General course on private international law", en *Recueil des Cours*, The Hague, Martinus Hijhoff Publishers, vol 193, 1985-IV.

Kelsen, H, "The preamble of the charter. A critical analysis", *The Journal of Politics*, May 1946, vol. 8, No. 2.

Kishoiyian, Bernard, "The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary international law", en *Journal of International Law & Business*, Northwestern School of Law, Invierno 1994.

Kokkini – Iatridou, D & De Waart, P.J.I.M., "Foreign investment in developing countries – legal personality of multinationals in international law" en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XIV, 1983

Korff, Baron, "An introduction to the History of International Law", *American Journal of International Law*, vol 18, Issue 2, Abril, 1924.

Koskenniemi, Martti, "Hierarchi in international law: a sketch", en *European Journal of International Law*, Vol. 18, 1997, No. 4, <http://www-ejil.org/journal/Vol18/No4/art2.html>

Koskenniemi, Martti, "The politics of international law", *European journal of international law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, No.1.

Kratochwill, Friedrich, "The limits of contract", *European Journal of International law*, vol. 5, No. 4, 1994.

Kuruk, Paul, "Renegotiating transnational investment agreements: lessons for developing countries from the Ghana–Valco experience", en *Michigan journal of international law*, vol 13, otoño 1991.

Lalive, Jean-Flavien, "Contrats entre États ou entreprises Étatiques et personnes privées", *Recueil des cours*, Hague Academy of International Law, 1983, III, t. 181.

Lalive, *Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère*, en *Annuaire suisse de droit international*, 1963, pp. 273 a 302

Lando, Ole, "The conflict of laws of contracts. General principles", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1984, VI, Tomo 189.

Leijnhufvud, Axel, "¿Qué le ha sucedido a la economía keynesiana?", en *Estudios Económicos*, vol. 2, México, Colegio de México, 1987.

Lipp, R, "Transnational business law in the twenty-first century: The crisis in international trade", vol. 15 *Transnational Law* No. 31, 2002.

Lipsey, Richard, "El libre comercio entre países desiguales", en *Estudios económicos*, vol. 6, México, Colegio de México, 1991.

Lookofsky, Joseph, "The limits of commercial contract freedom: Under the UNIDROIT 'Restatement' and Danish Law" en *American journal of comparative law*, No. 46, 1998.

López Velarde Estrada, Rogelio, "El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1994.

López Velarde Estrada, Rogelio, "La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideración desde la perspectiva del derecho internacional privado", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1995-I.

López-Portillo Vargas, Ernesto, "La Reforma a la seguridad y la justicia", en *Nexos*, México, año 26, vol. XXVII, núm. 323, noviembre 2004.

Luzzatto, "International commercial arbitration and law of States", en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 1977, vol. IV, t. 157.

Maalouli, Tony, *La notion du contrat internacional*, <http://www.dm.net.lb/tmalouli/practice/contint.html>, 1996.

Mackaay, E., "Emergence of legal rules" en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan, 1998, vol. 2.

MacNair, *The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations*, British Year Book of International Law, 1957, 3.

Madrazo, Jorge, "Comentario al artículo 27" en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, IJIC UNAM, 1985.

Maniruzzaman, A.F.M., "Internacional development law as applicable law to economic development agreements: a prognostic view", en *Wisconsin International Law Journal*, vol. 20, invierno 2001.

Maniruzzaman, Abul, "The lex mercatoria and internacional contracts: a challenge for internacional comercial arbitration?", en *American University International Law Review*, vol. 14, 1999

Mann, F., "Lex facit arbitrum", en *International arbitration liber amicorum for martin domke*, Pieter Sanders Ed., The Hague, Martinus Nijhoff, 1967

Mann, F.A., "Foreign investment in the International Court of Justice: The ELSI case", en *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992.

Mann, F.A., "State contracts and state responsibility", en *American Journal of International Law*, vol. 54, No. 3, julio 1960.

Mann, F.A., "The law governing state contracts", en *British Yearbook of International Law*, 1944.

Mann, F.A., "The proper law of contracts concluded by international persons", en *British Yearbook of International Law*, 1959.

Martínez Rosaslanda, Sergio, "La instancia administrativa", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 23, 1994.



McGrew, Anthony, "Conceptualizing global politics", en *Global politics, globalizations and the Nation-State*, Polity Press, Cambridge, 1993.

McNair, Arnold, "The general principles of law recognized by civilized nations", *The British year book of international law*, Oxford, Oxford University Press, 1957.

Mehren, Robert & Kourides, Nicholas, "International arbitration between status and foreign private parties: The Libyan nationalization cases", en *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981.

Méjan Carrer, Luis Manuel, "La formación del consentimiento por medios electrónicos", en *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 14, diciembre de 1995.

Michalski, Wolfgang, "¿Son compatibles el multilateralismo y el regionalismo?", en México: Transición económica y comercio exterior, México, Banco Nacional de Comercio Exterior, 1997.

Moyano Bonilla, César, "Principio de la primacía del derecho internacional", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 23, 1995-I.

Murphy, Sean, "U.S. Interpretation of Core NAFTA Investment Standards", en *American Journal of International Law*, vol. 95, No. 4, Octubre 2001.

Niboyet, J.P. "La théorie de L'autonomie de la volonté", en *Recueil des Cours*, t. I, The Hague, Hague Academy of international Law, 1927.

Nicolson, H, "Modern diplomacy and British public opinion", *International Affairs*, Royal Institute of International Affairs, 1931-1939, Septiembre-Octubre. 1935, vol 14, N. 5.

Norton, Patrick, "A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation", en *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991.

Nwogugu, E. I., "Legal problems of foreign investments", en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 1977, vol. IV, t. 157.

Nygh, Peter, "The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1995, Tomo 251.

Orrego Vicuña, Francisco, "Some international law problems posed by the nationalization of the copper industry by Chile", en *American Journal of International Law*, vol 65, No. 4, Octubre 1973.

Parry, Clive, "Some considerations upon the protection of individuals in international law", en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 1956, vol. II, t. 90.

Pellonpää & Fitzmaurice, "Taking of property in the practice of the Iran- United States Claims Tribunal", en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XIX, 1988.

Petrén, S, "La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1963, Vol. II, Tomo 109.

Petrochilos, Georgios, "Arbitration conflict of laws rules and the 1980 international sales convention", *Revue Hellenique de Droit International* (1999).

Potter, P, "The doctrine of servitudes in international law", *American Journal of International Law*, July 1915, vol. 9, Issue 3

Rigaux, François, "Hans Kelsen on international law", en *European Journal of International Law*, Vol. 19, 1998, No. 2, <http://www-ejil.org/journal/Vol19/No2/art2.html>

Rivera, Julio César, "El derecho privado en los espacios económicos (Unión Europea, MERCOSUR, Área de Libre Comercio de las Américas)", en *Revista latinoamericana de derecho*, año II, Núm. 3, enero-junio, UNAM, México, 2005.

Robinson, Davis, "Expropriation in the Restatement (revised)", en *American Journal of International Law*, vol. 78, No. 1, Enero 1984.

Robles Farías, Diego, "La relación jurídica obligatoria (El actual concepto de obligación jurídica)", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 31, 2001.

Rojas Amandi, Víctor Manuel, "La cláusula del fuero convencional en el derecho norteamericano", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 23, 1995-I.

Romero Fabiola, *La norma de aplicación inmediata o necesaria*, Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Revista 112, <http://www.zur2.com/fcjp/112/fabiola.html>.

Rosenn, Keith, "Suggested principles for regulating foreign investment", en *Consulting Assistance on Economic Reform Discussion Papers No. 26*, Harvard Institute for International Development, Abril 1998.

Roses, Wenceslao, "Algunas consideraciones sobre el vicio del modernismo en la historia antigua", en *Cuadernos Americanos*, Año XVI, Vol. XCVI, Num. 6, 1957, pp. 86-103.

Sacerdoti, Giorgio, "Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1997, t. 269.

Sanabria Enzastiga, Armando, "Tratamiento fiscal de la indemnización en materia expropiatoria", en *Ars Juris. Revista del Instituto de documentación e investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 30, 2003.

Schachter, Oscar, "Compensation for expropriation", en *American Journal of International Law*, vol. 78, No. 1, Enero 1984.

Schwebel, Stephen & Wetter, Gillis, "Arbitration and the exhaustion of local remedies", en *American Journal of International Law*, vol. 60, No. 3, Julio 1966.

Séfériadès, Stelio, "Le Problème de l'accès des particuliers a des juridictions internationales", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1935, Vol. I, Tomo 51.

Seidl-Hohenveldern, "International economic law", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, Vol III, Tomo 198, 1986.

Shalakany, Amr A., "Arbitration and the Third World: A plea for reassessing bias under the specter of neoliberalism", en *Harvard International Law Journal*, no. 41, año 2000.

Sharma, K.M., "From 'sanctity' to 'fairness': an uneasy transition in the law of contracts", en *New York Law Journal of International & Comparative Law*, No. 95, 1999.

Shawcross, "The problems of foreign investment in international law", *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1961, I, t. 102.

Simma, Bruno y Paulus Andreas, "The 'international community': facing the challenge of globalization", en *European Journal of International Law*, Vol. 19, 1998, No. 2, <http://www-ejil.org/journal/Vol19/No2/art2.html>

Simma, Bruno, "Self – contained regimes" en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XVI, 1985.

Siqueiros, José Luis, "El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, 2002.

Sornarajah, M., "Settlement of investment disputes", conferencia en el simposium *Acuerdos de inversión internacionales y sus implicaciones para los países árabes*, 17-18 de mayo de 1999, Hotel Sheraton, El Cairo. <http://www.unctad.org/iaa/regional/egypt/sornarajah.pdf>

Sperduti, Giuseppe, "L'individu et le droit international", en *Recueil des cours*, The Hague Academy of International Law, 1956, vol. II, t. 90.

Spofford, Charles, "Third party judgment and international economic transactions", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1964, vol. III, t. 113

Vagts, Detlev, "Dispute resolution mechanisms in international business", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, Vol III, Tomo 203, 1987.

Valdés Abascal, Rubén, "Comentario al artículo 27" en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4ª ed., México, LV Legislatura Cámara de Diputados – Porrúa – IJ, UNAM, 1994.

Vandeveldt, Kenneth, "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal", en *Proceedings to the 86<sup>th</sup> Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, Abril 1992.

Vandeveldt, Kenneth, "The political economy of a Bilateral Investment Treaty", en *American Journal of International Law*, vol. 92, No. 4, 1998.

Vereshchetin, Vladlen, "New constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law", en *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 1, 1996.

Verwey, Wil, Schrijver, Nico, "The taking of property under international law: a new legal perspective" en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XV, 1984.

Veytia Palomino, Hernany, "La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 25, 1995-II

Veytia Palomino, Hernany, "El criterio de revisión para México", en *Ars juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Editada por Centros Culturales de México, A.C., No. 21, Septiembre de 1999.

Veytia, Hernany, "El Capítulo uno de los principios del UNIDROIT: (Disposiciones Generales)", en *Contratación internacional. comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM-UP, 1998.

Vischer, F., "The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1974, vol. II, t. 142.

Wealde, Thomas & Ndi, George, "Stabilizing International Investment Commitments: international law versus contract interpretation", en *Texas International Law Journal*, Primavera 1996, No. 216.

Wehberg, Hans, "Pacta sunt servanda", en *American journal of international law*, vol. 53, Issue 4, Octubre 1959.

Weil, Prosper, "Contrats entre Etats et particuliers", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, Vol III, Tomo 128, 1969.

Weiler J.H.H., y Paulus, Andreas, "The structure of change in international law or Is there a hierarchy of norm in international law", en *European Journal of International Law*, Vol. 18, 1997, No. 4, <http://www-ejil.org/journal/Vol18/No4/art1-01.html>

Weiler, Todd, "Substantive law developments in NATFA arbitration" en *Mealey's Internacional Arbitration Report*, Lexis Nexis, 2001, No. 17.

Weintraub, R.J., "Development in choice of law for contracts", en *Recueil des Cours*, The Hague Academy of International Law, 1984, IV, Tomo 187.

Wellens, K.C., "Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends", en *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXV, 1984.

Wesley, Roger, "Expropriation challenge in Latin America: Prospects for Accord on Standards and Procedures", en *Tulane Law Review*, Tulane University, No. 46, 1971

Weston, Burns, "The Charter of Economic Rights and Duties of States and the deprivation of foreign-owned wealth", en *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981.

Willing, T, "Is hudson bay a closed or an open sea?" *American Journal of International Law*, April 1912, vol. 6, Issue 2.

## FUENTES

Black's Law Dictionary, Minnesota, West Publishing, Centenal Edition 1991.

*Caribbean Basin Economic Recovery Act*,  
[http://www.ustr.gov/Trade\\_Development/Preference\\_Programs/CBI/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Trade_Development/Preference_Programs/CBI/Section_Index.html).

Charter of Economics Rights and Duties of States, 1974, General Assembly Resolution 3281.

Código Civil del Estado de Puebla, México, 1978.

Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Comercio, México, 1889.

Conference for the Codification of International Law: The Hague, 1930, "Responsibility of States for Damages caused in their territory to the person or property of foreigners", League of Nations Document C. 75. M. 1929. V. *American Journal of International Law*, January 1930, vol. 24, Issue 1

Constitución de los Estados Unidos de América

Convención de 1965 sobre la solución de controversias relacionadas con inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados

Convención de la Comunidad Europea sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, suscrita en Roma en 1980

Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar de 1982.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961

Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales del 17 de marzo de 1994

Convención para la Solución de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados de Washington de 1965

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958

Convención sobre los derechos y deberes de los Estados adoptada por la séptima conferencia Panamericana en Montevideo, en *American Journal of International Law*, 1933, 28, Supp, 75 (1934).

Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Declaración de Principios de Derecho Internacional Referente a las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre Estados de acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas, Asamblea General, 1970, Resolución 2625 (XXV).

Declaración del Gobierno de la República Popular y Democrática de Argelia referente a la solución de controversias entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de la República Islámica de Irán.

*Diccionario de autoridades*, Real Academia Española, t. I, Madrid, Editorial Gredos, Edición facsímil, 1990.

*Federal Reporter, Second Series.*

Foreign Assistance Act, 1974

Foreign Relations, 1969-1976, vol. IV, Foreign Assistance, International Development Trade Policies, 1969-1972, U.S. Department of State, <http://www.state.gov/r/pa/ho/frus/nixon/iv/15229.htm>.

Ley de Aeropuertos, 1995, México

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, México

Ley General de Sociedades Mercantiles, México

Ley Modelo de UNCITRAL

*New York Supplements, Second series.*

*North Western Reporter.*

Nota con motivo de la Expropiación Petrolera Mexicana de 1938, del Secretario de Estado del gobierno de los Estados Unidos, Mr. Hull, al gobierno mexicano en 1940.

Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, 1994.

Proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión marzo 14 del 2002

Proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Valladolid III, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del diciembre 5 del 2002

Reglas de la ICC de 1988

Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (1) by Mario Giuliano Professor, University of Milan (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde Professor, University of Paris I (who contributed the comments on Articles 2, 9, 11, and 14 to 33),

Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1962, Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales



Restatement (Second), Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute.

*Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Washington, American Law Institute, 1934.

*Restatement, Second, Contracts*, 1981, American Law Institute.

*The Dictionary of National Biography*, fundado en 1882 por George Smith, Volume IV, London, Geoffrey Comberlege, 1950.

Tratado de Libre Comercio para América del Norte

*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Commented*, UNIDROIT, <http://www.unidroit.org>, 1994.

*Uniform Commercial Code*.

## **CASOS**

*Air Services Agreement Case*, France v US, Arbitral Tribunal, 1978.

*Alabama Claims*, US/UK, 1872, Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, 1898, vol. 1.

*Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., y A.S. Baltoil vs. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, 25 junio 2001.

*Ambiatelos Arbitration*, Grecia v. UK, 1956, 23 International Law Reports 306.

*Amco Asia Corporation v. Indonesia* (Jurisdiction), ICSID Case Mo. ARB/81/1, 25 de septiembre de 1983. 23 International Law Materials, 351, 359. (1983)

*Amoco International Finance Corp v Iran*, 1987, US v Iran, Iran US CTR.

*Anglo Iranian Oil Company*, United Kingdom v Iran, Jurisdiction, International Court of Justice, 1952.

*Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Affaire CIRDI ARB/95/3, 10 febrero 1999.

*Arab Monetary Fund v Hasim*, [1991] 1 All ER 871 House of Lords.

*Arabia Saudita v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, International Law Reports, vol. 27.

*Arrest Warrant of 11 April 2000*, Congo v Belgium, 2002, Corte Internacional de Justicia.

*Asian Agricultural Ltd v Republic of Sri Lanka*, 1990, 4 ICSID Reports 245, 1990.

*Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (AUCOVEN) contra República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, caso ARB/00/5, laudo 23 septiembre 2003.

*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, USSC, 376 U.S., p. 398, 1964.

*Barcelona Traction, Light and power company, limited*, second phase, International Court of Justice, 1970.

*Bedford v. Eastern Building & Loan Association*, 181 U.S. Supreme Court 227, 242, 243 S., 21 S. Ct. 597.

*Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 75 S.Ct. 98, 99 L. ED. 27 (1954).

*Bridas v Turkmenistan and others*, Case 9058, International Chamber of Commerce, 1999.

*British Petroleum v Libya*, 1974, 53 International Law Reports 297.

*Buttes Gas & Oil Co. v Hammer*, [1982] AC 888.

*Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A (ELSI)*, US v Italy, International Court of Justice, 1989.

*Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, Nicaragua v. US, International Court of Justice, merits, 1986.

*Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, Nicaragua v. US, International Court of Justice, jurisdiction and admissibility, 1984.

*Case concerning Oil platforms, Iran v US*, International Court of Justice, Preliminary objection, 1996.

*Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project, Hungary/Slovakia*, ICJ, 1997.

*Case concerning the land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria*, Cameroon v Nigeria, Preliminary objections, Interim measures, International Court of Justice, 1996

*Certain German interests in Upper Silesia, (Factory of Chorzow case)*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Merits, Juicio No. 7, 1926.

*Certain German interests in Upper Silesia, (Factory of Chorzow case)*, Corte Permanente de Justicia Internacional, reparation, Juicio No. 8, 1927.

*Certain German Interests in Upper Silesia, (Factory of Chorzow case)*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Indemnity, Judgment 13, 1928.

*Claim against the Empire of Iran Case*, 1963, Federal Constitutional Court of Germany, 45 International Law Reports 57.

*Compañía de Aguas del Aconquija, S.A & Compagnie Générale des Eaux, demandantes c. República de Argentina, Demandada*, Laudo, Caso CIADI ARB/97/3, 3 de julio de 1991

*Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. vs. The Republic of Costa Rica*, Laudo final, ICSID Case number ARB/96/1, 17 febrero 2000.

*Compañía ferroviaria Aix-la-Chapelle-Maastrich*, Suprema Corte de Colonia, 1914, *American Journal of International Law*, vol. VIII, Issue 4, octubre 1914.

*Compañía Naviera Vascongado v Cristina*, [1938] AC 485.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS. Juicio ordinario civil federal 1/2000.- Jesús Guillermo Puente Cutiño.- 20 de febrero de 2001.- Unanimidad de diez votos-Ausente: Genaro David Góngora Pimentel.- Ponente: Juan Díaz Romero.- Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Jurisprudencia, Contradicción, Tribunal Pleno, Novena Época, vol. XIII, p. 324, Fecha de publicación: Abril del 2001.

*Channel tunnel group Ltd. v. Balfour beatty construction Ltd.*, House of Lords, [1993] AC 334.

*Chisholm v. State of Georgia* (2 Dallas, 419) 1793

*De laval Steam Turbine Co. v. US*, 284 U.S. 61 (1931), USSC.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o., Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 4o., AMBOS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA, ES AUTÓNOMO Y NO UNA AGRAVANTE. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, Julio de 2002, Tesis: P. XXV/2002, Página: 8.

DERECHO EXTRANJERO. LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO QUE SURTIRÁ EFECTOS EN MÉXICO, DEBE ANALIZARSE CONFORME A LA LEY DEL LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL ACTO. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 10523/2000. Víctor Vasarhelyi, alias Vasarely, hoy sus herederos Andr, Vasarhelyi y Jean Pierre Vasarhelyi, alias Yvaral. 12 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José, Álvaro Vargas Ornelas. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Octubre de 2001, Tesis: I.3o.C.262, Página: 1113.

Estados Unidos de Norteamérica vs. Petroleos Mexicanos, 91-2800, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Quinto Circuito, 4 de junio de 1992

*Ethyl Corporation vs. The Government of Canada* (Decision regarding the place of arbitration) NAFTA/UNCITRAL Case, 28 noviembre 1997.

*Ethyl Corporation vs. The Governmento of Canada* (Jurisdiction) NAFTA/UNCITRAL Case, 24 Junio 1998.

*Finnish Vessels in GB during the War*, 1934, 3 RIAA 1479.

*Flegenheimer Claim*, US v Italy, 1958, 25 International Law Reports 91.

*Gallardo Rodríguez v México*, IACHR, 1996, 11.430, 43/96.

*Gulf Oil Corporation v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947), U.S. Supreme Court.

*Herman v. Darwins Ltd.* [1942] A.C. 356, en 374.

*I Congreso del Partido*, [1983] 1 AC 244

INTERÉS JURÍDICO, CONCEPTO DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO. Séptima Época, vol. 64, p. 68, Amparo en revisión 994/57.-Ventas y Propaganda, S. A. 4 de abril de 1974.-Mayoría de 9 votos.-Ponente: Rafael Rojina Villegas.

INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN. Amparo en revisión 2747/69.-Alejandro Guajardo y otros (Acums.).-18 de enero de 1972.-Unanimidad de 19 votos.-Ponente: Abel Huitrón. Séptima Época, vol. 37, p. 25. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), México.

*Interhandel Case*, Switzerland v US, Corte Internacional de Justicia, 1959.

*Interpretation of peace treaties with Bulgaria Hungary and Romania*, 1950, Opinión Consultiva, Corte Internacional de Justicia.

*Ireland v. United Kingdom*, E.C.H.R. Ser. A, No. 25 (1978).

*Kaiser Bauxite Company v The government of Jamaica*, 1975, 1 ICSID 296.

*Kohl v. US*, 91 U.S. 367 (1875).

*Kuwait v American Independent Oil Co*, AMINOIL Case, 1982, 66 International Law Reports 519.

*Legal consequences for States of the continued presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276 (1970)*, ICJ 1971.

*Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion, International Court of Justice (ICJ), 1996.

*Lena Goldfields, Ltd v USSR (1930)*", 36 *Cornell Law Quarterly*, (1950-51).

*Letelier v Chile*, 488 F. Supp 665 District Court, DC (1980).

*Libyan American Oil Co. v Government of Libyan Arab Republic*, LIAMCO arbitration, 1977, 62 *International Law Reports* 140.

*Libyan Arab Republic v. California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company*. International Legal Materials, 1979.

*Loizidou v. Turkey (Merits)*, (40/1993/435/514), 18 December 1996, European Court of Human Rights.

*LTU Lufttransportunternehmen GMBH & Co. KG, Dusseldorf, vs. European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol), Brussel*. European Court Reports, 1976.

*Maffezini v Kingdom of Spain*, 2000, ICSID, ARB/97/7, Jurisdiction.

*Mannington Mills Inc v Congoleums Corporation*, 595 F2nd 1287 (1979)

*Mariposa Development Company Case*, Panama US Claim Commission, 1933, 6 UNRIAA 338.

*Martin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Interim decision on preliminary jurisdictional issues, ICSID Case, additional facilities, ARB(Af)/99/1, 6 diciembre 2000.

*Marvin Feldman contra México*, Caso ARB(AF)/99/1, CIADI, 16 diciembre 2002.

*Mavrommatis Palestine Concessions Case*, Greece v. UK, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1924, Jurisdicción, p. 12.

*Mavrommatis Palestine Concessions Case*, Greece v. UK, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1925, Merits.

*Merge Claim*, US v Italy, 1955, 22 International Law Reports 443.

*Metalclad Corporation v United Mexican States*, 2000, ARB (AF)/97/1, ICSID

*Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case ARB/99/6, 12 abril 2002.

*Nanni v Pace and the Sovereign Order of Malta*, Italian Court of Cassation, 1935.

*Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco case*, Advisory Opinion, Permanent Court of International Justice, 1923.

*Naulilaa Case*, Arbitraje, Portugal v Germany, 1928.

*Noble v. Oklahoma City*, 297 U.S. 481 (1936).

*North American Dredging Company*, 1926, 4 UNRIAA 26.

*Northern Cameroons*, Preliminary Objections, ICJ, 1963.

*Nottembohm Case*, Liechtenstein v Guatemala, Corte Internacional de Justicia, 1955.

*Nuclear Test Cases*, Australia v France; New Zealand v France, interim measures, Corte Internacional de Justicia, 1973.

*Otis Elevator Co. v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 14 Iran – U.S.C.T.R. 283.

*Panevezys Saldutiskis Railway co. Case*, Estonia v Lithuania, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1939.

*Payment in gold of Brazilian Federal loans issued in France*, France vs. Brazil, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment No. 15, 12 de julio de 1929, Serie A, No. 20/21, pp. 93-155

*Payment of various Serbian Loans Issued in France*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Judgment no. 14, Julio 12, 1929, Serie A, Nos. 20/21. pp. 5-89.

*Petroleos Mexicanos vs. Crawford Enterprises, Inc.*, 643 F. Supp. 370, 3 de septiembre de 1986

*Petroleum development Ltd. v Sheik of Abu Dhabi* (1951) 18 International Law Reports 144.

*Prosecutor v Dusko Tadic AKA Dule*, Decision on the defense motion on jurisdiction, International Tribunal for the Former Yugoslavia, 1995.

*R v Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, 1999 2 All ER 97.

*Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda/Francia, 1987, RIAA, vol. XX, p. 217 (1990).

REGISTRO PÚBLICO, EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES EN EL. TERCERIAS. Amparo directo 2852/57.- Francisco Cepeda Cruz.- 10 de marzo de 1958.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Tercera Sala, Sexta Época, vol. IX, p.102.

*Reparations for injuries suffered in the service of the UN*, Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva, 1949.

*Robert Azinian et al v. The United Mexican States*, ICSID, ARB (AF)/92/2, Noviembre 1, 1999.

*Russell Motor Car Co. V. US* 261 U.S. 514 (1923), USSC.

*Saltany v Reagan & Thatcher*, 702 F Supp 319, 1988

*Sapphire Internacional Limited v. The national Iranian oil company* (1963) 35 International Law Reports 136.

*Saudi Arabia v Arabian American Oil Company, ARAMCO*, 1958, 27 International Law Reports 117

*Schering Corp v Iran*, 1984, Iran US CTR.

*Sedco, Inc., v. Petroleos Mexicanos, Compañía Petrolera Nacional de México*, 84-2512, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica, 12 agosto de 1985

*Seeman v. Philadelphia Warehouse Co.*, 274 U.S. Supreme Court. 403 (1927)

*Señor Eudoro Armando Olguin c. República del Paraguay*, CIADI, caso ARB/98/5, 26 julio 2001.

*South West Africa Cases, Ethiopia v SA, Liberia v SA, Second Phase*, ICJ, 1966.

*Southern Bluefin Tuna Case, Australia v Japan; New Zealand v. Japan; Jurisdiction and admissibility*, Arbitral Tribunal, UNCLOS, 2000.

*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v Arab Republic of Egypt*, 1992, 3 ICSID 112.

*SS Lotus Case, France v. Turkey*, 1927, PCIJ.

*Starrett Housing Corp v Iran*, Interlocutory award, US v Iran, 1983, Iran US CTR.



*Sussex Peerage Case*, (1884), 11 CI & Fin 85.

*Tanzania Electric Suplí Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, Final award, ICSID Case Number ARB/98/9, 12 julio 2001.

*Técnicas Medioambientales TECMED, S.A., v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, Caso ARB(AF)/00/2, 29 mayo 2003.

*Texaco Overseas Petroleum Co. / California Asiatic Oil Co., v. The Government of the Libyan Arab Republic*. International Law Materials, vol. 53, 1979, 289

*The diversion of water from the Meuse*, Netherlands v Belgium, 1937, PCIJ.

*The Lotus Case, France v. Turkey* P. C. I. J. Reports, Series A, No. 10, 1927.

*The Philippine Admiral*, [1977] AC 373.

*The Schooner Exchange v McFaddon*, 1812, USSC, 11 US 116 (Cranch)

*The western maid*, 257 U.S. 419, 433, 1922.

*Tradex Hellas, S.A. v. Republic of Albania* (jurisdiction) ICSID case number ARB/92/2, 24 diciembre 1996.

*Tradex Hellas, S.A. vs. Republic of Albania*, ICSID Case number ARB/94/2, laudo final, 29 abril 1999.

*Trail smelter arbitration USA v. Canada*, 1941, 3 UNRIAA 1938.

*Trendtex Trading Corp v. Central Bank of Nigeria*, [1977] QB 529, Court of Appeal.

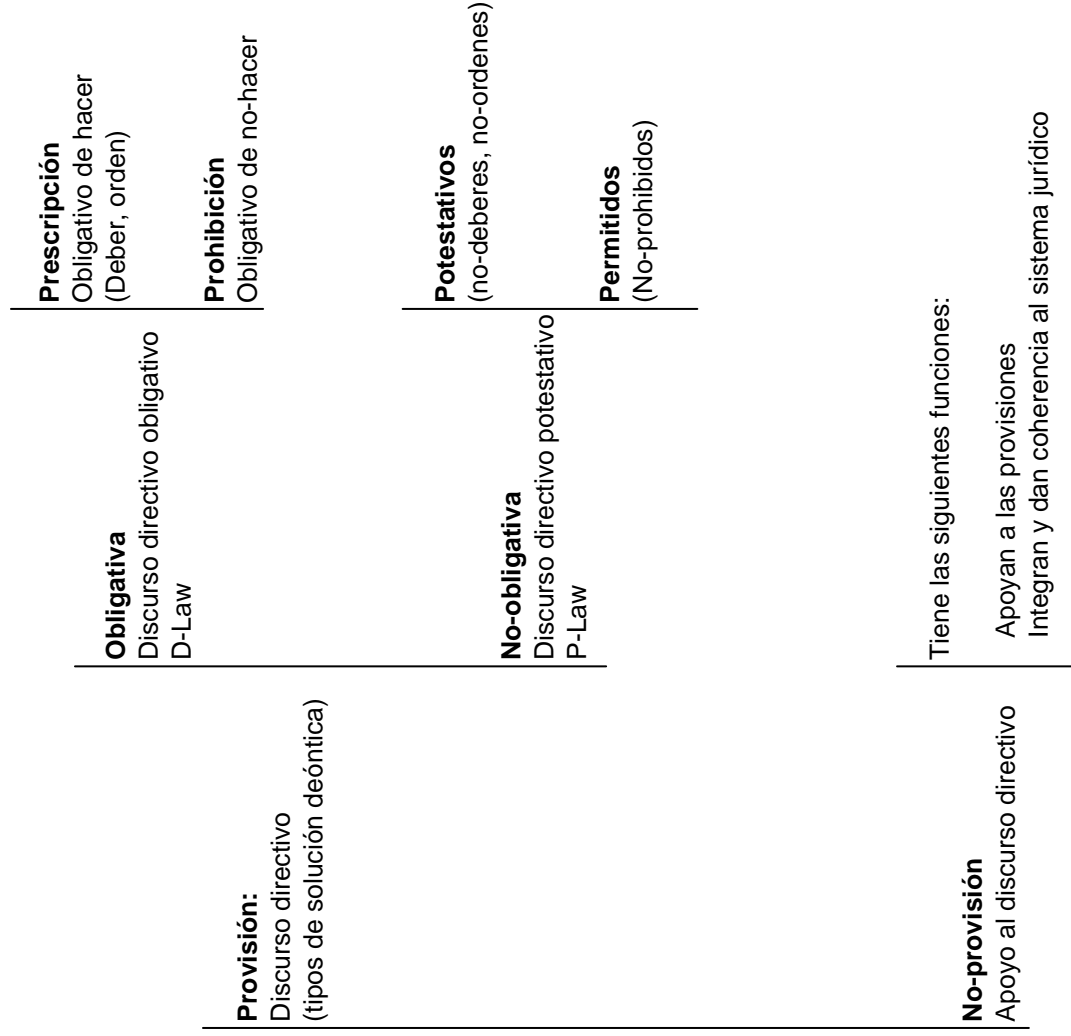
*Underhill v Hernandez*, 168 US 250 (1897).

*US Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case (Hostages Case)*, US v Iran, ICJ, 1980.

*USA and France v Dollfus Mieg*, [1952] AC 582.

*Waste Management, Inc. Vs. United Mexican States*, ICISD, facilidades adicionales, caso ARB(AF)98/2, 2 junio 2000.

*Waste Management, Inc., vs. United Mexican States (award)*, ICSID, facilidades adicionales, caso ARB(AF)/00/3, 30 abril 2004



Elemento Básico:  
**Disposición Jurídica**

Distinguidos miembros del jurado:

A petición del Doctor Manuel Becerra se han realizado los siguientes cambios en la tesis que Ustedes tienen a bien revisar:

- Se incorporó en la portada el nombre del asesor
- Cambio de la frase “derecho internacional costumbrista” por “derecho internacional consuetudinario”
- Se buscó explicar de mejor manera la nota 7.
- Se le dio una nueva redacción a la nota 2 con el fin de evitar “cita de citas”
- Se le dio una nueva redacción a la nota 13 con el fin de evitar “cita de citas”.
- Se le dio una nueva redacción a la nota 23 con el fin de evitar “cita de citas”.
- Se le dio una nueva redacción a la nota 74 con el fin de evitar “cita de citas”.
- Las citas 492 (Balduino), 497 (Sassoferrato), 499 (Boucampagni), 502 (Ulrico Huber), 544 (Ulrico Huber) se conservaron como cita de citas en virtud de que se trataba de autores medievales de los cuales no se tuvo acceso al documento original.
- Se redactó en la página 7 el párrafo vinculado con la nota 16 para poner en claro que esa posición no es propia del autor sino una visión de alguien que ve el derecho internacional desde el punto de vista tradicional vatteliano.
- El segundo párrafo de la página 11 se redactó nuevamente tratando de explicar de forma más precisa la posición del autor.
- En el tercer párrafo de la página 11 se quitó a la “descentralización del poder político” como parte del proceso globalizador ya que dicha frase causaba ruido innecesario en la explicación.
- El párrafo de la página 16, vinculado con la nota 35 se reformuló para acotar a la opinión del autor citado.
- El penúltimo párrafo de la página 22 se reformuló con el fin de distinguir dos conceptos de internacionalización basados en la postura vatteliana y kantiana del derecho internacional.
- Se redactó nuevamente el párrafo vinculado con la nota 62 a fin de hacerlo más claro
- Se replanteó el párrafo vinculado con la nota 69 respecto a la posibilidad de un imperio mundial o una democracia internacional en un mundo universal.
- Se redefinió la nota 99 y pasó a ser 98, para el efecto de quedara claro que los datos aportados son ejemplo del incremento en emisión de normas.
- En el párrafo vinculado a la nota 100 se eliminó la frase “ de forma que el verdadero regulador es el mercado mismo”, a fin de no dar pie a discusiones innecesarias sobre los mercados y su autorregulación.
- El párrafo vinculado a la nota 112 se redactó de forma que respecto al término “glocal” quedara claro que es invención del autor citado.
- El párrafo vinculado con la nota 114 se redactó de forma tal para evitar una discusión infructuosa en el texto sobre la relación entre derecho internacional penal y derechos humanos.
- El párrafo vinculado con las notas 123 y 124 fue redactado evitando distinguir un Kelsen joven y uno viejo, en vez de ello se prefirió distinguir entre primeros y segundos escritos de Kelsen.
- El párrafo a continuación del vinculado a la nota 201 fue eliminado por innecesario.

Por tal motivo me permito hacerles llegar la nueva versión de la tesis cambiada en lo que se ha señalado.

Respetuosamente,

Tonatiuh García