

Teoría general de Derecho internacional

Derecho internacional público - Derecho internacional privado
- Derecho transnacional



2^{da} ed.

James Graham

La edición, composición y diseño fueron realizados por
Zamanga Editores

La presentación y disposición en conjunto de la presente obra son propiedad del autor. Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida, mediante ningún sistema o método, electrónico o mecánico sin consentimiento por escrito del autor

DERECHOS RESERVADOS®
© JAMES GRAHAM, 2014

Teoría general de Derecho internacional

James A. Graham es Licenciado en Derecho, Universidad de Paris

II Panthéon-Assas (1996); Licenciado en Relaciones Internacionales del Instituto de los Altos Estudios Internacionales de Paris (1996); Licenciado en Ciencias Políticas, Universidad de Paris II Panthéon-Assas (1996); Maestría en Derecho Internacional y Arbitraje Universidad de Paris I Panthéon-Sorbonne (1997); Doctorado en Derecho Internacional y Arbitraje por la Universidad de Paris I Panthéon-Assas (2001).

Socio internacional de *DeForest*, donde encabeza el Grupo de Práctica de Derecho internacional & Arbitraje.

Fue profesor de Derecho Penal en la Universidad de Luxemburgo (1999-2001), y de Derecho Civil en la Universidad de Saarland, Alemania (1998-2001). Es profesor por oposición y titular de la Línea de Investigación de Derecho Internacional y Negocios, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León.



Es Miembro numerario de la Academia Mexicana de Derecho internacional privado y comparado y de la Academia Mexicana del Derecho del Deporte, la cual preside actualmente. Es miembro honorario de la Academia Boliviana de Derecho penal. Es presidente del Colegio Mexicano de los Abogados Certificados; ex Presidente de la Asociación Mexicana de Derecho de Fútbol; ex Presidente del Colegio de Doctores en Derecho de Nuevo León; ex Presidente de la Comisión de Litigio y Arbitraje y miembro del Consejo directivo de la Barra Mexicana de Abogados; Presidente de la Comisión de Litigio de la Asociación Nacional de Abogados Sección Nuevo León (2007-), asociación de la cual también fue presidente. Ex vicepresidente del Comité de arbitraje de la Barra Estados Unidos – México, y actualmente miembro de su Consejo directivo.

En 2009 fue electo Investigador del año por el de Colegio de Doctores en Derecho de Nuevo León.

Contacto: graham@deforest.mx

INDICE

PROEMIO: Relectura de la Filosofía del Derecho Internacional de Agustín Basave 8

1. Iusfilosofía y Politosofía del orden internacional 13
2. Supeditación del Derecho interno al Derecho internacional 14
3. Hacia un nuevo orden económico internacional 17
4. Libertad y jurisdicción sobre el mar 20
5. Filosofía del Derecho internacional cósmico 21
6. Fundamentos filosóficos de los derechos humanos 22

INTRODUCCION 24

- Separacion vs. crossover* 24
Desnacionalizacion de lo internacional 25

LIBRO I: Había una vez un Derecho internacional público... 31

I - La Soberanía 31

1. Prolegomenos: Soberanía, soberanía, ¿que eres ? 32
2. Soberanía, independencia, y globalizacion 34
- 3 ¿Donde queda la soberanía?: el ejemplo del transexualismo 41

II - Las inmunidades ya no tan inmunes 48

1. ¿Un ser irresponsable? El Estado extranjero en el orden juridico nacional. 48
2. ¿Un ser responsable? La Persona 51

III – Jerarquía de las normas: lo nacional del internacional 54

1. Dios, el Rey, y la legitimidad de las leyes 54
2. Jus cogens...¿o el regreso del Jusnaturalismo? 55
3. La auctoritatis del Derecho internacional sobre el derecho nacional 61
- 4 La potestatis de la normas internacionales sobre el derecho nacional 62

Teoría general de Derecho internacional

5. El tempero de la justicia internacional sobre la justicia nacional
75

IV – El regreso de la soberanía y su nuevo campo de batalla: el Alto Mar 82

1. La internacionalización del Alto Mar 84
2. Re-nacionalización del Alto Mar 87
3. La desnacionalización del mar territorial 93

Libro II: El derecho internacional privado ¿autónomo e internacional en relación con el derecho internacional público? 95

I - La noción de jurisdicción y competencia entre derecho internacional público y derecho internacional privado 96

1. El territorio 96
2. ¿El derecho internacional privado como complemento del
derecho internacional? 101
3. Los falsos conflictos 105
4. Rechazo del criterio de la internacionalidad 111

II - Los metodos 113

1. Los métodos nacionalistas 114
2. Los métodos internacionalistas 119
3. Lex mercatoria 125
4. El derecho uniformizante 132

III - Versus un orden público “realmente” internacional? 137

LIBRO III: El Derecho internacional: ni público ni privado – sólo internacional. El caso del arbitraje en materia de la inversión extranjera. 139

Teoría general de Derecho internacional

I – La desnacionalización del procedimiento	143
1. Ampliación de la competencia arbitral internacional	143
1. ¿La eliminación de los recursos internos	149
II – La desnacionalización sustantiva	154
1. Una desnacionalización a favor del Derecho internacional...	154
2. ¿Pero a favor de cuál Derecho internacional?	158
III - La desnacionalización de la <i>Grundlegung del State Contract</i>	168
ANEXO	177
Texaco Overseas Petroleum Company vs the Government of the Libyan Arab Republic	177

ABREVIACIONES

AFDI : Annuaire Français de Droit International
AJIL: American Journal of International Law
ANN. IDI: Annuaire de l'Institut de Droit International
CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Disputas sobre Inversión
CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ: Corte Internacional de Justicia
CJCE: Corte de Justicia de la Comunidad Europea
CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional
CYIL: Canadian Yearbook of International Law
ECHR: European Court of Human Rights
IBA: International Bar Association
ILM: International Legal Materials
JDI: Journal de Droit International (Clunet)
OMC: Organización Mundial para el Comercio
R. arb.: Revue d'Arbitrage
RCADI: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
Rev. crit.: Revue Critique de Droit International Privé
RLMA : Revista Latino Americana de Mediación y Arbitraje
RSDIE: Revue Suisse de Droit International Economique
TA : Tribunal arbitral *ad hoc*
TLCAN : Tratado de Libre Comercio de América del Norte

PROEMIO

RELECTURA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE AGUSTÍN BASAVE

Publicado en: *Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Agustín Basave Fernández del Valle*, UANL, 2011.123.

En 2001, Agustín Basave Fernández del Valle, cuya notaría fue durante muchos años vecindada a nuestra casa y lugar de apasionadas pláticas, publicó su “Filosofía del derecho internacional”¹. A unos 10 años, es interesante comparar las vistas de Basave con el derecho internacional positivo, que sin duda ha cambiado desde entonces.

La visión *filosófica* del autor está en contrapicé a nuestra práctica de abogado internacional, la cual que no tiene por tarea efectuar una ingeniería de una visión del mundo en el cual vivimos. Obra que ningún abogado tiene por misión; obra que pertenece al filósofo de crear. ¿El abogado un día se volverá filósofo? No lo sabemos, pero si sabemos que Basave lo logró.

Las líneas que siguen no son nada más que el reflejo de la antigua dialéctica entre el *sein* y el *sollen*. El filósofo Basave se preocupa por el debe ser. Sin embargo, este deber se basa sobre una premisa, que consideramos errónea, porque no científica, sino romántica: “ La fuerza obligatoria de todo el Derecho internacional no se apoya en la norma *pacta sunt servanda*, sino en el hombre socialmente considerado, dotado de razón y de axiotropismo, con vocación para la socio-

¹ UNAM, 2001.

Teoría general de Derecho internacional

síntesis pacífica y amorosa y no parte el caos”². No estamos tan seguros que tal visión corresponde realmente a la sincresía internacional. En realidad, el derecho internacional si tiene su fuerza obligatoria en el *Pacta sunt servanda*, no porque los Estados sean “animales sociales”, sino porque lo hacen por necesidad; necesidad económica la mayoría del tiempo. Es así que China solo ratificó los pactos sobre derechos humanos, porque la OMC lo exigió como condición *sine qua non* para aceptar su adhesión. Es también así que los EU no han ratificado la Convención de Montego Bay, porque sienten sus inversiones tecnológicas y económicas en peligro con respecto al derecho de gestión y cobranza de la Autoridad de los Fondos Marinos. En otras palabras, la filosofía jurídica (que Basave define como el estudio del *mediato* en oposición al conocimiento jurídico que estudia lo *inmediato*³) no puede ser objetiva, sino es un mero ejercicio subjetivo según el prisma con el uno quiere ver las cosas. Y eso no cabe duda que tal es el caso de esta obra de Basave:

El Derecho Internacional positivo constituye un nuevo Derecho a lo que es recto y justo intrínsecamente, simplemente refrenda y confirma extrínsecamente el Derecho Natural Internacional preexistente.

Desafortunadamente, tales palabras no reflejan una realidad, sino más un programa de buenos deseos. En efecto, a suponer sin conceder que hubiera algo como el Derecho natural, se podrá hacer el siguiente silogismo: la ejecución de menores de edad es contrario a los principios jusnaturalistas; la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la ejecución de menores de edad; los Estados Unidos ejecutan menores de edad; los Estados Unidos son compuestos de hombres con “razón y de axiotropismo” (en las palabras de Basave); conclusión: los Estados Unidos tienen que ratificar la Convención y prohibir la ejecución de los menores de edad.

² P. 10.

³ P. 29.

Teoría general de Derecho internacional

Sin embargo, hasta la fecha los Estados Unidos no han ratificado la Convención y nada indica que lo harán en el futuro. Los Estados ratifican lo que les conviene políticamente o económicamente. En otras palabras, el derecho internacional es una comunidad de intereses y no una sociedad de justicia. Eso por lo tanto, ¿no implica que de los intereses también pueda nacer la justicia!

Ahora bien, no obstante nuestra opinión, el *fairplay* también debe de prevalecer en la doctrina. Sería falso pretender que las ideas de Basave son totalmente desconectadas de la realidad jurídica del *internacional*, en particular en relación con el *jus cogens*. En la perspectiva kelseniana de la pirámide de las normas, la *Grundnorm* es el famoso *Pacta sunt servanda* que no es nada más, que un término laico para no evocar a “Dios”. Refutando la noción religiosa de la *Grundnorm*, Kelsen puso su fe en la palabra de los hombres. Sin embargo, parece que últimamente, los propios hombres dudan del valor de sus promesas, buscando su salvación en algo que no sería llamado Dios, pero que sería su equivalente: el *jus cogens*. Siendo el alfa del sistema normativo, determinaría la validez de las normas internacionales, las cuales a su vez determinarían la validez de las normas nacionales. En una primera aceptación, el *jus cogens* es una norma convencional creada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 53 dispone que:

es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Y el artículo 64 añade que:

si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Sin embargo, con una lectura minuciosa de la Convención, se puede apreciar que el artículo 53 no constituye un regreso al jusnaturalismo, en la medida que se trata de normas “aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional”; es decir normas existentes en el derecho positivo. Sin embargo, la definición no permite saber en qué momento una norma está “reconocida”, y tampoco dice cuántos Estados tienen que convenir para dar el carácter de *jus cogens* a una regla. Por eso, el *jus cogens* desde su creación fue vehemente atacado entre otros por los Estados Unidos y Francia, que hasta la fecha no han ratificado la Convención de Viena por ese motivo. En efecto, el problema principal es que no están definidas esas “normas imperativas”, y que en realidad son “creadas” por los jueces al momento que una parte alega su existencia y la contraparte la rechaza. Y esa creación pretoriana es probablemente debida a la constancia de “leyes” preexistentes de las de los hombres, como lo hubiera dicho Basave.

Es especialmente en el marco de la post-guerra de la Yugoslavia que el *jus cogens* fue consagrado de manera explícita por varios órganos internacionales. La Comisión Arbitral para la ex-Yugoslavia bajo la presidencia del ex - presidente del Consejo Constitucional francés Robert Badinter, mencionó varias veces la existencia de normas imperativas⁴; son parte de esas normas los derechos de los pueblos y de las minorías, y la libertad religiosa y lingüística. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex -

⁴ Aviso 1, 29/01/1991; aviso 9, 04/07/1992; aviso 10, 04/07/1992.

Yugoslavia en su decisión *Furundzija* (2002) sobre el tema de la tortura enunció:

Because of the importance of the values it protects, the prohibition of torture has evolved into a peremptory norm jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even "ordinary" customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by states through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force....Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate.

En las palabras de un juez federal americano, “los que contravienen normas de *jus cogens* son enemigos comunes de toda la humanidad”⁵.

El concepto del *jus cogens* tiene por consecuencia una jerarquía de normas. Según la CEDH, y sin pasar por una fraseología sibilina querida por los jueces de La Haya, hay una superioridad de las normas internacionales sobre las normas regionales en materia de protección de los derechos humanos (*Sreletz c. Allemagne*, 22/3/2001) y el derecho a la vida es una regla de *jus cogens*, siguiendo así al TPY que se pronunció en este sentido varias veces. En cuanto a los tribunales nacionales, se puede evocar a la Corte Suprema alemana (BGH), que en el caso *Streletz* parece aceptar el *jus cogens* como una noción de derecho natural, conteniendo normas basadas sobre el valor y la dignidad del ser humano y compartidas para todos los pueblos. En este sentido, la Corte Suprema de Grecia consideró que las Convenciones de La Haya sobre el Derecho de la Guerra son normas imperativas en el sentido del *jus cogens* (*Prefecture of Voiotia v. Germany*, 2000).

⁵ *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F.Supp.1468.

Ahora bien, aparte de la exposición de la premisa de Basave, y nuestro desacuerdo, creemos que es interesante ver como ha evolucionado el Derecho internacional (positivo diríamos) desde la publicación de la obra, en relación con el pensamiento de Basave.

1. IUSFILOSOFIA Y POLITOSOFIA DEL ORDEN INTERNACIONAL

A partir de su premisa jusnaturalista, el autor lógicamente considera que el dualismo es “insostenible”⁶ favoreciendo un monismo internacionalista. Sin embargo, en realidad no hay un monismo. Esto que se llama “monismo”, es en realidad una forma particular del dualismo. En efecto, es la constitución nacional la que “decide” si el derecho nacional es “dualista” o “monista”. En otras palabras, si la constitución prevé un sistema enmarcado en el monismo, se trata en realidad de una recepción y de una transposición general de las normas internacionales, y no de una recepción y transposición norma por norma como se hace en un sistema de dualismo puro. Al final, el monismo es nada más una modalidad del dualismo. Y esta conclusión es normal. El derecho internacional es un derecho voluntarista. No en el sentido extremo como lo defendieron Triepel y Jellineck que el derecho internacional tiene que ceder ante la soberanía nacional; al contrario, es porque la soberanía nacional aceptó respetar al derecho internacional que éste último impone. Si un Estado no quiere participar en la sociedad internacional puede hacerlo y no necesita respetarlo (el caso de la antigua Albania comunista o actualmente Corea del Norte); pero, en el sentido contrario, si quiere ser un miembro de la sociedad internacional tiene que

⁶ P. 38.

respetar el derecho internacional. El monismo internacional o el dualismo son solamente modalidades diferentes de la misma posición: la necesidad objetiva de respetar el derecho internacional. Los voluntaristas aceptan someterse al derecho internacional porque en final de cuenta hay una necesidad objetiva de hacerlo. Al mismo tiempo, el derecho internacional no puede *per se* imponerse a los Estados; siempre necesita el acuerdo de éste.

2. SUPEDITACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO INTERNACIONAL

Con respecto al derecho interno mexicano, desde 2001, no se ha cambiado mucho de manera directa. Como lo afirma Basave, el derecho interno es superior al derecho internacional por la primordial constitucional. Sin embargo, últimamente, una nueva corriente se abre con el llamado “control convencional” y véase la posibilidad de considerar los tratados en el mismo rango que la propia Constitución. Por una primera tesis, se admite la posibilidad de ampararse sobre una disposición convencional de un tratado internacional que constituye una garantía individual que no está prevista por la propia Constitución⁷:

DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.

Los artículos 1o., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de

⁷ Graham, La introducción del control convencional en el derecho positivo mexicano, *Conocimiento y Cultura Jurídica*, UANL, 2009.13.

Teoría general de Derecho internacional

toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México⁸.

En esta perspectiva, será interesante ver la evolución de la jurisprudencia mexicana visto que otra tesis aislada, en un *obiter dictum* parece indicar que las normas constitucionales tienen que ser compatibles con las disposiciones convencionales:

DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Este Alto Tribunal ha señalado que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado precepto constitucional tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la

⁸ SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10/07/2008.

Teoría general de Derecho internacional

población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Así, lo anterior es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano. Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de

Teoría general de Derecho internacional

facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud⁹.

De ahí, se abre el camino para un eventual cambio de perspectiva y consagrar – a la mejor – al menos una igualdad jerarquía entre el derecho internacional y la Constitución, véase la superioridad del *Jus gentium* sobre la *Magna Carta*.

3. HACIA UN NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

Continuando con una visión “soñadora” del *Jus gentium*, Basave postula para un orden económico “justo” para todos los Estados, y consecuentemente desea que la Carta de Derechos y Deberes Económicos¹⁰ “se torne en una *opinio iuris communis*”¹¹, lo que hoy aun no es el caso; al contrario, desde que Dupuy consagró la resolución 1803 como costumbre¹², nada ha cambiado.¹³

Recordamos que el “orden económico internacional” se gira principalmente alrededor de la problemática de la expropiación. El fin de la primera guerra mundial desembocó en una ruptura de paradigmas en donde dos visiones contrastantes se confrontaron: la Unión Soviética y los Estados Unidos, teniendo como uno de los primeros tópicos en pugna el concerniente a la protección de la propiedad extranjera. Por un lado, el nuevo régimen bolchevique con su

⁹ Amparo en revisión 173/2008. Yaritza Lissete Reséndiz Estrada. 30/04/2008.

¹⁰ Resolución 3281, Asamblea General, 12/12/1974.

¹¹ P. 219.

¹² *Texaco Calasiatic v. Libia*, 1977, *ILM*, 1978.3; véase también: *LIAMCO v. Libia*, *ILM* 1981.100.

¹³ *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, 06/02/2008, con un tribunal arbitral “*crème de la crème*” en las personas de Pierre Tercier, Jan Paulsson, Ahmed S. El-Kosheri.

Teoría general de Derecho internacional

proceso de nacionalización y expropiación; y por el otro lado, los Estados Unidos, al mando de las potencias occidentales, que buscaban proteger sus inversiones internacionales. Los estadounidenses fijaron su posición estableciendo que la no-compensación en caso de expropiación o nacionalización era contraria a los principios de los “Estados civilizados”.

Dentro de este contexto, México se presenta con una postura innovadora y que serviría de ejemplo a los países en desarrollo en años posteriores. En efecto, la expropiación petrolera del 18 de marzo de 1938, sirvió para que México desarrollara sus ideas al respecto. En este sentido, México negaba la existencia de principios universales reconocidos entre los Estados que obligaran a otorgar compensación adecuada derivada de las expropiaciones. Sin embargo, México sí admitió que tenía dicha obligación, pero nacida no del derecho internacional sino del interno, y es éste derecho interno, además, el que debe determinar el tiempo y la forma de la compensación.

La respuesta de los estadounidenses se presentó por medio de la doctrina de la compensación, que establecía los elementos que debería tener una expropiación para ser considerada como legal dentro de la normatividad internacional. En contraste con la postura mexicana, que para los estadounidenses no ofrecía ni seguridad ni garantías, se gesta una visión que señala que para que un gobierno efectúe una expropiación, tiene que haber de por medio una pronta, adecuada y efectiva forma de compensación.

Desde el fin de la segunda guerra mundial, otra “gran” época de expropiaciones empezó, especialmente con la “colonización” soviética. Después, la descolonización “occidental” completó el marco: Irán en 1951 con la expropiación de la *Anglo-Iranian Oil Company*; Egipto en 1956 con el Canal de Suez, Cuba 1959, Sri Lanka 1963, Indonesia 1965, Tanzania 1966, Bolivia 1969, Argelia 1971,

Teoría general de Derecho internacional

Somalia 1972, Chile 1972, Libia 1978, etc. En común es que todos esos países consideraban que sus recursos naturales formaban parte de su soberanía “económica”, quiere decir que la soberanía en el sentido de independencia no tiene caso si la “soberanía” económica continúa permaneciendo en manos los extranjeros, dueños de las empresas que manejan los recursos naturales como el petróleo por ejemplo. En una lógica nacionalista, esos países consideraban que se respeta la norma internacional que no hay “expropiación sin indemnización”, si indemnizan las expropiaciones según criterios nacionales.

Sin embargo, los países occidentales, dueños de las empresas, no estaban de acuerdo y votaron la Resolución 1803 (XVII) que aún refleja la regla consuetudinaria que la indemnización de la expropiación se calcula con respecto a los estándares del derecho internacional y no según el derecho nacional. La tentativa de instaurar un Nuevo Orden Económico Internacional a través de la votación de la Resolución 3281 por la cual se adoptó el 12 de diciembre de 1974 la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, y que prevé que los litigios sobre indemnización en materia de expropiaciones serán arreglados ante los tribunales nacionales y bajo el amparo de las leyes nacionales, fue un fracaso¹⁴ consagraron jurisprudencialmente la Resolución 1803 como derecho consuetudinario, relegando el NOEI a la anécdota histórica.

Sin embargo, tal situación es paradójica para muchos países latinoamericanos quienes continúan teniendo una visión nacionalista del derecho internacional, especialmente a través de la cláusula Calvo, pero que se ven atrapados en la internacionalización por su pertenencia a la OMC y, entre otros, al TLCAN. ¿Cómo conciliar un credo nacionalista que proclama que el inversionista extranjero no puede tener un

¹⁴ Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, Paris, 1979.

trato más favorable que los nacionales, y un credo liberal que exige un trato preferencial al inversionista extranjero? Aunque los tratados internacionales no hablan de tal trato, sino de uno no discriminatorio, es cierto que muchas veces el inversionista tiene una situación jurídica privilegiada con respecto a su contraparte nacional. Basave de ninguna manera ignora las realidades lamentando que “la estructura económica del mundo internacional, en nuestros días, resulta indudablemente injusta, inequitativa, irritante”¹⁵. Desafortunadamente, 10 años después la publicación de su libro, no mucho ha cambiado en este sentido.

4. LIBERTAD Y JURISDICCIÓN SOBRE EL MAR

No cabe duda que especialmente en materia del derecho del mar, muchas cosas han cambiado y ya no son en concordancia con las palabras del autor de la *Filosofía*. Es así que en la actualidad no hay duda que el Mar territorial es de 12 millas y no de 3 como antes.¹⁶ También, tenemos que expresar nuestro desacuerdo sobre la afirmación de Basave que el mar territorial tiene su raíz no en la soberanía territorial sino en un “consenso universal”¹⁷ de crear una “franja convencional”¹⁸, sometidas a los “poderes de policía y seguridad”¹⁹. Es confundir mar territorial y zona contigua, visto que justamente el Estado tiene derechos soberanos (absolutos) sobre su mar territorial, mientras que en la zona, no tiene soberanía, sino solamente facultades de policía y seguridad.

¹⁵ P. 227.

¹⁶ P. 237.

¹⁷ P. 236.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Ibid.

Pero, la evolución la más importante – y triste – que Basave no pudo anticipar (lo que fue normal en 2001) es la de la piratería. Si el autor aun en ese tiempo pudo afirmar que “la piratería, en su aceptación clásica, ha dejado de ser un serio peligro para la navegación”²⁰, desafortunadamente, tal ya no es el caso. La piratería en la fecha se ha desarrollado a tal grado, que tuvo que ser de la preocupación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y considerar la situación como bajo la jurisdicción del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas por ser una amenaza contra la paz internacional. En este contexto, el Consejo tuvo que ir hasta “suspender” momentáneamente el respecto de la soberanía sobre el Mar territorial de un país²¹ para permitir a naves de guerra de los países occidentales perseguir los piratas hasta las aguas nacionales²².

5. FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL CÓSMICO

En el penúltimo capítulo de la *Filosofía del Derecho internacional*, uno pudiera esperar ver al autor disertar sobre el derecho que rige las actividades “extraterrestres”, las que se hacen afuera de la tierra, en el espacio – en el cosmos. Si el autor comenta estos puntos, lo más sorprendente es que el capítulo empieza con una revelación: existe un jorden cósmico²³! Orden cósmico hecho por ¡Dios²⁴! “Si no existiera Dios, cabe preguntarse: ¿cómo podría existir un cosmos?”²⁵. Tratándose de filosofía, y ciertamente no de una crítica al sentimiento religioso del autor, es menester analizar el

²⁰ P. 243.

²¹ Somalia.

²² Resolución 1816/6/08; renovada por la Resolución 1846 (2/12/2008)

²³ P. 335.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*.

argumento lógico para tales conclusiones. Basave parte de la premisa que si “existen eficientes finitas, necesariamente ha de haber una *Primera Causa Incauzada*”²⁶. Sin embargo, el autor no se da cuenta que lo sostenido es nada más que una pura petición de principio. ¿Por qué *necesariamente* necesitamos una causa primera? ¿Porqué tendríamos que tener un “inicio” de los tiempos y un “final” de los tiempos? ¿Y si el tiempo es sin “tiempo”? ¿Porqué no? Recordamos que una gran parte de la humanidad parte del principio que no hay ni inicio ni fin. Como lo enseño el Buda no se requiere un creador del universo como causa última de la realidad²⁷, argumento retomado por Bertrand Russel unos 2000 años más tarde²⁸.

A suponer sin conceder que hubiera algo como un orden cósmico, que el hombre “no elabora²⁹” sino “descubre³⁰”, este no corresponde a ningún derecho positivo. La responsabilidad por daños y perjuicios por ejemplo³¹ no es un elemento de un orden cósmico sino simplemente un instrumento práctico para los Estados.

6. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Hombre tiene derechos “humanos” del simple hecho de ser³². La afirmación por parte de un jusnaturalista convencido no sorprende. Sin embargo, tal pensamiento ignora las

²⁶ *Ibid.*

²⁷ “*Anamataggayam sansaro, pubba-koit na paññayati*”.

²⁸ *Why I Am Not a Christian and Other Essays on Religion and Related Subjects*, 1957.

²⁹ P. 337.

³⁰ *Idem.*

³¹ Cf. Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, 1972.

³² P. 359.

realidades de este mundo. No hay derechos si no hay una sanción para su no respeto. En la gran mayoría de los casos tal sanción será judicial: el derechohabiente solicita al juez que se respete su derecho. Antes de poder pronunciarse sobre la cuestión, el juez en primer lugar tiene que verificar si el derechohabiente tiene “legalmente” tal derecho, para, en segundo lugar, poder pronunciarse sobre su eventual violación o no. Ningún juez puede afirmar que no importa que por ley el particular no tenga tal o tal derecho, sino que lo tiene “porque es “humano”. No tiene sentido; más allá, no solo no tiene sentido, sino peor es sumamente peligroso. Jueces que podrían decidir lo que es justo o no, sin ningún sustento legal crearían una dictadura de los jueces, que terminaría en una anarquía absoluta. En otras palabras, ¿no existe algo llamado “derecho subjetivo”!, por imposibilidad lógica, como acabamos de demostrarlo. Triste prueba consiste en la ejecución de los Mexicanos en los Estados Unidos no obstante la violación de sus derechos consulares, considerados por México como derechos humanos fundamentales, pero no por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni la Corte de Justicia Internacional. No se requiere más comentarios.

En conclusión, de ninguna manera hay lugar a criticar el pensamiento *per se* de Basave. La diferencia como siempre está en el paradigma de la botella a mitad vacía/a mitad llena, como uno quiere ver las cosas. Somos sin ninguna duda de la Escuela de la “*Realpolitik*”, lo que nos impide el poder creer en lo que para nosotros son sueños, y para Basave un ideal factible de realizar. Ahora bien, no cabe duda que los grandes cambios en la humanidad se deben en gran parte a soñadores e idealistas. Agustín Basave Fernández del Valle a través de su *Filosofía del Derecho internacional*, ha ampliamente contribuido a la difusión de tal credo. Y si aun no se ha concretizado esa Utopía, la *Realpolitik* también obliga a no desconsiderar tal posibilidad en el futuro. Y en verdad ¿quién no quisiera que sea así?

INTRODUCCIÓN

SEPARACION VS. CROSSOVER

Es tradicional distinguir entre el derecho privado y el derecho público; de la misma manera entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado. Hasta el siglo XVIII existía sólo la noción de “*jus gentium*”. Es en 1802 que Bentham utilizó por primera vez el término de “derecho internacional” en su obra “*An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*”. En la traducción francesa publicada el mismo año en Suiza, se agregó el epíteto “público”. En 1843, Folix publicó el primer Tratado de Derecho Internacional “Privado”. Desde entonces, la distinción nunca fue denegada. Según esta, el derecho internacional público tiene por objeto regular las conductas de los Estados, mientras que el derecho internacional privado ofrece un marco legal para las relaciones jurídicas entre particulares que presentan elementos extranjeros a sus sistemas normativos. Y por eso, el derecho internacional privado es parte del derecho interno, como lo estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Emprunts serbes*.

Sin embargo Scelle, alumno de Pillet, fue el primero en oponerse a tal distinción “artificial”, y la escuela italiana, con autores como Anzilotti, Ago, Monaco y Quadri, siempre fue ambivalente en ambas disciplinas. En realidad, como en el jazz, el *cross-over* (que consiste a fusionar elementos de varios géneros en un sólo estilo como lo hizo por ejemplo Dinah Washington y Etta James) toca también el derecho; situaciones en donde una hipótesis implica la aplicación tanto del derecho internacional público como del derecho

internacional privado; en donde el derecho administrativo se conjunta con el derecho civil, y todo eso con un toque de la famosa *lex mercatoria*. Es por eso que nos unimos a la idea de Scelle, quien manifiesta que el Derecho internacional es ¡“uno”! Y si hay que distinguir, entonces sería, según Scelle, solamente dentro del Derecho internacional: el derecho privado internacional para las relaciones entre personas y el derecho público internacional para las relaciones entre Estados. Pero como lo veremos más adelante, en verdad esa distinción tampoco tiene certeza. En realidad, solo existe un Derecho internacional. Y si existe algo como el derecho “transnacional”, tal como lo promovió Jessup (*Transnacional Law*, 1956), entonces también sería parte del derecho “internacional” tal como lo entendemos.

DESNACIONALIZACION DE LO INTERNACIONAL

La idea de presentar una reflexión sobre la “desnacionalización” implica obviamente muchos presupuestos.

En primer lugar, el Derecho internacional hasta hoy fue “nacional”³³. Si tal afirmación parece *prima facie* inconsistente, un análisis más profundo demuestra que no es así. La doctrina casi siempre presentó el Derecho internacional desde el punto de vista nacional, como se puede vislumbrar en los títulos de las revistas académicas como por ejemplo el *American Journal of International Law* o *The Netherlands Yearbook of International Law* o the *European Journal of International Law*. De la misma manera, el *Restatement the Third on Foreign Relations of the United States* dispone que la presentación del Derecho internacional se hace desde el

³³ Damrosch, The “American” and the “International” in the American Journal of International Law, *AJIL*, 2006.2.

punto de vista americano. Álvarez enseñó en el *Institut des Hautes Etudes Internationales* en París el “derecho internacional público americano” y no el “Derecho internacional”; idea que de manera indirecta fue también consagrada por la CIJ admitiendo un Derecho internacional “regional” en su fallo *Haya de la Torre* (1951) véase costumbres bilaterales (*Droit de passage en territoire indien*, 1960). De la misma manera, el propio funcionamiento del Derecho internacional es nacional: actos unilaterales de los Estados, oponibilidad de los actos según la voluntad del Estado, etc. Especialmente en materia de reservas se ve como la disposición de un tratado puede tener efecto en un país pero no en el otro, no obstante que ambos han ratificado el mismo texto. Ese Derecho internacional “nacional” tiene obviamente su raíz en la teoría voluntarista del *jus gentium*. Sin embargo, se puede constatar una lenta pero cierta evolución del Derecho internacional. Así la noción de *jus cogens* implica que las obligaciones internacionales ya no son definidas por la sola voluntad de los Estados sino por una verdadera norma internacional común a todos los Estados. De la misma manera, la instauración de la Corte Penal Internacional permite la extensión del *jus cogens* hasta el derecho penal para juzgar los crímenes más horribles.

En segundo lugar, es cierto que aparecen más y más sistemas transnacionales. Es obvio que primeramente se tiene que mencionar a la Unión Europea en donde ya no se puede distinguir lo que es el derecho comunitario, instituido por un tratado, y lo que es el derecho nacional y la soberanía de los Estados. Ya en 1963, la CJCE exclamó en su famosa decisión *Van Gend en Loos* que la CEE es un nuevo orden jurídico. Segundo, y en una escena más tradicional, la CEDH a través de su jurisprudencia instaure normas y valores objetivos; y de manera práctica es parte del derecho nacional, que tiene que ser aplicado siempre a la luz de la jurisprudencia de la CEDH que considera que la ausencia de modificación de una ley interna contraria a la Convención Europea de Derechos

Teoría general de Derecho internacional

Humanos constituye *per se* una violación (*Vermeire vs. Belgique*, 1991). De la misma manera, aunque más perversa, el TLCAN a través de su principio de transparencia, hace que varios derechos nacionales tengan que ser examinados a la luz de principios comunes. En efecto, el párrafo 6 del Preámbulo del Tratado enuncia que “las partes acuerdan asegurar un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión”, para disponer en el artículo 102 (1) que “la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor”, y concluir con un capítulo XVIII consagrado a la publicación, notificación y administración de leyes, en particular el artículo 1802 (1) que prevé que “cada una de las Partes se asegurará de que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Tratado se publiquen a la brevedad o se pongan a disposición para conocimiento de las personas o partes interesadas”, dando así pauta al *dictum* del Tribunal arbitral en el caso *Metalclad* para afirmar que “todo requerimiento para inversión tiene que ser de fácil conocimiento y no tiene que dar lugar a duda o incertidumbre”³⁴.

En tercer lugar, la desnacionalización no se confunde directamente con la uniformización en la medida en que ésta última es la consecuencia de la primera. En efecto, la uniformización se hace siempre a nivel internacional a través de convenios como los de UNIDROIT por ejemplo, y así se convierten en un método “internacional”, sin embargo también es cierto. Pero es verdad que la desnacionalización trae la internacionalización y en consecuencia la uniformidad de las reglas en el mundo.

En cuarto lugar, desnacionalizar o internacionalizar no es lo mismo que “objetivizar” el derecho. La internacionalización no refuta el voluntarismo. La teoría del derecho objetivo

³⁴ CIADI, ARB(AF)/97/1, 30/08/2000.

Teoría general de Derecho internacional

postula que existe un derecho más allá de la voluntad de los Estados en razón de una necesidad sociológica, véase “biológica” (Scelle): una norma se impone no porque el Estado este de acuerdo sino porque hay una necesidad sociológica para que esta norma se imponga. Pero así no es. Si a lo mejor la desnacionalización se hace por necesidades, es siempre con el acuerdo y la voluntad del Estado. Sin embargo, si uno realmente quiere defender la visión del objetivismo, entonces sería en la perspectiva de Jellineck: el objetivismo internacional puede existir si el subjetivismo estatal lo quisiera así, autolimitándose porque tal fuera su interés. En conclusión, como lo escribió Anzilotti, “el verdadero Derecho internacional deriva de la sola voluntad de los Estados”, y eso no obstante la declaración del Presidente Bedjaoui en el famoso Aviso sobre la licitud de las armas nucleares: “En lugar de la visión positivista, voluntarista del Derecho internacional que prevalecía al inicio del siglo, se ha substituido una concepción objetiva del Derecho, fruto del estado de conciencia jurídica colectiva y como respuesta a las necesidades sociales de los Estados organizados en comunidad”.

La desnacionalización implica como postulado que primero existe una “nacionalización”, término que debe entenderse como el hecho de que son los sistemas jurídicos de los Estados los que definen el Derecho internacional. En otras palabras, para retomar una antigua tradición cuyos representantes más famosos fueron Hegel y la Escuela de Bonn, la idea es que en cierta manera hay un derecho público “interno” y un derecho público “externo” del Estado. Claro que *prima facie* tal afirmación es contradictoria, si se toma en cuenta la definición de Kelsen que escribió:

Que el Derecho internacional obliga y autoriza al Estado a comportarse en cierta forma, significa que el derecho internacional deja al orden jurídico nacional a determinar los individuos que,

Teoría general de Derecho internacional

por su comportamiento, deberán cumplir con las obligaciones impuestas por el Derecho internacional y ejercer las facultades conferidas por él mismo; que el Derecho internacional delega el señalamiento de estos individuos al orden jurídico nacional,

afirmando así claramente que el Derecho internacional es el que define el comportamiento de los Estados. Sin embargo, se omite que la *Grundnorm* del Derecho internacional es el *pacta sunt servanda*, que tal cual una norma hipotética sino más bien una voluntad común, como lo dijo Triepel en su teoría de la *Vereinbarung* y que da pauta al Derecho internacional³⁵. En otras palabras, se unen los distintos derechos públicos externos para dar vida al derecho que llamamos internacional. Este es el primer paso; el segundo paso es que una vez “creado” este Derecho internacional, éste a su vez influye sobre el derecho interno obligándolo a conformarse con sus normas; obligación que existe solamente si el Estado lo ha aceptado de manera voluntaria. En este aspecto, el Estado es aún soberano. En las materias en donde el Estado no acepta limitar su soberanía a favor del Derecho internacional, es también cierto que último éste tiene más y más influencia; situación que el Estado tiene *volens nolens* que aceptar.

En pocas palabras, todo gira alrededor de la palabra “soberanía”, que es una noción, como lo escribió Virally, a la vez maldita y exaltada: maldita para aquellos quienes ven en ella la causa de todas las debilidades del Derecho internacional y el medio de defensa del egoísmo de los Estados; exaltada para aquellos que la consideran como la piedra angular de la independencia de los pueblos³⁶. Siguiendo este orden de ideas, también se pueden identificar dos corrientes principales, a saber todos aquellos que afirman que la soberanía ya no existe, como aquellos que continúan a negar las nuevas realidades para pegarse aún más fuerte al

³⁵ Les rapports entre le droit interne et le droit international, 1 *RCADI* 77 (1923).

³⁶ Cours général, 183 *RCADI* 9 (1983).

Teoría general de Derecho internacional

concepto westfaliano de la soberanía. No queremos esposar idea o doctrina alguna. Queremos sólo presentar diversos puntos que muestran que sea lo que sea, el derecho internacional de hoy ya no es el mismo que el de ayer. La soberanía ya no es toda poderosa, el individuo es un nuevo actor de la escena internacional, y los tradicionales dogmas deben dejar su lugar a nuevas teorías. Todo eso implica que debemos preguntarnos que es la soberanía hoy en día, y cuál es su relación en la escena internacional con respecto al *jus gentium* y las personas, especialmente en relación con la jerarquía de las normas. Después de esos prolegómenos, es necesario analizar tanto bajo el ángulo del derecho internacional público como el del derecho internacional privado, cómo y cuándo las leyes estatales tienen que aplicarse, y el ejemplo de la inversión extranjera nos servirá como prueba de que en realidad el derecho internacional es uno solo.

LIBRO I

HABÍA UNA VEZ UN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO...

La piedra angular del *jus gentium* es la noción de soberanía (I) que tiene por corolario el principio de la inmunidad (II). Es también la soberanía que está en medio de la discusión de la jerarquía de las normas entre las reglas internacionales y nacionales (III) y que pone en relief la desnacionalización del Derecho internacional.

I - LA SOBERANIA

1. PROLEGOMENOS:SOBERANÍA, SOBERANÍA,¿QUE ERES ?

Rousseau, L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international, 73 *RCADI* 171 (1948); Korowicz, Some Present Aspects of Sovereignty in International Law, 102 *RCADI* 5 (1961); Virally, Une pierre d'angle qui résiste au temps : avatars et pérennité de l'idée de souveraineté, in IUHEI, *Les relations internationales dans un monde de mutation*, Leyde, 1979; Salah & Mahmoud, Mondialisation et souveraineté de l'Etat, *JDI*, 1996.611; Gelber, *Sovereignty through Independence*, La Haya, 1997.

Politis, Le problème des limitations de la souveraineté, 6 *RCADI* 5 (1925); Verdross, La compétence nationale dans le cadre de l'ONU et l'indépendance de l'Etat, *RGDIP*, 1965.314; Ermacora, Human Rights and Domestic Jurisdiction, 124 *RCADI* 371 (1968); Cançado Trinidad, The Domestic Jurisdiction of States and the Practice of the U.N. And Regional Organisations, *ICLQ*, 1976.715.

¿Cómo imaginar el derecho internacional, sin la noción de soberanía? Y paradójicamente, esta constituye al mismo tiempo el elemento más antinómico en el sistema de la regulación internacional. Según Huber, positivamente la soberanía significa la independencia, que permite la exclusión de cualquier otro Estado que desee ejercer las funciones estatales sobre un territorio determinado (*Islas de Palmas*, 1928). Se puede decir también de otra manera, que el concepto de soberanía implica que el Estado soberano no encuentra ninguna autoridad arriba de él³⁷; negativamente es la no-sumisión del Estado a una autoridad superior. La soberanía tiene como corolario la igualdad de todos los Estados, como se contempla en la Carta de las Naciones Unidas.

³⁷ Basdevant, Règles générales du droit de la paix, 58 *RCADI* 578 (1936).

Teoría general de Derecho internacional

En otras palabras, la soberanía es en primer lugar la *plenitudo potestatis* - el derecho al ejercicio de la plenitud de las competencias y poderes estatales, como son reconocidos por el Derecho internacional. Sin embargo, como lo escribió Kelsen,

si “se acepta la superioridad del Derecho internacional no se puede hablar de la soberanía del Estado en el sentido original y propio de este término. El “soberano”, es decir, *el orden supremo*, es el orden internacional y no el subordinado orden jurídico nacional. El término de Estados “soberanos” en caso de emplearse en esta construcción, adquiere un significado totalmente diferente de su sentido original y propio. Expresa que el orden jurídico nacional sólo está sujeto al internacional y a ningún otro orden jurídico nacional, o, según dice el lenguaje personificado, que el Estado es jurídicamente independiente de otros Estados. La llamada “soberanía” del Estado no sería otra cosa entonces sino el nombre para la dependencia directa del orden jurídico nacional del internacional. Es, en consecuencia, aconsejable no emplear el engañoso término “soberanía del Estado”, cuando se supone o acepta la supremacía del Derecho internacional. En este caso, es todavía menos aconsejable hablar de una “relativa” soberanía de los Estados, como suelen hacerlo algunos autores, porque ésta fórmula implica una *contradictio in terminis*. El término “soberanía del Estado”, en su sentido original y propio, sólo puede emplearse si se supone la supremacía del Derecho interno” (*Teoría pura del Derecho*).

En un segundo lugar la soberanía es la *suma potestas*, sinónimo de no-sumisión del Estado a una autoridad superior, el hecho de no recibir “órdenes” de otros Estados u organizaciones internacionales (TPY, Apelación, *Blaslic*, 1997). Al inicio, la noción fue desarrollada por los jurisconsultos monárquicos como Bodin y Vattel para proteger el poder de los reyes contra el entrometimiento del poder del Papa. La idea de un poder supremo e ilimitado era conceptualizada al máximo por la escuela alemana bajo la influencia de Hegel. Jellineck la definía como “la competencia de la competencia” en el sentido de que era un poder originario, ilimitado e incondicionado del Estado el

determinar su propia competencia. Pero tal razonamiento es *per se* incompatible con la idea de una coexistencia pacífica porque nada impide al Estado de no respetar la voluntad de los demás Estados, salvo su propia voluntad de autolimitarse.

2. SOBERANÍA, INDEPENDENCIA, Y GLOBALIZACIÓN

Como lo decía Huber en su laudo arbitral, la soberanía significa la independencia. Es este criterio el que se utiliza para verificar si una colectividad puede ser un Estado o no (CPJI, *Ville libre de Danzig*, aviso, 1930 ; *Régime douanier austro-allemand*, aviso, 1931). En el caso de los Bantustanos en África del Sur, la Asamblea General de las Naciones Unidas rechazó su reconocimiento como Estados porque había dudas serias sobre su independencia en relación con el Estado de África de Sur. En efecto, una autonomía – aún significativa - de una colectividad no necesariamente significa que se trata de una entidad soberana.

Sin embargo, tiene que ser resaltado que la soberanía y la independencia pertenecen a dos mundos distintos: la primera al del derecho, y la segunda al de los hechos. Como situación *de facto*, la independencia permite a una colectividad pretender llegar a la calidad de Estado; pero una vez constituido, el Estado busca la calidad misma de la soberanía.

Ahora bien, ¿qué queda de esta independencia en un mundo globalizado? donde todos somos interdependientes los unos de los otros. Claro, se observan aún ciertos rasgos de independencia como la decisión unilateral de los Estados Unidos de irse en guerra en contra de Irak en 2003. Sin embargo, no se debe olvidar que no obstante su decisión unilateral, hicieron todo lo posible para obtener el apoyo de las Naciones Unidas y de sus aliados; y una vez que la

invasión *strictu sensu* terminó, regresaron a buscar el apoyo de los demás países para obtener una cierta legitimidad *ex post facto*. Scelle hubiera dicho que es por necesidad biológica...

2.1 La famosa Igualdad Soberana.

En la medida que un Estado soberano no es sumiso a la autoridad de otro Estado, la consecuencia es la igualdad de todos los Estados - una igualdad soberana, consagrada por el artículo 2§1 de la Carta de las Naciones Unidas y detallada en la Resolución 2625 de la Asamblea General. El principio figura en todas las cartas constitutivas de las organizaciones internacionales, y desde la adopción de la *Declaración sobre las Relaciones Amistosas entre Estados*, se extiende como principio consuetudinario a todos los Estados aunque no sean miembros de las Naciones Unidas.

El contenido de la Carta, según el relator siriano del Comité de redacción, se constituye en primer lugar por una igualdad jurídica; en segundo lugar, por un derecho inherente a la plena soberanía; en tercer lugar por el respeto de la personalidad del Estado así como de su integridad territorial y de su independencia política; y en cuarto lugar, por la obligación de que todos los Estados tienen que cumplir con sus compromisos internacionales.

Sin embargo, en esa época no cabía duda para el delegado belga que para los Estados pequeños una noción de “igualdad soberana” en presencia de grandes Estados en la organización va más allá de la ironía... Y es verdad; pensemos sólo en los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad ¡que son más “iguales” que los demás a través de su derecho de veto!

Teoría general de Derecho internacional

El principio jurídico de la igualdad implica así la negación por el Derecho de las desigualdades *de facto*, que son multiformes; y el rechazo a las desigualdades produce efectos de derecho. Sin embargo, si las desigualdades no son corregidas por el derecho general, el derecho convencional permite prever mecanismos de corrección. Así tenemos la *desigualdad compensatoria*, que se aplica en todos los casos donde la desigualdad es expresamente reconocida y permite producir efectos jurídicos con el fin de reparar las consecuencias perjudiciales. Tal es, por ejemplo, la situación en el marco del Derecho del mar, en donde las discriminaciones positivas existen para los Estados insulares, Estados sin litorales, etc. De la misma manera, tenemos la *desigualdad ponderada* como podemos observar en las organizaciones internacionales en donde las contribuciones son calculadas según la capacidad contributiva de los miembros y la representación se hace por ejemplo según la importancia política (los miembros permanentes del Consejo de Seguridad) o de la flota marítima (el caso del Comité de Seguridad Marítima).

2.2 Autolimitación versus Imposición

Se escribió que la noción de soberanía sería antinómica a la noción de orden internacional, pero es lo contrario; el orden internacional existe porque al momento de su creación existían soberanías capaces de limitar voluntariamente algunos de sus atributos para crear este nuevo ambiente normativo. Y éste último permite por su parte proteger la soberanía de los Estados. Consecuentemente, “la facultad de celebrar tratados es precisamente un atributo de la soberanía de un Estado” (CPJI, *Wimbledon*, 1923). El hecho es que “las reglas del derecho internacional resultan de la voluntad de los Estados” (CPJI, *Lotus*, 1927). Y es en virtud de su soberanía que un Estado puede renunciar a sus privilegios, como en el

caso de someterse a una cláusula de arbitraje (CCI, *Framatome*, 1982). Sin embargo, no cabe duda que este privilegio (que es nacional, ya que cada Estado decide cuando renuncia o no a él) se desnacionalizó para volverse internacional, ¿el objetivo?, en el sentido de que existe actualmente una regla casi universal: el Estado no puede privarse de su voluntad de acudir al arbitraje, en la medida que ya no se presume su inmunidad, sino su consentimiento. La jurisprudencia internacional - a partir del famoso caso francés *Galakis*, en donde la Corte suprema francesa estableció que la prohibición para el Estado francés de recurrir al arbitraje no puede ser invocada en los contratos internacionales (1966) - considera que se trata de un principio general del arbitraje internacional (CCI *Framatome*, 1982; TA *ad hoc*, *Benteler c. Belgique*, 1983), y los tribunales judiciales sistemáticamente rechazan la inmunidad al Estado en lo que se relaciona con la ejecución de laudos arbitrales³⁸.

2.3 El Principio de [¿No?]Intervención.

Murphy, *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, 1996; Schnabel & Thakur (ed.), *Kosovo and the Challenge of Humanitarian Intervention: Selective Indignation, Collective Action and International Citizenship*, 2000; Holzgrefe & Keohane (ed.), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dimensions*, 2003; Goodman, *Humanitarian Intervention and Pretexts for War*, *AJIL*, 2006.107.

Negativamente, el derecho internacional prohíbe a un Estado hacer operaciones materiales en el territorio de otro Estado sin la autorización del último (intervención no solicitada); en ausencia de uso de la fuerza (que de todas maneras está prohibido a otro título), la prohibición de la intervención

³⁸ P.e. *Blue Ridge Invs. LLC v. Republic of Argentina*, No. 10 Civ. 153, 2012 U.S. Dist. LEXIS 142016 (S.D.N.Y. Sept. 30, 2012); BGH, *Walter Bau v. Government of Thailand*, Case No.III ZB 40/12, 30/01/2013.

resulta del principio según el cual el Estado dispone de una competencia exclusiva sobre su territorio.

Positivamente, el principio de no intervención implica el derecho para cada Estado soberano de conducir sus asuntos sin una interferencia exterior (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au et contre le Nicaragua, sentencia*, 1986). Como lo explicó la Corte Internacional, la intervención no solicitada es necesariamente la manifestación de una política basada sobre la fuerza, que no tiene lugar en las relaciones internacionales; entre Estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es una base esencial del orden internacional (*Détroit de Corfou*, 1949).

Sin embargo, el último prevé una excepción en la forma de la *Intervención de Humanidad*, que consiste en la intervención de un Estado sobre el territorio de otro Estado con el fin de proteger sus nacionales (TA, *Réclamations britanniques dans la zone espagnole au Maroc*, 1924), aunque la Corte Internacional adoptó una concepción muy restrictiva de la noción (*Activités militaires...*).

Ahora bien, se desarrolla una evolución del concepto para transformar la *Intervención de Humanidad* en una *Intervención Humanitaria* que tendría por objetivo el intervenir materialmente sobre el territorio de un Estado para ayudar a la población local. Es así que el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de Wiesbaden consideró que sería lícito el envío de ayuda u otras formas de ayuda humanitaria en favor de las víctimas de guerras civiles³⁹. Bajo la influencia de Francia, la Asamblea General adoptó una resolución, que aunque recuerda al principio de la soberanía, solicita a los Estados facilitar las tareas de las OIG y ONG para los casos de catástrofes naturales y situaciones de urgencia (Res. 43/131 del 8 de diciembre de 1988). Este texto

³⁹ *Ann. IDI*, vº 56, 1975, 545.

fue completado, siempre sobre la iniciativa de Francia, por la Resolución 45/100 que introduce la idea de los “corredores de urgencia humanitaria”, que fueron casi inmediatamente puestos en marcha en Sudán, después en Croacia. Finalmente, la Resolución 688 del Consejo de Seguridad, relativa a la ayuda de las poblaciones kurdas que escapaban de la represión iraquí, insistió “en que Irak permitiera el acceso inmediato a las organizaciones internacionales humanitarias hacia todos los territorios iraquíes que necesitaran asistencia” (cf también la Resolución 733 del Consejo de Seguridad del 23 enero de 1992 en el caso de Somalia). Sin embargo, no puede decirse que la intervención humanitaria es hoy una noción consagrada del derecho positivo. Al contrario, varios Estados declararon que no se trata de un principio jurídico (Francia, Suiza⁴⁰), Canadá⁴¹ o Holanda⁴² otros la condenaron como lo hizo el Grupo 77. Así, la “intervención humanitaria” que se hizo a través de la intervención militar americana en Somalia (Resolución 794, 3/12/1992) no se basó sobre las resoluciones de la Asamblea General, sino sobre el capítulo VII de la Carta relativa al mantenimiento de la paz. Es en este sentido, las operaciones de la OTAN en Kosovo entre marzo y junio de 1999 no pueden ser justificadas legalmente, porque no había ninguna habilitación de las Naciones Unidas, bloqueadas por el veto ruso y chino. Algunos las justificaron en el nombre de la preservación de los principios del derecho humanitario y de los derechos humanos, sin embargo, la acentuación fue siempre puesta sobre el hecho de que no se trata de un “precedente” sino de una excepción. Pero, como lo remarcó la Corte Internacional en el caso del *Pasaje de Corfo* (1949), la admisión de tal concepción es abrir la puerta a todos los abusos, particularmente porque este tipo de intervención está, por naturaleza, reservada a los Estados más poderosos. En conclusión, no cabe duda que hay en la materia lo que

⁴⁰ *RSDIE*, 1994.624.

⁴¹ *CYIL*, 1997.362.

⁴² *NYIL* 1994.373.

llamamos una desnacionalización. No son los Estados los que pueden decidir unilateralmente a quien ayudar o no, a través del uso de la fuerza, sino que sólo la comunidad internacional como tal tiene esa facultad, que sin embargo es restringida en virtud del principio de la soberanía de los Estados.

2.4 El Principio de ¿No? Injerencia.

Si la intervención exige operaciones materiales sobre el territorio extranjero, la injerencia es un concepto más amplio en el sentido de que se trata de cualquier iniciativa que interfiere con la esfera de acción del Estado extranjero sin autorización: toma de posición, presiones, apoyo a personas o grupos políticos, etc. La injerencia se puede definir como una interacción en los asuntos de otro Estado en las cuales este último tiene la competencia exclusiva de decidir libremente (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, 1986). El principio de no injerencia así determinada constituye una regla consuetudinaria (*idem*).

Sin embargo, hace algunos años, bajo la influencia del político Bernard Kouchner⁴³ y el Profesor Mario Bettati de la Universidad de Paris II Panthéon-Assas, el concepto de un “deber de injerencia” se desarrolló⁴⁴. El fundamento de este derecho de injerencia, según sus autores, es el derecho a la vida tal como se encuentra en el artículo 3 de la Declaración *Universal de los Derechos Humanos*, artículo 6 del *Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos*, y el artículo 12 del *Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos y Sociales*. Sin embargo, no cabe duda que el

⁴³ Ex ministro de salud, ex ministro de relaciones exteriores, y fundador de las asociaciones *Médecins sans Frontières* y *Médecins du Monde*.

⁴⁴ Bettati & Kouchner, *Le devoir d'ingérence*, Paris, 1987; Bettati, *Le droit d'ingérence - Mutation de l'ordre international*, Paris, 1996; Bretón, *Ingérence humanitaire et souveraineté*, *Pouvoirs*, 1993.59.

concepto en sí mismo es violatorio de la soberanía del Estado en donde ocurre la catástrofe humanitaria. Si, como lo hemos visto, se puede decir que las resoluciones 43/131 y 45/100 dan pauta al concepto, no se tiene que olvidar que las intervenciones humanitarias posteriores se basan sobre el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y la amenaza de ruptura de la paz. En otras palabras, en el esfuerzo de desnacionalizar las catástrofes humanitarias, el derecho positivo continúa basándose sobre la soberanía y el privilegio del Estado de tratar sus catástrofes como mejor le parezca.

3 ¿DONDE QUEDA LA SOBERANÍA?: EL EJEMPLO DEL TRANSEXUALISMO

No queda duda que la soberanía tiene que ser conceptualizada en el marco de la sociología. La soberanía básicamente consiste en hacer lo que uno quiera; con respecto al Estado es la posibilidad de tener la visión de “su” comunidad. Es así que cada Estado tiene “su” derecho familiar que se basa normalmente en las concepciones religiosas de sus poblaciones. De esta manera, se puede decir que el derecho familiar europeo y americano, *latu sensu*, es de inspiración cristiana como se consta en la adopción de la monogamia como base de nuestras sociedades. La misma religión nos hace considerar que la relación tiene que ser necesariamente entre un hombre y una mujer con el fin de procrear. Sin embargo, esas concepciones nacionales tienden a desaparecer por la desnacionalización del derecho familiar, entre otros, bajo la influencia y la presión de los derechos humanos codificados en los instrumentos internacionales. El mejor ejemplo es sin ninguna duda la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y su impacto sobre los derechos nacionales. Antes de dar más ejemplos, es importante precisar que hasta 1991, las sentencias de la Corte para efectos prácticos no tuvieron ningún impacto jurídico real sino sólo

un efecto político más o menos importante, no obstante el artículo 53 de la Convención Europea de Derechos Humanos obliga a los Estados parte a respetar las decisiones de la Corte. Sin embargo, por su sentencia *Vermeire* (1991) la Corte Europea estableció que la ausencia de modificación de una legislación interna violatoria de la Convención constituye *per se* una violación del instrumento internacional y da lugar a una nueva condena.

Si hasta ahora pertenecía al derecho nacional definir lo que es un ser humano, la Corte Europea en el caso *B contra Francia* (1992)⁴⁵, cambió todo. B era un transexual operado, es decir un hombre que cambió su físico por uno de mujer. Sin embargo, las autoridades francesas rechazaron modificar el cambio de nombre que siguió a la transformación física por la razón de que el estado civil es inmutable: no se puede legalmente cambiar de sexo. Si bien es cierto que se puede rectificar el estado, en el caso del transexualismo sin embargo tal acción no es posible en la medida en que la rectificación opera siempre de manera retroactiva. Sin embargo, los jueces europeos en Estrasburgo decidieron que el hecho de que B. tuvo en numerosas ocasiones, como en la búsqueda de un trabajo o en trámites administrativos, que “explicar la discrepancia” entre los papeles con nombre de hombre y su apariencia femenina constituye una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que establece el derecho a la vida privada. No nos compete aquí comentar el fondo de la sentencia, sino mostrar cómo el Estado ya no tiene la facultad de tomar su “propia” decisión de aceptar o rechazar la legalización del transexualismo. Ahora bien, la pregunta que queda es la de saber si hay o no una violación de la soberanía. En sí mismo la negativa prevalece, Francia ratificó la Convención y aceptó que la Corte Europea interpretara el instrumento. Sin embargo, ¿realmente se pensó

⁴⁵ Para la actualidad del transexualismo en la jurisprudencia de la CEDH, véase: *Schlumpf c/Suisse*, 08/01/2009.

que el artículo 8 que fue destinado de alguna manera a proteger la vida privada del individuo contra el Estado, serviría de base para admitir el transexualismo, la homosexualidad⁴⁶ y mañana probablemente el matrimonio homosexual? La “actualidad” de la Convención, principio que quiere que la Corte interprete el instrumento a la luz del presente y no de las circunstancias de la época en donde fue redactada⁴⁷, ha sido muy criticada, sosteniendo que hay una desviación del objetivo del texto. En otras palabras, ¿no tendría que admitirse por ejemplo la igualdad jurídica entre hijos legítimos y naturales (caso *Marckx* (1979)⁴⁸ porque no fue tal la intención de los redactores en la época? Obviamente la respuesta tiene que ser afirmativa; pero la problemática es distinta si uno piensa en un texto por interpretar que no tiene 50 años sino 200 años como por ejemplo la constitución americana. ¿Se debe interpretarla como lo hubieran hecho los fundadores? No tiene sentido⁴⁹.

En los Estados Unidos, la Corte Suprema empezó también a desnacionalizar sus puntos de vista y de cierta manera a ceder a la presión “internacional”. En el caso *Lawrence v. Texas*⁵⁰, se trataba de saber si la legislación tejana podía

⁴⁶ La legislación que prohíbe las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo es violatoria de la Convención: *Dudgeon v. United Kingdom* (1981), *Norris v. Ireland* (1988), *Modinos v. Cyprus* (1993).

⁴⁷ Para una reciente afirmación del principio, véase: *Schlumpf c/Suisse*, 08/01/2009.

⁴⁸ Para los efectos del principio de igualdad en el derecho patrimonial, véase *Mazurek*, 21/10/2008.

⁴⁹ A notar como *obiter dictum* que el rechazo de interpretar un texto jurídico a la luz de la actualidad conduce directamente al fundamentalismo como se puede ver en relación con el derecho musulmán. En efecto, al contrario del *Ijtihâd* (la aplicación del Corán a los problemas contemporáneos), los juristas del *Taqlid* consideran que el *fiqh* (las reglas y soluciones) fueron fijadas definitivamente en el siglo X y deben continuar siendo aplicadas tal cual a los problemas actuales, no permitiendo ninguna evolución de las posiciones con todas las consecuencias que conocemos....

⁵⁰ 539 U.S.558, 123 S.Ct 2472 (2003).

Teoría general de Derecho internacional

constitucionalmente prohibir las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Para rendir su decisión, los magistrados se han basado particularmente sobre la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, varios jueces del Magno Tribunal se han pronunciado claramente contra la tendencia comparada. Es así que Antonio Scalia opinó que:

The views of other nations, however enlightened the Justices of this Court may think them to be, however, cannot be imposed upon Americans through the Constitution” (Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304, 316 n. 21.); “the Court’s discussion of ... foreign views...is...meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since this Court should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans.

La cita distingue claramente entre “modas” extranjeras y nacionales y que un país no tiene que seguir de manera ciega lo que proviene de “afuera”. Si luce lógica tal afirmación, la reposición de las palabras de Scalia en el contexto conduce a otro sentido.

Es así que se puede contemplar en los Estados Unidos dos tendencias que resumen bien el tema de nuestra reflexión. Como lo escribió Hongju Koh:

The last Supreme Court Term confirms that two distinct approaches now uncomfortably coexist with our own Supreme Court’s global jurisprudence. The first of a “nationalist jurisprudence [that] is characterized by commitments to territoriality, extreme deference to national executive power and political institutions, and resistance to comity or international law as meaningful constraints on national prerogatives. [..] A second, more venerable stand of “transnationalist jurisprudence” [assumes] America’s political and economic interdependence with other nations operating within the international legal system⁵¹.

⁵¹ International Law as Part of Our Law, *AJIL*, 2004.52.

El Juez Breyer de la Suprema Corte enunció claramente que:

Formally speaking, state law is state law, but practically speaking much of that law is national if not international, in scope. Analogous developments internationally, including the emergence of regional or specialized international bodies, tend similarly to produce cross-country results that resemble each other more and more, exhibiting common, if not universal, principles in a variety of legal areas⁵².

De cierta manera la desnacionalización se acentúa con lo que se llama en la doctrina el Efecto Extraterritorial de los convenios sobre derechos humanos. El punto de partida fue el caso *Soering* (1989) ante la Corte Europea de Derechos Humanos en el cual Inglaterra quiso extraditar a un condenado en los Estados Unidos no obstante que había un riesgo serio a ser condenado a la pena de muerte. El quejoso alegó que en la medida que Inglaterra es parte del Protocolo No. 6 que prohíbe la pena de muerte, la extradición no podría hacerse sin violar la obligación convencional. La Corte estableció que no se trata de imponer las obligaciones de la Convención a un Estado no parte (*in casu* los Estados Unidos) sino de verificar que el Estado parte (i.e. Inglaterra) a través de su decisión de extraditar viola o no el instrumento europeo. Desde entonces continuó con su línea jurisprudencial (*Loizidou v. Turkey*, 1996), no obstante su precisión en el caso *Bankovic* (2001):

In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdictions vs a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its habitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.

⁵² Keynote Address, *ASIL Proceedings*, 2003.267.

Teoría general de Derecho internacional

La misma posición parece prevalecer también en el continente americano en relación con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión Interamericana subrayó en el caso *Coard v. US* (1999) que la Convención Interamericana que ratificó los Estados Unidos se aplica también en Granada para las detenciones hechas por las tropas americanas de intervención, no obstante que no sea el territorio nacional o que los detenidos no sean nacionales:

In principle, the inquiry turns not on the presumed victim's nationality or presence within a particular geographic area, but on whether under the specific circumstances, the State observed the rights of a person subject to its authority and control.

Si *stricto sensu*, el concepto de “nacional” se respeta, quiere decir que los instrumentos se aplican sólo en el territorio nacional del Estado parte o en algunos casos a sus nacionales, es verdad también que hay obviamente una tendencia de ampliar la aplicación territorial (“si no hay repercusiones demasiado lejos” (¡sic! *Soering* #85) de la Convención Europea de Derechos Humanos que tiene necesariamente efectos *de facto* en los Estados no parte. Es así que desde la decisión *Soering*, los Estados Unidos tienen que prometer en su solicitud de extradición con los países parte a la CEDH no requerir la pena de muerte en contra de la persona objeto de dicha solicitud. De la misma manera, y aún más significativo el impacto de la Convención en un país no parte a esta es el caso *Pellegrini* (2001). El Señor Pellegrini obtuvo ante un tribunal eclesiástico la nulidad del matrimonio religioso sin que su esposa como demandada fuera notificada y escuchada. La Corte de apelación acordó el reconocimiento para dar efectos civiles a la sentencia. La Señora Pellgrini demandó a Italia ante la CEDH por violación del artículo 6 y obtuvo razón. Ahora bien, el Estado condenado es Italia y no el Vaticano; sin embargo, en razón del Concordato que existe entre ambos Estados, el Vaticano no puede darse el lujo de dejar a sus tribunales emitir decisiones que no serán

Teoría general de Derecho internacional

reconocidas en Italia; en otras palabras; el Vaticano, aunque no parte al Convenio Europeo de Derechos Humanos, tiene que respetarla *de facto*.

II - LAS INMUNIDADES YA NO TAN INMUNES

Dominice, L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales, 187 *RCADI* 1984.145; Trooboff, Foreign State Immunity: Emerging consensus on principles, 200 *RCADI* 1986.235; Dickinson, *State Immunity and State-Owned Enterprises, Business Law International*, 2009.97.

1. ¿UN SER IRRESPONSABLE? EL ESTADO EXTRANJERO EN EL ORDEN JURIDICO NACIONAL.

¿Puede un Estado soberano ser objeto de una acción judicial en virtud de un orden jurídico extranjero debido a la iniciativa de una parte privada buscando la realización de sus presuntos derechos?, y ¿puede ser sometido a los procedimientos de ejecución que ofrece éste orden jurídico a la misma parte si sus derechos fueron reconocidos? Si la respuesta a la primera interrogación es negativa, se habla de inmunidad de jurisdicción, que consiste en exentar a su beneficiario de la aplicación de las leyes que gobiernan en un Estado la competencia de los tribunales, haciendo inadmisibles en razón de la calidad del defensor, las acciones que normalmente tendrían que ser juzgadas por aplicación de las reglas de derecho internacional privado; si la respuesta a la segunda interrogación es también negativa, se habla de inmunidad de ejecución, que no permite recurrir a la fuerza pública para ejecutar la sentencia. Como lo ha establecido la Suprema Corte Americana en el caso *Schooner Exchange* (1812), la inmunidad es una consecuencia directa de la soberanía: “La jurisdicción de la nación dentro su propio territorio es

necesariamente absoluta y exclusiva, al ser por igual atributo de cada soberano. [Pero] no parece que tenga por objeto a los soberanos extranjeros puesto que ningún soberano está subordinado en ningún sentido u otro”. Las inmunidades varían de un Estado a otro, pero se ve una cierta homogeneidad que permite decir que se trata de una costumbre internacional, como lo demuestra el informe de la CDI en sus trabajos de la 43° sesión⁵³. La ausencia de toda jerarquía entre los Estados soberanos dicta esta solución en la medida que la soberanía es la no-sumisión de un Estado a otra autoridad, un tribunal extranjero por ejemplo. ¡*Par in parem non habet jurisdictionem!*

Sin embargo, estas inmunidades no son absolutas - de todas maneras, es claro que un Estado tiene el derecho de renunciar siempre a su inmunidad - y hay una tendencia fuerte de establecer un régimen de inmunidades *ratione materiae*: para las actividades *de jure imperii* implicando el uso de prerrogativas de poder público, las inmunidades siempre se aplican; para las actividades *de jure gestionis*, implicando normalmente actividades que podrían ser hechas también por particulares (contratos civiles o comerciales por ejemplo), la inmunidad de jurisdicción no puede ser invocado, y la inmunidad de ejecución puede solamente aplicarse para los bienes destinados a las actividades *de jure imperii*. Estas últimas son definidas por la Corte suprema de los Estados Unidos, basándose en la jurisprudencia de la Corte suprema italiana *Stato di Rumania v. Trutta* (1926), como sigue:

When a foreign government acts, not as regulator of a market, but in the manner of a private player within it, the foreign sovereign's actions are "commercial" [...]. The issue is whether the particular actions that the foreign state performs (whatever the motive behind them) are the type of actions by which a private party engages in "trade and traffic or commerce". Thus, a foreign government's issuance of regulations limiting foreign currency

⁵³ 10/09/1991, A/46/10.

Teoría general de Derecho internacional

*exchange is a sovereign activity; whereas a contract to buy army boots or even bullets is a "commercial" activity, because private companies can similarly use sales contracts to acquire goods*⁵⁴.

La Suprema Corte Mexicana adoptó semejante criterio:

INMUNIDAD JURISDICCIONAL. EL INSTITUTO LATINOAMERICANO DE LA COMUNICACIÓN EDUCATIVA NO GOZA DE ESA PRERROGATIVA CUANDO CONTRATA TRABAJADORES PARA CUMPLIR SUS FINES.

Los Estados extranjeros o los organismos internacionales cuando actúan en un Estado ajeno como cualquier particular, realizan actos que, por regla general, no están protegidos por el beneficio o la prerrogativa de la inmunidad jurisdiccional. Conforme a lo anterior, el acto jurídico a través del cual el referido Instituto realiza la contratación de personal no queda comprendido dentro de aquéllas actividades inherentes a su objeto o funciones, ya que sólo es una actividad accidental que debe realizar para el cumplimiento de sus objetivos, acto jurídico que debe ser calificado como realizado por particulares, esto es, el organismo internacional cuando actúa como persona moral de derecho privado que celebra un contrato para que le presten un trabajo personal subordinado, despliega una actividad de contratación comprendida en lo que la doctrina denomina actos de gestión⁵⁵.

Es verdad que no es fácil aplicar el criterio; ¿cómo distinguir la parte de la suma de dinero depositado en una cuenta bancaria destinado a las actividades comerciales (*jus gestionis*) de la parte destinada a las actividades *de jure imperii*?

Con respecto a la reparación de los daños, algunos tribunales nacionales juzgaron que en este caso, el Estado al origen del

⁵⁴ *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 US 607 (1992).

⁵⁵ Amparo en revisión 348/2001. Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa. 14/02/2003. Tesis de jurisprudencia por Reiteración de Criterios 102/2003.

daño nunca puede beneficiarse de la inmunidad⁵⁶. Así, la Corte Suprema griega notó que la Convención del Consejo de Europa del 16 de mayo de 1972 ha codificado “una costumbre preexistente” consistiendo en no distinguir en esta hipótesis entre *acta de jure gestionis* y *acta de jure imperio*⁵⁷. Esta tendencia finalmente fue consagrada en el artículo 12 del proyecto de la CDI sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados.

Sin embargo, en el asunto *Jurisdictional Immunities of the State*⁵⁸, la CIJ sí consideró que la inmunidad aún es inviolable para actos cometidos por un Estado en el territorio de otro Estado a través de sus fuerzas armadas en un conflicto armado, y que esa inmunidad es una regla consuetudinaria absoluta⁵⁹, independiente de la gravedad de las violaciones y daños ocasionados⁶⁰.

2. ¿UN SER RESPONSABLE? LA PERSONA

Un individuo como Jefe de Estado o de Gobierno, Ministro de Asuntos Exteriores, agente diplomático o consular goza de la inmunidad tanto en materia civil como penal en virtud de las Convenciones de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas y Consulares. Tal postura está vigente en México:

INMUNIDAD DIPLOMATICA, LAUDO ABSOLUTORIO POR,
AUN CUANDO RESULTE PROCEDENTE LA ACCION DEL
ACTOR.

⁵⁶ *Letelier v. Chile*, 488. Fsupp 665 (DDC 1980); *Liu v. China*, 892 F2d. 1419 (9th Cir 1989).

⁵⁷ *Prefecture of Voiotia v. Germany*, 04/05/2000.

⁵⁸ 03/02/2012.

⁵⁹ #78 de la sentencia.

⁶⁰ #91 de la sentencia.

Teoría general de Derecho internacional

Es correcto el proceder de la Junta responsable al absolver a los demandados con respecto de la acción que el actor ejercitó en su contra, si en el expediente laboral obra un documento suscrito por el Director General del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, dirigida al Presidente de la Junta, que en el caso resulta ser la autoridad responsable, por el cual se comunica que el demandado es miembro del personal diplomático acreditado en México por la Embajada que se precisa, con el rango de Consejero, y que por tanto, está protegido por la inmunidad de jurisdicción respecto de autoridades judiciales y administrativas nacionales, determinación prevista en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el trece de agosto de mil novecientos sesenta y cinco, cuyo precepto prevé que el agente diplomático no puede ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo los casos que en el mismo se señalen, por lo que debe concluirse que independientemente de que se haya probado o no la acción ejercitada por la actora, la Junta no podía dictar laudo condenatorio, dada la inmunidad diplomática de los demandados⁶¹.

Desde hace unos años, sin embargo, ciertos jueces intentan de “nacionalizar” el principio para darle excepciones. El hecho causal de este movimiento fue obviamente la decisión española de arrestar al General Pinochet y la decisión inglesa de la House of Lords sobre la extradición. En este orden de ideas, ciertas jurisdicciones desarrollaron la idea que la distinción *de jure imperii* y *de jure gestionis* podría también aplicarse a las personas. Si la actuación de una persona “protegida” es un acto “privado”, entonces no tendría inmunidad por este acto, especialmente si fuera un delito. Y no podría ser un acto “oficial” por ejemplo ciertos crímenes.

⁶¹ CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 597/86. Constancia García Peralta. 20/02/1987.

Como lo dijo la House of Lords en *Pinochet I*:

International law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone⁶².

Sin embargo, la CIJ rechaza de manera vehemente tal lógica y declara que no obstante las tentativas de unas jurisdicciones (citando entre otros la House of Lords), la inmunidad del Ministro de Asuntos Exteriores es una regla consuetudinaria absoluta, aunque a lo mejor podría ser culpable de crímenes contra la humanidad⁶³. Poco tiempo antes, la Corte de Casación francesa había decretado que en relación con una orden de arresto contra Gadafi, la inmunidad del Jefe de Estado es absoluta⁶⁴. A subrayar que en el mismo asunto, la máxima Corte estableció que la calificación de Jefe de Estado pertenece al Derecho internacional y no al derecho interno, siendo así el regimen de la inmunidad plenamente desnacionalizado.

⁶²*R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and others intervening)* (No. 1) [1998] 3 WLR 1456, [1998] 4 All ER 897, 940).

⁶³*Congo v. Belgique*, 14/02/2002.

⁶⁴ 13/03/2001.

III – JERARQUIA DE LAS NORMAS: LO NACIONAL DEL INTERNACIONAL

1. DIOS, EL REY, Y LA LEGITIMIDAD DE LAS LEYES

Desde la creación del mundo, los líderes de las naciones siempre han buscado argumentos para convencer a sus pueblos de lo “justo” de sus decisiones. Y naturalmente, el mejor argumento fue siempre “extrahumano”: la invocación de un poder superior a los hombres – Dios o los Dioses. Siendo Rey, Emperador, Faraón, por la voluntad de un ser supremo, implica que sus decisiones obviamente tuvieron el consentimiento de éste Ser, y por lo tanto fueron “justos” e intocables. Lo que probablemente explica la conversión de Clovis a la religión cristiana, y no tanto por amor por Clotilde, su bella mujer bautizada. Tener el apoyo del Dios en moda ayuda...

Tal fue en pocas palabras la justificación hasta el siglo X, época en donde el Rey de Francia empezó a cansarse de la perpetua intromisión del Papa en los asuntos del reinado. Fue en 751 que Pepino el Breve, *Rex francorum*, supo aprovechar de su victoria contra los Lombardos, lo que salvó al Papa, para cambiar su título de Rey *de facto* en *de dei*; y en intercambio, el Papa obtuvo en donación del Rey francés las actuales tierras de Roma. La obtención del “*saint-chrême*” por el Papa equivalió a ser Rey por la voluntad de Dios (*Rex Francorum Dei Gratia*). Sin embargo, eso también implicó que de cierta manera no fuera posible ser Rey sin el consentimiento del Papa y lógicamente, la posición superior del Papa sobre el Rey: la *auctoritatis* papal sobre la *potestas* real. Y es Gregorio

VII quien la consagra plenamente a través de su *Dictatus Papae* estableciendo un imperio -¿divino?- universal, al cual todos los príncipes cristianos deben someterse. Para escapar a esta situación, Felipe el Hermoso obligó a partir de 1219 (fecha en la cual el Rey prohíbe a los canonistas papales de enseñar en la Universidad de París) a sus legistas buscar otro camino, que fue finalmente el del principio de que el Rey es Emperador en su Reinado. Es así que después de muchos años, debates y guerras, Grotius supo laicizar el derecho en la medida que reemplazó a Dios por la *recta ratios*. Ya Dios no está susurrando al oído del Rey, sino que el Rey siempre toma decisiones “justas” porque Dios le dio una recta razón que le permite distinguir entre buenas y malas leyes. Claro, Dios aún está en el *decorum*, pero más pasivo que activo; y el Papa desaparece de la ciudad terrestre para limitarse a la ciudad espiritual.

La -aparente- perfección del derecho laico se hace con Kelsen, quien justifica la decisión “justa” porque una norma superior le da validez. Pero arriba de su pirámide normativa, queda una *Grundnorm* que para no llamarse Dios, está designada como una norma hipotética (“*Überpositiver Rechtsgrundsatz*”): a cada uno corresponde darle el nombre que quiera.

2. JUS COGENS....

.....¿O EL REGRESO DEL JUSNATURALISMO?

En la perspectiva kelseniana de la pirámide de las normas, la *Grundnorm* es el famoso *Pacta sunt servanda* que no es nada más, como lo hemos mencionado, que un término laico para no evocar a “Dios”. Refutando la noción religiosa de la *Grundnorm*, Kelsen puso su fe en la palabra de los hombres.

Teoría general de Derecho internacional

Sin embargo, parece que últimamente, los propios hombres dudan del valor de sus promesas, buscando su salvación en algo que no sería llamado Dios, pero que sería su equivalente: el *jus cogens*. Siendo el alfa del sistema normativo, determinaría la validez de las normas internacionales, las cuales a su vez determinarían la validez de las normas nacionales.

En una primera aceptación, el *jus cogens* es una norma convencional creada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 53 dispone que:

es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Y el artículo 64 añade que:

si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Sin embargo, con una lectura minuciosa de la Convención, se puede apreciar que el artículo 53 no constituye un regreso al jusnaturalismo, en la medida que se trata de normas “aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional”; es decir normas existentes en el derecho positivo. Sin embargo, la definición no permite saber en qué momento una norma está “reconocida”, y tampoco dice cuántos Estados tienen que convenir para dar el carácter de *jus cogens* a una regla.

Por eso, el *jus cogens* desde su creación fue vehemente atacado entre otros por los Estados Unidos y Francia, que

Teoría general de Derecho internacional

hasta la fecha no han ratificado la Convención de Viena por ese motivo. En efecto, el problema principal es que no están definidas esas “normas imperativas”, y que en realidad son “creadas” por los jueces al momento que una parte alega su existencia y la contraparte la rechaza...

No obstante la afirmación que hicimos hace un momento, en los últimos años, bajo un importante movimiento académico, parece que el *jus cogens* se vuelve más y más en algo metafísico. Aquellos que escuchan la voz del jusnaturalismo, se oponen a aquellos que no tienen la fe en lo que no ven. Entre esas dos corrientes, la CIJ se convirtió en un enigmático oráculo destilando a pequeñas dosis, suficientes elementos para pensar que el *jus cogens* existía, sin que por lo tanto, y gracias a una retórica diplomática fascinante, pronunciarse directamente sobre la cuestión. Sin embargo, en los últimos años, finalmente los jueces de La Haya han consagrado su existencia, más allá de la hipótesis de la nulificación de los tratados como lo prevé la Convención de Viena, para constituir un verdadero orden público internacional.

2.1 La jurisprudencia “adivina” de la CIJ

En el asunto *Barcelona Traction* (1970), la CIJ distingue entre las obligaciones entre los Estados y las obligaciones de los Estados hacia la Comunidad Internacional; las últimas siendo obligaciones *erga omnes* abriendo la puerta a la *actio popularis*. Son normas *erga omnes*, según las indicaciones no limitativas de la CIJ: la prohibición de los actos de agresión, genocidio, violación de los derechos humanos fundamentales como por ejemplo la esclavitud o la discriminación racial. En 1979, la Corte, en el asunto de los *Rehenes de Teheran*, califica las reglas del Convenio de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas y las de la Convención de Viena sobre

Teoría general de Derecho internacional

Relaciones Consulares de “normas imperativas”. Es muy significativo que el asunto *Licéite des armes nucléaires* (1996), la Corte calificó varias normas del derecho humanitario como normas *erga omnes*, mientras que el presidente Bedjaoui en su declaración, definió esas reglas como parte del *jus cogens*. Entonces, ¿*erga omnes* no quiere decir *jus cogens*? Hé ahí la cuestión.

En el asunto *Gabcikovo-Namyraco* (1997), la CIJ evitó una vez más el pronunciarse sobre el carácter de *jus cogens* o no del derecho ambiental, replegándose detrás del argumento de que las partes no habían invocado este punto. Sin embargo, la Corte subrayó en la misma sentencia:

The Court recalls that it has recently had occasion to stress, in the following terms, the great significance that it attaches to respect for the environment, not only for States but also for the whole of mankind: ‘the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.

2.2 La jurisprudencia “racional” de la CIJ

En el caso *Armed Activities*⁶⁵, la Corte de La Haya tuvo por primera vez afrontar directamente el *jus cogens*, con ninguna posibilidad de escapar. En efecto, la República Democrática de Congo sostuvo que aunque no había un instrumento legal entre el Congo y el Ruanda que confiere jurisdicción a la Corte, esa sería *ipso jure* competente para juzgar violaciones de *jus cogens*. La Corte denegó tal competencia, argumentado que el *jus cogens* no puede atribuir una base jurisdiccional, y

⁶⁵ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 03/02/2006.*

Teoría general de Derecho internacional

así, por si mismo tuvo que reconocer de manera explícita la existencia de esas normas perentorias de derecho internacional. En el asunto *Jurisdictional Immunities of the State*,⁶⁶ la CIJ afirmó de nueva cuenta, despues del fallo de *Arrest Warrent*, que el jus cogens no elimina la inmunidad del Estado. Eso paradójicamente quiere decir que de todo lo anterior, la soberania y el jus cogens, los dos extremos del sistema legal internacional, no tienen el mismo peso: la balance ¡aún se va a favor de la soberania!

Finalmente, en 2012, por primera vez, de manera directa y expresa, la CIJ decretó una primera norma de jus cogens a saber la prohibición de la tortura⁶⁷.

2.3 La jurisprudencia de otros tribunales

Es especialmente en el marco de la post-guerra de la Yugoslavia que el *jus cogens* fue consagrado de manera explícita por varios órganos internacionales. La Comisión Arbitral para la ex-Yugoslavia bajo la presidencia del ex - presidente del Consejo Constitucional francés Robert Badinter, mencionó varias veces la existencia de normas imperativas; (aviso 1, 29/1//91; aviso 9, 4/7/92; aviso 10, 4/7/92); son parte de esas normas los derechos de los pueblos y de las minorías, y la libertad religiosa y lingüística. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en su decisión *Furundzija* (2002) sobre el tema de la tortura enunció:

⁶⁶ 03/02/2012.

⁶⁷ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, 20/06/2012.

Teoría general de Derecho internacional

Because of the importance of the values it protects, the prohibition of torture has evolved into a peremptory norm jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even "ordinary" customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by states through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force....Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate.

En las palabras de un juez federal americano, “los que contravienen normas de *jus cogens* son enemigos comunes de toda la humanidad”⁶⁸.

El concepto del *jus cogens* tiene por consecuencia una jerarquía de normas. Según la CEDH, y sin pasar por una fraseología sibilina querida por los jueces de La Haya, hay una superioridad de las normas internacionales sobre las normas regionales en materia de protección de los derechos humanos (*Sreletz c. Allemagne*, 22/3/2001) y el derecho a la vida es una regla de *jus cogens*, siguiendo así al TPY que se pronunció en este sentido varias veces. En cuanto a los tribunales nacionales, se puede evocar a la Corte Suprema alemana (BGH), que en el caso *Streletz* parece aceptar el *jus cogens* como una noción de derecho natural, conteniendo normas basadas sobre el valor y la dignidad del ser humano y compartidas para todos los pueblos.

Finalmente, fue el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, que fue lo más lejos, declarando un control de *jus cogens* de los actos internacionales por un tribunal regional. En un asunto de congelación de cuentas bancarias, ubicadas en unos Estados miembros de la Unión Europea, y en aplicación de una resolución anti-terrorismo del Consejo de

⁶⁸ *Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F.Supp.1468.

Seguridad, bajo el amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Tribunal europeo observó que,

era habilitado para controlar, de manera incidente, la legalidad de las resoluciones en relación con el jus cogens, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos de derecho internacional, incluyendo las instancias de las Naciones Unidas, y a las cuales es imposible derogar⁶⁹.

3. LA AUCTORITATIS DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO NACIONAL

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé en su artículo 27 que un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”, que a su vez dispone que “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.

Según la CIJ, “el principio fundamental en derecho internacional es la preeminencia de este derecho sobre el derecho nacional”⁷⁰, retomando así la posición de la CPJI en

⁶⁹ Case T – 306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, 21/09/2005.

⁷⁰ *Avis sur l'accord de siège de 1947*, 1988.

su aviso del 4 de febrero de 1932⁷¹. En 1932, la CPJI precisó que un Estado no puede derogar a un tratado aunque sus disposiciones constitucionales fueran violadas⁷², confirmando así el precedente *Montijo*⁷³.

No obstante esa *auctoritatis*, tal como pasó con el *Rex Francorum* y el Papa, los Estados no tienen ninguna voluntad real de someterse así al Derecho internacional, y todos sus esfuerzos van en la dirección de la salvación de su *potestatis*.

4. LA POTESTAS DE LA NORMAS INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO NACIONAL

Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni* (1905); Triepel, *Les rapports entre le droit international et le droit interne*, 1 *RCADI* 5 (1923); Kelsen, *Les rapports de système entre le droit international et le droit interne*, 14 *RCADI* 5 (1926); Sperduti, *Dualism and Monism. A Confrontation to be Overcomed*, *IYBIL*, 1977.31; Bernardini, *Norme internazionali e diritto interno. Formazione e adattamento*, Pescara, 1989;

4.1 El dualismo

La teoría del dualismo, brillantemente defendida por Triepel, Jellinek y Anzilotti, reposa sobre el postulado de una yuxtaposición entre el orden internacional y los órdenes nacionales. El orden internacional no tiene un efecto interno directo. Para que las normas internacionales tengan efectos en

⁷¹ *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Dantzig*; véase también: *Intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, 1926; *Question des communautés gréco-bulgares*, 1930; *Wimbledon*, 1923.

⁷² *Traitement des nationaux polonais à Danzig*, 1932.

⁷³ TA, *EU v. Colombia*, 1875.

Teoría general de Derecho internacional

el orden nacional existe la necesidad de recurrir a un doble mecanismo de recepción y de transposición. Por una parte, la norma internacional tiene que ser introducida por un acto interno especial, como la promulgación que prevé sus condiciones de aplicación; por otra parte, sus disposiciones substanciales tienen que ser retomadas por unos instrumentos internos quienes transponen los términos para rendir eficazmente con respecto a los sujetos de derecho interno, por ejemplo por una ley. La situación puede ser comparada a la que existe en el derecho comunitario con respecto a las directivas, que al principio no son directamente aplicables pero imponen una obligación al Estado de tomar las medidas necesarias a este fin. Consecuentemente no hay ningún conflicto posible entre las normas de uno u otro orden, que despliegan sus efectos plenamente con sus consecuencias en sus ámbitos respectivos. Un acto interno contrario a una norma internacional no será abrogado, pero será origen de una responsabilidad internacional como un hecho internacionalmente ilícito.

4.2 El monismo

Según la concepción monista en su vertiente nacionalista, el derecho interno e internacional forman un sólo cuerpo de reglas y son aplicables juntos por los mismos órganos a los mismos sujetos. Sin embargo, en caso de conflicto, la preeminencia tiene que ser concedida a las reglas internas, “entre otras cosas a la ley con respecto al tratado. Una ley interna puede así abrogar un tratado internacional y como mínimo alejar su aplicación. Consecuentemente ningún compromiso internacional podrá ser asegurado y más allá del mismo principio de *pacta sunt servanda*, es la noción misma del compromiso internacional del Estado que vuelve sin contenido, en el nombre de una soberanía absoluta”. De la misma manera, tenemos como consecuencia implícita que

Teoría general de Derecho internacional

existen tantos derechos internacionales como Estados, quiere decir en realidad ningún derecho internacional en absoluto.

El monismo en su vertiente internacionalista normativista supone que el sistema jurídico es una pirámide en donde cada norma deriva su validez de la norma superior. Desarrollado por Kelsen, el postulado es que hay una meta norma abstracta que es el *pacta sunt servanda*. De esta norma, el derecho internacional genera su validez. Del Derecho internacional se crea la validez de la constitución nacional; de ella la validez de la ley, de la ley el reglamento, etc. En otras palabras,

una norma de Derecho internacional general autoriza a un individuo para establecer y aplicar, bajo el presupuesto de una Constitución efectiva, un orden jurídico válido dentro del ámbito territorial y temporal de su eficacia de hecho, y a la comunidad constituida por este orden jurídico, como Estado en el sentido del Derecho Internacional. Si el Derecho internacional se supone superior al Derecho nacional, surge la cuestión acerca de la razón de la validez internacional. Sólo puede ser una norma fundamental presupuesta en el pensamiento jurídico. Es una norma que, así como la norma fundamental del Derecho nacional, se presupone en el pensamiento jurídico. El Derecho internacional consuetudinario es el primer nivel dentro del Derecho positivo internacional. El segundo nivel o peldaño está constituido por las normas creadas por tratados internacionales. El tercer nivel lo constituyen las normas creadas por los organismos internacionales, especialmente tribunales internacionales establecidos por tratados.

En lugar de trabajar con presupuestos abstractos e hipotéticos, algunos autores como Scelle adoptaron un análisis basado sobre la sociología para defender la idea de un monismo internacionalista objetivista. El orden internacional es un lugar de relaciones, los Estados tienen que respetar el derecho internacional porque es una necesidad sociológica en la sociedad internacional. Entonces, el monismo internacionalista se impone como una necesidad. Como escribió Scelle, si el derecho interno contradice el derecho

Teoría general de Derecho internacional

internacional hay solamente una alternativa: o la solidaridad internacional será suficientemente fuerte para imponerse y la norma interna va a desaparecer; o es solamente superficial y pasajera y es ella la que va a desaparecer ante la resistencia de la norma nacional. De todos modos, una contrariedad durable entre los dos derechos es inconcebible. Este punto de vista es compartido hoy por la mayoría de los autores.

4.3 El monismo como modalidad del dualismo

En realidad no hay un monismo. Esto que se llama “monismo”, es en realidad una forma particular del dualismo. En efecto, es la constitución nacional la que “decide” si el derecho nacional es “dualista” o “monista”. En otras palabras, si la constitución prevé un sistema enmarcado en el monismo, se trata en realidad de una recepción y de una transposición general de las normas internacionales, y no de una recepción y transposición norma por norma como se hace en un sistema de dualismo puro. Al final, el monismo es andá más una modalidad del dualismo. Y esta conclusión es normal. El derecho internacional es un derecho voluntarista. No en el sentido extremo como lo defendieron Triepel y Jellineck que el derecho internacional tiene que ceder ante la soberanía nacional; al contrario, es porque la soberanía nacional aceptó respetar al derecho internacional que éste último impone. Si un Estado no quiere participar en la sociedad internacional puede hacerlo y no necesita respetarlo (el caso de la antigua Albania comunista o actualmente Corea del Norte); pero, en el sentido contrario, si quiere ser un miembro de la sociedad internacional tiene que respetar el derecho internacional. El monismo internacional o el dualismo son solamente modalidades diferentes de la misma posición: la necesidad objetiva de respetar el derecho internacional. Los voluntaristas aceptan someterse al derecho internacional porque en final de cuenta hay una necesidad objetiva de hacerlo. Al mismo tiempo, el derecho internacional no puede *per se* imponerse a los Estados;

siempre necesita el acuerdo de éste. El ejemplo perfecto es el caso *Florence Cassez*⁷⁴, donde la SCJN tuvo que liberarla - no obstante que todos estaban convencidos de su culpabilidad -, no sólo por la correcta aplicación de la Convención de Viena sobre los derechos consulares, sino que políticamente es imposible sostener por un lado que los Americanos tienen que ser condenados por la violación de los derechos consulares (fallo *Avena de la CIJ*)⁷⁵, y por otra parte no respetar los derechos consulares de los extranjeros en México.

4.4 El caso particular del derecho comunitario

La sentencia *Van Gend en Loos* de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea afirmó que “la Comunidad [europea] constituye un nuevo orden jurídico de derecho internacional en provecho del cual los Estados miembros limitaron, en materias restringidas, sus derechos soberanos” (1963). Siendo un orden supranacional, la consecuencia es que un texto interno no puede ser opuesto al derecho comunitario (*Costa v. Enel*, 1964). Sin embargo, contrariamente a la Corte internacional, la CJCE consideró que la auto aplicación de algunas normas no se basa sobre la intención de las partes como fue establecido en el asunto de *Dantzig*, sino sobre una necesidad objetiva del derecho comunitario (*Van Gend en Loos* y *Costa v. Enel*)⁷⁶. Se trata entonces de un orden jurídico objetivo y no voluntarista. Y eso sólo es posible porque la Comunidad Europea tiene un sistema judicial obligatorio para los Estados miembros. La consecuencia de esta auto-aplicación objetiva es que el dualismo con relación al derecho comunitario es imposible. Es así como en la época, Alemania

⁷⁴ Amparo en revision 517/2011, 23/01/2013.

⁷⁵ Graham, *Los extranjeros condenados a muerte en los Estados Unidos de América y sus derechos consulares*, UDEM, 2006; *El Blog de Avena*, avena-blog.blogspot.mx.

⁷⁶ Boulouis, *Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général*, 235 *RCADI* 9(1992).

Teoría general de Derecho internacional

tuvo una tradición judicial dualista, no pudo oponer a la aplicación de una norma comunitaria auto-aplicable una norma fundamental constitucional (CJCE, *InterHandel*, 1970). En el mismo sentido una directiva prevalece sobre la constitución nacional (CJCE, *Tanja Kreil*, 2000). En conclusión, la principal divergencia entre el orden comunitario y el orden internacional es la posibilidad de una sanción automática en el sistema europeo. Si un Estado dualista no recibe una norma internacional auto-aplicable, su responsabilidad puede ser buscada; sin embargo, si el Estado no acepta la jurisdicción de la Corte Internacional, no hay ninguna sanción en práctica. Al contrario, en el sistema comunitario, el justiciable puede apelar ante la Corte de Justicia y hacer condenar al Estado que rechaza aplicar la norma comunitaria.

4.5 El Derecho mexicano

Arellano García, El artículo 133 constitucional y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *Estudios jurídicos en memoria de Jorge Barrera Graf*, Porrúa, 1993.1; Walls Aurióles, *Los tratados internacionales y su regulación jurídica en el derecho internacional y el derecho mexicano*, Porrúa, 2001.

a) El credo del Monismo nacionalista

Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Sin duda, México es un país monista nacionalista, es decir que el derecho nacional es superior al derecho internacional en la medida que el artículo 133 constitucional prevé *expresis verbis* la conformidad de los tratados con la Constitución Federal. En este sentido, el artículo 15 constitucional *in fine* marca una redundancia prohibiendo la celebración de tratados que alteren las garantías y los derechos establecidos por la Constitución, porque de todas maneras el sistema del artículo 133 no lo permite. Se considera además como prohibido los tratados previstos por artículos 15 y 89 fracción X. El primer artículo prohíbe *expresis verbis* la celebración de tratados para extradición de reos políticos o para quienes tengan en el Estado donde cometieron el delito la condición de esclavos, así como también prohíbe la conclusión de convenciones que alteren las garantías individuales. El último artículo no admite por la parte del Poder Ejecutivo actos, incluyendo así la celebración de convenciones internacionales, que no se conformen a los principios normativos de la autodeterminación de los pueblos, de la no intervención, de la solución pacífica de controversias, de la proscripción de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, de la igualdad jurídica de los estados, de la cooperación internacional para el desarrollo y de la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

Sin embargo, tenemos que recordar que según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la cual México es parte, el derecho interno no puede ser invocado para justificar el incumplimiento de una norma convencional internacional. No obstante, México prevé expresamente en su Ley sobre la Celebración de Tratados en su artículo segundo, la obligación de conformidad del tratado con la Constitución, tal como está previsto por el mismo artículo 133 de la Ley fundamental. Tal posición es errónea. En efecto, el incumplimiento de la norma convencional internacional – por inconformidad con la Constitución

Teoría general de Derecho internacional

nacional – tiene siempre por efecto la puesta en juego de la responsabilidad internacional de México. Pero, la misma Convención de Viena prevé la imposibilidad de emitir reservas contrarias al objeto y al fin del tratado; y es a la Convención de Viena de codificar la regla de la superioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional; y no cabe duda que la “declaración interpretativa” de México no es más que nada una reserva disfrazada.

Sin embargo, en el sistema actual del monismo nacionalista, debemos interrogarnos si el Presidente puede celebrar tratados en las materias reservadas a los poderes locales. En efecto, no es posible según la *lega lata* de ratificar tratados que no se conformen a la Constitución. Indudablemente, un tratado en materia no federal sería contrario a la Constitución. Sin embargo, se olvidan dos puntos. Primero, los Estados Federados no tienen la capacidad de concluir tratados; segundo, el sistema federal es construido de manera que los poderes federales pueden, sin consultar a los poderes locales, tomar decisiones en materias formalmente previstas por la *Carta Magna*. Pero no es el caso en materia de ratificación de convenciones internacionales, en donde justamente el Senado interviene como representante de los estados. En este sentido, el Presidente puede ratificar cualquier tratado, aunque sea en materia no federal.

b) Jerarquía interna

Formalmente, el texto constitucional no establece una jerarquía entre los tratados y las leyes en la medida que ambos forman, según el artículo 133, “la Ley Suprema de toda la Unión”. Si hasta 1992, la Corte suprema consideró que “un tratado no puede ser criterio para determinar la

Teoría general de Derecho internacional

constitucionalidad de una ley y viceversa"⁷⁷, ésta aceptó, algunos años después, cambiar su posición. En el amparo *Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo*⁷⁸, la Corte consideró oportuno abandonar esta posición y asumir la que considera la jerarquía superior de los tratados frente de las leyes, inclusive las leyes federales:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de Jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como

⁷⁷ Amparo 2069/91, *García Martínez*, 30/06/1992.

⁷⁸ Amparo 1475/98, 28/10/1999 (unanimidad).

Teoría general de Derecho internacional

representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal⁷⁹.

La reforma de 2011 no ha tampoco resuelto el problema de la jerarquía visto que dispone en su artículo primero que,

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Y los tribunales han reflejado esa problemática como se desprende de la contradicción de tesis entre el Séptimo

⁷⁹ Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11/05/1999.

Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que estableció que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se ubicaban jerárquicamente por debajo de la Constitución. Por otra parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, señaló que “cuando se trate de un conflicto que verse sobre derechos humanos, los tratados o convenciones internacionales suscritos por el Estado Mexicano, deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución”. En lugar de resolver la cuestión, el Pleno de la SCJN decidió de no-decidir, enunciando que “de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”⁸⁰. Peor, el Pleno expresamente admite que una norma constitucional puede derogar a una norma internacional, como es el caso del arraigo.

c) Control convencional

Antes de la reforma de 2011, fue un hecho que en México en materia de amparo se pudo alegar únicamente violaciones constitucionales y no convencionales. Y no existía ninguna protección contra una violación de un derecho humano fundamental por parte de la Constitución. Por ejemplo el artículo 37 B –II de la Carta Magna prevé la pérdida de la nacionalidad para los mexicanos naturalizados que residan por más de 5 años fuera del país. Esa norma en realidad viola por ejemplo dos preceptos fundamentales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: la fracción dos del artículo 13 que le permite a la persona dejar su país libremente y regresar, sin plazo determinado. Tal libertad constitucional no existe en la medida de que el mexicano naturalizado si se

⁸⁰ Contradicción de tesis 293/2011, 03/09/2013.

va 6 años para estudiar al extranjero, pierde automáticamente la nacionalidad y ya no puede libremente regresar a México, siendo apátrida o extranjero (en caso de pluri-nacionalidad). El artículo 13 en su fracción 2 también se viola en la medida de que el mexicano naturalizado, estando fuera del país por más de 5 años, pierde su nacionalidad de manera arbitraria.

Sin embargo, las cosas cambiaron, y los tribunales empezaron poco a poco a “desnacionalizar” al derecho mexicana. El primer movimiento fue en materia de arbitraje donde el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito estableció que las disposiciones mexicanas sobre arbitraje, que se basan sobre la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL, deben ser interpretadas en la luz de los trabajos preparatorios de la mencionada Ley modelo⁸¹. Sin embargo, la verdadera “revolución” provenía del Primer Circuito⁸² que admitió el control convencional: por un lado, es posible de ampararse sobre una disposición convencional de un tratado internacional que constituyen una garantía individual que a la mejor no está prevista por la propia Constitución; por otro lado el control convencional tiene por consecuencia indirecta que en el mecanismo de la suplencia de queja, el juez también tiene que verificar si no ha habido violaciones de garantías individuales previstas por las normas internacionales.

Con la reforma de 2011, y diversas tesis, se aceptó expresamente el control convencional, entre otros por lo dictado en la sentencia *Radilla Pacheco c. México*⁸³ que decretó la obligatoriedad del control convencional en materia de derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁸¹ Amparo en revisión. RC 14/2005. *ADT Security Services*. 05/19/2005.

⁸² Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10/07/ 2008.

⁸³ CIDH, 23/11/2009.

Teoría general de Derecho internacional

Para efectos dogmáticos, se ha “constitucionalizado” el control convencional, como lo explica la siguiente tesis:

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN CONSTITUYE UN TEMA PROPIAMENTE CONSTITUCIONAL PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN EN JUICIOS DE AMPARO DIRECTO.

Los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano se vuelven parte del ordenamiento jurídico interno, de modo que amplían el catálogo de aquéllos, lo que fue uno de los objetivos de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 y el 10 de junio de 2011. Así, en la primera reforma se amplió expresamente la procedencia del juicio de amparo a aquellos casos en los cuales se hubiesen violado derechos previstos en los tratados internacionales, con independencia de que estén reconocidos o no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; mientras que en la segunda, se reconoció categóricamente que en México todas las personas son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución General de la República y en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano. Ahora bien, en atención a que el juicio de amparo es un mecanismo jurisdiccional creado para proteger los derechos humanos de las personas, los temas propiamente constitucionales -en el supuesto de interpretación directa de preceptos constitucionales- planteados en los juicios de amparo directo y, especialmente, en los recursos de revisión promovidos contra las ejecutorias que resultan de ellos, se referirán a la interpretación de derechos fundamentales. Por lo anterior, sería imposible impugnar en un recurso de revisión la falta o indebida interpretación de un derecho humano reconocido en los tratados internacionales si dicha interpretación no se considera como un tema propiamente constitucional, lo cual resultaría contrario al funcionamiento del amparo directo y del recurso de revisión, así como del propio texto constitucional, pues aun cuando el principio rector del recurso de revisión prevé un campo de acción limitado para su procedencia contra las sentencias de amparo directo, la Constitución Federal se reformó para incluir expresamente a los derechos reconocidos en los tratados internacionales como parte del catálogo de derechos que gozan de protección constitucional, lo cual se armonizó con la reforma en materia de amparo que

Teoría general de Derecho internacional

reconoció la procedencia del juicio para reparar las posibles violaciones cometidas a dichos derechos. En ese sentido, si bien dicha ampliación de los derechos tutelados vía juicio de amparo no se incluyó expresamente en el artículo 107, fracción IX, constitucional, ello no puede interpretarse aisladamente del resto de los principios constitucionales, especialmente de aquéllos recién modificados. Consecuentemente, el recurso de revisión en amparo directo procede para conocer de la interpretación que los tribunales colegiados de circuito hagan de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, independientemente de su reconocimiento en la Constitución, por ser un tema propiamente constitucional⁸⁴.

Sin embargo, la contradicción de tesis 293/2011 vaciló substancialmente el control convencional desde el momento que una norma constitucional puede derogar a una norma convencional, lo que no implica que el Derecho internacional sea ciega sobre tal postura por partes de los tribunales nacionales como lo veremos seguido.

5. EL TEMPERO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL SOBRE LA JUSTICIA NACIONAL

5.1 La soberanía judicial bajo escrutinio internacional

En el asunto *LaGrand*⁸⁵, los Estados Unidos sostuvieron que Alemania no quiere resolver un litigio interestatal sino que busca una “apelación” ante la Corte internacional de Justicia para “rectificar” la sentencia americana en contra de los hermanos Lagrand, quienes fueron condenados a muerte, en violación de sus derechos consulares. Si es verdad que los

⁸⁴ Amparo directo en revisión 2479/2012. 24/10/ 2012.

⁸⁵ *Germany vs U.S.*, Preliminary measures, 03/03/1999.

tribunales internacionales se vuelven más y más en una “instancia de apelación”, como se puede ver en relación con la Corte Europea de Derechos Humanos (en la medida que los litigantes ya no buscan de manera “extraordinaria” un recurso ante la Corte, sino que consideran que se trata de una instancia [obligatoria] más en el sistema judicial), *in casu* la Corte internacional rechaza tal afirmación y precisa de manera muy clara que su competencia consiste exclusivamente en la resolución de una controversia entre Estados en relación con la interpretación y la aplicación de la *Convención de Viena sobre los derechos consulares*. No obstante, el mismo argumento fue presentado una vez más - aunque también en vano - en el caso *Avena*⁸⁶, en donde los Estados Unidos solicitaron de nuevo la incompetencia de la Corte de oír el caso por la razón que México estaría pidiendo juzgar “el tratamiento de los Mexicanos en el sistema judicial federal y local americano y de juzgar el sistema criminal americano, y que consecuentemente la Corte no tiene tal poder bajo el amparo del artículo 1 del Protocolo adicional”. Sin embargo, la Corte rechazó el argumento en la medida que para juzgar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones internacionales, la Corte tiene que tener la facultad de examinar las acciones de los tribunales nacionales con respecto a la aplicación del derecho internacional (las sentencias nacionales siendo meros hechos sin ninguna autoridad con respecto a las jurisdicciones internacionales), conduciendo así a la competencia de la Corte de examinar los argumentos sobre los méritos y si es cierto o no si los nacionales condenados tuvieron el goce de sus derechos consulares.

En el asunto *Loewen*⁸⁷, se inició un procedimiento bajo el amparo del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de

⁸⁶ *Estados Unidos c. México*, 31/03/2004.

⁸⁷ *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*, (ARB(AF)/98/3), 26/06/2003.

Teoría general de Derecho internacional

América del Norte argumentando que la decisión judicial rendida en los Estados Unidos equiparaba a una Denegada de Justicia, lo que viola, entre otros, el principio del Trato Mínimo, estándar plenamente consagrado por el Derecho internacional y por el propio TLCAN. Es cierto que técnicamente, no se trata de un recurso de apelación, como lo subrayó el Tribunal⁸⁸, el objeto siendo la violación del tratado y no la violación de las obligaciones contractuales entre el inversionista y el Estado. El artículo 1105 prevé que “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. A los árbitros de subrayar:

It is not in dispute between the parties that customary international law is concerned with denials of justice in litigation between private parties. Indeed, Respondent's expert, Professor Greenwood QC, acknowledges that customary international law imposes on States an obligation "to maintain and make available to aliens, a fair and effective system of justice" (Second Opinion, para. 79). International law does, however, attach special importance to discriminatory violations of municipal law (Harvard Law School, Research in International Law, Draft Convention on the Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Persons or Property of Foreigners ("1929 Draft Convention") 23 American Journal of International Law 133, 174 (Special Supp. 1929) ("a judgment [which] is manifestly unjust, especially if it has been inspired by ill-will towards foreigners as such or as citizens of a particular states"); Adede, A Fresh Look at the Meaning of Denial of Justice under International Law, XIV Can YB International Law 91 ("a ... decision which is clearly at variance with the law and discriminatory cannot be allowed to establish legal obligations for the alien litigant"). A decision which is in breach of municipal law and is discriminatory against the foreign litigant amounts to manifest injustice according to international law,

⁸⁸ # 134 del laudo.

para concluir que,

in the present case, the trial court permitted the jury to be influenced by persistent appeals to local favoritism as against a foreign litigant.

No nos pertenece *in casu* pronunciarnos sobre la apreciación de los árbitros sobre los hechos, y consecuentemente partimos del principio que realmente se trataba de una decisión judicial discriminatoria. Sin embargo, si tal es la realidad, el postulado en sí mismo nos parece peligroso porque tiende a sostener que todavía hay sistemas judiciales “corruptos” y nacionalistas. Es cierto que *de facto* la afirmación se verifica; pero de ahí a consagrar tal distinción nos parece un paso de regreso. Tenemos realmente que continuar a hablar de naciones “civilizadas” como lo hace el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, implicando que hay naciones “no-civilizadas”? Especialmente cuando *in casu* la el tribunal “corrupto” no es un tribunal “tercermundista” sino uno estadounidense?

Técnicamente, ambos fallos, *Avena* y *Loewen*, son respetuosos de la soberanía judicial. Pero de hecho, no cabe duda que también la justicia se internacionaliza, como se puede ver en el caso de *Florence Cassez*⁸⁹, donde la SCJN tuvo que liberarla - no obstante que todas están convencidas de su culpabilidad -, no sólo por la correcta aplicación de la Convención de Viena sobre los derechos consulares, sino que políticamente fue imposible sostener por un lado que los Americanos tienen que ser condenados por la violación de los derechos consulares, y por otra parte no respetar los derechos consulares de los extranjeros en México.

⁸⁹ Amparo directo en revisión 517/2011, 23/01/2013.

5.2 *El clash de los titanes: el Derecho internacional vs la Constitución nacional*

En el caso *Chevron vs Ecuador*, el tribunal arbitral ordenó a Ecuador de asegurar la no-ejecución de una decisión judicial nacional potencialmente violatoria de unas normas convencionales en materia de inversión extranjeras. Asimismo, la CIJ ordenó, entre otros en el asunto *Avena*, a los E.U. de asegurar la no-ejecución de las penas de muerte pronunciados contra los extranjeros objeto de las controversias ante la Corte.

En ambos casos, los Estados no pueden cumplir con lo ordenado sin violar expresamente su constitución: en el caso americano, el federal debería limitar las competencias de la entidad federativa que pronunció la pena de muerte, lo que está prohibido por la constitución nacional. En el caso ecuatoriano, el ejecutivo debería inmiscuirse en el judicial, lo que la constitución prohíbe por el principio de la separación de poderes. Sin embargo, los tribunales internacionales lo ven de otra manera. En sus consultas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁰, México solicitó a la Corte que interpretara si tratándose de países americanos constituidos como Estados federales que son Parte en el Pacto de Derechos Civiles están obligados a garantizar la notificación oportuna a que se refiere el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre los Derechos Consulares y a adoptar disposiciones conforme a su derecho interno para hacer efectiva en tales casos la notificación a que se refiere ese artículo en todas sus entidades federativas a fin de dar plena eficacia a los respectivos derechos y garantías consagrados en el Pacto. Corresponde a la Corte de San Andrés de contestar que si bien la Convención de Viena no contiene una cláusula relativa al cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados

⁹⁰ Aviso #18, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17/09/2003.

federales (como sí lo disponen, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos), la propia Corte ya había establecido que “un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”⁹¹. Asimismo, de conformidad con el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo. La Corte consta que de la letra y espíritu de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no se desprende la intención de establecer una excepción a lo anteriormente señalado. Por lo tanto, la Corte concluye que en ausencia de una excepción *expressis verbis* en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la regla general de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se aplica⁹², obligando al Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales independientemente de su estructura federal o unitaria.

En contraste, se debe mencionar el caso *Chevron c. Ecuador*, y la sentencia de la Corte Provincial de Sucumbíos que justamente estableció que ejecutar la orden del tribunal arbitral internacional ordenando que no se ejecute un fallo de los tribunales nacionales potencialmente contrario a la

⁹¹ *Garrido y Baigorria, Sentencia sobre la indemnización*, 27/08/1998, Serie C, # 39; Cf también: Comisión de reclamaciones franco-mexicana, *Sucesión de Hyacinthe Pellat*, 17/06/1929, *RIAA*, vol. V, p. 536. Para una opinión contraria sobre la base del derecho constitucional americano: Bradley & Goldsmith, *The Abiding Relevante of Federalism to U.S. Foreign Relations*, *AJIL*, 1998.675.

⁹² A señalar que los Estados Unidos no son parte a la Convención sobre el Derecho de los Tratados, hecho que podría poner en duda su aplicación en el presente caso. Sin embargo, la regla mencionada es también una regla consuetudinaria que liga a los Estados Unidos. En efecto, como lo declaró la Corte internacional en el fallo precitado *Gabcikovo*, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados codifica numerosas reglas consuetudinarias (*Gabcikovo-Nagymaros* (Slovenia/Hungaria), 25/09/1997).

Teoría general de Derecho internacional

protección de la inversión extranjera llevaría a violar los derechos humanos que garanticen la igualdad de acceso a la justicia y no permite que una parte (en este caso Chevron) no presente caución para el recurso de casación, no obstante que le ley prevé que todos tienen que presentar caución⁹³, y consecuentemente no se opuso a la ejecución del fallo nacional.

⁹³ Fallo del 17/02/2012.

IV – EL REGRESO DE LA SOBERANÍA Y SU NUEVO CAMPO DE BATALLA: EL ALTO MAR

Meseguer, *Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del Mar*, Madrid, Marcial Pons, 1999; Kohler, El Mar Presencial de Chile su Desafío Actual, *Revista de Marina*, 2001.1; Damrosch, The American and the International, *AJIL*, 2006.2; Crothers & Nelson, High Seas Fisheries Governance: A Framework for the Future?, *Fisheries Centre Research Reports*, 2006.39; Rayfuse, Global Approaches to High Seas Governance, *Workshop on High Seas Governance for the 21st Century*, 2007 ; Dutton, *Caelum Liberum: Air Defense Identification Zones Outside Sovereign Airspace*, *AJIL*, 2009.691; Beurier, *Droits maritimes*, Paris, Dalloz, 2009.

El fenómeno de nacionalización/de-nacionalización se puede también observar en el derecho marítimo en relación con el Alto Mar. *A priori*, se trata de un mar con estatuto internacional, pero se puede ver como poco a poco los Estados extienden su jurisdicción sobre partes importantes del Alto Mar, que se supone pertenecer a ningún Estado. El fenómeno no es nuevo, sino sólo constituye la repetición de la histórica confrontación del *mare liberum* versus el *mare clausum*. Para oponerse a la apropiación del Alto Mar, Grotius sostuvo que los mares no podían ser objeto de propiedad por cuanto no pueden ser tomados en el mismo sentido en que se ocupan las tierras, y por ello los mares debían ser libres para todas las naciones y no estar sujetos a la potestad específica de ninguna de ellas⁹⁴. Unos treinta años después, John Selden enunció que el mar no es “*liberum*” sino “*clausum*”, en virtud de los numerosos tratados entre Inglaterra y terceros países, que todos reconocen la soberanía de Gran Bretaña. En el siglo XVIII, el jurista holandés Cornelius van Bynkershoek formuló a su vez

⁹⁴ Si no cabe duda que Grotius se ha quedado como el “padre” de la Libertad de los mares, es sin embargo olvidar que otros juristas antes que él la han también proclamado. Se puede citar por ejemplo a Fernandus Vasquius (*Controversiae illustres*, 1559) entre otros.

el principio según el cual las aguas cercanas a las costas de un país, hasta donde alcanza su artillería de tierra, no se hallan incluidas en el concepto jurídico de alta mar y quedan bajo la soberanía territorial de ese país. Aunque la mayoría de la doctrina⁹⁵ considera que Van Bynkershoek confirmó la teoría del Alto Mar como Grotius la conceptualizó, en realidad el jurista holandés extendió de manera significativa la jurisdicción del Estado, restringido así de manera importante el alcance del Alto Mar. Y tal postura, aún es derecho positivo. Recordamos que la Corte Permanente de Arbitraje consagró la doctrina de la contigüidad visto que “existe un principio general de derecho según cual una atribución de territorio conlleva ipso facto la atribución de las aguas dependientes del territorio otorgado”⁹⁶

Es sólo en el siglo XX, que finalmente se reconoció de manera legal la internacionalización del Alto Mar, a través de la primera convención sobre el Alto Mar, que decretó su inapropiación⁹⁷. En 1967, Arvid Pardo, embajador de Malta, reclamó en la Asamblea general de las Naciones Unidas de adoptar una nueva perspectiva: en lugar de oponer la libertad y el exclusivismo, intentar una nueva vía que es la colaboración y la solidaridad. Consecuentemente, propuso que los fondos marinos sean un patrimonio de la humanidad. Es

⁹⁵ López, *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos*, México, Porrúa, 2001.208.

⁹⁶ Cf el laudo arbitral sobre el Canal de Beagle con fecha de 18 de febrero de 1977; CIJ, *Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, 13/09/1990; *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta)*, 03/06/1985.

⁹⁷ En la Convención sobre el Alto Mar se define éste como la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores. La Convención se ocupa expresamente de: la libertad del Alto Mar; el derecho de cada Estado a tener buques que enarboles su pabellón en las condiciones establecidas por él, indicando la polémica condición de que exista una “relación auténtica”; los derechos y deberes del Estado del pabellón; la piratería; el derecho de visita; la persecución; y el tendido de cables y tuberías submarinos.

cierto que la Convención de Montego Bay refleja por gran parte esta visión “comunitarita”, ofreciendo un marco legal internacional, que acentúa la internacionalización (1) Sin embargo, en los últimos años, la práctica de los Estados demuestra que estos intentan más y más a re-nacionalizar este espacio libre, entre otros a través de la jurisdicción rampante (“*creeping jurisdiction*”) (2). Ahora bien, resulta que en ciertas materias como el combate contra la piratería se ve – de manera paradójica -, una nueva de-nacionalización del Alto Mar (3).

1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL ALTO MAR

Por la Convención de Montego Bay se operó una internacionalización del Alto Mar, declarando este inapropiable por los Estados (1.1), creando también una autoridad internacional para la gestión de los fondos marinos declarados patrimonio de la humanidad (1.2). Finalmente, se estableció también un tribunal internacional para la resolución de las controversias (1.3). Sin embargo, después un análisis detallado del sistema en vigor, no cabe duda que estemos en presencia de una internacionalización imperfecta.

1.1 El Alto Mar: una internacionalización negativa

Por la Convención de Ginebra se codificó lo que Grotius estableció. Según el instrumento de 1958, “el Alto Mar es la parte del mar no perteneciendo al mar territorial ni a las aguas interiores del Estado”⁹⁸. A esta definición descriptiva, la Convención de 1982 la intercambia por una definición

⁹⁸ Convención de Ginebra de 1958, Artículo 1.

Teoría general de Derecho internacional

imperativa: “Ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte del Alto Mar a su soberanía”⁹⁹.

En realidad, solo la definición de la Convención de Ginebra ayuda a definir el Alto mar, aunque sea de manera negativa: toda la superficie acuática que no sea un mar territorial o aguas interiores. A esta definición delimitativa, se agrega entonces una consecuencia jurídica: ningún Estado puede establecer su soberanía sobre este mar.

El Alto Mar es entonces ni un *res nullius*, ni un *res communis*, sino a la mejor un *res nullius communis usus*, según la definición de Rousseau¹⁰⁰. En verdad, lo que se debería buscar es de considerarlo como patrimonio común de la humanidad, tal como la Convención de 1982 lo establece para la Zona administrada por la Autoridad internacional de los fondos marinos. En efecto, el estatuto de “internacionalidad” tiene por consecuencia que todos los Estados pueden aprovechar del Alto Mar de manera egoísta, mientras que el estatuto del patrimonio de la humanidad exige que la explotación del Alto Mar se hace a beneficio de toda la humanidad de manera solidaria, lo que implica el principio de la igualdad compensatoria juego a favor de los países en desarrollo.

1.2 Autoridad internacional de los fondos marinos: una internacionalización positiva

La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos es una organización internacional establecida para organizar y controlar las actividades de exploración y explotación de los recursos en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (denominados

⁹⁹ Convención de Montego Bay de 1982, Artículo. 89.

¹⁰⁰ *Manual de Derecho internacional público*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1966.420.

Teoría general de Derecho internacional

la Zona). La Parte XI de la Convención define a los fondos marinos y oceánicos y sus recursos como "patrimonio común de la humanidad".

Hasta la Convención de Montego Bay, había sólo una internacionalización negativa: los Estados no pueden pretender apropiarse el Alto mar. Con la normativización de los fondos marinos, estamos en presencia de una internacionalización positiva, consistiendo a no sólo prohibir el establecimiento de la soberanía del Estado sobre los fondos, sino que se implementa una autoridad que tiene por misión de "administrar" el fondo marino del Alto Mar.

1.3 El Tribunal del Mar: un guardia desarmado

Hubiera sido lógico que el Alto Mar, como espacio internacional, tuviera su propio tribunal, pero el Tribunal del Mar, instaurado por la Convención de Montego Bay, es en realidad un tribunal sin una jurisdicción general y completa. En primer lugar, la Convención prevé el *opt out*:

Artículo 287 Elección del procedimiento

1. Al firmar o ratificar esta Convención o al adherirse a ella, o en cualquier momento ulterior, los Estados podrán elegir libremente, mediante una declaración escrita, uno o varios de los medios siguientes para la solución de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención:

- a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar constituido de conformidad con el Anexo VI;
- b) La Corte Internacional de Justicia;
- c) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII;

Teoría general de Derecho internacional

- d) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican.

En segundo lugar, salvo prueba contraria, la “jurisdicción general” pertenece a los tribunales arbitrales, y no al Tribunal del Mar¹⁰¹. Sólo en materia de pronta liberación de buques y de sus tripulaciones, el Tribunal ha logrado afirmarse como la vía jurisdiccional principal.

En ausencia de un verdadero tribunal de derecho común, es lógico que los Estados se atribuyan la jurisdicción para juzgar todos los asuntos en relación con el Alto Mar, otros que las que son de competencia del Tribunal del Mar.

2. RE-NACIONALIZACIÓN DEL ALTO MAR

No obstante el proceso de internacionalización que hemos visto con anterioridad, desafortunadamente la Convención de Montego Bay, ha estado viciado ab inicio, dando oportunidad a los Estados de recuperar grandes partes del Alto Mar. Tal es el caso con la implementación de la Zona Económica Exclusiva (ZEE) prevista por la propia Convención (2.1). A eso se agrega varias acciones unilaterales por parte de los Estados creando nuevas delimitaciones entre su ZEE y el Alto Mar. Sin embargo, como se sabe desde el fallo *Essais nucléaires*¹⁰², si es cierto que los actos unilaterales son válidos, es cierto también que no pueden obligar a otros Estados, salvo la hipótesis donde el Estado actúa como “mandatorio”. Por esta razón, los Estados que han creado nuevas “zonas” en el Alto Mar por declaraciones unilaterales, intentan de justificarlo como un acto de “gestión” en nombre

¹⁰¹ Montego Bay, nota 7, Artículo 287 fracción 3.

¹⁰² Cf. CIJ, *Nuclear Tests Cases*, 20/12/1974.

Teoría general de Derecho internacional

de la comunidad internacional como el establecimiento de las zonas llamadas “ecológicas” (2.2) y “defensivas” (2.3).

2.1 Las zonas económicas y su jurisdicción

Ab initio la Convención de Montego Bay violó la idea de un verdadero Alto Mar perteneciendo a nadie, en otorgando a los Estados no sólo una zona contigua, pero también una Zona Económica Exclusivo. Si es cierto que técnicamente la ZEE es parte del Alto Mar y no está integrada en cualquier soberanía, también es verdad que los Estados tienen el control sobre esta parte del Alto Mar, lo que le da *de facto* una jurisdicción exclusiva sobre la ZEE, visto que tiene “derechos soberanos”:

Artículo 56

Derechos, jurisdicción y deberes del Estado ribereño en la zona económica exclusiva

1. En la zona económica exclusiva, el Estado ribereño tiene:

a) Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos;

b) Jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de esta Convención, con respecto a:

- i) El establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras;
- ii) La investigación científica marina;
- iii) La protección y preservación del medio marino;

c) Otros derechos y deberes previstos en esta Convención.

Como se desprende del artículo mencionado, es cierto que el Estado no tiene soberanía sobre la ZEE, sino sólo derechos, pero calificados de “soberanos”. Si la idea de la Convención fue que el Estado sea un administrador de esta zona para el bien de la colectividad, no cabe duda que en los hechos, la ZEE fue re-nacionalizado por los Estados.

2.2 Las zonas ecológicas y su jurisdicción

a) La jurisdicción pesquera

Islandia, Canadá, Chile y Argentina, entre otros, han establecida – de manera unilateral - su jurisdicción más allá de las 200 millas marinas para asegurar la conservación de los recursos vivos por fuera de sus respectivas zonas económicas¹⁰³. Es Canadá que fue lo más lejos, estableciendo con la enmienda al *Coastal Fisheries Protection Act* su jurisdicción de manera completa en la Zona reglamentación del NAFO¹⁰⁴. Es así que se prohíbe la pesca en la mencionada zona a cualquier buque extranjero; se considera que los delitos cometidos en la Zona son vistos como cometido en el territorio nacional; se autoriza la persecución de probables infractores en cualquier lugar del Alto Mar, que no sea un mar territorial o aguas interiores de otro Estado, lo que implica que las autoridades canadienses pueden también perseguir y detener un buque en la ZEE exclusiva de otros Estados¹⁰⁵. Tal

¹⁰³ Meseguer Sánchez, *Los espacios marítimos en el nuevo Derecho del Mar*, Madrid, Marcial Pons, 1999. 249sq.

¹⁰⁴ Organización de Pesca del Atlántico Noroeste.

¹⁰⁵ Lucchini, La loi canadienne du 12 mai 1994: la logique extrême de la théorie du droit préférentiel de l'Etat côtier en haute mer au titre des stocks chevauchants, *AFDI*, 1994.864.

acto unilateral no fue bien recibido por la comunidad internacional, como se desprende de una nota diplomática del Gobierno americano:

Unilateral steps of this sort by coastal states, contemplated by the legislative and regulatory amendments in question, exceed the fair balance of interests reflected in the relevant provisions of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea which, in the view of most members of the international community, including Canada and the United States, reflects customary international law. The convention does not provide for coastal states to board, inspect or arrest foreign flag vessels on the high seas, or to prosecute such vessels for fishing operations conducted on the high seas, absent the consent of the flag state. ... The Government of the United States believes that unilateral action in violation of international law of the sort threatened by Canada encourages unilateral action by other states in violation of international law, with attendant damage to the integrity of the law of the sea¹⁰⁶

La razón principal es que aunque quisiera verse como una medida de protección en relación con el Alto Mar, en realidad no cabe duda que desafortunadamente no se trata de eso, sino de un acto de defensa a favor de sus pescadores, y contradice el principio de la libertad de pesca en el Alto Mar¹⁰⁷.

b) La jurisdicción defensiva

- Las zonas de identificación de defensa área

La libertad del Alto Mar implica también la libertad del espacio arriba. Sin embargo, se ha desarrollado las zonas de identificación de defensa área que consisten a establecer zonas que son más allá del territorio nacional donde los aviones tienen que identificarse y someter al control de tráfico del Estado que estableció la zona. Tales zonas han sido

¹⁰⁶ Texto de una nota Diplomática enviada por la Embajada de los Estados Unidos en Ottawa al Gobierno de Canadá en respuesta a la evocación de la jurisdicción de Canadá sobre la pesca en alta mar (Junio de 1994).

¹⁰⁷ Beurier, *Droits maritimes*, Paris, Dalloz, 2009.13.

establecidas por China, Estados Unidos, Canadá, Noruega y Reino Unido¹⁰⁸, en gran parte sobre el mar. Estados Unidos defienden tal apropiación jurisdiccional no según el Derecho internacional del mar, sino según el derecho consuetudinario que permite a un Estado de establecer condiciones razonables en su territorio¹⁰⁹.

- El mar presencial

La teoría del Mar Presencial fue desarrollada en la década de 1990 por el entonces Comandante en Jefe de la Armada de Chile, Almirante Jorge Martínez Busch. Según la Ley chilena N° 19.080, de 1991, el Mar presencial es:

aquella parte de la alta mar, existente para la comunidad internacional entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la Isla de Pascua, se prolonga desde el paralelo del hito N° 1 de la línea fronteriza internacional que separa Chile y Perú, hasta el Polo Sur.

En otras palabras, es el espacio del Alto Mar adyacente a la zona económica exclusiva en donde Chile quiere estar observando y participando en las mismas actividades que en ellas desarrollan otros Estados mas actuando dentro del status jurídico del Alto Mar para cautelar los intereses nacionales y de contrarrestar amenazas directas o indirectas a su desarrollo y, por lo tanto, a su seguridad.¹¹⁰ Sin embargo, no obstante la precaución de precisar que no ejerciese ningún derecho “soberano” sobre esta parte del Alto Mar, no cabe duda que *de*

¹⁰⁸ Dutton, *Caelum Liberum: Air Defense Identification Zones Outside Sovereign Airspace*, *AJIL*, 2009.691.

¹⁰⁹ Cf. *U.S. Navy's Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, <http://www.usnwc.edu/Academics/Library.aspx>.

¹¹⁰ Kohler, El Mar Presencial de Chile su Desafío Actual, *Revista de Marina*, 2001.1.

facto es una apropiación indirecta de una parte del espacio internacional.

c) *La jurisdicción penal*

- Contaminación en el Alto Mar

En especial son las jurisdicciones americanas que utilizan sus tribunales para perseguir los equipajes de los barcos extranjeros que en el momento de entrar en los puertos americanos, presentan infracciones de contaminación en el Alto Mar¹¹¹.

- Piratería

Tradicionalmente, la piratería es el arquetipo de delito que cae bajo el *jus cogens* y da pauta a la jurisdicción universal. No obstante que la Convención de Montego Bay y otras convenciones como la SUA¹¹², redactada por la Organización marítima internacional, establecen el principio de la jurisdicción universal, no cabe duda que en realidad sólo se afirma la imposibilidad de un verdadero tribunal internacional del mar. Pero aun así, resulta que la jurisdicción universal es solamente utilizada en menos de dos por ciento de los casos, y únicamente por 4 países (China, India, Kenia e Yemen)¹¹³.

La mayoría de los casos son juzgados bajo convenciones internacionales específicas o bajo leyes naciones. Por ejemplo, es a través de la SUA, los Estados tienen la posibilidad de

¹¹¹ Cf los casos *M/T Genmar Defiance*, *M/T Nautilus*, *M/T Theotokos*, en: US Criminal Sanctions for High Seas Pollution by Foreign Vessels Entering US Ports, *AJIL*, 2009.755sq.

¹¹² Convención para la Supresión de actos ilegales en contra de la seguridad de la navegación marítima, 10/03/1988.

¹¹³ Kontorovich & Art, An Empirical Examination of Universal Jurisdiction for Piracy, *AJIL* 2010. 436.

establecer su jurisdicción penal sobre cualquier asunto que involucra “actos de violencia poniendo en peligro la seguridad del barco”, tal como se pudo ver en los Estados Unidos. En el asunto *Shi* por ejemplo, se estableció la jurisdicción universal en contra de un joven chino que había atacado con un cuchillo ciertos miembros de la tripulación en pleno del Alto Mar¹¹⁴.

3. LA DESNACIONALIZACIÓN DEL MAR TERRITORIAL

Con la resolución 1816¹¹⁵ del Consejo de Seguridad, se internacionalizó el mar territorial de Somalia para el combate de la piratería. Es cierto que la resolución fue adoptada con el consentimiento de Somalia y en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, subrayando además el respeto para la soberanía nacional:

7. *Decide* que, durante un período de seis meses a partir de la fecha de la presente resolución, los Estados que cooperen con el GFT en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a la costa de Somalia, previo aviso del GFT al Secretario General, podrán:

- a) Entrar en las aguas territoriales de Somalia con el fin de reprimir actos de piratería y robo a mano armada en el mar, en forma compatible con las acciones de esa índole permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional; y
- b) Usar, en las aguas territoriales de Somalia, en forma compatible con las acciones permitidas en alta mar respecto de la piratería con

¹¹⁴ *Cfr. Case United States v. Shi (Eugene Kontorovich)* United States Court of Appeals for the Ninth Circuit opinion on piracy as an offense within universal jurisdiction and on application of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, *ASIL*, 2009.734.

¹¹⁵ 02/06/2008.

Teoría general de Derecho internacional

arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional, todos los medios necesarios para reprimir los actos de piratería y robo a mano armada.

Sin embargo, no hay duda que *de facto*, las aguas somalíes fueron “desnacionalizados”¹¹⁶.

¹¹⁶ Indonesia fue el único país a insistir que la resolución no puede ser considerada como declaratoria de una nueva regla consuetudinaria (*UN Doc, S/PV.5902*). El Consejo de Seguridad tomó nota y en su resolución 1838 estableció: *Affirms that the provisions in this resolution apply only with respect to the situation in Somalia and shall not affect the rights or obligations or responsibilities of member States under international law, including any rights or obligations under the Convention [UNCLOS], with respect to any situation, and underscores in particular that this resolution shall not be considered as establishing customary international law.*

Con la resolución 2102 (2013), el Consejo de Seguridad afirmó de nueva cuenta la soberanía de Somalia.

LIBRO II

**EL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO**

**¿AUTÓNOMO E INTERNACIONAL
EN RELACIÓN CON EL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO?**

I - LA NOCIÓN DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA ENTRE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La noción de jurisdicción está obviamente ligada a la noción de territorio, que implica que es menester definir lo que es un territorio

1. EL TERRITORIO

La reglamentación espacial del derecho internacional tiene por objetivo atribuir “espacios” a las entidades soberanas que son los Estados¹¹⁷. Este partido tiene por consecuencia que cada Estado se ve conferido de un poder exclusivo, la soberanía, sobre su parte atribuida - el territorio en el sentido jurídico. Corolariamente, los territorios (jurídicos) determinan las esferas de validez de las competencias de cada Estado. Para la *doctrina funcionalista* moderna¹¹⁸, el territorio tiene por única función la constitución de un título para ejercer las competencias soberanas. Sin embargo, como lo apunta el profesor Conforti, la disputa es exclusivamente teórica y además estéril¹¹⁹. Por nuestra parte, pensamos que es la *doctrina patrimonialista* clásica la que nos permite aprender de manera más pedagógica los espacios¹²⁰.

¹¹⁷ Alland, La représentation de l'espace en droit international public”, *Archives de philosophie du droit*, 1987.163

¹¹⁸ Quadri, Le droit international cosmique, 98 *RCADI*, 507, 558 (1959).

¹¹⁹ Conforti, *Diritto internazionale*, 1999.199.

¹²⁰ Combacau & Sur, *Droit international public*, 2002.394.

1.1 Dominium e imperium.

El espacio puede primero ser una extensión superficial y limitada, un intervalo de un punto a un otro, un *espacio-cosa* considerado como un objeto concreto, hecho de materia y sobre el cual es posible constituir poderes reales, estos que ejerce un sujeto de derecho sobre una cosa, que hacen de él un bien - el *dominium*. Tiene sin embargo que subrayarse que se trata únicamente de una imagen en el sentido de que hoy los Estados no tienen jurídicamente la propiedad de los espacios. Estos pueden ser también una extensión indefinida que contiene y cerca todos los objetos - un espacio - extensión en donde la substancia material es indiferente pero que determina en que lugares un Estado puede, y en cuales lugares no puede, utilizar sobre una persona, un objeto, una situación..., poderes que tienen su base legal no en un vínculo espacial, pero en una competencia sobre el sitio del ser a quien el Estado quiere someter a sus normas o a quien quiere aplicarlas - *el imperium*. El mejor ejemplo de este tipo de espacio inmaterial es el de la Santa Sede (que no se debe confundir con el Estado del Vaticano). Esta entidad soberana esta incontestablemente disociada de todo hilada territorial¹²¹ y no puede invocar cualquier título sobre un espacio-cosa. Se trata de un espacio que tiene por función delimitar la esfera de validez del derecho canónico, emanación de una entidad soberana¹²², quienes sostienen que se trata solamente de un “servicio público internacional”). El vínculo aquí no se hace por el territorio, sino por el *imperium*, en razón de la pertenencia a la iglesia católica. El mismo caso es para la Orden Militar de Malta.

¹²¹ *Legibus universalibus tenentur ubique terrarum omnes pro quibus latae sunt* (Can. 12§ 1 *Codex juris canonici*).

¹²² *Contra*: Pellet & Daillier, *Droit international public*, 1999, n° 293.

1.2 Espacios territoriales, casi territoriales e internacionales.

El territorio es el espacio sobre cual un Estado tiene el *dominium* exclusivo y tiene, en principio, sobre los sujetos internos un *imperium*, exclusivo o concurrente, en razón de sus vínculos espaciales. El espacio internacional se caracteriza, al contrario, por el hecho de que ningún Estado tiene un *dominium* sobre él y que los Estados pueden ejercer su *imperium* sobre los sujetos internos únicamente en razón de un vínculo personal o material. Es así por ejemplo que el Estado de México tiene el *dominium* del territorio de México y puede regular las situaciones de los extranjeros sobre su territorio porque ellos tienen un vínculo espacial con el Estado de México. Al contrario, México no tiene ningún *dominium* sobre la Antártica y no puede regular las situaciones de algunos extranjeros en esta región, porque ellos no tienen ningún vínculo con el territorio mexicano. Sin embargo, México tiene un *imperium* sobre los mexicanos que están en la Antártica porque hay un vínculo personal entre ellos y el Estado de México.

Dentro de estas dos categorías, tenemos las zonas llamadas “funcionales”, o como yo les llamo quasi-territoriales. El Estado ejerce sus funciones de manera exclusiva en razón de un dominio, pero sin tener la soberanía y sin otro Estado que tenga soberanía sobre esta zona. Se trata así de la zona contigua de los 24 millas, en donde el Estado ejerce derechos jurisdiccionales con finalidades de control y vigilancia de carácter migratorio, hacendario, fiscal o sanitario; de la zona económica exclusiva con finalidad de explotación económica con la posibilidad de construcción de islas artificiales y la plataforma continental con finalidad de explotación y exploración de sus recursos naturales.

1.3 Competencias territoriales

Ya Grotius había notado que algunas veces hay una transferencia de la propiedad de un territorio sin la transferencia de la “jurisdicción” en el sentido de las competencias del Estado¹²³. La aseveración de Grotius se aplicaba a la práctica de los romanos, quienes tomaban posesión de los territorios conquistados dejando subsistir entre la competencia estatal a los conquistadores. Hoy, se ve el fenómeno inverso: se deja la soberanía, pero el Estado no puede ejercer sus competencias, como en el caso del canal de Panamá, la zona de exclusión aérea en el Irak o el estatuto provisional de Sarajevo en la época de la guerra en Yugoslavia. Es la situación en donde un Estado A tiene la soberanía sobre el territorio, pero que un Estado B ejerce las competencias estatales, que llamamos las competencias territoriales, en él, siguiendo así la doctrina alemana que distingue entre la “*Souveranität*” y “*Gebietshoheit*”¹²⁴.

En virtud del tratado de Hay-Varilla del 18 de noviembre de 1903, teníamos por una parte un soberano territorial del canal de Panamá y de su “Zona” que era la República de Panamá y, por otra parte, los Estados Unidos quienes podían ejercer en ellos, según el Tratado, “la competencia territorial (la “*jurisdiction*” en inglés) como eran el soberano del territorio y a la exclusión del ejercicio de tales derechos, poderes o autoridad de la parte de Panamá”¹²⁵. Fue solamente en 1977 que el “territorio panameño en donde está situado el canal regresaría bajo la competencia territorial de la República de Panamá”¹²⁶. Consecuentemente, la Corte Suprema de la zona decidió en 1907 que la Constitución de los Estados Unidos no

¹²³ *De jure ad bellum ac pacis*: II, III§IV.3, en la traducción de Barbeyrac, Universidad de Caen, 1984.

¹²⁴ Seidlhohenveldern & Stein, n° 1111.

¹²⁵ Art. 3.

¹²⁶ Tratado del 7 de febrero de 1975.

podía aplicarse en la medida que no se trataba de un territorio americano¹²⁷. Corolariamente, la zona aérea se mantenía sobre la competencia territorial del Panamá porque era parte integrante de su territorio¹²⁸. La consecuencia fue, como lo apreció el profesor O'Connell, que los Estados Unidos no tenían el derecho de transferir la Zona a otro Estado¹²⁹.

Muchos otros ejemplos pueden ser citados, como el tratado de paz del 5 de junio de 1945 entre los Aliados y Alemania o el tratado de paz entre los Estados Unidos y Japón, del 8 de septiembre de 1951, según el cual Japón tenía que conceder la competencia territorial sobre la Isla de Okinawa, mismo que se mantenía como soberano. En último lugar, tenemos el ejemplo contemporáneo del caso del tribunal encargado de juzgar a los acusados en el caso de *Lockerby*, en la medida de que según la ley votada por el Parlamento Holandés, se trata de una jurisdicción escocesa situada sobre el territorio de los Países Bajos. No se trata de un privilegio de inmunidad como encontramos para los edificios diplomáticos, pero de una verdadera extraterritorialidad en el sentido que los Países Bajos, guardando los derechos soberanos sobre el territorio en donde está ubicado el tribunal, abandonan en él las competencias territoriales en provecho de Escocia.

Estas competencias territoriales se conjugan “naturalmente” con la competencia legislativa: el Estado hace “sus” leyes en “su” territorio a “sus” nacionales. Sin embargo, ¿qué pasa cuando extranjeros residen en el país? ¿Qué pasa si la ley nacional no se puede aplicar por la competencia personal sino necesita también una aplicación territorial y que el sujeto a quien la ley tendría que aplicarse se encuentra en otro territorio extranjero? Esos son algunos de los puntos a los

¹²⁷ *Canal Zone v. Coulson, in Hudson, in Cases on International Law*, 1929, 397.

¹²⁸ *Re Cia de transportes de Gelabert, Ann. Dig.*, 1938-40, n° 45.

¹²⁹ *International Law*, New-York, 1965, 356.

cuales el derecho internacional tal cual no tiene respuesta, y por eso se reenvía normalmente al derecho internacional privado.

2. ¿EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMO COMPLEMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL?

Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, 111RCADI 1 (1964); Mayer, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la compétence*, *Rev. Crit.*, 1979.1; Belair Mouchel, *Algunas consideraciones sobre las consecuencias de la intervención del Estado en materia de derecho internacional privado*, *Tercer Seminario Nacional de derecho internacional privado*, UNAM, 1980. 11; Mayer, *Le rôle du droit public en droit international privé*, *RIDC*, 1986.467; Vareilles Sommières, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, Paris, 1997.

Es especialmente en el derecho americano que vemos la interacción entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público. Mientras que en Europa el derecho internacional privado está considerado como parte del derecho privado nacional, la doctrina americana considera la materia bajo el ángulo del derecho internacional público, y precisamente bajo el concepto de “jurisdicción”. En efecto, el artículo §401 del *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), distingue entre la “*jurisdiction to prescribe* que es la competencia que tiene un país de poder de legislar en relación con personas o eventos; *jurisdiction to adjudicate* es la competencia de juzgar a personas o eventos; y “*jurisdiction to enforce*” es la competencia de ejecutar o hacer ejecutar leyes y decisiones. Esos tres conceptos traducen los principios de jurisdicción desarrolladas por el *Harvard Research Project on Codification of Principles Jurisdiction under International Law* (1935):

Teoría general de Derecho internacional

- ✚ *Territorial*, wherein jurisdiction is based on the place where the offense is committed;
- ✚ *National*, wherein jurisdiction is based on the nationality of the offender
- ✚ *Passive personal*, wherein jurisdiction is based on the nationality of the victim;
- ✚ *Protective*, wherein jurisdiction is based on whether the national interest is injured;
- ✚ *Universal*, wherein jurisdiction is conferred in any forum that obtains physical custody of the perpetrator of certain offenses considered particularly heinous and harmful to humanity.

Más o menos en la misma época, del otro lado del océano, la doctrina europea analizó el derecho internacional privado bajo el mismo ángulo del derecho internacional público, y en particular en relación con la noción de soberanía.

El primer autor a citar en este contexto es Mancini, quien en 1851 proclama que la nacionalidad constituye el fundamento del derecho internacional público y privado. En efecto, el derecho internacional público debería ser “la coexistencia de las nacionalidades según la ley del derecho”, mientras que el derecho internacional privado tiene que asegurar que las leyes votadas por y para una nación, tiene que aplicarse a esos nacionales, no importa donde estén: en otras palabras, el nacimiento del *personalismo* como principio de derecho internacional privado, consagrado entre otros por el Código Bustamante (1928). 150 años después, la capacidad aún está regida en muchos países por la ley nacional.

En 1905, Pillet publicó su obra *Principes de droit international privado*, construida sobre el presupuesto que cada vez que un Estado X aplica la ley del Estado Y hay un conflicto de soberanía. En efecto, para él, cada vez que un Estado aplica una ley extranjera, renuncia en el mismo tiempo a su soberanía. Más precisamente, explica el autor, hay leyes “territoriales” y leyes de “continuidad”. Las primeras se aplican exclusivamente en el Estado de origen, mientras que

las segundas siguen a las personas o a los objetos. Únicamente estas últimas citadas deben ser aplicadas por el Estado en donde está el extranjero.

Sin embargo, unos años después, el derecho internacional privado “internacional” tuvo que dar su lugar al derecho internacional privado “particular”. En 1925, Anzilotti insiste sobre el hecho de que no obstante que las reglas de derecho internacional privado son substancialmente internacionales, formalmente son internas. Unos años después, Bartin enseñó que en la medida que el derecho internacional público no tiene reglas sobre la repartición de las competencias estatales, pertenece al derecho internacional privado substituirse. En la misma época, Niboyet, no obstante que fue alumno de Pillet, establece un regreso al territorialismo y defiende la aplicación de la ley del domicilio al estatuto personal, y consagró la teoría del unilateralismo. Al contrario de Bartin, Niboyet no pensó en un sistema de repartición de las competencias, sino afirmó que el derecho internacional privado del forum sólo tiene que establecer su propia competencia. Esta doctrina, defendida también por Schnell en Alemania, o Quadri en Italia, parte del principio que el derecho internacional privado no tiene que designar la ley aplicable, sino buscar la o las leyes que quieren aplicarse. En otras palabras, cada Estado establece su competencia, y los demás Estados tienen que respetarla.

En realidad, no hay ninguna regla de derecho internacional público que rija al derecho internacional privado. Como la Corte Permanente de Justicia Internacional lo estableció en su sentencia *Lotus* (1927):

Loin de défendre, d'une manière générale, aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction a des personnes, des biens et des actes hors du territoire, le droit international les laisse, à cet égard, une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre

Teoría general de Derecho internacional

d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.

Si un Estado somete la capacidad a la ley nacional, no es, como lo sostuvo Mancini, porque hay una regla de derecho internacional público que establece que la capacidad tiene que ser regida por la ley nacional, sino porque el Estado, en su libertad, opina que es la solución más conveniente. Sin embargo, a esta regla – la independencia del derecho internacional privado con respecto al derecho internacional público – se debe agregar unas excepciones en donde el derecho internacional público otorga una competencia legislativa exclusiva a un Estado como por ejemplo en materia fiscal. De la misma manera, el *jus gentium* atribuye una competencia exclusiva al Estado en materia de determinación de los nacionales¹³⁰, y, entre otros, en materia de determinación de la moneda¹³¹.

De manera más general, toda vez que el derecho internacional público tiene por objeto fundamental regir las relaciones entre Estados, sólo se ven involucradas en el mismo las cuestiones de derecho en las cuales los Estados están implicados con carácter de sujeto (materia fiscal, nacionalidad, etc.) o de agente (seguro social, aduana...), o bien en razón de su organización (constitución, administración, etc.), o incluso de su territorio (condición de los extranjeros). Así, estas hipótesis son regidas en general por el derecho público, más no en forma exclusiva.

Ahora bien, antes de demostrar que en si mismo el conflicto no existe, es útil en un primer movimiento

¹³⁰ CPJI, *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, 1923; *Interprétation du traité des minorités de 1919 entre la Pologne et les Puissances alliées*, 1923; *Nottebohm* 1955.

¹³¹CPJI, *Emprunts serbes et brésiliens*, 1929.

eliminar las hipótesis que de todos modos nunca constituyen un conflicto.

3. LOS FALSOS CONFLICTOS

3.1 La jurisdicción exclusiva.

Como ya dijimos, algunas veces es conveniente cuestionarse si la ley mexicana o una ley extranjera debe aplicarse. Sin embargo, existen situaciones en las cuales la cuestión no existe, porque solamente la ley de un sólo Estado puede aplicarse. La razón de esto es que el derecho internacional público otorga una competencia legislativa exclusiva a un Estado; en tal caso, no existe un conflicto de leyes. Esto se presenta por ejemplo en materia fiscal. Así, si un ciudadano francés recibe dividendos de una empresa americana, en aplicación de la ley fiscal francesa el ciudadano tendrá que pagar un impuesto sobre este ingreso en razón de su residencia en Francia; sin embargo, según la ley fiscal de Estados Unidos, él tendrá que pagar un impuesto a la fuente. La cuestión no es si es conveniente o no aplicar la ley estadounidense o la ley francesa; cada Estado tiene una competencia exclusiva en virtud del derecho internacional público para decidir quién tiene que pagar el impuesto. Francia no puede decidir en qué situación la ley norteamericana se aplica; sólo los Estados Unidos pueden hacerlo. Consecuentemente, no hay un conflicto. Si el ciudadano francés tiene que pagar dos veces el impuesto, entonces estamos en presencia de un problema de doble tributación. Esto lleva a una situación injusta, que puede resolverse no mediante la aplicación de la ley extranjera sino a través de una renuncia unilateral por parte de Francia, por ejemplo, al cobro del impuesto sobre los ingresos ya tasados en el extranjero, o bien por un tratado bilateral en materia de doble tributación.

De manera más general, cada vez que el derecho internacional público tiene por objeto fundamental el regir las relaciones entre Estados, sólo se ven involucradas en el mismo las cuestiones de derecho en las cuales los Estados están implicados con carácter de sujeto (materia fiscal, nacionalidad, etc.) o de agente (seguro social, aduana...), o bien en razón de su organización (constitución, administración, etc.), o incluso de su territorio (condición de los extranjeros). Así, estas hipótesis son regidas en general por el derecho público, mas no en forma exclusiva.

La cuestión que surge ahora es la de saber si el juez francés puede, por ejemplo, aplicar la ley norteamericana para el caso de un litigio entre un francés y la autoridad hacendaria norteamericana. O de manera más general, ¿los tribunales pueden aplicar “leyes de derecho público” o “leyes políticas” extranjeras? En nuestra opinión, la respuesta tiene que ser negativa, aunque el Instituto de Derecho Internacional sostuvo la posición contraria. En efecto, en nuestro ejemplo sólo los Estados Unidos tienen una competencia exclusiva para decidir quién tiene que pagar el impuesto o bien quien puede no pagarlo. De esta exclusividad legislativa resulta lógicamente también una jurisdicción exclusiva, porque sólo un juez norteamericano tiene la legitimidad de interpretar esta ley.

3.2 La decisión

A diferencia de las reglas, que son hipotéticas, las decisiones son categóricas. Estas se enuncian de la siguiente manera: “para que tal efecto se produzca”. En otras palabras, el efecto jurídico no se supedita a la realización futura de una hipótesis definida por una norma; se impone inmediatamente. Por ejemplo, cuando un

legislador nacionaliza empresas, no prevé que su propiedad será transferida al Estado si tal situación se produce; simplemente pronuncia, categóricamente, la transferencia de la propiedad.

No es por el carácter de generalidad que la decisión se distingue de la norma, pues existen también decisiones generales. La nacionalización de todas las empresas productoras de azúcar en México es una decisión general. Si bien es cierto es posible enunciar la decisión en una forma condicional, por ejemplo “si una empresa produce azúcar, va a ser nacionalizada”, también lo es que la condición no es una hipótesis, porque no está destinada a realizarse en el futuro. La misma sirve únicamente para definir el campo de aplicación de la decisión, en la medida en que la condición ya ha sido cumplida antes de que la decisión sea dictada.

Consecuentemente, no hay un conflicto de leyes que traiga consigo una regla de conflicto. Existe solamente un problema relativo a los efectos que la decisión extranjera tendrá en el foro del juez ante lo cual se presenta el asunto.

3.3 Sistemas jurídicos no unificados

Varios Estados carecen de un cuerpo normativo único para toda la población en todo el territorio, y por el contrario cuentan con varios cuerpos normativos, según los cuales las cuestiones relativas al derecho son repartidas en un criterio personal (distinción según un criterio étnico o religioso) o bien en un criterio territorial (Estados Federados, municipios, provincias, etc.). En el primer caso se habla de conflictos interpersonales; en el segundo, se trata de conflictos territoriales. Ambos conflictos son reales y se resuelven mediante una regla de conflicto.

Sin embargo, tal no es el caso de los conflictos interregionales o interprovinciales. Tomemos como ejemplo las regiones francesas de Alsacia y Lorena, que por muchos años fueron ocupadas por Alemania. Cuando Francia recuperó esas regiones, se tomó la decisión de que el derecho alemán podría continuar aplicándose por razones de seguridad jurídica. Sin embargo, no existe un conflicto de órdenes jurídicos, sino presenciamos una recepción material del derecho alemán en el derecho francés. Para saber si el derecho local se aplica, no es necesario consultar una regla de conflicto, sino sólo verificar si la hipótesis es parte del campo de aplicación territorial del derecho local. En efecto, no olvidemos que es precisamente porque existe un conflicto entre dos órdenes jurídicos que necesitamos dos legisladores diferentes. En Alsacia y Lorena, existe un mismo legislador como en el resto de Francia. Por el contrario, en los Estados Federados, cada entidad federativa tiene su propio legislador.

Más allá de los puntos mencionados, en realidad el llamado “conflicto de leyes” no existe tal cual, como lo analizaremos enseguida.

3.4 Inexistencia de conflictos de jurisdicción.

Es usual en la literatura del derecho internacional privado hablar del conflicto de jurisdicción. Sin embargo, la terminología es equívoca, pues en realidad no existe ningún conflicto en el sentido que el término implica, respecto a dos posiciones contrarias, entre las cuales debe elegirse una de ellas. Tal no es el caso. La tarea consiste en identificar al tribunal que tiene el poder para resolver el asunto y eso es todo, porque se trata de un sistema unilateral. La idea “conflictualista” proviene del hecho de que muchas veces

hay varios tribunales que tienen jurisdicción al mismo tiempo y se tendría que elegir sólo a uno de ellos. Esta visión es falsa al menos por dos razones. Primero, porque no hay ninguna imposibilidad lógica – y muchas veces tampoco práctica – para que varios tribunales estén encargados del mismo asunto al mismo tiempo. La prueba de esto es que los Estados se esfuerzan en negociar convenciones sobre la litispendencia y la conexidad, a fin de evitar esas situaciones. Segundo, porque un “conflicto” implicaría – y esto es la consecuencia lógica del primer argumento–, que sólo un tribunal tendría jurisdicción para la exclusión de los otros. Sin embargo, tal no es el caso.

Una vez que un tribunal declara su jurisdicción, el juez tampoco tiene un conflicto de leyes.

3.5 Inexistencia de conflictos de leyes.

¿La aplicación de una ley foránea necesariamente implica obediencia a una soberanía extranjera? Tal fue durante siglos la cuestión predominante del derecho internacional privado. Con relación al problema, la doctrina italiana del exclusivismo opinó que un orden jurídico nacional se excluye el carácter jurídico de todo lo que no entra en sí mismo⁷. Sin embargo, dicha visión es falsa, pues el juez puede perfectamente constatar la existencia de una regla extranjera, así como de su carácter jurídico. Aunque, como mencionamos anteriormente, *stricto sensu* el juez no está sometido a la autoridad imperativa de la regla. Pero esto no es indispensable para deducir de ella la solución del litigio, si su propia ley le ordena hacerlo. Aplicar una disposición substancial extranjera no es obedecer a una regla imperativa, sino hacer simplemente un silogismo donde la mayor está constituida por el presupuesto (en este caso la disposición extranjera) u la menor por los hechos del caso; y proposición normativa, aunque fuera extranjera, puede constituir la mayor, por mandamiento de la *lex fori*. Se ve

así que en realidad, el juez obedece a su ley, mandándole tomar como presupuesto las disposiciones de la ley extranjera para aplicarla a los hechos del caso.

De la misma manera, no existe ninguna obligación de aplicar una ley extranjera. Se trata solamente de una solución práctica, que permite que las relaciones jurídicas que tienen vínculos con más de un orden jurídico se mantengan en armonía. El derecho internacional privado no es un *Grenzrecht* que tenga por objeto repartir las soberanías en presencia. Se trata de buscar en un orden jurídico la mejor “solución” para la situación jurídica concreta.

Ahora bien, es común hablar del “conflicto de leyes” resuelto por la “regla de conflicto”. Sin embargo, tal terminología aquí también está fuera de lugar. En efecto, no existe un conflicto de leyes en la medida en que no hay dos leyes aplicables en el mismo momento a la misma situación jurídica, que obliguen al juez a elegir entre ellas. En realidad hay solamente una ley aplicable, que es la ley designada por el orden jurídico del juez que tiene jurisdicción. Si hay un conflicto, es conceptualmente en el nivel de la elaboración legislativa. En otras palabras, existen situaciones internacionales en donde potencialmente existen varias leyes susceptibles de aplicarse, pero corresponde al legislador decidir cual ley es la más conveniente para regir la situación legal en cuestión. Esta decisión se traduce en la elaboración de una regla que se conoce como “de conflicto”. Por ejemplo, si dos personas de nacionalidad francesa que viven en México quieren casarse, ¿sería conveniente exigir que ellos tengan que cumplir con los requisitos de capacidad previstos por la ley mexicana?, ¿o sería mejor decir que ellos tienen que seguir los requisitos de su ley nacional, es decir la ley francesa? En tal caso se está en presencia de un conflicto de

leyes, donde corresponderá al legislador tomar una decisión: o bien establece que debe siempre aplicarse la ley mexicana, en cuyo caso se trata de la *lex fori*, o bien dispondrá que los extranjeros deben cumplir con los requisitos de su ley nacional, en cuyo caso se tratará de la *lex causae*. Una vez elaborada la regla “de conflicto”, el conflicto estará resuelto. El juez deberá observar su regla y aplicar la ley designada. Por eso, resulta más lógico hablar de una regla “de designación”, no obstante que puede ser arriesgado cambiar de vocabulario cuando se trata de una terminología empleada por más de 100 años.

4. RECHAZO DEL CRITERIO DE LA INTERNACIONALIDAD

Lo antes expuesto tiene por consecuencia que es erróneo condicionar la aplicación del derecho internacional privado a una situación “internacional”. Como lo demostró el profesor Kegel, el derecho internacional privado interviene en la aplicación de toda regla jurídica. En su mayoría, la doctrina opina que el derecho material nacional se aplica por sí mismo. Este criterio se apoya en una visión que consta de tres fases: el derecho substancial del foro se aplica por sí mismo; el derecho substancial del foro es aplicable según el derecho internacional privado; y por último el derecho substancial extranjero es aplicable según el derecho internacional privado. Sin embargo, en realidad existen solamente dos etapas: el derecho substancial del foro aplicable según el derecho internacional privado; y el derecho substancial extranjero según el derecho internacional privado. No por el simple hecho de que sea considerado “normal” que el derecho mexicano se aplique a una situación plenamente interna, es que el derecho internacional privado no intervendrá. Se trata de una aplicación implícita. Y de ahí que el requisito de la

internacionalidad resulte superfluo. Sin embargo, es un hecho que la *lex lata* prevé criterios subjetivos y objetivos para definir la situación “internacional” en donde el derecho internacional privado interviene. ¿Cuál es, por lo tanto, el valor de estos criterios con respecto por ejemplo al comercio electrónico, y más aún a las transacciones totalmente desmaterializadas y a-localizadas, ya que en materia mercantil la distinción entre contratos internos e internacionales perdió mucho de su valor y varios autores también reclaman la aplicación de la CVIM a los contratos internos?

Un régimen unitario para los contratos permitirá tener una seguridad jurídica muy propicia para las inversiones. No existe razón para temer que el orden jurídico nacional quede sin defensa ante la voluntad de los operadores económicos. El argumento de Batiffol en el sentido de que no sería normal poder escapar a las normas imperativas nacionales eligiendo otra ley, no vale en la medida en que las leyes de policía aseguran el respeto de las normas fundamentales del orden jurídico nacional¹³². Así, ¿qué importa que el vendedor norteamericano, dirigiéndose al consumidor mexicano, prevea una cláusula de *electio fori* en favor de los tribunales de Belice y la aplicación de la ley de Fidji, si la *Ley Federal Mexicana del Consumidor* destruye estas cláusulas por su carácter de norma de policía? Y si se trata de un contrato entre profesionales, la parte que sufra un perjuicio por la inaplicación del derecho mexicano tiene que recordar que *nemo auditur propriam turpitudinis allegans*... ¡él debió leer el contrato dos veces antes de firmarlo!

¹³² Y eso no obstante nuestra crítica en relación con el carácter nacionalista de ese tipo de leyes.

También en materia monetaria, la cristalización del debate alrededor de la internacionalidad ya perdió su impacto desde hace tiempo y con la aparición de la moneda desmaterializada, no hay duda de que ¡ya no hay debate! Este mundo monetario es el reflejo del mundo globalizado en donde las relaciones económicas son transnacionales y no sólo nacionales, y en donde se puede hablar hasta de “contratos a-localizados” y de procedimientos de solución de controversias “deslocalizados”. Sin embargo, para ser totalmente objetivo, es menester subrayar que no obstante la internacionalización, muchos países continúan preservando un cierto número de reglas que son más que exorbitantes, pero se explican por el derecho internacional público. Es así que los famosos artículos 14 y 15 del Código Civil Francés permiten a un nacional, aunque que no tenga ninguna otra conexión con Francia que la de su nacionalidad, ser juzgado por un tribunal francés, que sea como actor o demandado. Aquí, el Estado se basa sobre la competencia personal y actúa como soberano “fuente de justicia” para su “pueblo” (para retomar la expresión de Von Mehren).

II - LOS METODOS

El establecimiento de reglas de designación no es una necesidad lógica. Como lo mencionamos anteriormente, el legislador las hace porque considera que es más conveniente en algunas situaciones buscar las soluciones del problema legal en otro orden jurídico. El podría ignorar totalmente los elementos extranjeros y siempre aplicar su propio derecho, como se hace en materia penal. Sin embargo, parece que tal práctica no es viable, eso además de que autores como Ehrenzweig, gran defensor del sistema territorialista¹³³, tienen

¹³³ The lex fori – Basic Rule in the Conflict of Laws, *Michigan Law Review*, 1958.637. *Adde*: Curso general, 124 *RCADI* 1 (1968).

que admitir derogaciones a la ley local como la *lex situs* en materia inmobiliaria o la ley personal en materia de capacidad. En la actualidad solamente el código de Yemen continúa bajo un puro territorialismo.

Hay así un consenso general para decir que en algunas situaciones se debe buscar la solución substancial en el orden jurídico extranjero. Sin embargo, con respecto al método de cómo designar este orden jurídico, las opiniones cambian. Es cierto, y aunque puede parecer demasiado fácil, los diversos tipos de reglas y métodos que existen siempre se basan sobre la dicotomía que hemos explicado antes, a saber; si el derecho internacional privado tiene por objetivo la protección de la soberanía (teniendo como consecuencia una “nacionalización” del derecho internacional privado, o la protección de los intereses de las personas lo que implica una “internacionalización” del derecho internacional privado).

1. LOS METODOS NACIONALISTAS

1.1 Vested rights.

La teoría de los *vested rights*¹³⁴ o derechos adquiridos, retomada principalmente por la *Local law theory* de Cook¹³⁵, sostiene que un derecho regularmente adquirido en un Estado dado debe ser reconocido en todos los otros Estados. Tal derecho se volvió por su creación en su Estado de origen en hecho en todos los otros Estados que deben reconocer su existencia. No hay así un conflicto de órdenes jurídicos, solamente una operación de constancia. Y eso es lógico en la medida que lo que un Estado soberano hizo, el otro Estado tiene que respetarlo.

¹³⁴ Beale, *Conflicts of Law*, 1935.

¹³⁵ The Logical and Legal Basis of the Conflict of Laws, *Yale Law Journal*, 1924.457.

La teoría fue consagrada plenamente en el primer *Restatement of the Conflict of Laws* (1934), en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre las reglas generales de Goldman, *Frontières du droit et « Lex mercatoria »*, *Archives philosophiques du droit*, 1965.177 ; e conflictos y el artículo 25.2 del proyecto de la ley uniforme BENELUX. En el derecho mexicano, tenemos el artículo 13 del CCDF que prevé que “las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas”.

La teoría es simple, atractiva, pero falsa. Esta siempre supone que el derecho ya existe, y que es suficiente aplicar sus efectos. Sin embargo, varias veces el juez no debe constatar una situación, sino crearla como en caso de un divorcio, por ejemplo. Pero además, antes de verificar la existencia de un derecho, el juez debe interrogarse en cuál orden jurídico el derecho nació para verificar si el derecho realmente existe. Si dos mexicanos se casan fuera de su país, su matrimonio debe ser respetado, pero solamente si el matrimonio es válido. ¿Cómo saber si es, si no hay una regla para identificar la ley aplicable a los requisitos del matrimonio? El error de la teoría de los derechos adquiridos es el de asimilar los derechos a los hechos, quiere decir considerarlos como dotados de una existencia real y autónoma. Sin embargo, un derecho subjetivo no existe en lo absoluto.

1.2 La norma unilateral.

En un sistema unilateralista, la regla de designación no es activa en el sentido que designa el orden jurídico en donde se debe buscar la solución substancial, sino es una regla pasiva dejando aplicar la ley que quiere aplicarse al litigio. Según nuestra presentación, la regla enuncia: “Si el juez debe

Teoría general de Derecho internacional

resolver una cuestión legal de tal tipo, debe aplicar la ley que prevé su aplicación a la cuestión de tal tipo”, respetando así, según los autores, la soberanía de los demás países.

La idea nació en Alemania, en el momento de la elaboración del BGB, por Schnell. Fue retomada después por Niboyet en Francia y finalmente sistematizada por Quadri en Italia. El postulado es que cada legislador define el campo de aplicación de sus leyes en función de las necesidades propias de su orden jurídico y que hubiera manifiestamente un abuso en utilizar los criterios de aplicación de la ley del fórum para delimitar el campo de aplicación de las leyes extranjeras.

Ahora bien, la crítica del sistema unilateralista tiene dos aspectos principales. En relación con la teoría general, es falso considerar al DIP como un derecho repartidor de soberanía; se trata de un derecho de reatadura. Como lo mencionamos antes, no se trata de atribuir competencia a un Estado de aplicar sus leyes; la existencia de sus reglas son un hecho y no es prohibido tomarlos como elemento mayor del silogismo. En relación con los aspectos prácticos, el unilateralismo tiene por consecuencia conflictos negativos (ninguna ley quiere aplicarse) y conflictos positivos (más de una ley quiere aplicarse). Es cierto que para el conflicto negativo es posible aplicar la *lex fori* que tiene siempre una vocación subsidiaria; pero aplicar en el caso de conflicto positivo la ley más efectiva, como sugiera Quadri, no es tan fácil y abre la puerta a todas las inseguridades.

El unilateralismo nunca realmente se impuso; al contrario, las reglas unilateralistas de los códigos civiles alemán, belga, francés y luxemburgués fueron muy pronto bilaterizadas por la jurisprudencia. Sin embargo, bajo la iniciativa del profesor Jean Foyer, en la época Ministro de la Justicia, Francia adoptó un sistema unilateral en materia de divorcio, que ha

sobrevivido hasta la fecha y al parecer sin mayores dificultades....

1.3 La ley de policía.

CIJ, *Boll*, 28/11/1958, *Rev. crit.*, 1958.626, Droz, 1959.261, Batiffol & Franceskakis ; De Nova, Quelques précisions sur les lois d'application immédiate, *Rev. crit.*, 1966.16; Sperdutti, Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public, *Rev. crit.*, 1977.257 ; De Nova, Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application, *Scritti di Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1977.352 ; Mayer, Les lois de police étrangères, *JDI*, 1981.277 ; Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001

No obstante de la variación terminológica - normas de aplicación inmediata, normas de aplicación necesaria, leyes de policía¹³⁶ -, las “*lois de police*”, según la expresión del francés de Franceskakis, son normas de designación *sui generis* postulando que en todas las hipótesis, esta ley siempre se aplica, y por lo tanto se distingue de las leyes de “orden público” del derecho interno.¹³⁷ Sin embargo, muchas veces, la situación es más complicada: la *loi de police* no excluye totalmente la ley extranjera, al contrario, ella puede permitir la aplicación de la *lex causae*, pero la excluye sólo parcial y condicionalmente.

El método constituye una verdadera “nacionalización” del derecho internacional privado, en la medida que excluye por sí mismo cualquier posibilidad de aplicar una ley extranjera.

Ya presente en la obra de von Savigny bajo el rubro de leyes de una “*streng positiver, zwingender Natur*”, es con mucho

¹³⁶ Utilizamos los términos citados como sinónimos, aunque unos autores proponen definiciones distintas para cada término (Mayer, Les lois de police étrangères, *JDI*, 1981.277; Holleaux-Foyer-de La Pradelle, *Droit international privé*, París, 1987, #643).

¹³⁷ *Infra*.

ruido que fueron consagrados por la Corte Internacional de Justicia en su famosa sentencia *Boll* del 28/11/58 en una controversia entre Holanda y Suecia.

A la muerte de su esposa de nacionalidad sueca, Johannes Boll de nacionalidad holandesa se convirtió en virtud de la ley holandesa en tutor de su hija, con quien vivió en Suecia. Sin embargo, las autoridades locales aplicaron la ley local y confirieron la custodia al Estado en ausencia de la madre. Después de varios procedimientos judiciales, los Países Bajos citaron a Suecia ante la CIJ por la violación de la *Convención de la Haya sobre la Protección de Menores*, y de la cual ambos Estados son partes. La convención prevé la aplicación de la ley nacional y no de *la lex domicilii*. Sin embargo, Suecia insistió sobre el carácter imperativo de su legislación que tiene por objeto la protección social. Y la Corte dio la razón a Suecia afirmando que la ley, calificada desafortunadamente como ley de orden público, se aplica inmediatamente no obstante que la regla de conflicto normal designa la ley extranjera.

Si, como lo veremos más adelante, el Estado se preocupa más en más por “internacionalizar” las reglas, al mismo tiempo, con las leyes de policía, retoma lo que dio. La ley de policía es la expresión más absoluta del nacionalismo y de la soberanía, y abre la puerta a todos los abusos.

Si sabemos desde la conceptualización de Franceskakis, que las leyes de policía o de aplicación inmediata son leyes que tienen por objetivo la protección del orden social, político y económico del Estado, la dificultad de identificarlas subsiste, siendo que la diferenciación de las leyes “normales” no es de naturaleza si no de grado, como lo enseñan Loussuarn y Bourel. Para los mexicanos, el fenómeno no es inocente: el derecho de la competencia económica es la expresión más significativa en la materia, generalmente acompañado de

efectos extraterritoriales como es el caso de la reglamentación comunitaria en la materia y que se aplica también a las empresas mexicanas. El mecanismo también es consagrado en el derecho mexicano y más precisamente por ejemplo en la Ley Federal del Consumidor.

2. LOS METODOS INTERNACIONALISTAS

2.1 La regla de conflicto

En 1849 aparecía el tomo VIII del Tratado de Derecho Romano de Friedrich Karl von Savigny. El gran romanista alemán proponía buscar para cada relación jurídica su “sede” o su “asiento” en un orden jurídico para aplicar sus normas. En otras palabras, para cada cuestión de derecho se debe retener un elemento que la localiza, esto quiere decir, que se determina el orden jurídico con la cual ella presenta objetivamente los vínculos más significativos. Que la ley aplicable fuera la ley del juez o una ley extranjera no importa, los diferentes derechos europeos perteneciendo a la misma comunidad jurídica inspirada por el cristianismo y el derecho romano. En otras palabras, un verdadero derecho internacional privado “desnacionalizado”.

La estructura de la regla es la siguiente: “Si el juez debe resolver una cuestión de derecho de tal tipo, debe aplicar la ley designada por tal elemento”. El elemento que permite elegir una ley se llama el criterio de reatadura porque reata las cuestiones legales a un orden jurídico. El presupuesto de la regla define la categoría de cuestiones legales a la cual se atribuye un criterio de reatadura, y el efecto jurídico enuncia este criterio. Por ejemplo: Si el juez debe resolver una cuestión relativa al establecimiento de una filiación natural (categoría), debe aplicar la ley de la nacionalidad de la madre (criterio de reatadura).

La regla de conflicto, o la regla de designación como la llamamos, es abstracta porque no se toma en cuenta el contenido material de la ley que podría aplicarse. Es solamente después de haber designado el orden jurídico, que el juez va a descubrir las consecuencias para la solución del litigio. La regla es neutral en el sentido que no busca privilegiar una solución dada al litigio (por ejemplo el establecimiento de la filiación natural en lugar del rechazo de constatarlo). Finalmente, la regla es bilateral porque el criterio puede de manera indistinta designar la *lex fori* que la ley extranjera. Así la regla es desprovista de todo nacionalismo, porque no privilegia la ley del fórum con respecto a la ley extranjera.

Sin embargo, la regla de conflicto savigniana fue criticada por ser ciega, rígida y mecánica. El ataque contra la norma de conflicto clásica fue iniciado en los Estados Unidos en donde la escuela “realista” bajo la influencia de Lorenzen enseñó el rechazo de todo dogma *a priori* preconizando una cercanía empírica a fin de tomar en cuenta el interés de las personas y el resultado social de la reglas (corriente dicha de la *Sociological jurisprudence*).

Aunque no había provocado una revolución copernicana en Europa, el ataque inició la famosa “crisis del conflicto de leyes”¹³⁸ y generó una nueva reflexión sobre la norma de DIP. A pesar de la aparición de los “neo-conflictualistas” en Francia quienes defienden la norma clásica¹³⁹ y su aplicación exclusiva, ésta última sobrevivió solamente gracias a una nueva corriente llamada “proximista”.

¹³⁸ Kegel, Curso general, 112 *RCADI* 91 (1964).

¹³⁹ Heuze, *La réglementation française des contrats internationaux*, 1990.

2.2 El principio de la proximidad

Lagarde, *Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI, 1987; Graham, *El principio de la proximidad en el Derecho internacional privado de Nuevo León*, Fundación DeForest, iTunes, 2013.

Es a Paul Lagarde al que debemos la síntesis más eminente de dicho principio de proximidad. El parte del doble postulado que el derecho internacional privado debe ser aprendido en sus tres dimensiones indisolubles que son el conflicto de leyes, la competencia judicial y el efecto de las sentencias y decisiones y, en estas tres dimensiones, tenemos un derecho de reatadura.

En materia de conflictos de leyes, la regla puede ser formulada en la siguiente forma: “Una relación de derecho es regida por la ley del Estado con la cual ella tiene la relación más significativa”¹⁴⁰; o según nuestra presentación: “Si el juez debe resolver una cuestión legal de tal tipo, debe aplicar la ley que tiene los vínculos los más estrechos con esta cuestión”. El ejemplo tipo es el artículo 4 de la Convención de Roma del 19 de junio de 1980, en la actualidad el Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que establece que el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

Así, el método abstracto de Savigny, el principio de proximidad substituye un método concreto, fundado sobre el examen de diferentes elementos de la situación en su conjunto. Sin embargo siempre se trata, según la expresión de Kegel, de una justicia de derecho internacional privado y no de una justicia material como lo concibió la “revolución

¹⁴⁰ “*The most closely connected*”.

Teoría general de Derecho internacional

americana” en la medida que el juez elige el orden jurídico más concernido para la cuestión legal sin conocer la solución substancial que será dada por este orden jurídico.

El principio de la proximidad así enunciado, no se confunde con la teoría de la *Proper law* de Morris¹⁴¹. Aunque él quiso también buscar la ley la más “próxima”, su método se demarca por su empirismo. Se trata de reagrupar los puntos de contacto con los diferentes órdenes jurídicos implicados en la situación jurídica. Por ejemplo en la hipótesis de un transporte benévolo, Morris evocaba la situación en cual el lugar del accidente fue el único punto de contacto con el Estado A mientras que todos los otros puntos de contacto convergieron de la aplicación de la ley del Estado B (nacionalidad del autor y de la víctima, matriculación del vehículo, etc.) Sin embargo, el reagrupamiento no tiene que hacerse matemáticamente, sino también cualitativamente, escrutando también los objetivos perseguidos por los diferentes órdenes jurídicos en presencia. Aunque *a priori* este método fue consagrado por la *Convención de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de tránsito*, ésta sin embargo se demarca del método funcionalista en la medida que la *lex loci delicti* es tenido en jaque si los elementos en presencia convergen todos versus otro Estado; lo que quiere decir que la Convención ahorra al juez una análisis cualitativo de las leyes en presencia para contentarse de un análisis puramente cuantitativo.

2.3 Las normas materiales

Las reglas materiales son reglas substanciales ordinarias, pero que rigen especialmente las relaciones internacionales: ”En cada materia en donde exista una regla del fórum propia a las relaciones internacionales, esta regla debe ser aplicada por el juez, a exclusión de toda regla extranjera”. En el asunto

¹⁴¹ The Proper Law of the Tort, *Harvard Law Review*, 1951.881. Adde: *Babcock v. Jackson* 12 NY 204 (SCNY, 1963).

francés *Galakis*¹⁴², el propio Estado desnacionaliza su derecho, distinguiendo entre contratos nacionales y contratos internacionales, en donde no queda nada más que un control mínimo.

2.4 Las normas a finalidad material

Aunque se trata de reglas de designación que parecen bilaterales o proximistas, en realidad son tendenciosas porque su vocación tiende a querer obtener un resultado preciso, que sea a través del principio de preferencia o por la vía de la opción de legislación. En un artículo de 1933, el autor americano David Cavers criticaba violentamente al método bilateralista, al cual le reprochaba elegir opciones con “los ojos cerrados”¹⁴³. El juez tendría según Cavers no solamente que buscar los órdenes jurídicos con relaciones significadas sino también tomar en cuenta el contenido substancial de estos órdenes jurídicos. En relación con la opción de legislación, aquí la estructura de la regla es la siguiente: “si el juez debe resolver una cuestión de tal tipo y que la ley designada por tal elemento tiene tal contenido, él aplicara esta solución”. Un ejemplo concreto es el artículo 13 de la *Convención Interamericana sobre la Ley aplicable a los Contratos internacionales*: “Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución”.

A esos esfuerzos de los Estados de desnacionalizar su derecho internacional privado de manera unilateral, es menester

¹⁴² 2/57/1966.

¹⁴³ A Critique of the Choice of Law Problem, *Harvard Law Review*, 1934.173. *Adde*: Contemporary Conflicts of Law in an American Perspective, 131 *RCADI*, 75 (1970).

subrayar la importancia de los tratados internacionales que permiten crear poco a poco una forma de derecho internacional privado “universal”. En este sentido, es importante mencionar la *Convención de Nueva York sobre la ejecución de los laudos arbitrales*, la *Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías* y la *Convención de La Haya sobre la adopción internacional*, que han sido ratificadas por más de 100 países de todos los continentes. A eso se debe agregar la importancia de los derechos humanos, tal como la *Convención Europea de Derechos Humanos*, que forma parte integral del orden público internacional. Es así, que si la regla de conflicto designa como ley aplicable un texto que prohíbe el matrimonio con un divorciado, el juez aplicará una concepción europea del orden público internacional tal como está establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos y la rechazará en nombre de la libertad del matrimonio¹⁴⁴. A eso se agrega un esfuerzo doctrinal importante para sacar el derecho internacional privado fuera de su ámbito nacional para rendirlo más “internacional”. En 1986, Paolo Picone presentó a la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el *Método de Referencia al Orden Jurídico Competente*. Según el autor, ya no se trata de designar sólo la “ley competente” sino buscar el “orden jurídico competente”. No es suficiente seleccionar la ley que tiene los vínculos más estrechos con el caso, sino también de asegurarse que la situación jurídica creada puede ser recibida en todos los órdenes jurídicos en donde la situación puede ser “localizada” o en donde se puede ejecutar, tal como ya lo prevé el famoso 606 ZPO en Alemania. Un ejemplo práctico es el de la adopción. A tomar como hipótesis que para hacer legalmente una adopción entre papás mexicanos y un niño chino, pero que piensan ir a vivir en los Estados Unidos y Canadá, el juez no tiene que aplicar sólo la ley designada por la regla de

¹⁴⁴ BVG, 4/5/1971; Mayer La Convention européenne des droits de l’homme et l’application des normes étrangères, *Rev. crit.*, 1991. 651.

Teoría general de Derecho internacional

conflicto, sino también asegurarse que la adopción sea válida en los Estados Unidos y en Canadá.

Más allá del derecho internacional privado, es especialmente en materia de arbitraje internacional en donde se puede ver una desnacionalización casi completa de las reglas aplicables, en particular en relación con el concepto de la *lex mercatoria*.

3. LEX MERCATORIA

Schmitthoff, The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation, in *The Sources of International Trade* (ed. Schmitthoff), Londres, 1964; Schmitthoff, Das neue Recht des Welthandels, *RabelZ*, 1964. 47; Goldman, Frontières du droit et « Lex mercatoria », *Archives philosophiques du droit*, 1965.177.

Bonell, Das autonome Recht des Welthandels - Rechts-dogmatische und Rechtspolitische Aspekte, *RabelsZ* 1978.485; Cremades & Plehn, The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions, *Boston University International Law Journal*, 1984.317; Lando, The Lex mercatoria and International Commercial Arbitration, *ICLQ*, 1985.747; Loquin, *Apport de la jurisprudence arbitrale: L'application de regles anationales*, Paris, 1986; Juenger, The Lex mercatoria and the Conflict of Laws, in *Lex mercatoria and Arbitration* (ed. T. Carbonneau), 1990.213; Lowenfeld, *Lex mercatoria: An Arbitrator's View*, *Arbitration International*, 1990.133; Gaillard, Trente ans de lex mercatoria, *JDI*, 1995.5; Gaillard, Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?, *Arbitration International*, 2001.59.

El debate alrededor de la *lex mercatoria* como orden jurídico implica una cierta visión del arbitraje, con varias consecuencias jurídicas. En primer lugar, el tema es tratado por algunos autores el dar a la *lex mercatoria* el valor de “ley” para atacar el argumento del “*contrat sans loi*”. En efecto, si la *lex mercatoria* no es una ley, entonces es necesario, para ciertos autores, buscar una ley estatal que dé validez al contrato y la *lex mercatoria* se aplicaría sólo a título supletorio. Al contrario, si la *lex mercatoria* es “ley”, entonces no es necesario buscar una ley estatal, y es la misma *lex*

mercatoria la que da validez al contrato. Sin embargo, se olvida que ese debate no tiene lugar en materia de arbitraje. En efecto, como lo veremos más adelante, los árbitros tienen que aplicar las “reglas” que las partes eligen sin tener que interrogarse sobre la calidad de “ley” o no de esas reglas. El debate existe únicamente en materia judicial, precisamente sobre el punto de saber si el juez estatal puede aplicar inmediatamente la *lex mercatoria* o si tiene que pasar primero por una ley estatal.

Para los defensores de la *lex mercatoria*, se trata también de defender la idea que el árbitro no es sólo un prestador de servicio que tiene que resolver una controversia según los términos de las partes, sino un “juez” que tiene que defender los valores de la *societatis mercatorum*. Un ejemplo ilustrativo puede encontrarse en la problemática de la corrupción. Si el árbitro es un profesional que sólo tiene que resolver una disputa, y que la ley del lugar en donde se debe ejecutar el laudo no prohíbe por ejemplo la corrupción de agentes públicos, el árbitro puede declarar válido un pacto de intermediario para obtener un contrato público por ejemplo. Al contrario, si la *lex mercatoria* es un orden jurídico, el árbitro tiene que declarar el acuerdo nulo no obstante su validez según la ley aplicable y/o la ley del lugar de ejecución, porque la corrupción es una práctica que contradice los valores de la sociedad internacional de los comerciantes. En otras palabras, el debate se ubica entre aquellos que tienen una cierta visión societaria de las relaciones comerciales y aquellos que niegan tal punto de vista; en otras palabras, para retomar la distinción de Tönnies, la *societatis mercatorum* es una *Gemeinschaft* o una *Gesellschaft*; o en nuestras palabras, ¿las reglas aplicables tienen que ser nacionales o pueden ser a-nacionales?

El gran autor francés Berthold Goldman defendió la idea que la *societas mercatorum*, según el principio *ubi societatis ibi*

jus, secretó con el tiempo su propio *corpus juridicus* – la *lex mercatoria* – constituyendo un nuevo orden jurídico compuesto de contratos tipo, usos, reglas consuetudinarias, contratos-tipos y jurisprudencia arbitral.¹⁴⁵ Según el profesor Pellet¹⁴⁶, retomando la definición del orden jurídico desarrollado por Rigaux, en la *lex mercatoria* se verifica la existencia de los tres elementos constitutivos de un orden jurídico, a saber, reglas de conductas respetadas por sus destinatarios, reglas de decisión aplicadas por un juez y mecanismos de coacción que aseguran la efectividad del sistema.¹⁴⁷

En la misma época que la de los trabajos de Goldman, del otro lado del océano, Jessup construyó el concepto de la *Transnational Law* o “derecho transnacional”, que sería “el derecho que reglamenta las acciones o los eventos que trascienden las fronteras nacionales”¹⁴⁸, no siendo el derecho internacional público, ni el derecho internacional privado, ni el derecho interno, sino un orden jurídico específico¹⁴⁹ en materia de los contratos estatales (*State Contract*).¹⁵⁰ Sin embargo, tal visión fue atacada por muchos autores y con éxito.

Sin embargo, ahí la polémica no termina. Aún muchos académicos continúan considerando de una cierta manera la *lex mercatoria* como un orden jurídico¹⁵¹, aunque sin

¹⁴⁵ Goldman, La *lex mercatoria*..., *op. cit.*, p.475.

¹⁴⁶ La *lex mercatoria* : « tiers ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public, *Mélanges Kahn*, Litec, 2000, p. 53.

¹⁴⁷ Rigaux, Souveraineté des Etats et arbitrage international, *Mélanges Goldman*, Litec, 1987.279.

¹⁴⁸ *Transnational Law*, Yale University Press, 1956, p.1 sq.

¹⁴⁹ Kamto, La notion de contrat d'Etat: Une contribution au débat, *R.arb.*, 2003.719, 744.

¹⁵⁰ *Infra*.

¹⁵¹ Para una defensa absoluta de la idea que la *lex mercatoria* es un “nuevo orden jurídico”, véase: Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Litec, París, 1980, spec. 308.

expresarlo tal cual, relacionando más el concepto con el orden público internacional. Así el profesor Ole Lando proclama que “el árbitro tiene no solamente que tomar en cuenta los intereses de las partes sino también el interés del arbitraje comercial internacional considerado como una institución”.¹⁵²

La misma idea se encuentra con Yves Derains:

El árbitro tiene deberes con las partes para quienes cumple su misión, pero tiene también deberes con la comunidad del comercio internacional, la *societas mercatorum*, que necesita del arbitraje así como de relaciones armoniosas con los Estados. Si fuera suficiente recurrir al arbitraje para sustraerse a las leyes de policía teniendo un título legítimo para aplicarse, sería muy temprana la sobrevivencia del arbitraje en sí mismo puesto en peligro por los Estados, que lo han favorecido hasta ahora.¹⁵³

En oposición a tal visión, el argumento principal fue desarrollado, entre otros, por Paul Lagarde¹⁵⁴, quien, tomando en consideración las definiciones de Kelsen¹⁵⁵ y de Santi Romano¹⁵⁶, parte del principio que un orden jurídico es una organización de la coacción *via* instituciones capaces de sancionar por la fuerza coercitiva la violación de normas; y son justamente esas instituciones las que le faltan a la *lex mercatoria*. De manera más pragmática, otros autores subrayan la falta de contenido y de metodología que impiden

¹⁵² Conflict of Law Rules for Arbitrators, *Festschrift fuer K. Zweigert*, 1981.157, 172.

¹⁵³ Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, *JDI*, 93.829, 846.

¹⁵⁴ Lagarde, Approche critique de la *lex mercatoria*, *Mélanges Goldman*, Litec, 1987.125 ; Véase también : Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, *Arbitration International*, 1988.86; Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, LGDJ, 1984.

¹⁵⁵ *Principles of International Law*, 2°ed, Holt, Rinehart and Winston Inc, New York, 1966; *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962.

¹⁵⁶ *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975.

considerar *la lex mercatoria* como un sistema permitiendo resolver de manera eficiente las disputas comerciales¹⁵⁷.

En realidad el debate para el arbitraje en la práctica es más bien estéril en la medida que el árbitro tiene que aplicar las reglas escogidas por las partes y es comúnmente admitido que una referencia a la "*lex mercatoria*" implica la aplicación de reglas jurídicas.¹⁵⁸ En este sentido, una posición pragmática consiste en afirmar que lo que importa es aplicar reglas y que esas reglas correspondan a la legítima expectativa de las partes.¹⁵⁹ En otras palabras, con la idea de una "macro" *lex mercatoria*, para retomar la distinción de Lord Mustill, desaparece el beneficio de una "micro" *lex mercatoria*. No se trata tal cual de disertar sobre el punto de saber si la *lex mercatoria* es un orden jurídico o no, cuales principios tienen que ser universal o comúnmente admitidos¹⁶⁰, sino de considerarla como un método que permite *in casu* identificar las reglas que permiten resolver la controversia. En las palabras de Emmanuel Gaillard,

la idea hoy en día no es la oposición entre órdenes jurídicos estatales y un hipotético orden jurídico transnacional, sino el de un recurso global a un conjunto de derechos nacionales... En otros términos, el postulado de la inadecuación de los derechos nacionales da lugar a la preocupación, más legítima, de fundar la solución de algunos asuntos sobre un conjunto de derechos en lugar de un único, en donde las soluciones originales podrían

¹⁵⁷ Mustill & Boyd, *Commercial Arbitration*, 2.ed, 1989. 80.; Highet, The Enigma of the Lex Mercatoria, *Tulane Law Review*, 1989.613; Mann, Introduction II, in *Lex mercatoria and Arbitration*, *op. cit.* p. XIX; Delaume, in : *Lex mercatoria and Arbitration*, *idem*, p. 77; Schlösser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. ed., 1989. 146 sq.

¹⁵⁸ Véase la resolución de Cairo de la IBA, 1992.

¹⁵⁹ Véase Derains, L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, *R.arb.*, 1986.375, 381 ; Von Mehren, To what extent is international arbitration autonomous ?, *Mélanges Goldman*, p.227.

¹⁶⁰ Como lo hizo un tribunal CCI en el asunto #2583, *JDI*, 1977.950.

Teoría general de Derecho internacional

decepcionar la espera legítima de las partes”.¹⁶¹ En este mismo sentido se pronunció un tribunal inglés, enunciando que “al escoger arbitrar de acuerdo con el Reglamento de la CCI [...] las partes dejan que la ley adecuada sea decidida por los árbitros y no confirman la elección de los sistemas de ley nacionales. No [se ve] ningún fundamento para concluir que la elección de la ley adecuada por los árbitros, un denominador común de los principios que constituyeron la base de las leyes de los conceptos que rigen las relaciones contractuales, está fuera del alcance de la elección que las partes han dejado en sus manos”.¹⁶² En otras palabras, se trata aprehender la *lex mercatoria* como un método de “darwinismo jurídico”¹⁶³, una técnica¹⁶⁴ permitiendo identificar, sin pasar por las reglas de conflicto, soluciones substanciales a los problemas.

Sea lo que sea, no se puede refutar que poco a poco los Estados aceptan la “presencia” de la *lex mercatoria*. La primera decisión famosa en consagrar la aplicación de la *lex mercatoria*, elección por parte del tribunal en ausencia de una elección por las partes, es el laudo *Norsolor*¹⁶⁵ en donde la Corte de Casación francesa confirmó que la solución de la controversia en aplicación de la *lex mercatoria* no constituye un arbitraje en equidad, sino en arbitraje en derecho.¹⁶⁶ La misma decisión fue tomada en el mismo caso por la Suprema Corte de Austria.¹⁶⁷ En el asunto *Fougerolle*, una vez más la Suprema Corte francesa confirmó su voluntad de admitir la *lex mercatoria* como “reglas jurídicas” y no como principios de

¹⁶¹ Gaillard, Trente ans de *lex mercatoria*, *JDI*, 1995.5, 8.

¹⁶² *Deutsche Schachtbau – und Tiefbohr Gesellschaft v. Ras Al Khaimah National Oil Co*, [1987] 2 *Resp.* 246 (Lloyd).

¹⁶³ Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », *Mélanges Kahn, op.cit.*, p. 23, 26.

¹⁶⁴ Fouchard-Gaillard-Goldman, *op. cit.*, #1455.

¹⁶⁵ *Pabalk Ticaret Limited Sirketi (Turkey) v. Norsolor S.A. (France)*, 26/10/1979, *Yearbook*, 1984.109.

¹⁶⁶ *ILM*, 1985.360.

¹⁶⁷ Corte Suprema de Austria, 18/11/1982, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1983.868.

equidad.¹⁶⁸ En Inglaterra, la misma posición fue adoptada en el asunto *Rakoil*¹⁶⁹ por los tribunales estatales.¹⁷⁰ Sin embargo, se considera que la verdadera consagración de la *lex mercatoria* tuvo lugar en la sentencia *Valenciana*¹⁷¹, y que establece que los árbitros en derecho cumplen con su misión si aplican “el conjunto de reglas del comercio internacional constituidas por la práctica y habiendo sido consagradas por las jurisprudencias nacionales”. Sin embargo, el *dictum* Valenciana no puede ser aplicado tal cual, porque en un sentido literal, se podría sólo aplicar las reglas consentidas por la jurisprudencia de los tribunales judiciales. ¿Pero *quid* si de esas reglas ninguna resuelve la controversia en un arbitraje? ¿El árbitro no tendría derecho a buscar un principio común que aún la jurisprudencia no tuvo la oportunidad de conocer? Es absurdo. En realidad, se debe entender el fallo en el sentido del orden público, quiere decir que no es posible aplicar reglas de la *lex mercatoria* que contravienen el derecho nacional. Desde entonces, varios tribunales¹⁷² y árbitros han retomado la

¹⁶⁸Civ¹, *Fougerolle v. Banque de Proche Orient*, 09/12/1981, *R.arb.*, 1982.183.

¹⁶⁹ *Yearbook*, 1989. 111.

¹⁷⁰ *International Petroleum Co. Ltd. (Sitco) v. Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft MbH (DST)*, [1989] 2 A.C.375, *Yearbook*, 1989.737.

¹⁷¹ Civ¹, 22/10/1991, con observaciones favorables: Goldman, *JDI*, 1992.177; Oppetit, *Rev.crit.*, 1992.113. En contra: Lagarde, *Rev. crit.*, 1992.458.

¹⁷² Confirmado por: París, 25/06/1993, *R. arb.*, 1993.679 (« *Dès lors que la clause d'arbitrage, en invoquant les règles du droit international, impose aux arbitres d'appliquer la lex mercatoria entendue comme l'ensemble des principes généraux du droit et des usages conçus et mis en œuvre dans le cadre du commerce international et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales* »); Suprema Corte de Argentina, 11/11/1997, inédito; *Contra* : LG Hamburg, 18/09/1997, *Yearbook*, 2000.641: “*Because of the vague contents of lex mercatoria, the arbitrators in fact decided as amiables compositeurs, without having been explicitly empowered by the parties to do so*”.

definición.¹⁷³, permitiendo así desnacionalizar paso a paso el derecho nacional del arbitraje

4. EL DERECHO UNIFORMIZANTE

4.1 La integración económica

Badiali, *Le droit international privé des Communautés européennes*, 199 *RCADI* 9 (1985); Di Brozolo, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, *Rev. crit.*, 93.401; Van Gerven, *Convention de Rome, Traité de Rome et prestations de services dans le secteur financier*, *Droit & Banque*, 93.23; Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, 253 *RCADI* 9 (1995); Von Wilmowsky, *EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit*, *RabelsZ*, 98.1; Vareilles-Sommières, *Le droit privé européen*, *Economica*, 1998; Basedow, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*, *Mélanges Lagarde*, Paris, 2005; Vareilles-Sommières, *La communautarisation du droit international privé des contrats: Remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats*. *Mélanges Lagarde*, Paris, 2005.

La más grande progresión en la desnacionalización del DIPr es sin ninguna duda el ejemplo de la comunitarización de la materia en la Unión Europea. En efecto, hasta el Tratado de Ámsterdam, el DIPr fue materia nacional. Sólo dos vías existieron para obtener en aquella época un derecho uniforme en la UE: la vía clásica de los tratados en el marco de organizaciones internacionales como la Conferencia de La Haya o Unidroit; o la vía comunitaria del antiguo artículo

¹⁷³ "However, the arbitral tribunal deems it more proper to refer to the body of rules of international commerce which have been developed by practice and affirmed by the national courts (lex mercatoria)" (CCI, #9246, 1996, *Yearbook*, 1997.28).

220CE que preveía la posibilidad para los Estados miembros de celebrar convenios entre sí para facilitar la cooperación; es en este marco que se hizo la *Convención de Bruselas sobre la competencia judicial* y la *Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*.

A partir de los años 90, la doctrina, en particular alemana, italiana y belga, empieza a profesar que las reglas de conflicto tendrían que aplicarse con la condición de no irse contra las reglas comunitarias de la libertad de circulación, tomando como base de su afirmación la famosa sentencia *Keck y Mithouard* de 1993¹⁷⁴ y que dispuso que los artículos 28 y 49 Tratado de Roma prohíbe cualquier tipo de obstáculo a la libre circulación de los bienes y de los servicios. Eso tendría como consecuencia para el derecho internacional privado la siguiente mecánica:

Supongamos que un vendedor pone en el mercado de su Estado de origen A un producto sabiendo que según la *lex fori* su responsabilidad por los defectos del producto es limitada. Si exporta su producto en un Estado B; y que ocurre un accidente, el vendedor será juzgado en el Estado B que aplica en virtud de su regla de designación la *lex fori* que prevé una responsabilidad objetiva e ilimitada; la consecuencia podría ser que el vendedor ya no quisiera vender en este Estado y así tendríamos una traba al libre comercio. En otras palabras, hay obstáculos cada vez que la regla de designación de un Estado puede designar una ley más severa que la del Estado de origen del vendedor. Consecuentemente, pertenece al juez el cancelar las disposiciones más severas de la ley aplicable para remplazarles con las menos severas de la *lex fori* del Estado de origen.

¹⁷⁴ Que es la consecuencia lógica del fallo *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, 20/02/1979 estableciendo el efecto directo de las libertades de circulación.

Teoría general de Derecho internacional

Este mecanismo de corrección se añade al de la regla de designación *in favorem*, como la del artículo 5 sobre la protección al consumidor de la Convención de Roma. En esta hipótesis, el juez tiene que comparar la *lex contractus* con la ley de la residencia habitual del consumidor y aplicar las disposiciones más favorables al consumidor de una u otra ley.

Con la adopción del Tratado de Ámsterdam y su entrada en vigor en 1999, el DIPr se regula también de manera directa vía reglamentos emitidos por la Comisión¹⁷⁵, y cuales son automáticamente aplicables en la UE, con el fin de tener una política de “aproximación y armonización jurídica y de cooperación jurídica”. Si aún subsiste cierta autonomía local – el artículo 65 TCE habla solamente de una competencia para “fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”-, la Comisión ya puso bajo forma de reglamento la precitada Convención de Bruselas y emitió varios otros reglamentos concerniendo entre otros, la competencia y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cooperación procesal en materia de prueba, títulos ejecutivos no impugnados, procedimientos de insolvencia, etc...

Total, el DIPr es por una buena parte desnacionalizado y comunitarizado. En una situación de conflicto de leyes, o es un reglamento comunitario que se aplica, o se aplica una regla de conflicto que designa una ley extranjera, pero que puede ser vencida por una ley de policía comunitaria (artículo 81 y 82 CE por ejemplo) o puede dejar aplicar la ley designada, pero el resultado será comparado con la *lex protecciones* (residencia del consumidor por ejemplo) o con la ley del

¹⁷⁵ Cf el Reglamento (CE) n° 743/2002 del Consejo por el que se establece un marco general de actividad comunitaria destinado a facilitar la cooperación judicial en materia civil [Diario oficial L 115 de 01.05.2002].

Estado de destino para ver que no hay una traba a la libre circulación (venta de productos por ejemplo). Si no fuera suficiente, y si la ley designada sobrevive a todo eso, aún puede ser eliminada por el orden público europeo, como lo veremos un poco más adelante.

Si aún no hay el mismo grado de integración, el fenómeno también se aprecia en el MERCOSUR, donde un número impresionante de tratados sobre DIPr han sido celebrados como por ejemplo los Protocolos de Buenos Aires, de Santa María, de San Luis, etc.¹⁷⁶ De la misma manera, se puede imaginar que la doctrina europea puede aplicarse no sólo al Cono Sur sino a cualquier unión con vocación integracionista. En efecto, la jurisprudencia *Keck y Mithouard* puede aplicarse sin problema al artículo 1 del Tratado de Asunción en el marco del MERCOSUR y así tener también un impacto sobre el derecho internacional privado de esta parte del mundo.

¿Y por qué no aplicar el mismo razonamiento a cualquier tipo de acuerdo de libre comercio? Confesamos no haber analizado tal propuesta, pero la observación merece una reflexión, en particular en el marco del TLCAN.

4.2 Los derechos humanos

Mayer, La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, *Rev. crit.*, 1991.631 ; Nascimbene, Riconoscimento di sentenza straniera e « ordine pubblico europeo », *Revista de dir. int. priv. proc.*, 2002.659.

En 1990, la Corte de Casación francesa tuvo que pronunciarse de manera fundamental sobre el mecanismo del orden público en el sentido del derecho internacional privado. En un primer

¹⁷⁶ Cf Graham, *Le droit international des affaires du Mercosur*, Mémoire de DEA, UPI, 1997.

caso, la problemática consistió en saber si no fuera contraria a las normas de la CEDH aplicar la ley brasileña que prohibió la adopción plena si los adoptantes no eran brasileños y no residen en Brasil.

En el segundo caso, la cuestión planteada fue si fuera posible acordar la exequátur a una decisión emitida por los tribunales de Gabón como resultado de un procedimiento contrario a las garantías de audiencia protegidas por el artículo 6 de la CEDH. En ambas situaciones, el problema jurídico consiste en saber si la CEDH tiene que intervenir en el mecanismo de la regla de designación. Tomando como punto de partida la decisión *Soering* la respuesta tiene que ser afirmativa. Si la decisión del tribunal francés violara un derecho humano, entonces ni la ley extranjera tiene que aplicarse ni la decisión extranjera tiene que ser ejecutada¹⁷⁷. El mismo razonamiento debe aplicarse *mutatis mutandis* en relación con la CIDH y el mecanismo de conflicto de leyes en los Estados parte a la mencionada convención.

¹⁷⁷ Véase en el mismo sentido ya la decisión del Tribunal Constitucional alemán con fecha de 04/05/1971, *Rc*, 1974.57.

III - VERSUS UN ORDEN PÚBLICO “REALMENTE” INTERNACIONAL?

En realidad, la intervención de la libertad de circulación y la protección de los derechos humanos no son etapas más en el funcionamiento del conflicto de leyes, sino que forman parte del orden público en el sentido del derecho internacional privado. Hasta ahora, el orden público en el sentido del derecho internacional privado se consideró como un mecanismo de defensa contra normas extranjeras poco compatibles con los valores sociales y culturales del Estado nacional. Sin embargo con los ejemplos de la integración económica y de los derechos humanos, este orden público se desnacionaliza poco a poco para realmente internacionalizarse y crear así un orden público el cual sería común a los países. De esta manera, el orden público internacional en el sentido del derecho internacional público, el orden público en el sentido del derecho internacional privado y el orden público transnacional en el sentido del derecho del arbitraje internacional convergen para formar de manera gradual un sólo orden público común a todas las naciones. El caso *Eco Swiss*¹⁷⁸ es muy significativo porque se mezclan orden público comunitario, orden público internacional y orden público del arbitraje internacional. Eco Swiss obtuvo en su favor un laudo que Benetton rechazó ejecutar; en el mismo tiempo, Benetton solicitó a las jurisdicciones holandesas (Holanda habiendo sido la sede arbitral) anular el laudo porque el contrato objeto del arbitraje sería contrario al artículo 81 CE. Vía cuestión prejudicial, la CJCE estableció que el artículo 81 es parte del orden público europeo y a este título se impone también a las jurisdicciones nacionales que

¹⁷⁸ Aff. C-126/97, 1/6/99.

Teoría general de Derecho internacional

tienen que anular decisiones que violan dicha disposición; además, el orden público europeo tiene que ser entendido como “orden público” en el sentido de la Convención de Nueva York de 1958¹⁷⁹. De la misma manera, el caso *Pelligrini*¹⁸⁰ constituye una ilustración como la CEDH forme parte hoy en día del orden público “nacional”.

¹⁷⁹ Para la relación entre la Convención de Nueva York y el derecho comunitario, vease: Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Madrid, 2000.

¹⁸⁰

LIBRO III

**EL DERECHO INTERNACIONAL: NI
PÚBLICO NI PRIVADO**

– SÓLO INTERNACIONAL.

**EL CASO DEL ARBITRAJE EN
MATERIA DE LA INVERSIÓN
EXTRANJERA.**

La inversión extranjera es un ejemplo típico de la desnacionalización del derecho internacional. El fin de la primera guerra mundial desembocó en una ruptura de paradigmas en donde dos visiones contrastantes se confrontaron: la Unión Soviética y los Estados Unidos, teniendo como uno de los primeros tópicos en pugna el concerniente a la protección de la propiedad extranjera. Por un lado, el nuevo régimen bolchevique con su proceso de nacionalización y expropiación; y por el otro lado, los Estados Unidos, al mando de las potencias occidentales, que buscaban proteger sus inversiones internacionales. Los estadounidenses fijaron su posición estableciendo que la no-compensación en caso de expropiación o nacionalización era contraria a los principios de los “Estados civilizados”.

Dentro de este contexto, México se presenta con una postura innovadora y que serviría de ejemplo a los países en desarrollo en años posteriores. En efecto, la expropiación petrolera del 18 de marzo de 1938, sirvió para que México desarrollara sus ideas al respecto. En este sentido, México negaba la existencia de principios universales reconocidos entre los Estados que obligaran a otorgar compensación adecuada derivada de las expropiaciones. Sin embargo, México sí admitió que tenía dicha obligación, pero nacida no del derecho internacional sino del interno, y es éste derecho interno, además, el que debe determinar el tiempo y la forma de la compensación.

La respuesta de los estadounidenses se presentó por medio de la doctrina de la compensación, que establecía los elementos que debería tener una expropiación para ser considerada como legal dentro de la normatividad internacional. En contraste con la postura mexicana, que para los estadounidenses no ofrecía ni seguridad ni garantías, se gesta una visión que señala que para que un gobierno efectúe una expropiación, tiene que

haber de por medio una pronta, adecuada y efectiva forma de compensación.

Desde el fin de la segunda guerra mundial, otra “gran” época de expropiaciones empezó, especialmente con la “colonización” soviética. Después, la descolonización “occidental” completó el marco: Irán en 1951 con la expropiación de la Anglo-Iranian Oil Company; Egipto en 1956 con el Canal de Suez, Cuba 1959, Sri Lanka 1963, Indonesia 1965, Tanzania 1966, Bolivia 1969, Argelia 1971, Somalia 1972, Chile 1972, Libia 1978, etc.... En común es que todos esos países consideraban que sus recursos naturales formaban parte de su soberanía “económica”, quiere decir que la soberanía en el sentido de independencia no tiene caso si la “soberanía” económica continúa permaneciendo en manos los extranjeros, dueños de las empresas que manejan los recursos naturales como el petróleo por ejemplo. En una lógica nacionalista, esos países consideraban que se respeta la norma internacional que no hay “expropiación sin indemnización”, si indemnizan las expropiaciones según criterios nacionales.

Sin embargo, los países occidentales, dueños de las empresas, no estaban de acuerdo y votaron la Resolución 1803 (XVII) que aún refleja la regla consuetudinaria que la indemnización de la expropiación se calcula con respecto a los estandartes del derecho internacional y no según el derecho nacional. La tentativa de instaurar un Nuevo Orden Económico Internacional a través de la votación de la Resolución 3281 por la cual se adoptó el 12 de diciembre de 1974 la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, y que prevé que los litigios sobre indemnización en materia de expropiaciones serán arreglados ante los tribunales nacionales y bajo el amparo de las leyes nacionales, fue un fracaso¹⁸¹, y se consagró jurisprudencialmente la Resolución 1803 como

¹⁸¹ Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, Paris, 1979.

derecho consuetudinario¹⁸², relegando el NOEI a la anécdota histórica.

Sin embargo, tal situación es paradójica para muchos países latinoamericanos quienes continúan teniendo una visión nacionalista del derecho internacional, especialmente a través de la cláusula Calvo, pero que se ven atrapados en la internacionalización por su pertenencia a la OMC y, entre otros, al TLCAN. ¿Cómo conciliar un credo nacionalista que proclama que el inversionista extranjero no puede tener un trato más favorable que los nacionales, y un credo liberal que exige un trato preferencial al inversionista extranjero? Aunque los tratados internacionales no hablan de tal trato, sino de uno no discriminatorio, es cierto que muchas veces el inversionista tiene una situación jurídica privilegiada con respecto a su contraparte nacional.

Desde entonces, se consagró, según la expresión de Virally, el derecho internacional del desarrollo¹⁸³, que tiene la misma mutación que el derecho internacional general: una objetivización creciente¹⁸⁴ - o en nuestras palabras una desnacionalización -, con la particularidad que permite a los inversionistas deslocalizar sus litigios con el Estado de recepción, escapando así, tanto a sus jurisdicciones nacionales como a sus leyes, para someter sus disputas a tribunales arbitrales internacionales, ya sea ante el Centro Internacional para el Arreglo de las Disputas sobre Inversiones (CIADI) o ante tribunales arbitrales constituidos bajo el amparo por

¹⁸² *Texaco Calasiatic v. Libya*, 19/01/1977 y *LIAMCO v. Libya*, 12/04/1977.

¹⁸³ *Vers un droit international du développement ?*, *AFDI*, 65.3.

¹⁸⁴ Como lo vamos a demostrar más adelante, la jurisprudencia tiende a ya no tomar en consideración la voluntad de los Estados parte a los tratados sobre inversión como se tendría que hacer en un sistema voluntarista triepelanio, sino a instaurar de alguna manera un nuevo sistema objetivo, existente *per se*, más allá de la voluntad de las partes.

ejemplo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y quienes aplican el derecho internacional para resolver las controversias, lo que nos obliga a preguntarnos cuál es la *Grundlegung* de esos contratos en donde se encuentra el derecho internacional público y el derecho internacional privado.

I – LA DESNACIONALIZACION DEL PROCEDIMIENTO

Se consta que la ampliación de la competencia de los tribunales arbitrales es una tendencia creciente, que se acompaña también por un movimiento a favor de la eliminación de las vías judiciales y administrativas del Estado.

1. AMPLIACION DE LA COMPETENCIA ARBITRAL INTERNACIONAL

Con relación a la teoría general de las jurisdicciones internacionales, se considera como principio el agotamiento de las vías administrativas y judiciales, como por ejemplo en materia de protección diplomática¹⁸⁵ o en los procedimientos internacionales de derechos humanos¹⁸⁶. En materia de inversiones, una primera brecha inició con la Convención de Washington de 1965 estableciendo el mecanismo del CIADI¹⁸⁷, que en efecto prevé lo mismo, pero solamente si el

¹⁸⁵ *The Finnish Ships Arbitration Award*, 09/05/1934.

¹⁸⁶ ECHR, *Nielsen v Denmark*, *Yearbook*, 1959.412: “so long as the remedy is not “obviously futile”.

¹⁸⁷ Broches, *Selected Essays*, Nijhoff Publishers, La Haya, 1995.

Estado parte lo exige expresamente¹⁸⁸. Con el TLCAN, la regla cambia, y eso a favor de la deslocalización. En efecto, el artículo 1121 del Capítulo 11 prevé que el inversionista puede siempre someter su reclamación directamente ante un tribunal arbitral, bajo la condición de renunciar a los procedimientos nacionales:

Así, el Artículo 1121(2)(b) y (3) constituye una regla especial y calificada sobre la relación entre los procedimientos judiciales nacionales e internacionales y se aparta de la regla general del derecho internacional consuetudinario sobre el agotamiento de los recursos internos. Esta sustitución parece tener como objetivo primordial facilitar y agilizar el sometimiento de las reclamaciones al arbitraje del TLCAN, en oposición a la regla general de poner el arbitraje internacional a disposición de los particulares en contra de terceros Estados¹⁸⁹.

En otras palabras, se ve una eliminación rastrera de la jurisdicción nacional¹⁹⁰. Y cuando no es posible eliminarla

¹⁸⁸ Art 26.

¹⁸⁹ *Feldman v. Mexico*, 16/12/02.

¹⁹⁰ Tal no es el caso cuando la violación alegada del tratado se concretizó a través de una decisión judicial de un tribunal inferior. En este caso, el demandante tiene que agotar todos los recursos internos y, en el caso, someter solamente la última decisión final a la apreciación de un tribunal arbitral:

"It would be very strange if a State were to be confronted with liability for a breach of international law committed by its magistrate or low-ranking judicial officer when domestic avenues of appeal are not pursued, let alone exhausted. If Article 1121 were to have that effect, it would encourage resort to NAFTA tribunals rather than resort to the appellate courts and review processes of the host State, an outcome which would seem surprising, having regard to the sophisticated legal systems of the NAFTA Parties. Such an outcome would have the effect of making a State potentially liable for NAFTA violations when domestic appeal or review, if pursued, might have avoided any liability on the part of the State. Further, it is unlikely that the Parties to NAFTA would have wished to encourage recourse to NAFTA arbitration at the expense of domestic appeal or review when, in the general run of cases, domestic appeal or review would offer more wide-ranging review as they are not confined to breaches of international law. Availability is not a standard to be determined or applied

plenamente, los tribunales arbitrales intentan al menos competirla.

En 1990, el Tribunal arbitral en el caso *AAPL v. Sri Lanka*¹⁹¹ juzgó que no es necesario para el inversionista tener una cláusula arbitral en su contrato con el Estado, si éste firmó un tratado sobre inversión extranjera que prevea el arbitraje. La sociedad AAPL de origen hong kongniana, y ubicada en Sri Lanka, sufrió importantes daños por actos de la policía local. Ninguna relación contractual existía entre la empresa y el Estado, y obviamente tampoco un acuerdo arbitral. Sin embargo, AAPL justificó su solicitud de arbitraje ante el CIADI sobre el acuerdo bilateral de protección de las inversiones entre el Reinado Unido y Sri Lanka, acuerdo extendido a Hong Kong en aquella época. El acuerdo contuvo una cláusula compromisoria a favor del CIADI para “*any legal dispute arising between the Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the later in the territory of the former*”, constituyendo así la base legal de la acción¹⁹². La problemática conocida como el arbitraje “*without privity*”,

in the abstract. It means reasonably available to the complainant in the light of its situation, including its financial and economic circumstances as a foreign investor, as they are affected by any conditions relating to the exercise of any local remedy. If a State attaches conditions to a right of appeal which render exercise of the right impractical, the exercise of the right is neither available nor effective nor adequate. Likewise, if a State burdens the exercise of the right directly or indirectly so as to expose the complainant to severe financial consequences, it may well be that the State has by its own actions disabled the complainant from affording the State the opportunity of redressing the matter of complaint. The scope of the need to exhaust local remedies must be considered in the light of these considerations (Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States (Final Award) (ARB[AF]/98/3) (26/06/2003).

¹⁹¹ 27/06/1990, *Clunet*, 1992.216, Gaillard.

¹⁹² Rambaud, *Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger (AAPL c/ Sri Lanka)*, *AFDI*, 1992.501.

según la expresión de Jan Paulsson¹⁹³, es todavía objeto de debates doctrinales¹⁹⁴, a saber si se trata de un arbitraje forzoso o no, en la medida que el Estado se obliga a someter cualquier controversia al arbitraje, sin tener la posibilidad de dar un consentimiento en ausencia de una relación contractual entre él y la parte inversionista¹⁹⁵. En nuestra opinión, el arbitraje *without privity* no deroga a la regla del consentimiento, salvo que el objeto de dicho consentimiento sea más amplio que en la hipótesis de una cláusula compromisoria contractual. Sin embargo, es necesario preguntarse si en el caso del CIADI, tal fue realmente la voluntad de las partes. Parece que la respuesta tiene que ser negativa. En efecto, a crear los *travaux préparatoires*, y especialmente la declaración del delegado de los Países Bajos, el término “jurisdicción del Centro” en el ante-proyecto fue cambiado por “competencia del Centro”, justamente porque “la idea de jurisdicción no refleja la verdadera naturaleza del CIADI en la medida en que éste no tiene “jurisdicción” propiamente hablando sobre los Estados, contentándose de poner a su disposición medios que podrán utilizar o no, en todo soberanía, quiere decir expresando su consentimiento al arbitraje”¹⁹⁶. El laudo *APPL* ¿realmente correspondió a la

¹⁹³ *ICSID Rev*, 1995.232.

¹⁹⁴ Burdeau, Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats, *R.arb.*, 1995.3, 13 ; Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, #238 sobre la polémica del Tribunal irano-americano ; Stern, Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international, *R.arb.*, 2000.403.

¹⁹⁵ Así por ejemplo, un tratado bilateral previendo un arbitraje CCI prevalece sobre el contrato entre dos empresas originarias de los dos Estados parte al tratado y que había previsto otro mecanismo de solución de controversias: laudo 9119/AC, 29/5/97; nulificado por: Paris, *Tarom*, 01/06/1999, *R.arb.*, 2000.493 y 403, Stern (*en favorem*); *Clunet*, 2000.370, Loquin (*en contra*).

¹⁹⁶ Stern, Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?, *Mélanges Kahn*, Litec, Paris, 2000.223, 242.

legítima expectativa del Estado?; o ¿se debe considerar que la decisión fue *ultra petita* véase también *ultra vires*? Y ¿que pensar del laudo *Maffezini*¹⁹⁷?, en donde los árbitros consideraron que la Cláusula de la Nación más Favorecida permite al demandante aprovechar de una cláusula a favor del CIADI, contenida en otro tratado bilateral sobre inversión extranjera – tratado concluyó con un Estado tercero. Y los árbitros aun no han terminado con sus creaciones pretorianas.

En otro laudo se decidió que la noción de control, piedra angular de la competencia del CIADI para pronunciarse sobre asuntos de inversión extranjera, no es una noción objetiva, sino pertenece como tal a la voluntad subjetiva de las partes. En efecto, en la decisión *Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela*¹⁹⁸, el tribunal arbitral, presidido por la Profesora Kaufmann-Kohler, enunció que el requisito del artículo 25 de la Convención de Washington previendo que en presencia de una filial local se debe demostrar que ésta se encuentra bajo un control extranjero, puede ser definido por las partes en sí mismas, a condición de no ser desrazonable – una afirmación que nos parece bien ¡subjetiva¹⁹⁹!

En este sentido, preferimos la posición conservadora expresada en el laudo final en el asunto *Loewen*, en donde el tribunal insistió en que la diversidad de nacionalidad tiene que ser continuo desde el *dies a quo* hasta el *dies ad quem*, porque se trata de una regla consuetudinaria, rechazando así el argumento del inversionista que un cambio de nacionalidad durante el procedimiento no tendría efectos en relación con el artículo 1117 del TLCAN²⁰⁰:

¹⁹⁷ CIADI, laudo sobre competencia, 25/01/2000, *ICSID Rev.*, 2001.212.

¹⁹⁸ *ICSID Rev.*, 2001.465.

¹⁹⁹ Aunque se debe precisar que el tribunal se basó sobre la doctrina la más autorizada, a saber las obras de Aron Broches, C.E. Amerasinghe y Christoph Scheuer.

²⁰⁰ Laudo sobre el fondo, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, 26/06/2003.

If NAFTA could be used to assert the rights of an American investor in the instant case, it would in effect create a collateral appeal from the decision of the Mississippi courts, by definition a unit of the United States government. As was pointed out earlier, the object of NAFTA is to protect outsiders who do not have access to the political or other avenues by which to seek relief from nefarious practices of governmental units.

Sin embargo, el mismo TLCAN fue más allá que la Convención de Washington, previendo que “inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que *pretenda realizar* (subrayado por nosotros), realiza o ha realizado una inversión”²⁰¹; en otras palabras, el tribunal arbitral tiene también competencia *rationa personae* para inversionistas potenciales, eliminando así *potencialmente* también el poder de negociación del Estado. Si en el caso *Mihaly c. Sri Lanka*²⁰², los árbitros del CIADI consideraron que los costos pre-contractuales para negociar un contrato de inversión no caen bajo el supuesto de inversión de la Convención de Washington, suponemos que la misma hipótesis tendrá la solución contraria en el marco del TLCAN en la luz de la noción de inversionista potencial. Se puede también citar en este sentido el caso *Ethyl*²⁰³, en donde los árbitros afirmaron su competencia, dictando también una “medida” en el marco del Capítulo 11 una leyaun no puesta en vigor! En el mismo sentido se puede mencionar la muy comentada decisión de Lalive, Bedjaoui y Leoro Franco en el asunto de la *Fundación Allende*²⁰⁴ sobre las medidas cautelares, otorgando la competencia de ordenar medidas provisionales sobre el sólo fundamento de la jurisdicción *prima facie*. Entendemos la idea: prevenir el mal antes de que se realice, pero es a

²⁰¹ Art. 1139.

²⁰² *ICSID Rev.*, 2002.140.

²⁰³ Laudo final, 24/06/1998.

²⁰⁴ CIADI, *Victor Rey Casado y Fundación Allende v. Chile*, ARB/98/2, 25/09/2001.

preguntarse si no hay ahí una reducción sustancial del campo de acción del Estado. Por una ironía de la historia, hoy ya no se trata de proteger la parte débil que sea el inversionista contra el Estado soberano; ¡es este último que aparentemente tiene que ser calificado como parte débil en frente del inversionista!

1. ¿LA ELIMINACION DE LOS RECURSOS INTERNOS?

En el asunto *Waste Management*²⁰⁵, el tribunal, compuesto por Cremades, Highet y Siqueiros, interpretó de manera restrictiva el artículo 1121b), que prevé que el inversionista renuncie a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial, de manera restrictiva. En efecto, los árbitros consideraron que en tal caso, las reclamaciones ante las autoridades nacionales tuvieron el mismo objeto que los presentados ante el Tribunal Arbitral. Consecuentemente, en aplicación del artículo 1121b), el demandante tiene que renunciar a sus acciones nacionales antes de iniciar un procedimiento en el marco del Capítulo 11. La decisión fue vigorosamente criticada por el árbitro Highet en su opinión disidente, en donde insistió que no importa que el objeto de las reclamaciones sea idéntico, tanto que la base de la acción es distinta. En otras palabras, sería posible tener un procedimiento nacional para la violación del contrato entre el inversionista y el Estado y un procedimiento internacional para las violaciones del Tratado.

Y tal es la solución consagrada en la decisión del Comité de revisión en el asunto *Vivendi*²⁰⁶. Sus miembros Fortier, Crawford y Fernández Rozas decidieron que se debe distinguir entre la violación del contrato de inversiones,

²⁰⁵ 02/06/2000, *ICSID Rev.*, 2000.214.

²⁰⁶ CIADI, 03/07/2002.

susceptible en el caso de ser juzgado ante el tribunal designado por las partes – el tribunal administrativo de la provincia de Tucumán – y la violación del tratado sobre inversión que tendrá ser juzgado por el tribunal designado en el tratado – el CIADI. Todo como Hightet, el Comité parte del principio de que se trata en realidad de dos acciones distintas y aprobamos el razonamiento²⁰⁷. Sin embargo, queda un problema político. El Estado podrá ser condenado dos veces por lo mismo. Como lo nota el profesor Gaillard:

*Les mêmes montants peuvent être, en théorie au moins, réclamés à un titre ou à un autre, le principe de réparation adéquate gouvernant aussi bien la responsabilité contractuelle de droit privé que la responsabilité internationale de l'Etat*²⁰⁸.

Y justamente ese es el problema. ¿Cómo convencer al Estado de pagar dos veces, aunque conceptualmente eso puede justificarse? El riesgo es de matar la gallina en el huevo y empujar a los Estados a salirse de los procedimientos arbitrales; situación que sería catastrófica para los inversionistas. Y ya pasó... con la salida del CIADI de Bolivia, Ecuador y Venezuela. La solución que tendrá que preconizarse es justamente la del TLCAN y la opinión mayorista del *Waste Management* Tribunal: las partes tienen opción; les corresponde a ellos elegir una vía, eliminando la otra de manera definitiva²⁰⁹. Sin embargo, no cabe duda que en el derecho positivo, las dos vías se quedan abiertas.

²⁰⁷ Véase también: CIADI, Laudo sobre competencia, *Lanco c. Argentina*, 08/12/1998, *ILM*, 2001.457; CIADI, Laudo sobre competencia, *Salini c. Morocco*, 23/07/2001, *Clunet*, 2002.196, Gaillard; Gaillard, L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements, *R.arb.*, 2003.853.

²⁰⁸ Obs. bajo Vivendi, *Clunet*, 2003.230, 235.

²⁰⁹ Para una perfecta ilustración de la discusión, ver el laudo de Jan Paulsson en el caso ICSID Case No. ARB/07/21, *Pantechniki vs Albania*, 30/07/2009.

Ahora bien, en la luz de la decisión *Loewen* precitada, uno tiene que interrogarse si la mejor estrategia no consiste en iniciar en primer lugar un procedimiento nacional y después recurrir a una forma de “apelación” ante un panel del TLC. En el caso, el inversionista inició en una primera etapa un procedimiento ante los tribunales estatales para la violación substancial del contrato entre el inversionista y el Estado. Sin embargo, aquellos se pronunciaron en su contra. Bien aconsejado, Loewen inició un procedimiento sobre el Capítulo 11 del TLCAN argumentando que la decisión judicial constituye una medida en el sentido del tratado y así puede ser constitutivo de una violación de esta normatividad. Es verdad que técnicamente, no se trata de un recurso de apelación, como lo subrayó el Tribunal²¹⁰, el objeto siendo la violación del tratado y no la violación de las obligaciones contractuales entre el inversionista y el Estado. El artículo 1105 prevé que “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. A los árbitros de subrayar:

It is not in dispute between the parties that customary international law is concerned with denials of justice in litigation between private parties. Indeed, Respondent's expert, Professor Greenwood QC, acknowledges that customary international law imposes on States an obligation "to maintain and make available to aliens, a fair and effective system of justice" (Second Opinion, para. 79). International law does, however, attach special importance to discriminatory violations of municipal law (Harvard Law School, Research in International Law, Draft Convention on the Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Persons or Property of Foreigners ("1929 Draft Convention") 23 American Journal of International Law 133, 174 (Special Supp. 1929) ("a judgment [which] is manifestly unjust, especially if it has been inspired by ill-will towards foreigners as such or as citizens of a particular states");

²¹⁰ # 134 del laudo.

Teoría general de Derecho internacional

Adede, A Fresh Look at the Meaning of Denial of Justice under International Law, XIV Can YB International Law 91 (“a ... decision which is clearly at variance with the law and discriminatory cannot be allowed to establish legal obligations for the alien litigant”). A decision which is in breach of municipal law and is discriminatory against the foreign litigant amounts to manifest injustice according to international law,

para concluir que

in the present case, the trial court permitted the jury to be influenced by persistent appeals to local favoritism as against a foreign litigant.

No nos pertenece *in casu* pronunciarnos sobre la apreciación de los árbitros sobre los hechos, y consecuentemente partimos del principio que realmente se trataba de una decisión judicial discriminatoria. Sin embargo, si tal es la realidad, el postulado en sí mismo nos parece peligroso porque tiende a sostener que todavía hay sistemas judiciales “corruptos” y nacionalistas. Es cierto que *de facto* la afirmación se verifica; pero de ahí a consagrar tal *distinguo* nos parece un paso de regreso. Tenemos realmente que continuar a hablar de naciones “civilizadas” como lo hace el estatuto de la Corte Internacional de Justicia, implicando que hay naciones “no-civilizadas”? Especialmente cuando *in casu* la el tribunal “corrupto” no es un tribunal “tercermundista” sino uno estadounidense?

En el presente caso, el tribunal arbitral al final desecha la demanda del inversionista por un problema de nacionalidad y añade al final del laudo la siguiente declaración:

The natural instinct, when someone observes a miscarriage of justice, is to step in and try to put it right, but the interests of the international investing community demand that we must observe the principles which we have been appointed to apply, and stay our hands”.

Pero ¿tal no hubiera tenido que ser el argumento con respecto a la parecida “apelación”? La igualdad soberana de la Carta de las Naciones Unidas no implica una tal justificación por sí misma?

Todo lo mencionado anteriormente podría dar razón al Profesor Virally, cuando afirmó en el Congreso de la Sociedad francesa para el derecho internacional en Lyon en 1987, que no obstante el lenguaje de la Convención, el CIADI en realidad no es nada más que una verdadera jurisdicción internacional para los asuntos de inversión extranjera, porque muchas veces los árbitros se sienten como verdaderos jueces. Sin embargo, insistimos que no es el caso. ¡Son prestadores de servicio a sueldo de las partes y no jueces guardianes de la legalidad internacional²¹¹!

El Estado tiene así, menos y menos la oportunidad de defender su causa en sus tribunales; pero además, ve sustituir las reglas de su derecho interno por normas internacionales. En otras palabras, hay también una deslocalización sustantiva.

²¹¹ *Contra*: Derains, Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, *Clunet*, 93.829, 846 : “L’arbitre a des devoirs vis-à-vis des parties pour le compte desquelles il remplit sa mission, mais il en a aussi vis-à-vis de la communauté du commerce international, la Societas Mercatorum...” ; Lando, Conflicts of Law Rules for Arbitrators, *Festschrift fuer K. Zweigert*, 81.157, 172 : “ The arbitrator will have to consider not only the interests of the parties but also those of international commercial arbitration considered as an institution”.

II – LA DESNACIONALIZACION SUSTANTIVA

Por deslocalización sustancial se entiende que la controversia entre el inversionista y el Estado de recepción ya no serán juzgados en relación del derecho nacional, sino sobre la base del derecho internacional. Sin embargo, este último término provoca muchas interrogantes para saber si se trata de las fuentes del artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia o solamente del derecho internacional consuetudinario.

1. UNA DESNACIONALIZACION A FAVOR DEL DERECHO INTERNACIONAL...

La Convención de Washington prevé la aplicación del derecho nacional del Estado de recepción, salvo pacto contrario. No obstante, la Convención dispone también la aplicación de los “principios internacionales en la materia”. ¿Principios de complementariedad, o principios a función de una norma suprema? Si unas decisiones fueren en el sentido de la primera hipótesis, al ejemplo de la jurisprudencia *Kloeckner*²¹², otros laudos fueron más allá. Los árbitros desde la jurisprudencia *LETCO v. Liberia*²¹³ someten regularmente la *lex causae* al derecho internacional. No se trata de llenar las *lacunae* legislativas²¹⁴, como la expresó el tribunal arbitral en el asunto

²¹² Decisión de anulación, 03/05/1985, *Clunet*, 87.163, Gaillard.

²¹³ 31/03/1986, *Clunet*, 1988.166, Gaillard. A señalar que de cierta manera la decisión de anulación en el caso *Kloeckner* ya anunció que el derecho internacional podría servir como estándar correctivo.

²¹⁴ Cada regla jurídica puede ser escrita ya sea bajo la forma “Si tal evento se produce, tal consecuencia jurídica resulta”, o bajo la forma “si tal evento se produce, tal consecuencia jurídica no resulta”. La primera proposición de la frase se llama la hipótesis o el presupuesto; la segunda el efecto o la consecuencia jurídica. Si ninguna fuente del derecho no ha expresamente formulado una regla con tal consecuencia jurídica por tal tipo de efecto, se resuelve del silencio una regla implícita según cual este tipo de

de las *Pirámides*²¹⁵, sino verificar si la ley nacional no contraviene al *jus gentium*. Tal fue la posición en el caso *AMCO* del comité *ad hoc* de revisión²¹⁶ y del segundo Tribunal Arbitral presidido por Rosalyn Higgins²¹⁷.

Con la decisión *Wena* del comité de revisión²¹⁸, una nueva etapa fue iniciada. En ausencia de un *electum juri*, los árbitros que tienen que aplicar la ley nacional del Estado de recepción,

hechos no tiene consecuencias. Imaginamos que ninguna fuente de derecho (ni la ley, ni la jurisprudencia, ni la costumbre) dice que la presencia en el hogar familiar de un niño legítimo tiene por consecuencia la nulidad de una adopción, un juez, ante el cual el demandante invoca esta nulidad, concluyera que el Estado acepta la presencia de un niño adoptado de lado de un niño legítimo – existe así una regla implícita, una regla de independencia, según la expresión de Pierre Mayer. Sin embargo, es posible también que el juez considerará la adopción como nula creando así una nueva regla explícita. Claro que es posible de objetar que la regla de independencia (la adopción es válida) es una regla implícita hecha por el legislador y que no es posible para un juez de cambiarla según el principio de la sumisión de la jurisprudencia a la ley. Pero se olvida que si ninguna fuente de derecho pone una regla explícita, no quiere decir que es la ley en el sentido la que puso una regla implícita. En realidad, es el legislador *latu sensu* quien puso la regla implícita y así un juez puede cambiarla sin poner en peligro la autoridad de la ley *stricto sensu*. Más allá de esta discusión abstracta, debemos ver la cuestión bajo el ángulo concreto: un árbitro es designado a resolver una disputa portando sobre una cuestión A según el derecho B. Pero, no encuentra en el derecho B ni una ley, ni una jurisprudencia, ni una costumbre sobre la cuestión A. Que hacer? Decir que el derecho B es lagunoso y recorrer a otro derecho como la hizo Lord Asquith of Bishopstone en el diferente *Petroleum Development contre el Cheik d'Abu Dhabi* (28/08/1951, *ICLQ*, 52.247)? O, ¿hacer como haría el juez del Estado B? ¿Este rechazaría aplicar su derecho con el pretexto que no hay ninguna regla? Obviamente, ¡que no! El encontrará una regla: ya sea una regla explícita (tal no es el caso) o una regla implícita como una regla de independencia o por interpretación de una regla explícita (analogía, *a contrario*, etc.). Es por eso que ningún orden jurídico es lacunario y que la justificación de la intervención del derecho internacional en esta hipótesis es ¡más que discutible!

²¹⁵ *SPP c. Egiptia*, 10/05/1992, *Clunet*, 94.229, Gaillard.

²¹⁶ 20/11/1984, *Clunet*, 1987.145, Gaillard.

²¹⁷ 31/05/1990, *Clunet*, 1991.173, Gaillard.

²¹⁸ 05/02/2002, *ILM*, 2002.933.

Teoría general de Derecho internacional

ya no van a utilizar el derecho internacional en su función de corrección – llenar *lacuna* o resolver contradicciones entre la ley nacional y el *jus gentium*²¹⁹ – sino como una fuente autónoma. En efecto, se decidió que es permitido aplicar el derecho internacional en conjunto con el derecho local o “aplicar el derecho internacional de manera autónoma cuando la regla apropiada es parte de su campo de aplicación”. Lo que tiene por consecuencia que en materia de BITs, el Derecho aplicable es siempre el Derecho internacional, como lo sostiene el Comité de anulación del CIADI en el asunto *Azurix*:

Resulta claro para el Comité que, a los efectos de la determinación del contenido del estándar de “trato justo y equitativo”, el Tribunal aplicó los términos del mismo TBI, así como principios de derecho internacional aplicables, inclusive el derecho internacional de los tratados. No se sugirió que el contenido del estándar estuviera definido por el derecho interno o que la determinación de la violación del estándar dependiera de la determinación del incumplimiento de obligaciones en virtud del derecho interno²²⁰.

Esta verificación normativa interviene también en presencia de una elección de ley aplicable, restringiendo así de manera sustancial la voluntad de las partes; no obstante se puede pensar que las partes en litigio tienen la posibilidad de precisar en su *electum juri* la posibilidad de prever de manera expresa la exclusión del derecho internacional.

²¹⁹ Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold, *ICSID Rev.*, 2000.362.

²²⁰ *Azurix Corp. c. Argentina*, ARB/01/12, 01/09/2009.

Teoría general de Derecho internacional

Con el TLCAN, la regla indirecta se vuelve directa. En efecto, el artículo 1131 del Capítulo 11 prevé que la controversia se resolverá según las reglas del Tratado y del Derecho internacional eliminando así la ley nacional.

Y cuando no es posible eliminar plenamente la ley nacional, los tribunales arbitrales intentan sustituirla por el derecho internacional. En el caso *Pope*²²¹, Canadá rechazó en el marco de un arbitraje del Capítulo 11 del TLCAN, presentar ciertos documentos, basándose sobre su legislación nacional que dispone que el Estado tenga el derecho de no divulgar información si el Estado opina que por razones de seguridad tal tiene que ser el caso. El argumento fue denegado por el Tribunal Arbitral en base a que pertenece al Tribunal y no al Estado parte, decidir qué tiene que ser considerado como confidencial; eso a la luz del principio de la igualdad de las partes.

Con respecto al caso *Azinian c. México*²²², Paulsson, Civiletti y Von Wobeser confirmaron que un tribunal arbitral no está obligado a seguir una decisión de un tribunal nacional, como lo había ya decidido el tribunal arbitral en el caso *AMCO*²²³. El Estado no puede escapar a su responsabilidad internacional por el argumento que sus tribunales se pronunciaron en su favor. El “Juez del Tratado” elimina al “Juez del Contrato”. El derecho internacional vence al derecho nacional.

Y esta deslocalización sustancial no termina de acentuarse. Un mecanismo parecido al del TLCAN se encuentra también en otros textos contemporáneos: la Convención de Montego Bay y su anexo VI, la Carta sobre la Energía de 1994, y el Protocolo de Colonia en el marco del MERCOSUR. Sin

²²¹ Orden procedural #11, 06/09/2000.

²²² 39 *ILM* 537 (2000).

²²³ 20/11/1984, *ICSID Reports*, 1984.413.

embargo, queda abierta la cuestión de la definición del término “derecho internacional”.

2. ¿PERO A FAVOR DE CUÁL DERECHO INTERNACIONAL?

Por los tratados, el Estado asume la deslocalización sustancial a favor del derecho internacional, aunque uno debe interrogarse ¿de “cuál” derecho internacional se trata? Así en el marco del TLCAN ¿la expresión se refiere únicamente a la costumbre internacional o a las fuentes del artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia?

Con fecha del 31 de julio de 2001 la Comisión del TLC emitió una nota interpretativa sobre el artículo 1105 estableciendo que se entiende por “trato acorde con el derecho internacional” “derecho internacional consuetudinario”. Según el artículo 1131(2) la interpretación es autoritativa y se impone a los tribunales arbitrales. Sin embargo, el Tribunal en el caso *Pope*, primero al haber tenido que aplicar la nota interpretativa, se sintió obligado a criticarla, calificándola de enmienda escondida al tratado y reservarse el derecho de aplicarla únicamente si tal - para retomar una expresión real - es el “*bon vouloir*” del Tribunal:

[...] Canada took the further point that it was not within the powers of an arbitral tribunal under Chapter Eleven to challenge that which was issued by the Commission as an interpretation of a provision of the NAFTA. [...]

The Tribunal finds the latter argument unpersuasive²²⁴. Article 1131(1) requires an arbitral tribunal under Chapter 11 to decide the issues in dispute in accordance with NAFTA and applicable rules of international law. If a question is raised whether, in issuing an interpretation, the Commission has acted in accordance with Article 2001, an arbitral tribunal has a duty to

²²⁴ Subrayado por nosotros.

Teoría general de Derecho internacional

consider and decide that question and not simply to accept that whatever the Commission has stated" (sic)²²⁵.

Sir Jennings, emitiendo sus propias opiniones²²⁶, llevándonos a interrogarnos si pertenece a un árbitro, fuera uno con un prestigio indiscutible, poner en duda la pertinencia o no de las decisiones de la Comisión²²⁷; porque a final de cuentas no son “*ni des dieux ni des héros*”, según la expresión del profesor Rigaux²²⁸. En realidad, la pregunta fundamental reenvía a la cuestión de la existencia de un orden jurídico transnacional²²⁹. Si uno considera que este orden existe, es lógico considerar que los árbitros son de una cierta manera “jueces”, a quienes incumbe interpretar y defender los principios de este orden²³⁰. La otra posición consiste a considerar que la *lex mercatoria* es un método y no un orden jurídico:

La idea hoy en día no es la oposición entre ordenes jurídicas estatales y un hipotético orden jurídico transnacional, sino el de un recurso global a un conjunto de derechos nacionales... En otros términos, el postulado de la inadecuación de los derechos nacionales da lugar a la preocupación, más legítima, de fundar la solución de algunos asuntos sobre un conjunto de derechos en lugar de uno único en donde las soluciones originales podrían decepcionar la espera legítima de las partes²³¹.

²²⁵ Award in respect to damages, 31/05/2002.

²²⁶ Véase la segunda opinión mandada por fax en fecha de 10/09/2001, www.naftalaw.com.

²²⁷ A leer en este contexto: Jean-Denis Bredin, A la recherche de *l'aequitas mercatoria*, *Mélanges Loussouarn*, Dalloz, 1994.109.

²²⁸ Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale, *Rc*, 1978.435.

²²⁹ Para la existencia o inexistencia de dicho orden jurídico: Graham, *El derecho internacional privado del comercio electrónico*, Themis, México, 2003, #133 sq.

²³⁰ Véase por ejemplo: Kamto, La notion de contrat d'Etat: une contribution au débat, *R.arb.*, 2003.719, 749.

²³¹ Gaillard, Trente ans de *lex mercatoria*, *Clunet*, 1995.5, 8. Para un resumen del debate alrededor de la *lex mercatoria*: Graham, *El derecho internacional privado...*, *op.cit.*, #133 sq.

Si se comparte tal punto de vista, el árbitro no puede ser más que un prestador de servicio²³² – y no ¡un juez²³³! Como lo notó la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en su famosa decisión *El Aguila*²³⁴, el árbitro “no es un funcionario del Estado, no tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley”. Contraparte contractual de las partes en litigio, él tiene que cumplir con el objeto de su contrato, saber resolver una controversia y pronunciarse sobre las pretensiones de las partes; y solamente sobre esas. Como lo subrayó el Tribunal en el caso *Técnicas*: “Un tribunal arbitral no puede decidir ni más ni menos que lo necesario para dirimir las controversias que le son sometidas”²³⁵. En otras palabras, el *omnia petita* es la *ratio legis* de la misión del árbitro, y no le da la posibilidad de caer en la interpretación teleológica que puede cambiar fundamentadamente la ergonomía de un sistema convencional como lo hemos visto con el caso *Van Gend en Loos*²³⁶ en las entonces Comunidades Económicas Europeas. Y eso es también confirmado por la *Convención de Viena de 1968 sobre el derecho de los tratados internacionales* que destaca siempre la importancia de que la interpretación debe ser respetuosa de la voluntad de las partes al tratado²³⁷. Ciertamente, el

²³² Fouchard – Gaillard – Goldman, *op.cit.*, p. 616 y las numerosas referencias a varios autores ingleses, alemanes, italianos, etc...

²³³ La objeción del *amicus curiae* en el caso UPS según cual “*investor-state claims can be seen more analogous to the judicial review applications than a private contract dispute*” no fue aceptado por el tribunal arbitral (Decision on petitions to intervene, *UPS v. Canada*, 17/10/2001). Véase: Stern, L’entrée de la société civile dans l’arbitrage entre Etat et investisseur, *R.arb.*, 2002.229.

²³⁴ Amparo civil en revisión 4660/31, *Compañía Mexicana de Petróleo “El Aguila”, S.A.*, 26/05/1933.

²³⁵ CIADI, *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. México*, ARB (AF)/00/2, 29/05/2003.

²³⁶ 05/02/1963, aff. 26/62, Rec., 1.

²³⁷ Para el contexto de la OMC, véase: Canal-Forgues, Sur l’interprétation dans le droit de l’OMC, *RGDIP*, 2001.5.

artículo 31 fracción 1 podría ser interpretado (*sic*) de manera que permita la teleología, porque prevé tomar en cuenta el objeto y fin del tratado a interpretar. Sin embargo, además de la exigencia de la buena fe prevista en la misma disposición, la fracción 2 insiste continuamente sobre la necesidad del consentimiento de las partes al tratado. Así por ejemplo, se admite que el interpretador puede tomar en cuenta la práctica subsecuente de los Estados parte, pero solamente si se “consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”,²³⁸. Parece que aquí también hay un revés del paradigma. Si hasta ahora, las cláusulas de intangibilidad y de estabilidad²³⁹ tuvieron por objeto proteger al inversionista contra el *fait du prince*, parece que a la fecha es el Estado quien debe prever este tipo de disposiciones en sus tratados sobre inversión extranjera.

Como lo hemos mencionado, en el caso *Técnicas*, el tribunal arbitral puso el acento sobre el *omnia petita* para inmediatamente contradecirse y hacer obra de doctrina. *In casu*, la disputa se refirió a un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, en donde no se define el término “expropiación”, ni se establece cuáles serían las medidas, acciones o conductas que serían equivalentes a una expropiación o tendrían características similares a ésta. Para cubrir estas lagunas, el tribunal da su propia definición:

Si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre

²³⁸ Al respecto, ver la posición de los Estados Unidos en los casos *Methanex* y *Pope*.

²³⁹ Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *Mélanges Rousseau*, Paris, p. 301 ; Graham, *Grundlegung y lex contractus* en los contratos estatales, *RLMA*, 2001.18.

Teoría general de Derecho internacional

situaciones que constituyen una expropiación *de facto*, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado,

inspirándose del laudo Metalclad:

Thus, expropriation [...] includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favor of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.

Sin embargo, el problema es que el laudo *Metalclad* fue emitido en el marco del TLCAN, que contiene una definición de la expropiación, a saber el artículo 1110 que prevé:

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea [...].

En otras palabras, los árbitros han construido una definición general a partir de un sólo caso que se desarrolló en un marco convencional especial, en lugar de verificar cuál es la definición en el derecho internacional general²⁴⁰. Ciertamente, el tribunal *prima facie* no dice nada más, porque subraya que:

²⁴⁰ Véase también: *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, 14/07/2006; *ADC vs Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, 2/10/2006.

Teoría general de Derecho internacional

al tribunal de continuar a decir que la definición tiene que verse a la luz del derecho internacional (Título VI.1 del Apéndice del Acuerdo), que el Tribunal Arbitral estima que deben ser ubicadas, al entender en dichas controversias y para decidir las, recurriendo a las fuentes contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia [...]”. “En este orden de ideas, 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 forma tal que « ...toda manera de explotarlos... » ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido.

Y para sostener su argumentación, al tribunal de referirse a una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos²⁴¹! En efecto, nos parece que se trata aquí realmente de una construcción *ultra petita*. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, como la jurisprudencia en el marco del TLCAN, se inscribe en un sistema convencional particular y no refleja el derecho internacional general²⁴². Una aceptación contraria implicaría que países latinoamericanos parten a un tratado refiriéndose al derecho internacional también tendrían que contar con la aplicación de la jurisprudencia por ejemplo de la Corte Africana de Derechos Humanos. Cuando México firmó el acuerdo con España y aceptó la referencia al derecho internacional, ¿realmente previó ver un día la aplicación de la jurisprudencia de la Corte europea, de la cual además no es parte? No lo pensamos. *In casu*, los árbitros hubieran podido referirse por ejemplo a la definición del artículo 10.7 del *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for*

²⁴¹ *Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*, 16/09/1996.

²⁴² Ver también: *Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/02/1, 17/07/2006.

*Injuries to Aliens*²⁴³ o el caso *Starret Housing Corporation v. Iran* ante el *Iran-US Claims Tribunal*²⁴⁴ que estableció que:

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.

No se trata de saber si tal o cual definición es mejor, sino de destacar el origen de ésta. Como lo ha mencionado una de las más autoritarias doctrinas, la misión principal del árbitro es tomar en cuenta la legítima expectativa de la partes, especialmente en materia de la *lex causae*²⁴⁵ y que no sean, para regresar a nuestro tema, sorprendidas por definiciones fuera del derecho internacional general! Así en el caso *Feldman*, el Tribunal arbitral consideró pertinente referirse al *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States*, para definir la “expropiación progresiva”. Pero insistimos; la ley aplicable es el TLC y el derecho internacional, y no el derecho comparado. En este caso, porque la definición del *Restatement*, y no la doctrina mexicana? Por eso se merece aprobar el razonamiento de Mason, Fortier y Mikva en el asunto *Loewen*²⁴⁶ en donde los árbitros para constar que una decisión judicial puede ser una “medida” en el sentido del Capítulo 11 se han referido a los trabajos de la Comisión de derecho internacional, que justamente tiene por misión de codificar el derecho consuetudinario.

Un ejemplo parecido de construcción doctrinal se encuentra también en el marco del TLCAN y precisamente en el muy

²⁴³ *AJIL*, 1961.548.

²⁴⁴ Laudo parcial, 4 *Iran-US CTR*, 122.

²⁴⁵ Gaillard, *Trente ans de lex mercatoria*, *Clunet*, 1995.5, 8.

²⁴⁶ Laudo sobre la competencia, 09/01/2001.

debatido laudo *Metalclad*²⁴⁷ y la decisión de anulación parcial del Juez Tysoe²⁴⁸. Recordamos que en el caso, Lauterpacht, Civiletti y Siqueiros decidieron condenar a México no solamente por la violación del artículo 1105 sobre las expropiaciones, sino también por la violación de la obligación de transparencia contenida en los artículos 1801 a 1803. Sin embargo, esta última obligación se encuentra en el capítulo 18 del Tratado y no en el capítulo 11 y no es susceptible de ser sancionada vía un procedimiento arbitral. México interpuso un recurso de anulación ante la *Supreme Court of British Columbia* y obtuvo una anulación parcial sobre el fundamento del *ultra petita*. La decisión del juez Tysoe fue muy criticada, en particular se le ha denegado el derecho que un tribunal judicial opere una revisión sobre el fondo. ¿Las críticas son justificadas? No lo creemos; al contrario, pensamos que la decisión del juez fue apropiada, aunque no al gusto de todos aquellos que consideran que la misión del árbitro es de construir el derecho en lugar de solamente decir cual de las partes presentes en el litigio tiene razón.

Sabemos que el artículo 1105 se refiere al derecho internacional y tal cual no permite referirse a otra norma, sea de otro Capítulo del TLCAN como el 18. Y por eso, el Juez Tysoe observa:

On my reading of the Award, the Tribunal did not simply interpret Article 1105 to include a minimum standard of transparency. No authority was cited or evidence introduced to establish that transparency has become part of customary international law.

Y a subrayar que no es aceptable dar al término “derecho internacional” otro sentido que el que es común, condenando así la tentativa de Schwartz en el caso *Meyers*²⁴⁹ de sostener:

²⁴⁷ 30/08/2000.

²⁴⁸ 02/05/2001.

²⁴⁹ 13/11/2000.

Teoría general de Derecho internacional

[The] words “international law” in Article 1105 were not intended to have their routine meaning and should be interpreted in an expansive manner to include norms that have not yet technically passed into customary international law.

Consecuentemente, el juez consta que el tribunal arbitral en *Metalclad* no interpretó el artículo 1105 sino que se equivocó en la ley aplicable y se pronunció sobre la obligación de transparencia que no fue sujeto de las pretensiones de las partes, constituyendo así un *ultra petita*.

La decisión judicial fue muy criticada. Así, uno de los mejores especialistas del arbitraje, el profesor Gaillard reclama a la decisión de haber efectuado una revisión de nuevo:

En réalité, quelle que soit l’appréciation que l’on puisse porter sur le contenu de la notion de « traitement juste et équitable » au sens de l’article 1105 de l’ALENA [TLCAN], pour y inclure ou non l’obligation de ne pas induire en erreur un investisseur en l’autorisant d’un côté à procéder à un investissement et en lui refusant de l’autre le bénéfice de cet investissement, c’est là une question de fond qui devrait échapper au juge de l’annulation²⁵⁰.

Sin embargo, nos parece que en realidad el juez sancionó, a justo título, la aplicación de una ley falsa. En efecto, si las partes en un arbitraje prevén la aplicación de la ley francesa y que el tribunal arbitral aplica en lugar la ley alemana, es obvio que el laudo tiene que ser anulado. ¿La situación no es parecida a la de *Metalclad*? Ciertamente, se podría argumentar que el término “derecho internacional” es sujeto a interpretación; pero no hay lugar a interpretación de incluir una obligación del Capítulo 18 en el Capítulo 11. Que hicieron los árbitros es una construcción teleológica. En verdad, el resultado tal cual merece la aprobación; el único problema es que no fue previsto por el tratado y que consecuentemente, no pertenecía a los árbitros de perfeccionarlo, sino aplicarlo tal cual, sus defectos incluidos.

²⁵⁰ Obs. bajo *Metalclad*, *Clunet*, 2002.189, 193.

El tratado es el resultado de un intercambio de consentimientos sobre un instrumento de previsibilidad y seguridad jurídicas. Como cualquier texto, en presencia de disposiciones oscuras e incompletas, la interpretación se impone. Los tratados en materia de inversión extranjera tienen principalmente por objeto proteger al inversionista contra los actos injustos del Estado de recepción. En caso de violación del tratado, el Estado tiene que ser condenado. Sin embargo, eso no justifica que los árbitros van más allá de su misión para rescribir los tratados e instaurar un control de legalidad internacional en donde en ningún momento tal mecanismo fue previsto. De la misma manera, si debe de protegerse al inversionista contra el *fait du prince*, es importante también proteger al Estado contra la fuerza mayor. Un caso reciente puede en este aspecto ser muy ilustrativo²⁵¹. La compañía estatal indonesia Pertamina concluyó un contrato con KBC, una empresa de las Islas Caimán, para la edificación de una planta eléctrica. Después de la llamada crisis asiática de 1997, el gobierno de Indonesia canceló el proyecto con el fin de restaurar la estabilidad económica del país. El inversionista, basándose sobre una cláusula compromisoria inició un arbitraje bajo los auspicios de la CCI y obtuvo a su favor un laudo de 260 millones de dólares! No es a nosotros de decir si la condena fue justificada o no; lo que es interesante subrayar es la reacción del Estado. Considerándolo injusto, el Estado empezó todo una serie de recursos para obtener la nulidad del laudo²⁵², así como su inejecución. No importa tampoco saber si el Estado está actuando de buena o mala fe; vamos a pensar que es de *bona fide*; ¿cuál fue realmente la opción del gobierno?

²⁵¹ *Karaha Bodas Company v. Perusahaan Pertambangan Minyak*, No. 02-20550 (5th Cir., 2003).

²⁵² Véase *Karaha*, *op.cit.*.

En este sentido, se debe también destacar que las defensas de los Estados no son siempre las más adecuadas. Así por ejemplo, la defensa del Estado federal según el cual no es responsable de la actuación de sus entidades federativas, ya fue tantas veces denegada que uno se pregunta porque los abogados continúan invocándolo. Nos parece en este contexto interesante buscar si en el derecho internacional consuetudinario no hay argumentos más válidos. Así en el asunto *Gabcikovo*²⁵³, nociones como el Estado de necesidad y *rebus sic stantibus* podrían en el caso venir en ayuda, o de manera más simple, la noción de causa del derecho civil²⁵⁴.

III - LA DESNACIONALIZACION DE LA GRUNDLEGUNG DEL STATE CONTRACT

El contrato estatal - el “*State Contract*” según la expresión de F.A. Mann (The Law Governing State Contracts, *BYBIL*, 1944.11) - puede ser definido como un contrato en donde una parte es un Estado soberano (Por la distinción entre contratos que el Estado celebra de *jure gestionis* y los contratos que el Estado celebra *de jure imperii* (que llamamos el “contrato estatal²⁵⁵”) y la otra parte una persona privada con carácter extranjero - persona física o natural. El contrato tiene la

²⁵³ *Hungaria c/ Slovakia*, 25/09/1997.

²⁵⁴ Es así que apenas en el caso *LG&E v. Argentina*, que un tribunal arbitral admitió el estado de necesidad por parte de Argentina en lo que se refiere con las consecuencias de la “quiebra argentina”, véase: Graham & Treviño, La previsibilidad en materia de arbitraje sobre inversión extranjera: criterios jurídicos contradictorios y los casos CMS y LG&E, *RLMA*, 2007.122.

²⁵⁵ Mayer, La neutralisation du pouvoir normatif de l’Etat en matière de contrats d’Etat, *JDI*, 1986.5.

particularidad de que normalmente la ley aplicable es por una parte, quien puede a cada momento cambiarla y así escapar a sus obligaciones. El Estado puede expropiar los derechos contractuales de la empresa, modificar o anular unilateralmente el contrato, o sin tocar directamente al contrato, modificar su fisonomía, prohibiendo la exportación de los beneficios o por ejemplo aumentar algunos impuestos. En otras palabras, no obstante el aspecto internacional, se trata de las nociones *nolens volens* de un contrato “nacional”.

Para evitar lo anterior, la primera solución consiste en prever cláusulas especiales: de intangibilidad y de estabilización²⁵⁶. La primera tiene por objetivo prohibir al Estado usar los poderes exorbitantes que tiene en su derecho nacional; la segunda visa a congelar la legislación del Estado en la fecha del contrato. Sin embargo, esta última no tiene mucha eficacia en la medida en que se trata solamente de la *lex contractus*, pero como vimos, el Estado puede intervenir de manera indirecta a través de otras leyes como en materia fiscal. Es solamente la acumulación de las cláusulas de intangibilidad y de estabilización que podrían en este caso dar una apariencia de seguridad, no obstante si el contrato es sometido al derecho del Estado contratante, pueden ser anuladas por una ley posterior como se hizo en el asunto *Losinger* en 1934. La segunda solución consiste en hacer regir el contrato por la ley de otro Estado; sin embargo podemos comprender que un Estado soberano tiene muchas dificultades para aceptar tal opción. Por eso, en la práctica se quiere que esos contratos sean sometidos a otras reglas que a las del derecho interno del Estado contratante, elegidas por ambas partes y sometidos al arbitraje. Sin embargo, muchas veces, no hay ninguna indicación sobre las reglas aplicables. ¿Cuáles deben entonces regir al contrato? La doctrina propuso varias respuestas.

²⁵⁶ Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques, *Mélange Rousseau*, Paris, p. 301.

Teoría general de Derecho internacional

En primer lugar, algunos autores sostienen que tenemos que considerar estos contratos como sistemas jurídicos auto-suficientes – contratos sin derecho. Sin embargo, gran parte de la doctrina crítica la teoría, porque no es posible encontrar las reglas gobernando el contrato. Otros autores sugieren someter esos contratos a un tercer orden jurídico que sería algo como la *lex mercatoria* – el derecho transnacional²⁵⁷. Sin embargo, en nuestra opinión la *lex mercatoria* no es un orden jurídico, como lo veremos más adelante, sino un método de identificación de reglas y, segundo, parece que para estos autores hay un *lex mercatoria general* para los contratos internacionales y una *lex mercatoria specialis* para los contratos estatales, sin precisar cuál sería la diferencia y el contenido de esa *lex mercatoria specialis*. Obviamente, la idea es buscar principios comunes a todos los contratos estatales y a partir de esos principios deducir reglas.

La tercer corriente defiende la idea de que estos contratos tienen que ser regidos por el derecho internacional público porque se trataría de un derecho “neutral” y “exterior” a las partes; olvidando que el derecho internacional es el derecho de los Estados y seguramente no neutral, ni exterior a una de las partes. Sin embargo, el Instituto de Derecho Internacional adoptó en 1979 en su sesión de Atenas una resolución que prevé la facultad por las partes de adoptar el derecho internacional como derecho aplicable²⁵⁸ y algunos árbitros retomaron este punto de vista, como podemos verlo en las sentencias *Petroleum Dev. v. Scheikh de Abu Dhabi*²⁵⁹,

²⁵⁷ Lalive, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents*, 181 *RCADI*, 1983.9.

²⁵⁸ *Rc* 1980.427.

²⁵⁹ 28/08/1951, *ICLQ*, 1952.247.

*ARAMCO*²⁶⁰, *Texaco-Calasiatic*²⁶¹, *Liamco*²⁶² o *Aminoil v. Kuwait*²⁶³.

Sin embargo, hay una confusión entre la *Grundlegung* y la *lex contractus*. En otras palabras, las partes pueden incorporar en su contrato así bien una ley estatal como un derecho transnacional o el derecho internacional. Sin embargo, la primera cuestión es, como se lo planteó R-J Dupuy en su sentencia *Texaco*; cuál es el orden jurídico que va a dar valor legal al contrato y autoriza el juego de la autonomía de la voluntad permitiendo a las partes elegir las reglas aplicables al mismo. Como lo precisó el tribunal arbitral en el asunto *Aramco* “cualquier contrato no puede existir *in vacuo*, pero debe basarse sobre un derecho”. Las codificaciones modernas como la *Convención de Roma* o la *Convención de México* sobre las obligaciones contractuales prevén como *Grundlegung* la *lex contractus*. La misma regla ¿se aplica a los contratos estatales?

En primer lugar, debemos tener en cuenta que un Estado nunca presume renunciar a su soberanía, como lo dice la *Convención de Washington* de 1965 y el orden jurídico de base del contrato es por consecuencia el presunto derecho interno del Estado contratante, como lo confirmaron la anulación de la sentencia *Klockner v. Camerún*. Es en este derecho por ejemplo, que se debe buscar una regla que permita al Estado y a sus contratantes elegir otro derecho como aplicable al contrato estatal. Esto último puede valer solamente como incorporación, o puede ser en el mismo tiempo la *Grundlegung*, en caso de que la regla de conflicto sea la misma como en la *Convención de Roma* o de México. Si al contrario, hay indicaciones que las partes quisieron

²⁶⁰ 23/08/1958, *Rc*, 1963.272.

²⁶¹ *Texaco-Calasiatic v. Libya*, 19/01/1977, *ILM*, 1978.1.

²⁶² *Liamco v. Libya*, 12/04/1977, *Rc*, 1980.132.

²⁶³ *Aminoil v. Kuwait*, 24/03/1982, 21 *ILM* 976 (1982).

Teoría general de Derecho internacional

sustraer del contrato estatal al derecho nacional del Estado contratante – por ejemplo por una cláusula de estabilización - un derecho estabilizado no puede valer como *Grundlegung*, ya que no es posible establecer un derecho estatal objetivo. El derecho establecido juega entonces como incorporación y no tiene más valor que las otras cláusulas contractuales -, entonces, tenemos que buscar otro sistema de validez.

Varios autores defienden la idea que el orden jurídico de base es el derecho internacional. Autoridades como el profesor Mayer replican que el derecho internacional público no puede ser la *Grundlegung* porque el orden jurídico es concebido exclusivamente para los Estados; las personas no son sujetos. Sin embargo, en nuestra opinión, las personas son sujetos, y precisamente sujetos derivados de la voluntad de los Estados. Consecuentemente, el Estado puede consentir en un contrato estatal tratar al contratante particular como su igual – como un sujeto de derecho internacional porque tal es la voluntad del Estado.

Sin embargo, es un hecho que en el derecho internacional público no hay ninguna regla autorizando las partes a elegir un derecho como *lex contractus*. Suponemos que hay un contrato entre el Estado A y la empresa B sobre inversiones y que las partes eligen como *lex contractus* los *Principios Unidroit*: ¿cómo podemos verificar si tal opción es válida, si el derecho internacional público general – que tendría que ser el orden jurídico de base – no contiene ninguna regla de conflicto consagrando por ejemplo la autonomía de la voluntad? La situación es diferente cuando el contrato se inscribe en el marco de un tratado. Así por ejemplo en el TLCAN se prevé en su artículo 1131 expresamente que los contratos estatales son sumidos a sus principios y a las reglas del derecho internacional, contradiciendo la tesis de que las personas privadas nunca pueden ser sujeto del derecho internacional.

Por nuestra parte, defendemos el punto de vista de que el contrato es su propio sistema de validez, su propia *Grundlegung*. Verdross remarcó en su artículo fundamental que si el principio *ubi societas ibi jus* se verifica, la reciprocidad es verdadera, esto quiere decir partiendo de la norma meta-positiva («*überpositiven Rechtsgrundsatz*») *pacta sunt servanda* una comunidad puede nacer y así formar su propio sistema jurídico auto-suficiente («*selbständige Rechtsordnung*»), como por ejemplo en el caso de los contratos estatales.

Sin embargo, Batiffol criticó este punto de vista, diciendo que al inicio se necesitan reglas de derecho justamente para saber si hay un acuerdo y en qué medida él obliga jurídicamente²⁶⁴. En el mismo sentido, V. Heuzé sostiene en su tesis que « la fuerza obligatoria del contrato no proviene de la promesa, sino del valor atribuido a esta promesa. Este valor depende de una norma exterior que sólo tiene los medios propios para garantizar la ejecución²⁶⁵. En otras palabras, no hay, según esta corriente doctrinal, contratos si no hay una ley para conferirles su validez, como lo decía la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional:

Todo contrato que no es un contrato entre Estados como sujetos del derecho internacional tiene su fundamento en una ley nacional²⁶⁶.

Sin embargo nos parece que no es imposible refutar estas objeciones. En efecto, recordemos que estos autores quienes defienden así el positivismo olvidan que esto propicia una jerarquía de normas en donde cada una tiene su validez como una norma superior. Y al extremo de la pirámide se encuentra una norma ficticia – la famosa *Grundnorm* kelseniana, que no es

²⁶⁴ *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956., #32.

²⁶⁵ *La réglementation française des contrats français*, Paris, 1990, #115 sq.

²⁶⁶ *Emprunts serbes et brésiliens*, série A, #20/21, pp.41-42.

más que un puro postulado teórico para evitar un *regressio in infinitum*. Y Verdross no dice nada más. Es así que él recuerda que cada orden jurídico llamado positivo postula una norma meta-positiva al origen. Pues no es obligatorio considerar que « el intercambio de los consentimientos sea civilmente obligatorio por si mismo» para poder negar que ninguna ley positiva se aplica al contrato; el intercambio es obligatorio en razón de una norma meta-positiva! La *Grundnorm* constituye la base del orden jurídico positivo; el *pacta sunt servanda* es la base del contrato dicho sin derecho. Esto refuta pues el « argumento apodíctico » del profesor Heuzé, según el cual si la voluntad es tan poderosa en un primer estadio al querer ligarse, nada podría impedirle en un segundo estadio a no ser más ligada²⁶⁷. Los positivistas tienen la mala tendencia a olvidar que cada orden jurídico, ya sea internacional o nacional, no nació de un *vacuum* (al menos se considera que los ordenes jurídicos derivan de un derecho natural establecido por un poder superior a los hombres...pero esto es otro debate.), sino a partir de un encuentro de voluntad para someterse a un *corpus juris* (según Hobbes, en el Estado de Naturaleza nadie es *per se* sometido a la autoridad del prójimo y cada uno tiene un derecho sobre todo - *natura dedit omnia omnibus* (*De Cive*, I §10). Sin embargo, el teorema de la razón hace comprender a los individuos que no se debe hacer nada que dañe su vida (*Léviathan*, XIV). De esto se deduce un cálculo pragmático que conduce a los individuos a celebrar entre ellos un convenio previendo que cada persona traspasa su derecho sobre todo para fundar una sociedad civil representada por el Estado (véase: Angoulvent, *Hobbes et la morale politique*, Paris, 1999, n° 2867 ; Derathé, *Rousseau et la science politique de son temps*, 2° éd., Paris, 1995) y consecuentemente por su orden jurídico. Este convenio inicial se basa sobre el *pacta sunt servanda* y la auto-limitación es respetada por una necesidad social. Y así es también en la

²⁶⁷ *Op.cit.*, n° 131.

hipótesis del contrato sin derecho.). Y esta auto-limitación resulta del principio del *pacta sunt servanda*.

El contrato sin derecho constituye así su propia *Grundlegung*. Como *lex contractus*, las partes pueden elegir otro derecho. Si tal no es el caso, el contrato sin derecho constituye también la *lex contractus*. Con respecto a la exigencia de prescripciones precisas, relevada por Batiffol, nada impide a un contrato prever de manera detallada varias hipótesis, mismas que faltan y que son resueltas por vía de interpretación. Por cierto, como subrayaron los profesores Daillier et Pellet, «todas las dificultades no pueden ser previstas», pero ¿podremos decir que el Código Civil por ejemplo ha previsto todas las dificultades susceptibles de presentarse en materia contractual? Seguramente que no! Y es por interpretación de las disposiciones existentes que el juez va a buscar la solución. ¿Por qué no sería lo mismo en el contrato sin derecho? O como lo subraya el profesor Mayer, por cierto “las reglas son útiles, pero cuando de todas manera se debe inventarlas, es indiferente que sea en el nombre de un orden jurídico o de manera autónoma”.

Sin embargo, en la práctica, las cosas se presentan de otra manera. Como lo notó Pierre Mayer, el árbitro no necesita preguntarse de donde las partes tienen el derecho de elegir las reglas aplicables – en otras palabras no tiene que buscar la *Grundlegung*. Es suficiente de constatar que ellos eligieron un derecho, y él en ausencia de un forum, tiene el poder de la voluntad de las partes y debe aplicar las reglas que ellos le piden aplicar. La jurisdicción del contrato será realizada en el momento de la ejecución del laudo. Y para el juez estatal, la *Grundlegung* del contrato es siempre su *lex fori* a través de la regla de conflicto que autoriza las partes a utilizar el principio de la autonomía de la voluntad.

Teoría general de Derecho internacional

Como podemos ver, es posible desnacionalizar un contrato en cual no obstante una de las partes es “soberana” y que naturalmente tendría que aplicar su propio derecho para un contrato de “derecho internacional”.

Si no hay lugar a dudar de la desnacionalización del Derecho internacional, se queda el planteamiento de la ubicación de los tres derechos (Derecho internacional público, Derecho internacional privado, Derecho internacional de las inversiones); los tres pueden tanto presentarse ante los tribunales nacionales, los tribunales internacionales y los tribunales arbitrales. Ahora bien, al contrario de los dos primeros, los tribunales arbitrales tienen tendencia a querer ubicarse (junto con la controversia) a fuera de la fuerza gravitacional del Estado – en el famoso tercer orden jurídico. Su existencia, como lo vimos, es más que disputada y no nos pertenece aquí de analizar la problemática por la simple razón que las respuestas que pueden encontrarse dependen en primer lugar de la filosofía política: ¿cuál papel tiene o debe tener el Estado? Y con esta interrogación, regresamos a esta ¡“maldita” noción de soberanía! En efecto, ¿la soberanía originaria no reside en el pueblo? Si es así, este puede concebir el derecho sin la intervención del Estado y resolver sus controversias y ejecutar sus decisiones sin los órganos públicos. O, en realidad, la soberanía popular no es nada más que un mito, y entonces no hay derecho y justicia afuera de la esfera estatal.

Todo lo anterior presume un debate y una reflexión de una gran profundidad implicando más allá del derecho la ingeniería de una visión del mundo en el cual vivimos. Obra que ningún abogado lograra; obra que pertenece al filósofo de crear. ¿El abogado un día se volverá filósofo?

ANEXO

TEXACO OVERSEAS PETROLEUM COMPANY VS THE GOVERNMENT OF THE LIBYAN ARAB REPUBLIC

Award of January 19, 1977

The arbitration originates from fourteen Deeds of Concession concluded between 1955 and 1968 between Libya and two United States companies, Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company (hereafter called the Companies). The majority of the Deeds of Concession were modified by consent of all parties in 1963, 1966, 1970 and 1971. The purpose of the modifications was to bring the Concessions into line with the amended Libyan Petroleum Laws (originally 1955, amended by Royal Decrees in 1961, 1963 and 1965; in 1966 a consolidated version of the previous texts was made: Petroleum Law of August 1, 1966). The Concessions were a reproduction of a model contract which was provided in an annex to the text of the Petroleum Law 1955.

The Royal Decree of November 9, 1961, modifying some of the provisions of the Petroleum Law of 1955, gave a more precise wording to clause 16 of the model contract which reads: 'The Libyan Government, the (Petroleum) Commission and the competent authorities in the Provinces shall take all the steps that are necessary to ensure that the Company enjoys all the rights conferred upon it by this concession, and the contractual rights expressly provided for in this concession may not be infringed except by agreement of both parties.

Teoría general de Derecho internacional

This concession shall be interpreted during the period of its effectiveness in accordance with the provisions of the Petroleum Law and the Regulations issued thereunder at the time of the grant of the concession, and any amendments to or cancellations of these Regulations shall not apply to the contractual rights of the Company except with its consent'. Clause 28 of the Deeds of Concession contained an extensive arbitral clause, the relevant parts of which will be referred to below.

In 1973, 51% of the properties, rights and assets relating to the Deeds of Concession of the Companies, as well as of seven other oil companies was nationalized by a Decree. In the following year, on September 1, 1974, a Decree was issued, directed only to the Companies. By this Decree the entirety of all the properties, rights and assets relating to the fourteen Deeds of Concession, of which the Companies were holders, was nationalized. Under both Decrees the Companies concerned were at the same time declared solely responsible and liable for all the liabilities and debts or obligations arising from their activities. Both Decrees also provided for a committee to be appointed to determine the amount of compensation to be paid. It did not appear from any document submitted to the arbitration that this committee had functioned or that its members had been nominated.

By the Decree of 1973, Amoseas, a company governed by foreign law, which was formed jointly by the Companies to be their operating entity in Libya, was to continue to carry out its activities for the account of the Companies to the extent of 49%, and for the account of the Libyan National Oil Company (N.O.C.), to the extent of 51%. The Decree of 1974 effected a fundamental change in Amoseas: it was converted into a non-profit company, the assets of which were completely owned by N.O.C. Amoseas lost its name and was renamed the 'Om el

Jawabi Company'.

The Companies thereupon notified the Libyan Government that recourse would be taken to arbitration by virtue of clause 28 of the Deeds of Concession. In accordance with clause 28 they designated their arbitrator. When the Libyan government abstained from designating its arbitrator, the Companies requested, as provided for in this situation by the same clause, the President of the International Court of Justice to designate a sole arbitrator. On December 18, 1974, the President of the I.C.J. appointed the French Law Professor René-Jean Dupuy as sole arbitrator.

The arbitrator fixed Geneva as the place of the arbitral tribunal (where the award also was signed). Although the arbitrator had repeatedly notified the Libyan Government, and allowed extension of time to submit an answering memorial to the claims of the Companies, the Libyan Government did not participate in the arbitral proceedings. It should be noted that the arbitrator kept the Libyan Government informed of all stages of the proceedings, and each time transmitted to it all relevant documents. Moreover, throughout the preliminary award and the award on the merits, the arbitrator paid due attention to a Memorandum of the Libyan Government which was submitted to the President of the I.C.J. on July 26, 1974, setting forth the reasons for which, in its opinion, no arbitration should take place in the present case.

II. Preliminary Award

[...]

III. Award on the Merits

After a reiteration of the facts of the case (see above) and the procedure, the arbitrator dealt first with the law governing the arbitration.

Law Governing the Arbitration

Under this heading the arbitrator considered two solutions possible. The first solution was the one followed in the *Sapphire-case*: the arbitration is governed by a given municipal law, which will generally, but not necessarily, be that of the place of arbitration. The second solution was the one followed in the *Aramco-case*: the arbitration is considered as being directly governed by international law.

The arbitrator did not find a decisive reason to adopt the first solution. This solution was justified in the *Sapphire-case* as neither of the two parties was a sovereign State, although NIOC (the defendant in that case) was closely linked to the Iranian State. Moreover, an award connected with a national legal system could perhaps be easier to enforce. In the present case, however, the arbitrator felt that considerations relating to enforcement were not within his jurisdiction. This view had also been stressed by the Companies: they had indicated that the present arbitration should be an arbitration on matters of principle.

The arbitrator found sufficient reasons to adopt the second solution. He relied upon the arguments used in the *Aramco-case*: as the arbitration was to take place outside the host country, the parties had intended to secure the guarantee of a neutral judge. Moreover, the jurisdictional immunity of States excludes the possibility, for the judicial authorities of the country of the seat, of exercising their right of supervision and interference in arbitral proceedings. Under the principle of

jurisdictional immunity of foreign States the arbitrator was unable to hold that one State could be subject to the law of another State.

The arbitrator had still other reasons for holding international law to govern the arbitration. One of these was the provision in clause 28 to the effect that, failing agreement of the parties, the President of the I.C.J. should appoint the arbitrator. Furthermore, the Rules of Procedure, adopted by the arbitrator in the first hearing on February 24, 1975, declared in Art. 1, para. 2, after having fixed in para. 1 Geneva as the seat of the arbitral tribunal, that 'the arbitration shall be governed by these Rules of Procedure to the exclusion of local law'. After having determined that international law governed the arbitration, the arbitrator turned to the merits of the case. The arbitrator dealt with the merits under four main questions which will be summarized below in consecutive order.

1. Binding Nature of the Deeds of Concession

A. Contract?-Internationality

The arbitrator first determined whether the legal acts through which the Companies obtained concessions from the Libyan State were contracts. On the basis of the general principles of law and the teachings of comparative law the arbitrator held that the Deeds of Concession were indeed of a contractual nature, since they expressed an agreement of the wills of the conceding State and of the Concession holders. This holding corresponds to the standard accepted both by international practice and by international theory. The arbitrator cited here a legal scholar who wrote: 'Recently, in the United Nations, during the discussions preceding the adoption of Resolution 1803 (XVII) of 14 December, 1962, relating to permanent sovereignty over natural resources, the contractual nature of concessions was not disputed, not even by the strongest supporters of sovereignty'. The arbitrator noted further that the

contracts were international contracts as they included factors connecting them to different States.

B. Applicable Law (to the Merits)

As to the applicable law the arbitrator referred to the pertinent part of clause 28 which reads: 'This concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of the law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals'.

This was interpreted as a 'two-tier system' of a choice of law by the parties: the principles of Libyan law were applicable to the extent that such principles were common to principles of international law, and, alternatively, in the absence of such conformity, the general principles of law should be applied. The choice of law implied two questions:

(i) Right to Choose the Applicable Law.

The first question was whether the parties did have the right to select the law which was to govern their contract. The arbitrator gave an affirmative answer to this question, holding that the Deeds of Concession were within the domain of international law which was to govern their contractual relations.

The arbitrator reasoned that a distinction had to be made between the law which governs the contract and the legal order from which the binding nature of the contract stems. The law governing the contract was the 'two-tier' system of clause 28, mentioned above. On the other hand, the legal order

from which the binding nature of the contract derives was, in the present case, international law. The arbitrator considered that under old case law contracts between private persons were always governed by a given national law, whilst agreements between States were governed by international law. However, under a new concept, contracts between States and foreign private persons could be 'internationalized' in the sense of being subjected to public international law. The arbitrator adopted this concept and held that under certain conditions 'contracts between States and private persons come within the ambit of a particular and new branch of international law: the international law of contracts'.

(ii) Circumstances and Effect of Choice of Law.

(a) *Which choice of law is applicable?* During the various amendments of the Deeds of Concession between 1955 and 1966, the wording of the choice of law clause had been changed. The arbitrator held that as the parties are free to change the choice of law, the latest (1966) formulation of clause 28 was to govern (see text above).

(b) *Internationalization of contract.* The arbitrator examined the various ways in which the internationalization of the contracts had been achieved. In the first place, the internationalization resulted from the reference made to the principles of international law (i.e. as a standard for the application of Libyan law), and subsidiarily, to the general principles of law. In the second place, the internationalization resulted from the provision for international arbitration, and in the third place, it resulted from the nature of the contracts in dispute: contracts between a State and a foreign private person. This type of contract is characterized by several elements: investment and technical assistance in developing countries, the implication of a long term close cooperation, and the purpose of an equilibrium between the interests of the

State and the private person. As regards the latter element, the arbitrator observed that the investor must in particular be protected against the risk that the municipal law will be modified.

C. Meaning and Scope of Internationalization of the Contracts

The arbitrator made it clear that international law governing contractual relations between a State and a foreign private party means neither that the latter is assimilated to a State nor that the contract is assimilated to a treaty. It only means that 'for the purposes of interpretation and performance of the contract, it should be recognized that a private contracting party has specific international capacities'.

Furthermore, considering that some contracts may be governed both by municipal law and by international law, the arbitrator held that the choice of law clause referred to the principles of Libyan law rather than to the rules of Libyan law. In this connection the arbitrator said:

'The application of the principles of Libyan law does not have the effect of ruling out the application of the principles of international law, but quite the contrary: it simply requires us to combine the two in verifying the conformity of the first with the second'. Applying the principles stated above, the arbitrator declared that he would refer on the one hand to the principle of the binding force of contracts recognized by Libyan law, and on the other to the principle of *pacta sunt servanda* which is a general principle of law constituting an essential foundation of international law. The arbitrator found therefore on this point that the principles of Libyan law were in conformity with international law and concluded that the Deeds of Concession in dispute had a binding force.

2. Breach of Obligations by Libya?

The second main question was whether the Libyan Government, in adopting the nationalization measures of 1973 and 1974, breached its obligations under the contracts. This question was examined under three types of reasons which could be envisaged in order to justify the behaviour of the Libyan Government. These reasons are summarized below under *A*, *B* and *C*.

A. Administrative Contracts

A first reason could be that if the contracts were administrative contracts, they could give rise, under certain conditions, to amendments or even to abrogation on the part of the Contracting State. The arbitrator held that in the instant case the concept of administrative contract could not be invoked for two reasons.

First of all, the contracts did not meet the requirements which Libyan law prescribes for administrative contracts since in particular they did not grant to the State party or the administrative authority the power to amend unilaterally or abrogate unilaterally the contracts if the public interest so requires. On the contrary, the parties had intended to deal on a footing of equality. This could be seen from clause 16 (a so-called 'stabilization clause'; see under I *Facts* above) which stipulated that laws or regulations, the effect of which might be to amend the contractual rights of the concession holders, cannot be applied to the concession holders unless accepted by them.

Secondly, even assuming that the Deeds of Concession must be analyzed as administrative contracts, they would not come within the purview of 'principles common' to Libyan law and international law. Administrative contracts, as distinct from

'civil contracts', are developed in the main by French law, but they are not 'sufficiently widely and firmly recognized in the leading legal systems of the world' as to regard them as corresponding to a 'general principle of law'.

B. Concept of Sovereignty and Nature of Nationalization

At the outset the arbitrator stated here that 'the right of a State to nationalize is unquestionable today. It results from international customary law, established as the result of general practices considered by the international community as being the law'. The arbitrator questioned, however, whether the act of sovereignty which constitutes the nationalization authorizes a State to disregard its international commitments assumed by it within the framework of its sovereignty. In this respect the arbitrator drew a distinction between a nationalization concerning nationals of a State or a foreign party in respect of whom the State had made no particular commitment to guarantee and maintain their position, and a nationalization concerning an international contract. The former type is completely governed by the domestic law. But in the case of an internationalized contract the State has placed itself under international law. In the instant case the arbitrator investigated therefore whether Libya had undertaken international obligations which prevented it from taking nationalizing measures, and whether the disregard of such obligations is justified by the sovereign nature of such nationalization measures.

(a) The arbitrator found first that both under Libyan law and international law the State has the power to make international commitments, including those with foreign private parties. Such a commitment cannot be regarded as a negation of its sovereignty, but, quite to the contrary, is a manifestation of such sovereignty. As a result a State cannot invoke its

sovereignty to disregard commitments freely undertaken through the exercise of this same sovereignty.

The arbitrator considered that Libya had undertaken specific commitments which could not be disregarded by the nationalization measures. The arbitrator referred here to the fact that Libya had granted a concession of a minimum duration of 50 years, and to the stabilization clause (clause 16, see under I *Facts* above). This provision does not, in principle, impair the sovereignty of the Libyan State to legislate in the field of petroleum activities in respect of other persons. Clause 16 only makes such acts invalid as far as the Companies are concerned for a certain period of time. The arbitrator observed that:

'The recognition by international law of the right to nationalize is not sufficient ground to empower a State to disregard its commitments, because the same law also recognizes the power of a State to commit itself internationally, especially by accepting the inclusion of stabilization clauses in a contract entered into with a foreign private party'.

(b) The Libyan Government invoked, in the Memorandum of July 26, 1974, permanent sovereignty over natural resources as a supreme principle justifying nationalization in every case. The arbitrator declined, however, to accept this as a mandatory rule of general international law (*jus cogens*). He reasoned that it could only be a justification in those cases where a Government resorted to nationalization in order to retract an effective alienation of its sovereignty. This was not, or at least not necessarily, the significance of a petroleum concession, particularly where the holders have only rights limited in their scope and duration. The arbitrator referred further to the distinction between the enjoyment and the exercise of sovereign rights. Under the

concession the State retains the permanent enjoyment of its sovereign rights, and only limits, partial and limited in time, the exercise of its sovereignty. The arbitrator stated that:

'To decide otherwise would be to consider as contrary to a rule of *jus cogens* any contract entered into between a State and a foreign private company the moment it concerns the exploitation of natural resources'.

The arbitrator concluded that he had to recognize that neither the concept of sovereignty nor the nature of the nationalization provided any legal justification for these measures.

C. The Present State of International Law and the Resolutions Concerning Natural Resources and Wealth Adopted by the United Nations

In the Memorandum of July 26, 1974, Libya raised the objection that, according to Resolutions of the General Assembly of the United Nations, nationalization was recognized as a legitimate and internationally recognized method to ensure the sovereignty of the State upon its natural resources, and that nationalization or its consequences should be settled in accordance with provisions of domestic law of the State. In this connection Libya relied on Resolutions 3171 (XXVII) of December 13, 1973 and 3201 (S-VI) of May 1, 1974, entitled 'Declaration on the Establishment of a New International Economic Order'. Although it was adopted after the date of the Memorandum, the arbitrator also took account of Resolution 3281 (XXIX) of December 12, 1974, entitled 'Charter of Economic Rights and Duties of the States', in support of the contention of Libya.

As regards the rôle of international law in the exercise of permanent sovereignty over natural resources, the arbitrator noted substantial differences between the recent Resolutions relied upon by Libya, and Resolution 1803 (XVII) of December 14, 1962, entitled 'Permanent Sovereignty over Natural Resources'. Whilst the more recent Resolutions refer only to domestic law of the State, Resolution 1803 of 1962 also makes allowance for international law. The arbitrator then appraised the legal validity of the Resolutions, taking account of two criteria: the examination of the voting conditions and the analysis of the provisions concerned.

With respect to the voting conditions, the arbitrator observed that only Resolution 1803 of 1962 was supported by a majority of Member States representing all the various groups. In contrast, the other Resolutions, mentioned above, were supported by a majority of States but not by any of the developed countries with market economies which carry on the major part of international trade.

With respect to the analysis of the provisions concerned, the arbitrator distinguished between those provisions stating the existence of a right on which the generality of States had expressed agreement and those provisions introducing new principles which were rejected by certain representative groups of States. The latter types of provisions have a *de lege ferenda* value only in the eyes of the States which adopted them, whilst as far as the others are concerned, the rejection implies that they consider these provisions as *contra legem*. The former types of provisions can be considered as an *opinio juris communis* reflecting the state of customary law. This was the case with Resolution 1803 of 1962 which expressed the consensus of a majority of States belonging to the various representative groups, but cannot be said of the other Resolutions. The provisions of the latter do not make any connection between the procedure of compensation and

international law, the absence of which appeared *contra legem* in the eyes of many developed countries. The arbitrator noted in addition that this attitude was confirmed by the general practice of relations between States with respect to investments, referring to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965, which, as of October 31, 1974, no fewer than 65 States had ratified.

The arbitrator considered furthermore that the analysis of the whole text of the Charter of Economic Rights and Duties of States (Resolution 3281 of 1974) negated also the contention of Libya. Since the provisions of the Charter should be construed in the context of other provisions of the Charter (Art. 33, para. 2), Art. 2 dealing with nationalization must be viewed in the light of the principle (*j*) headed as follows: 'Fulfilment in good faith of international obligations'. The arbitrator held that it would be against the principle of good faith that in contracts between a State and a foreign private party only the latter would be bound.

3. Restitutio In Integrum

Having established that Libya, by adopting the nationalization measures, had failed to perform its obligations under the Deeds of Concession, the arbitrator dealt with the question whether or not Libya was under the obligation to perform the contracts and to give them full effect. The arbitrator examined this question under the principles of Libyan law, the principles of international law, and the specific factors of the case.

A. The Principles of Libyan Law

Referring to articles of the Libyan Civil Code and various authors on Muslim law, the arbitrator held that *restituto in*

integrum is an appropriate remedy in favour of a contracting party when the other party has breached its obligations.

B. The Principles of International Law

(a) International Case Law and Practice

The arbitrator cited a certain number of cases in which the rule of *restituto in integrum* was applied. The principle was pronounced in the *Chorzow Factory* -case (1928) P.C.I.J., Ser.A, No. 17, p. 47). It was further applied in the *Mavrommatis Jerusalem Concessions* -case ((1925) P.C.I.J. Ser. A, no. 5, at 51), the *Temple of Preha-Vihear* -case ((1962) I.C.J. 6, at 36-37). Instances of *restituto in integrum* were also to be found in arbitration case law: *Martini* -case (25 Amer.J.Int'l, p. 554 (1971), at p. 585).

The arbitrator further noted that, as far as the international practice in this field is concerned, requests in this respect were formulated in the course of proceedings before the International Court of Justice, although for one reason or another the I.C.J. did not have the occasion to decide on the merits. The arbitrator referred to the *Anglo-Iranian Oil Co.* - case ((1952) I.C.J. Pleadings 124) where the United Kingdom made a request to this effect. The Belgian Government made a similar request in the *Barcelona Traction* -case ((1962) I.C.J. Pleadings 1 (New Application), at p. 183).

The arbitrator considered that these requests had been made 'because the plaintiffs were convinced that this was the solution accepted and confirmed by general international law. That, in a fair number of awards and judgments (. . .), only the award of damages was envisaged or adjudicated does not detract from the overriding nature of *restitutio in integrum*: if, in such cases, *restitutio in integrum* was not awarded and did

not have to be, the reason is that it had not, in view of the circumstances, been requested by the plaintiffs'.

(b) Writings of Scholars in International Law

The arbitrator remarked that the overwhelming majority of the doctrinal authorities recognizes that *restitutio in integrum* constitutes, as a matter of principle, the proper remedy to repair injuries by an unlawful act. But, on the other hand, many of them declare that in practice it would only be ordered in or be suitable to exceptional cases. The arbitrator did not agree with the latter opinion. In the first place, *restitutio in integrum* is a remedy which is recognized and accepted by international law. And in the second place, 'the exceptional character which is often assigned to *restitutio in integrum* is questionable and has in fact been questioned: that reparation, through pecuniary compensation is much more frequent, in practice is also something which is incontestable. But this does not mean that *restitutio in integrum* would be so extraordinary or exceptional as to be practically unknown in international law'. In fact recent studies show that the remedy has been granted in a fair number of cases.

The arbitrator concluded that both under the principles of Libyan law and under the principles of international law, the normal sanction for non-performance of contractual obligations is *restituto in integrum* and that it is inapplicable only to the extent that restoration of the *status quo ante* is impossible.

C. Particular Characteristics of This Case

Apart from the fact that *restitutio in integrum* was claimed by the Companies, the arbitrator considered other reasons which supported the remedy in the instant case. He first referred to para. 5 of clause 28 which reads: 'In giving a decision, the

Arbitrators, the Umpire or the Sole Arbitrator, as the case may be, shall specify an adequate period of time during which the party to the difference or the dispute against whom the decision is given shall conform to the decisions, and such party shall not be in default if that party has conformed to the decision prior to the expiry of the period'. The arbitrator interpreted this provision as a period of grace the result of which was to postpone the moment when, in law, non-performance would be finally effective. This provision implies that any possible award of damages should necessarily be subsidiary to the principal remedy of performance itself. This solution was considered as in accordance with the flexibility which should be given to contracts between States and private persons. In addition, the arbitrator noted that due to the default of Libya in the arbitration no reason had been brought forward as to the absolute impossibility of restoring things in the previous state.

4. Time-Limit for Libya to Carry Out Measures Adopted in the Award

Pursuant to clause 28, para. 5, quoted under (c) above, the Companies had requested the arbitrator to order that Libya had 90 days to inform the arbitral tribunal of the measures which it had taken in order to comply with the award. The arbitrator decided that he had to accept this request 'as it is in conformity with the provisions of the arbitral clause by virtue of which this Tribunal has been seized'. However, the arbitrator granted a longer time limit (5 months as from February 1, 1977) because of the seriousness of the case and the interests and principles at stake.

5. Decision

For the reasons stated above the arbitrator decided:

- (1) that the Deeds of Concession are binding on the parties;
- (2) that by adopting the measures of nationalization, the Libyan Government breached its obligations under the Deeds of Concession;
- (3) that the Libyan Government is legally bound to perform the Deeds of Concession and to give them full force and effect;
- (4) to grant the Libyan Government a time period of 5 months running from February 1, 1977 to June 30, 1977, to inform the arbitrator of the measures taken by it with a view to complying with the present award;
- (5) that if the present award were not to be implemented within the period of time, the matter of further proceedings is reserved and that the costs and expenses of the arbitration shall be borne, for the present, wholly by the plaintiffs; and
- (6) that the award shall be filed with the Registry of the I.C.J. within 6 months as from February 1, 1977.