

I. Problemática.	93
II. Terminología	94
III. Procedimiento jurídico convencional vs. norma jurídica convencional	96
IV. La convención como norma jurídica	99
1. El convenio: derecho subjetivo o derecho objetivo	102
2. La norma convencional.	104
3. <i>Pacta sunt servanda</i> (el papel de la <i>grundlegung</i>)	120
4. Ámbitos de vigencia de la norma convencional	128
5. Clases de normas convencionales	140
V. El convenio como procedimiento	143
1. La voluntad convencional	143
2. El objeto de la convención	146
3. La conclusión del procedimiento que crea la norma convencional.	147
4. El procedimiento convencional como procedimiento nouménico, no fenoménico.	150
5. Características exigidas a las partes que intervienen en la creación del <i>concensus</i>	153
6. Elementos esenciales de la convención	159
VI. La <i>lex contractus</i> en los convenios internacionales	160
1. Antecedentes históricos	160
2. ¿Cuál es la <i>lex contractus</i> de un convenio internacional o transnacional?	164
3. <i>Lex voluntatis</i>	166
4. ¿Unicidad de la <i>grundlegung</i> ?	181

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

I. PROBLEMÁTICA

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

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

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

²⁹³ Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, nota 117, p. 17.

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

figura más básica del derecho privado burgués”,²⁹⁵ sin justificarlos, sino, simplemente, exponiendo los rasgos generales del mismo.

II. TERMINOLOGÍA

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

Esta distinción entre convenciones garantizadas o no, por una sanción (impuesta por un tribunal activado mediante una *actio*), ha sido criticada por quienes sostienen que el derecho se define por la sanción coactiva. Tal discusión no es materia de este tema, por ahora baste decir que ciertos sistemas, sin duda calificados de jurídicos, han reconocido la existencia de convenciones sin garantía de *actio*.²⁹⁸ El término “contrato” lo encontramos a través de los diversos sistemas jurídicos para referir al acuerdo de voluntades entre dos órganos del sistema legal, normalmente súbditos del Estado, que realizan transacciones. Un fenómeno similar, llamado “tratado”, tiene lugar en el ámbito del derecho internacional. En el derecho internacional general o consuetudinario, contrapuesto al derecho internacional particular o de tratados, la designación de tratado se aplica independientemente de la denominación que en particular le hayan dado al celebrarlo las “personas inter-

²⁹⁵ Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 29.

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

²⁹⁷ *Diccionario de autoridades*, Madrid, Real Academia Española, Gredos, ed. facsímil, 1990, t. I, p. 569.

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

nacionales”²⁹⁹ (Estados u organismos internacionales).³⁰⁰ A los acuerdos en materia de inversión extranjera suscritos entre un Estado huésped (la mayor de las veces por medio de una empresa estatal) y una persona privada extranjera (comúnmente sociedades con personalidad jurídica propia según la ley que rija su nacionalidad) se le ha llamado “contrato internacional”,³⁰¹ *state contract*, y por nosotros contrato de Estado internacional. A los celebrados entre privados de diferente nacionalidad que parecen no estar regidos por ningún sistema jurídico particular se les ha llamado también contratos internacionales,³⁰² otros prefieren denominarlos contratos transnacionales o supranacionales,³⁰³ UNIDROIT, reconociendo la problemática, ha preferido

299 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, artículo 2o., que incorpora el derecho internacional consuetudinario en la materia.

300 *Reparation Case*, International Court of Justice Reports, 1949, p. 174.

301 El “tratado” siempre ha sido referido como el “contrato internacional”, el acuerdo de voluntades entre dos “personas” del derecho internacional, es decir, entre dos Estados. Willing, T., “Is Hudson Bay a Closed or an Open Sea?”, *American Journal of International Law* (en adelante *AJIL*), vol. 6, issue 2, abril de 1912, p. 454; Potter, P., “The Doctrine of Servitudes in International Law”, *AJIL*, vol. 9, issue 3, julio de 1915, p. 635; Fenwick, C., “War as an Instrument of National Policy”, *AJIL*, vol. 22, Issue 4, octubre de 1928, p. 826; Nicolson, H., “Modern Diplomacy and British Public Opinion”, *International Affairs*, 1931-1939, vol. 14, núm. 5, septiembre-octubre de 1935, p. 613; Kelsen, H., “The Preamble of the Charter. A Critical Analysis”, *The Journal of Politics*, vol. 8, núm. 2, mayo de 1946, p. 148; Wehberg, Hans, “Pacta sunt servanda”, *AJIL*, octubre de 1959, vol. 53, Issue 4, p. 781. Alrededor de 1930 el término “contrato internacional” comenzó a utilizarse en el sentido que aquí se presenta. Después de la Segunda Guerra Mundial la acepción se ha tornado general, lo anterior no sin serias críticas y reticencias en virtud de la discusión sobre el “status internacional” del agente privado extranjero. *Cfr.* Conferencia for the Codification of International Law: The Hague, 1930, “Responsibility of States for Damages caused in their territory to the person or property of foreigners”, League of Nations Document C. 75. M. 1929. V., *AJIL*, enero de 1930, vol. 24, Issue 1, p. 50; Dernburg, H., “Some Basic Aspects of the German Debt Settlement”, *The Journal of Finance*, vol. 8, núm. 3, septiembre de 1953, pp. 303; Carlston, Kenneth, “Concession Agreements and Nationalization”, *AJIL*, vol. 52, Issue 2, abril de 1958, p. 269; Delaume, Georges, “The Proper Law of Loans Concluded by International Persons: A Restatement and a Forecast”, *AJIL*, vol. 56, Issue 1, enero de 1962, p. 70; Friedman, Wolfgang, “The Uses of «General Principles» in the Development of International Law”, *AJIL*, vol. 57, Issue 2, abril de 1963, p. 280; Lalive, Jean-Flavien, *op. cit.*, nota 182, p. 30; y muchos otros a partir de entonces.

302 Lipp, R., “Transnational Business Law in the Twenty-First Century: The Crisis in International Trade”, *Transnational Law*, vol. 15, núm. 31, 2002.

303 Bonell, Michael, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, <http://www.unidroit.org.english/publications/review/artoicles/2000-2.htm>, 2000.

llamarles “contratos comerciales internacionales”.³⁰⁴ Nosotros, en el afán generalizador, utilizaremos como término común a todo lo anterior las palabras “convención” o “convenio”.

III. PROCEDIMIENTO JURÍDICO CONVENCIONAL VS. NORMA JURÍDICA CONVENCIONAL

Comencemos con un punto básico. La convención es un fenómeno jurídico. En otro trabajo³⁰⁵ hemos señalado que Kant fue el primero (1797) en distinguir la posesión sensible, empírica, física de un objeto de la posesión inteligible, racional, jurídica, del mismo; dicha distinción dio lugar a la moderna teoría de la propiedad, la cual postula que ésta no es una situación de hecho, sino de derecho.³⁰⁶ Hemos señalado que los elementos de un sistema jurídico, como lo es una convención, no son entidades objetivamente dadas, sino construcciones del intelecto humano, mismo que produce conceptos y otras estructuras con significado, apoyado en el lenguaje que soporta el razonamiento y el discurso.³⁰⁷ Es importante señalar que esta visión de las disposiciones jurídicas sigue la tradición kantiana de distinción entre fenómenos y noúmenos, ambos concebidos como objetos del intelecto humano en cuanto pensados y no como la contraposición entre el mundo de las cosas y de las ideas.³⁰⁸

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

305 García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 12 y ss.

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

307 Weinberger, Ota, “The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms”, en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms...*, *cit.*, nota 149, p. 415.

308 Discutiendo si existen conocimientos más allá de toda experiencia, es decir, *a priori*, Kant define al fenómeno (*phaenomenon*) como el “concepto sensible de un objeto”. Cfr. Kant, I., *Crítica de la razón pura*, México, Porrúa, 1982, p. 100. El fenómeno kantiano (*concepto de un objeto*) debe distinguirse del *objeto* mismo; pues los fenómenos (*phaenomena*) son “los objetos sensibles en cuanto pensados” (*ibidem*, p. 147) y la realidad (*realitas phaenomenon*) “lo que en la intuición empírica corresponde a la sensación” (p. 110). Kant contrapone al *fenómeno*, los *noúmenos* y sostiene que ciertos conceptos, como Dios o libertad, surgen del entendimiento no basado en la experiencia, sino de una “intuición... no sensible (*como coram intuitu intellectuali*)”. Estos conceptos son llamados “*Noumena (intelligibilia)*... los fenómenos no son más que representa-

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

Este punto de partida es fundamental para todo lo que sigue de la discusión y para las conclusiones mismas. Por ejemplo, mucho se ha discutido si una convención puede localizarse en un sistema jurídico nacional en particular. Si la localización hace referencia a la ubicación geográfica del sistema legal el error es craso, pues como noumeno el contrato no puede ser ubicado geográficamente; sin embargo, si la localización se refiere a ubicarlo como una disposición legal parte de un sistema jurídico, sin hacer referencia a particularidades geográficas, dicha ubicación tiene sentido. Con ello en mente, Batiffol ha sostenido que “el contrato es una abstracción que, como tal, no ocupa un lugar en el espacio”.³¹⁰

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

- I) El término convención hace referencia al “procedimiento” por medio del cual diversas voluntades concurren y generan un efecto en

ciones... Pero en lo que se refiere a la causa por la cual, no siendo satisfactorio el sustrato de la sensibilidad, se han añadido además de los *fenómenos*, los *noúmenos* que sólo el entendimiento puro puede pensar... *noúmeno*... significa tan sólo el pensamiento de algo en general, en el cual hago abstracción de toda forma de la intuición sensible...”. *Ibidem*, pp. 147 y ss.

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

³¹⁰ Batiffol, Henri, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 36.

³¹¹ Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1943, pp. 9-11.

el mundo jurídico. Como vimos en el capítulo anterior, la convención puede ser vista como un procedimiento previsto por una *PL-Law* (una disposición que confiere un Poder Legislativo).

- II) La palabra convención se utiliza en el sentido del “producto” derivado del procedimiento señalado en el párrafo que antecede, es decir, la norma³¹² o la provisión convencional creada.³¹³ La disposición legal que nace del ejercicio de la *PL-Law* y con la cual la convención guarda una relación genética.³¹⁴

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

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

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

³¹³ “Los contratos son derecho privado creado por acuerdo de las partes”, *cfr.* D. Reed Freeman, Jr., “What is a Contract?”, http://profs.Ip.findlaw.com/contract_1.html, 1999.

³¹⁴ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 130 y ss.

³¹⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 151.

IV. LA CONVENCION COMO NORMA JURIDICA

En la tradición jurídica romano-germana,³¹⁶ normalmente, se acepta que la norma convencional tiene dos funciones:³¹⁷ una positiva, que es crear o transmitir derechos³¹⁸ y obligaciones, y otra negativa, que consiste en modificarlos o extinguirlos. Dicha tradición deja el término *contrato* para la función positiva³¹⁹ y denomina *convenio en sentido estricto*, a la función negativa.

Bajo esta tradición, los elementos esenciales de un contrato son:³²⁰

- a) Elemento subjetivo: manifestación de la voluntad;
- b) Elemento objetivo: producción de consecuencias jurídicas;
- c) Elemento normativo: reconocimiento por parte del sistema legal al procedimiento de creación de la norma contractual.³²¹

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

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

318 Cabe tener en cuenta que el vocablo “derecho” es utilizado en infinidad de contextos de manera indiscriminada. Se utiliza la palabra “derecho” para referir poderes legislativos como la celebración de contratos. De igual manera, la gente refiere tener el derecho de levantar el brazo izquierdo al despertar o dormirse después de la comida. Debido a la utilización indiscriminada de la palabra se genera un caos conceptual. Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Londres, Cook, Yale University Press, 1923, cap. 1; Freeman, Michael, *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, 6a. ed., Sweet and Maxwell, 1994, pp. 379 y ss. Utilizamos la palabra “derecho” como un concepto sistemático en el que se unen una serie de efectos jurídicos. El derecho de propiedad por ejemplo, incluye un conjunto de libertades, *actio*, poderes, que es necesario diferenciar para un mejor entendimiento del sistema legal. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, p. 126.

319 Contrato es el convenio que produce o transfiere obligaciones o derechos. Artículo 1793 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

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

321 Robles Farías, Diego, “La relación jurídica obligatoria (el actual concepto de obligación jurídica)”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 31, 2001, p. 505.

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

- a) Por cuyo incumplimiento la ley provee un remedio, o
- b) Cuyo cumplimiento la ley reconoce como deber.³²²

Para los teóricos norteamericanos, los elementos esenciales de un contrato son:³²³

- a) Capacidad legal de las partes para contratar.
- b) Objeto o materia apropiada.
- c) Mutualidad de acuerdo³²⁴ y obligaciones.
- d) Consideración.³²⁵

De lo anterior, podemos observar que en Estados Unidos el contrato es también una mutualidad de acuerdo entre dos o más partes (elemento subjetivo). El núcleo de dicho acuerdo, su objeto, es un conjunto de promesas mutuas,³²⁶ que las partes hacen una a la otra y que constituyen las

³²² *Restatement, Second, Contracts*, American Law Institute, p. 3.

³²³ 286 *North Western Reporter* 844, 846.

³²⁴ En el caso de contratos sinalagmáticos se entiende como el requisito de que cada parte se obligue a su ejecución de alguna manera, de otra forma el acuerdo carecería de “consideración” y no sería un contrato válido. “Una promesa cuya ejecución depende del mero deseo o inclinación del promitente no impone ninguna obligación sobre él y no existe «consideración» para apoyar la promesa de la otra parte al supuesto contrato” 159 *Federal Reporter, Second Series*, 642 y 643. Para el caso de contratos unilaterales, la mutualidad de acuerdo se refiere a que ninguna de las partes tiene obligación alguna sino hasta que se acepta la oferta propuesta. “Unilateral Contract”, *Black’s Law Dictionary*, St. Paul MN, West Publishing Co., 1991.

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

³²⁶ En algunos sistemas legales se distingue entre promesas legalmente exigibles de las que no lo son. Las legalmente exigibles requieren de ser promesas apoyadas en *consideration*, es decir, aquellas promesas hechas en proceso de negociación y no de regalo.

consecuencias de derecho (elemento objetivo), cuyo cumplimiento es reconocido por la norma jurídica (elemento normativo), bien a través de un remedio, *actio*,³²⁷ o simplemente considerándolo un deber.³²⁸

Aunque, aparentemente, las nociones de contrato otorgadas por las tradiciones romano-germanas, y las de *common law* difieren, existe identidad en los elementos básicos que son: *a*) acuerdo de voluntades de dos o varios sujetos (elemento subjetivo), *b*) tendiente a producir un efecto jurídico (elemento objetivo) al interior del sistema jurídico (elemento normativo), mismo que se traduce en crear o extinguir³²⁹ disposiciones jurídicas.

Scout, Robert y Graus, Jody, *Contrat Law and Theory*, 3a. ed., Newark, Lexis Nexis, 2002, pp. 132 y ss. Sobre el elemento de *consideration* puede consultarse Adame, Jorge, “Reglas de validez de los contratos internacionales (estudio comparativo)”, *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 19, octubre de 1998, p. 18.

³²⁷ Característica distintiva de la tradición anglosajona es su preocupación por los remedios judiciales. Al respecto es famosa la cita del juez Holmes: “las obligaciones que no pueden ser exigidas legalmente son fantasmas en el derecho, pueden ser vistas pero resultan elusivas al entendimiento”. *Cfr.* Holmes, O. W., *The western maid*, 257 U. S. 419, 433, 1922. La distinción entre los llamados derechos y las garantías para hacerlos valer ha estado presente en la discusión jurídica desde tiempos inmemoriales, así por ejemplo, el derecho romano llamaba derechos naturales a aquellas obligaciones de *equidad* que sin llegar a ser morales carecían de una acción para exigir su cumplimiento. Sohm, Rodolfo, *op. cit.*, nota 296, p. 214; Petit, E., *op. cit.*, nota 296, § 526. Enneccerus sostuvo que un derecho sin acción era imperfecto, pero no por ello dejaba de ser derecho. Enneccerus, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, t. II, p. 13. No obstante lo anterior, muchos juristas sostienen que todo deber legal debe estar acompañado de una *actio*. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 205, p. 163. Esta discusión ya ha sido tratada en otro trabajo y simplemente retomamos la conclusión de que no todo deber legal está acompañado de una *actio*. García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 177 y ss.

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

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

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

1. *El convenio: derecho subjetivo o derecho objetivo*

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

Si se pasa por alto la función generadora de disposiciones legales que realiza el proceso convencional es fácil caer en el error de pensar que la convención solamente afecta lo que la teoría ha llamado derechos subjetivos³³² (*ius*) y no al derecho objetivo (*lex*).³³³ La razón para no querer atribuir al proceso convencional llevado a cabo por particulares el efec-

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

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

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

³³³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 311, p. 4.

to de creación de normas jurídicas se debe a que, tradicionalmente, esta última función se reserva a la legislación que emana del poder público estatal. Así, para Austin, la “ley o norma” (*law or rule*) es una orden establecida por un superior a un inferior, entendiéndose por “superior” aquél con el poder de afectar a los inferiores con un mal o dolor y forzarlos, a través del temor a dicho mal, a acomodar su conducta según los deseos del primero (órdenes coercitivas establecidas por el soberano).³³⁴ Bajo este esquema legal es lógico concluir que únicamente el soberano es capaz de crear derecho.

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

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

Ihering definió al derecho subjetivo como un interés “protegido” por la ley,³³⁶ interés que tiene existencia previa a todo derecho objetivo.³³⁷ Esta distinción entre interés y derecho subjetivo tiene una función ideológica. El binomio supone al hombre como portador de un interés que se levanta como categoría trascendente frente al derecho objetivo, que solamente lo protege a través de los derechos subjetivos.

³³⁴ Austin, John, *op. cit.*, nota 104, pp. 9 y 24.

³³⁵ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 203, p. 35.

³³⁶ Ihering Von, R., *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881, p. 52.

³³⁷ La Suprema Corte de Justicia de México ha sostenido, por ejemplo, que “el interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho...”, INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN. Amparo en revisión 2747/69. Alejandro Guajardo y otros (acums.). 18 de enero de 1972. Unanimidad de 19 votos. Ponente: Abel Huitrón. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), México, Séptima Época, vol. 37, p. 25.

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

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

2. *La norma convencional*

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

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

³³⁸ Ihering Von, R., *op. cit.*, nota 336, p. 4.

³³⁹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 203, p. 120.

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

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

tradicional derechos subjetivos; a dicha norma creada se le denomina norma convencional.

Como señalamos en el capítulo que antecede, la distinción entre aplicación y creación del derecho, entre ley y acto jurídico³⁴² debe ser mantenida, pero reinterpretada, pues la postura de que la convención no genera derecho sino que simplemente lo aplica, no ha traído más que una triste confusión. Dicha confusión se ha destilado hasta el derecho internacional en el binomio “tratado-ley” vs. “tratado-contrato”. Contra esta distinción Brownlie ha señalado que la diferencia entre el tratado-ley y el tratado-contrato no radica en que el primero crea normas y el segundo las aplica, sino en la circunstancia de que el tratado-ley da nacimiento a provisiones generales, mientras que el tratado-contrato crea provisiones individuales.³⁴³

Las disposiciones legales surgen del ejercicio de otras disposiciones legales, “en la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares”.³⁴⁴ Bajo esta visión holística del derecho es posible sostener que todas las disposiciones jurídicas que se aplican pertenecen o pertenecieron a algún sistema.³⁴⁵ La norma convencional no es la excepción y no puede existir sin un sistema jurídico de base, una *grundlegung*.³⁴⁶

Si la norma convencional crea disposiciones jurídicas surge una primera pregunta: ¿qué clase de disposición jurídica es creada por conven-

342 La teoría civilista francesa distingue dentro de los “hechos jurídicos” en sentido general a: I) Hechos jurídicos en sentido especial, que comprenden: a) eventos puramente físicos y ajenos a la voluntad de los hombres que generan consecuencias de derecho, tales como el nacimiento, y b) eventos generados por el hombre de forma más o menos voluntaria pero sin el deseo de colocarse bajo el imperio del derecho, como los delitos. II) Actos jurídicos, que se definen como la “manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”, el ejemplo típico es el contrato. Bonnecase, Julien, *Introduction à l'étude du droit*, París, Recueil Sirey, 1931, pp. 104 y 105.

343 Brownlie, Ian, *op. cit.*, nota 78, p. 12.

344 Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 231, p. 141.

345 Caracciolo, Ricardo, *op. cit.*, nota 230, p. 16.

346 El Código de Napoleón establece en su artículo 1135 que “Las convenciones obligan no solamente a aquello que está expresado, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley den a la obligación de acuerdo a su naturaleza”.

ción?, ¿provisiones o no provisiones? Si provisiones, ¿obligativas o no obligativas? Si obligativas, ¿prescripciones o prohibiciones? Si no obligativa ¿poderes o permisos?³⁴⁷ La respuesta a estas interrogantes es que, normalmente, los sistemas jurídicos dan amplio margen a los órganos del sistema legal para crear el tipo de disposición jurídica que mejor acomode a sus relaciones. Sin embargo, en las convenciones cobran especial relevancia las normas o provisiones, disposiciones legales que buscan guiar el actuar del hombre. Enfocaremos nuestro estudio a las disposiciones convencionales que crean normas.

Una norma de las llamadas perfectas expresa una *relación jurídica* entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. El sujeto activo es ser humano titular del deber. El sujeto pasivo es a quien la obligación es debida y puede ser un humano, un animal o un objeto. Esta “relación jurídica” es un *nexum* entre dos juicios: uno imperativo y otro atributivo.

El binomio imperativo-atributivo da lugar a diversas lecturas que dependen del tipo de norma creada, es decir, de los calificativos deónticos de la conducta jurídicamente regulada.

Para el caso de la prescripción (y prohibición) decimos que el sujeto A tiene la “obligación” de realizar (o no realizar) determinada conducta en relación con el sujeto pasivo B. Puede ser el caso que desde el punto de vista de éste, o un tercero, tenga una “pretensión” en relación con A para que el último realice (o no realice) dicha conducta.

Para el caso de los permisos, decimos que el sujeto A tiene autorizado, respecto a B, realizar determinada conducta según ciertas circunstancias, no obstante que bajo otras tiene la obligación de no realizarla (lo tiene prohibido). Desde el punto de vista del sujeto pasivo B, o algún tercero, “no tiene ninguna pretensión” legal en contra de A, si es que el último decide, bajo la autorización, realizar determinada conducta, que normalmente está prohibida.

Para el caso de las potestades, decimos que el sujeto A tiene un poder discrecional, “es competente”, para generar consecuencias de derecho que afectan al sujeto B, de forma que si dicho poder es ejercido, el sujeto B queda bajo “sujeción” de A.³⁴⁸ Si no se generara ninguna consecuencia en el sistema legal con la realización de la actividad, ésta sería libre.

³⁴⁷ Para una explicación de todo este tipo de disposiciones legales véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 81 y ss.

³⁴⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, p. 114.

En el estudio de la norma convencional, la tradición romano-germana ha enfocado la prescripción, la norma que ordena llevar a cabo determinada conducta (aquella en la que el binomio imperativo-atributivo se da en la relación obligación-pretensión). A esta relación se le llamó “obligación” en Roma y al respecto se dijo que “la esencia de las obligaciones no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro para que nos dé, haga o indemnice algo”.³⁴⁹

La obligación romana es, por tanto, una especie de la “relación jurídica”, y sobre este último concepto continuaremos nuestro estudio. La relación jurídica es una articulación funcional de diversos elementos simples que sólo para efectos de análisis podemos aislar, pero que, en realidad, están siempre combinados en un proceso dinámico y funcional.³⁵⁰

La “relación jurídica”³⁵¹ se descompone de la siguiente manera:

- *El supuesto jurídico*, es decir, la hipótesis normativa; en el caso de la convención es la norma, que faculta a ciertos órganos de la comunidad a crear normas convencionales.
- *Los sujetos de la relación jurídica*, es decir, los centros de imputación, en el sentido de que cierto comportamiento de un hombre será el contenido de la hipótesis normativa.³⁵²
- *El objeto de la relación jurídica*, que constituye las formas de conducta que se manifestarán como facultad, obligación, derecho, entre otros.

Una relación jurídica es un patrón de potencialidad en el cual las personas y situaciones pueden ser ubicadas. El derecho es a la vez una matriz que identifica personas y situaciones en forma abstracta. Una red de relaciones jurídicas que constituye una “realidad legal” paralela a la “rea-

³⁴⁹ Justiniano, *El digesto*, versión castellana de A. D’Ors *et al.*, Pamplona, Aranzadi, 1975, t. III, libros 37-50, en particular XLIV, 7, 3.

³⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 208, p. 17.

³⁵¹ La idea de relación jurídica que tenemos en mente es de mayor amplitud a la definición tradicional de derecho privado romanista que considera sólo la relación establecida entre el sujeto de una obligación jurídica y el sujeto de la pretensión correspondiente (llamada por el derecho privado *derecho subjetivo*). El sistema jurídico establece muchos tipos de relaciones jurídicas, por ejemplo, las llamadas de derecho público, donde un sujeto tiene la facultad de producir una norma y otro queda obligado a la misma (congreso-pueblo). *Cfr.* Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 174.

³⁵² *Ibidem*, p. 198.

alidad social”, donde cada posible aspecto de esta última tiene significado en la primera.³⁵³ En este sentido se ha dicho que:

El acontecimiento externo... es un trozo de la naturaleza... El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido... La norma funciona como un esquema de explicitación... el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicación específica, a saber, una explicación normativa.³⁵⁴

Una relación jurídica tiene los siguientes elementos:

- I) El crédito: constituye el lado activo de la relación jurídica y se integra a su vez por:
 - a) *Derecho reflejo*,³⁵⁵ cuyo titular se llama acreedor.
 - b) *Facultad de exigir la responsabilidad*.³⁵⁶
- II) El débito: constituye el lado pasivo de la relación jurídica y se integra por:
 - c) *Deber jurídico*,³⁵⁷ cuyo titular se llama deudor.
 - d) *Responsabilidad* en caso de incumplimiento del deber jurídico.

³⁵³ Allot, P., “The Concept of International Law”, *European Journal of International Law*, 1999, p. 36. Esta realidad jurídica paralela posee su propia lógica, y se estudia por lo que se ha denominado la dogmática jurídica, definida como el oficio intelectual que sigue ciertos cánones reconocidos, el metalenguaje del derecho, el conjunto de reglas, conceptos y definiciones que nos permiten una “lectura jurídica” del derecho mismo, es decir, que se lee el derecho no en forma literal sino que a través de la jurisprudencia dogmática se analiza el material, se ponderan argumentos, se verifica su consistencia con el propósito de determinar el derecho aplicable a una situación de hecho. Esta jurisprudencia o esquema de interpretación opera de manera dogmática: sus doctrinas no se hacen explícitas ni se justifican, *cf.* Berman, Harold J., “The Origins of Western Legal Science”, *Harvard Law Review*, Cambridge Mass, vol. 90, núm. 5, marzo de 1977.

³⁵⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 17.

³⁵⁵ Llamada garantía primaria por Ferrajoli, *cf.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 70, p. 47.

³⁵⁶ Llamada garantía secundaria por Ferrajoli, *idem*.

³⁵⁷ Si la provisión es una prescripción o una prohibición decimos que el sujeto activo tiene una “obligación”. Si la norma prevé un permiso, decimos que el sujeto activo tiene una “autorización”. Para el caso de las potestades, decimos que el sujeto activo tiene un poder o que “es competente”. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 207, p. 114.

La *facultad de exigir la responsabilidad* y la *responsabilidad* sólo surgen cuando se ha dado el incumplimiento del deber jurídico por el sujeto activo, mientras este supuesto no se realice aquéllos no han cobrado existencia y en ese sentido el crédito se reduce al derecho reflejo y el débito al deber jurídico. Lo importante aquí es que la responsabilidad y la facultad de exigir la responsabilidad deben distinguirse del *derecho reflejo* y del *deber jurídico*. Lo más recomendable es hacer una separación completa.

La distinción entre derechos y las formas de hacerlos respetar (sus garantías) no es nada nueva. En los sistemas jurídicos pueden darse deberes jurídicos y derechos reflejos sin responsabilidad y facultad de exigirla. También puede ser el caso de que se den solamente deberes jurídicos sin derechos reflejos y sin responsabilidad ni facultad de exigirla. Debido a estas múltiples combinaciones, llamamos relación jurídica perfecta a aquella que tiene derecho reflejo y deber jurídico, sin necesidad de que tenga responsabilidad y la facultad de exigirla. La relación jurídica perfecta debe distinguirse de lo que Enneccerus llamaba obligación perfecta, es decir, a la relación jurídica tipo prescripción que tenía además del *derecho reflejo* y el *deber jurídico*, la *facultad de exigir la responsabilidad*.

Hemos señalado que parte de la doctrina sostiene que todo deber legal debe estar acompañado de una *actio*.³⁵⁸ Esto es una exageración desde nuestro punto de vista. El reconocimiento de la existencia de derechos sin garantías primarias o secundarias ha sido subrayado en el contexto de los derechos humanos³⁵⁹ y ha sido calificada como “la contribución concreta más significativa a la reflexión jurídica por parte de la «teoría de los derechos» de Ferrajoli”.³⁶⁰

Como veremos más adelante, la violación al deber jurídico da lugar a nuevas relaciones legales que se agrupan bajo la denominación común de responsabilidad.³⁶¹ Frente a la responsabilidad encontramos el juicio atributivo denominado facultad de exigir la responsabilidad. Dependiendo del sistema jurídico existen diversos niveles de responsabilidad y también diversas formas de exigirla, la más perfecta es a través de una *actio*.

³⁵⁸ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 177 y ss.

³⁵⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 70, p. 45.

³⁶⁰ Jori, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 111.

³⁶¹ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University, p. 124.

Muchos teóricos han identificado a la facultad de exigir la responsabilidad con la *actio*. Cuando dicha *actio* no se encuentra presente simplemente se concluye que tampoco existe la facultad de exigir responsabilidad. Esta conclusión, como veremos, es errónea.

Analícemos los cuatro elementos de una obligación perfecta en el sentido de Enneccerus, estatuida por una norma convencional.

A. Deber jurídico

El deber jurídico constituye el lado pasivo de la relación jurídica y se atribuye al sujeto activo llamado deudor; podemos decir que consiste en la prescripción, prohibición, autorización o competencia que el sistema jurídico establece para llevar a cabo cierta conducta (acción u omisión).

Como la conducta del deudor no puede ser otra más que la de un ser humano, si éste es una persona colectiva, opera el principio de imputación.³⁶² Por otra parte, se requiere que esté determinado, ya que toda obligación siempre debe estar a cargo de alguien.

B. Derecho reflejo

El derecho reflejo es el espejo del deber jurídico, y su titular se denomina acreedor (sujeto de un derecho reflejo), ente en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello. Dicho ente puede ser un animal, una planta o algún objeto inanimado, en cuyo respecto exista alguien obligado a comportarse de determinada manera, inclusive en el caso de que el acreedor sea un ser humano, él mismo realiza la función de un objeto de esa conducta.³⁶³

En el caso del acreedor no se necesita que él mismo esté determinado, pero sí que sea determinable para que el deber jurídico sea exigible. El acreedor puede ser un ente en particular, si la relación es sinalagmática, como en un contrato de arrendamiento. En un caso como el arrendamiento se dice que la relación es *erga singulum*. Puede también ser el caso que el acreedor esté constituido por una pluralidad de entes, llegando a

³⁶² Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 117.

³⁶³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, pp. 142 y 143.

ser inclusive la comunidad jurídica considerada como un todo; en este sentido la relación legal, el *nexum* es *erga omnes*.³⁶⁴

Kelsen sostuvo que relación jurídica (llamada por él obligación)³⁶⁵ y norma eran lo mismo: “la teoría tradicional sólo toma en consideración normas jurídicas generales, ignorando la existencia de normas jurídicas individuales, y se pasa por alto la identidad de norma jurídica y obligación jurídica, considerando la obligación jurídica como un objeto distinto de la norma jurídica”.³⁶⁶

Sin embargo, si partimos de la idea de que la norma es una correlación lingüística entre casos (compuestos por propiedades fácticamente verificativas) y soluciones (acciones calificadas deónticamente), veremos que dicha provisión legal es un supuesto normativo que existe en el mundo nouménico con independencia de que se hayan verificado en los hechos las propiedades que reclama para operar. La diferencia entre norma y relación jurídica derivada de la misma es que la primera opera como supuesto jurídico, mientras que la relación legal es la actualización de dicho supuesto.

Abundando, el supuesto jurídico es el sustrato que da nacimiento tanto al deber jurídico como al derecho reflejo y en este sentido al *nexum*, a la relación jurídica. El supuesto jurídico es la facultad potencial que la norma jurídica encierra; la relación jurídica, la facultad actualizada.³⁶⁷ En este sentido, existe una diferencia entre la norma, como potencialidad de la relación jurídica, y la relación legal misma como actualización del supuesto jurídico.

Como vimos en el capítulo que antecede, Ferrajoli distingue entre normas téticas y normas hipotéticas. Las primeras son aquellas que atribu-

³⁶⁴ La Corte Internacional de Justicia ha sostenido que “una distinción esencial debe dibujarse entre las obligaciones que un Estado debe a la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen *vis a vis* otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por virtud de la naturaleza misma las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados, puede decirse, tienen un interés legal en su protección; estas son obligaciones *erga omnes*. Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo, de los actos ilegales de agresión, genocidio, esclavismo y discriminación racial”, *Barcelona Traction, Light and Power, Belgium vs. Spain*, ICJ, 1970.

³⁶⁵ Compuesta de “deber jurídico” y “derecho reflejo”.

³⁶⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 140.

³⁶⁷ En palabras de Rojina Villegas: “El derecho objetivo se convierte entonces simplemente en la base o fundamento del derecho subjetivo, pero no puede confundirse con éste. Existe la misma diferencia entre la facultad potencial que la norma jurídica encierra, y la facultad actualizada que el derecho subjetivo implica”, *cf. op. cit.*, nota 208, p. 20.

yen inmediatamente situaciones jurídicas o estatus a determinadas clases de sujetos; conforme a ellas, sin mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y del estatus que prevén. Ejemplo de normas téticas es el derecho a ser propietario.

Por el contrario, las normas hipotéticas predisponen situaciones o status como efectos de los actos previstos como hipótesis, como, por ejemplo, los derechos de propiedad sobre ciertos bienes en particular.³⁶⁸

El *nexum* convencional es una norma hipotética de las de Ferrajoli, mientras que las disposiciones legales que regulan la creación de la norma convencional son normas téticas.

Kelsen observó que el binomio deber jurídico–derecho reflejo había surgido en forma paralela al del derecho objetivo–derecho subjetivo, bajo los mismos motivos: establecer un límite al poder soberano del Estado.

Lo que denominamos derecho reflejo, y que en la teoría clásica civilista francesa se llama simplemente derecho subjetivo de un individuo, se contrapone normalmente, a la obligación correlativa de otro. Para Kelsen, dicha contraposición genera la apariencia de dos situaciones jurídicas relevantes. El padre de la escuela austriaca señalaba que esta distinción podría ser útil para efectos de didáctica, pero por haber sido mal entendida había generado múltiples problemas conceptuales, pues no se trata de dos situaciones jurídicas distintas, sino, en realidad, de dos caras de la misma moneda.³⁶⁹ El derecho subjetivo de una persona, dice Kelsen, no es más que el reflejo de una obligación a cargo de otra.³⁷⁰ La teoría kelseniana ha subrayado que el deber jurídico es consubstancial, indivisible, de igual naturaleza que el derecho reflejo, y esta conclusión se debe a que para Kelsen toda norma es impero atributiva.³⁷¹

³⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 156, 164 y 165.

³⁶⁹ En la tradición anglosajona y en el marco del contrato, a esta única relación que surge entre las partes se le denomina *privity of contract*. Tradicionalmente era esencial para ejercer una acción respecto de cualquier contrato que subsistiera el *privity* entre el actor y el demandado respecto de la materia en disputa, dicha exigencia ha sido dispensada y se ha extendido el derecho a demandar por daños o perjuicios a terceros beneficiados o aún perjudicados. Procesalmente, *privity* implica que la relación entre una o más personas es tal que un juicio que involucre a uno de ellos será decisivo para el otro aunque no haya sido parte en el mismo. *Black's Law Dictionary*, St Paul MN, West Publishing Co., 1991.

³⁷⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 14.

³⁷¹ Al respecto, García Máynez sostiene que “la regulación jurídica es una *conexión de dos juicios*, recíprocamente fundados, uno *imperativo* y otro *atributivo*. El que impone el deber al obligado lógicamente implica el que concede al pretensor un derecho subjeti-

Contrario a Kelsen, Ferrajoli propone que el derecho reflejo (derecho subjetivo en la teoría francesa) debe distinguirse tanto del deber jurídico (garantía primaria) y de la facultad de exigir la responsabilidad (garantía secundaria) que surge en caso de incumplimiento del deber jurídico; dicha facultad de exigir la responsabilidad en su máxima expresión puede cobrar la forma del ejercicio de una *actio* ante un tribunal.

Ferrajoli sin embargo afirma que su distinción tiene carácter deóntico y no óntico, no expresa el ser del derecho, sino su deber ser. Ferrajoli no alega que el derecho, como un todo, no tenga carácter imperativo-atributivo, sino que en ocasiones un sistema jurídico particular puede establecer un derecho reflejo sin señalar en qué consiste el correspondiente deber jurídico (por ejemplo el derecho a tener una casa digna que se consagra en algunas constituciones), ni quién es el acreedor; en este caso, estamos frente a una laguna del sistema jurídico que será necesario completar por los órganos del sistema encargados de producir normas.³⁷²

C. Responsabilidad

El incumplimiento a un deber jurídico da lugar al surgimiento de la responsabilidad. Ésta surge porque el incumplimiento del deber jurídico ocasiona una injuria que puede tener lugar en dos vertientes: injuria indirecta: afectación al sistema legal en virtud de que se ha dado incumplimiento a un deber jurídico reconocido por dicho sistema, e injuria directa: afectación al titular del derecho reflejo. Dicha afectación, dependiendo de la naturaleza del derecho reflejo puede ser *erga singulum*, si el deber jurídico se debe *vis a vis* un acreedor identificable, o *erga omnes*, cuando el deber jurídico se debe a más de un miembro de la comunidad jurídica.

Es importante no confundir un simple daño con una injuria, el primero se da en el mundo fenoménico, el segundo en el mundo nouménico y puede darse el caso de *damnum sine injuria*.³⁷³

vo, y viceversa. Pues si el cumplimiento de la obligación del primero no pudiese ser reclamado por el derechohabiente, ese deber no sería una deuda ni tendría carácter jurídico”, *cfr.* García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 17.

³⁷² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 180-196.

³⁷³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha señalado que “Debe distinguirse entre *perjuicio* o interés jurídico como condición para la procedencia del juicio de garantías y el *perjuicio económico* sufrido por un individuo o conjunto de individuos

El incumplimiento del deber jurídico ha cobrado muchos nombres: ilícito, delito, entre otros. En el derecho internacional se denomina “hecho ilícito”, pues el vocablo “hecho” busca evitar confusiones respecto de la intención del autor, ya que la violación a una norma jurídica muchas veces no requiere de la intención misma del sujeto activo.³⁷⁴

El *nexum* creado por el deber jurídico y el derecho reflejo es independiente de la relación jurídica que nace del incumplimiento del deber jurídico. Así, en el sistema jurídico internacional se ha dicho que “la esencia de un hecho ilícito internacional descansa en la no conformidad de la conducta actual de un Estado con la que debió haber adoptado para cumplir una particular obligación internacional. Tal conducta da lugar al nacimiento de nuevas relaciones legales que se agrupan bajo la denominación común de responsabilidad internacional”.³⁷⁵ La independencia de las obligaciones surgidas con motivo del incumplimiento del deber jurídico, la distinción entre responsabilidad, ha sido establecida en distintos sistemas jurídicos. En efecto, una vez que la responsabilidad ha tenido lugar como resultado de la presencia del hecho ilícito, aquella no se ve afectada por la desaparición de la obligación que se violó. Así, la Corte Internacional de Justicia, discutiendo la defensa del Reino Unido en el sentido de que el Mandato sobre Camerún del Norte había llegado a su fin, y, por lo tanto, cualquier violación al mismo no podía ser ya reclamada dijo: “una acción de reparación no llega a su fin por la terminación del Mandato”.³⁷⁶

¿Toda violación a un deber legal genera responsabilidad? La respuesta es sí, pero en diferente grado. En el sistema jurídico internacional se ha dicho que “cualquier violación de un Estado de cualquier obligación, cualquiera que sea su origen [*costumbre, tratado, principio general de derecho*], da lugar a responsabilidad estatal”.³⁷⁷ La situación es clara

en virtud de la realización del acto reclamado, perjuicio éste último que no es suficiente para la procedencia del juicio de garantías, pues bien pueden afectarse económicamente los intereses de un sujeto o grupo de individuos, y no afectarse su esfera jurídica...”, INTERÉS JURÍDICO, CONCEPTO DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO. Séptima Época, vol. 64, p. 68, Amparo en revisión 994/57. Ventas y Propaganda, S. A. 4 de abril de 1974. Mayoría de 9 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

374 Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, p. 80.

375 *Ibidem*, p. 124.

376 *Northern Cameroons*, Preliminary Objections, ICJ, 1963, p. 35.

377 *Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda-Francia, RIAA, vol. XX, 1987, p. 217 (1990).

cuando la injuria es directa y *erga singulum*. Pero ¿qué hay de *injuria* directa *erga omnes*, o simplemente injuria indirecta?

Todo incumplimiento de un deber jurídico al generar, al menos la injuria indirecta, debe dar lugar al surgimiento de responsabilidad. Nuevamente, el derecho internacional, calificado de sistema jurídico horizontal, ha sostenido la existencia de responsabilidad por injuria indirecta. “La idea de que es deber del Estado obedecer ciertas reglas de conducta hacia otros Estados, surge del hecho de que es un miembro de la comunidad internacional y de que dicha comunidad está gobernada por reglas de derecho: la responsabilidad resultante por el fallo de obedecer estas reglas es una consecuencia directa de este deber”.³⁷⁸

La responsabilidad que surge del incumplimiento de un deber jurídico implica la creación de nuevas relaciones jurídicas. En un sistema jurídico tan simple y llano como el internacional, el responsable tiene, al menos, el deber jurídico de:

- a) *Cesar y no repetir el incumplimiento* del deber jurídico primario;³⁷⁹
- b) *Reparación* por la injuria ocasionada.³⁸⁰

³⁷⁸ “Responsabilidad de los Estados por daños causado en su territorio a personas o propiedad extranjera”. League of Nations Document, C. 75. M. 69, 1929, *AJIL*, vol. 24, Issue 1, enero de 1930, p. 48.

³⁷⁹ La Corte Internacional de Justicia ha dicho, por ejemplo: “una situación ilegal no puede permanecer sin consecuencia” refiriéndose a la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia después de la terminación del Mandato que hizo el Consejo de Seguridad, agregando “Sudáfrica siendo responsable, tiene la obligación de ponerle un fin. Los Estados miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilegalidad e invalidez del acto y abstenerse a brindar apoyo o asistencia y abstenerse de establecer relaciones contractuales con Sudáfrica en casos en los que actúe a nombre de Namibia” concluyendo “la terminación del Mandato y la declaración de ilegalidad de la presencia de Sudáfrica son oponibles a todos los Estados en el sentido de impedir *erga omnes* la legalidad de una situación que se mantiene en violación al derecho internacional”. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276 (1970)*, ICJ, 1971.

³⁸⁰ Comentando sobre los sucesos de la toma de la embajada de los Estados Unidos por estudiantes y el apoyo subsiguiente del gobierno de Irán a tales hechos, la Corte Internacional de Justicia dijo: “la acción requerida por el derecho general internacional [como contrapuesto al derecho internacional particular generado por tratados] a Irán era que hiciera todo esfuerzo para llevar la flagrante violación a un final rápido, reestablecer el status quo y ofrecer reparación por el daño”, *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case (Hostages Case), US vs. Iran*, ICJ, 1980, p. 68.

Cesación y no repetición son parte importante en la restauración de la relación legal afectada por el incumplimiento del deber jurídico, y normalmente los sistemas jurídicos buscan que la situación prevista por el sistema legal se restaure.

La reparación, por su parte, puede cobrar multitud de formas. En el derecho internacional la restitución³⁸¹ es la forma primaria de reparación,³⁸² pero puede ser el caso de que la misma sea imposible y entonces opera la compensación (*damages*).³⁸³ En algunos sistemas jurídicos, la reparación puede incluir castigo, por ejemplo, pago de daños ejemplares; mientras que en otros sistemas legales como el derecho internacional no los incluye.

La responsabilidad que surge ante el incumplimiento de un deber jurídico se genera por ministerio de ley, es decir, no tiene que ser pactada ni se deriva de la relación jurídica generada por el deber jurídico y el derecho reflejo. De igual manera, las obligaciones del responsable existen con independencia de que se ejerza o no la facultad de exigir dicha responsabilidad. En este sentido es que la Corte Permanente de Justicia Internacional señalaba: “Es un principio de derecho internacional y más aún, un concepto general de derecho que cualquier violación a un acuerdo implica la obligación de reparación. La reparación es el complemento indispensable de una falla en aplicar una convención, y no hay necesidad de que esto sea establecido en la convención misma”.³⁸⁴

D. *Facultad de exigir la responsabilidad*

Limitada y circunscrita por los confines del Estado soberano, la teoría jurídica ha identificado a la facultad de exigir la responsabilidad con la

³⁸¹ Remedio por el cual el afectado es regresado a la situación prevaleciente antes del incumplimiento o puesto en la posición en que estaría si el mismo no se hubiera dado.

³⁸² “El principio esencial contenido en la noción de acto ilegal —principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales— es que la reparación debe, tanto como sea posible, limpiar las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que hubiera, con toda probabilidad, existido si dicho acto no se hubiese cometido. Restitución en especie y sino es posible pago de una suma correspondiente al valor de la restitución en especie”, *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, Indemnity, Corte Permanente de Justicia Internacional, judgment 13, 1928, p. 47.

³⁸³ Indemnización monetaria por los daños sufridos.

³⁸⁴ *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, Indemnity, Corte Permanente de Justicia Internacional, judgment 13, 1928, p. 29.

actio ante un tribunal, es decir, la facultad que otorga el sistema jurídico a alguien para reclamar mediante el ejercicio de una acción ante los tribunales estatuidos el incumplimiento del deber jurídico. Cuando dicha *actio* no se encuentra presente simplemente se ha concluido que tampoco existe la facultad de exigir responsabilidad, más aún, que no existe la relación jurídica primaria, tal conclusión debe ser modificada.

Kelsen llamó “derecho subjetivo en sentido técnico”³⁸⁵ al poder jurídico otorgado a un órgano del sistema legal para llevar adelante una acción por incumplimiento de una obligación por parte de otro miembro del sistema legal. El citado autor señalaba que en un sistema jurídico bien podían existir derechos subjetivos en sentido técnico, pero cabía la posibilidad de que no los hubiera, ya que éstos constituían una técnica específica del sistema jurídico capitalista en cuanto éste garantiza en forma muy especial al interés individual, e históricamente los sistemas jurídicos no han sido todos capitalistas. De hecho, Kelsen observaba que dicha técnica no domina en todas las partes del sistema legal contemporáneo estatal, sino sólo aparece plenamente desarrollada en el terreno denominado “derecho privado”; el derecho penal moderno, por ejemplo, no la emplea.³⁸⁶

En el derecho internacional consuetudinario la facultad de exigir la responsabilidad puede dividirse en:

- a) Facultad de exigir la cesación y no repetición, y
- b) Facultad de exigir la reparación.

El que incumplió el deber jurídico (deudor) y el responsable por dicho incumplimiento no necesariamente tiene que ser la misma persona, puede ser el caso que quien “responda” lo haga por el incumplimiento del deber jurídico a cargo de otro.

Por otro lado, el titular de la facultad a invocar la responsabilidad no necesariamente tiene que ser quien sufra la injuria directa. Más aún, puede ser el caso de que ésta la padezca un animal, plantas u objetos inanimados, y no necesariamente un ser humano cuando, por ejemplo, el sistema jurídico estatuye obligaciones ambientales a favor de una especie en peligro de extinción,³⁸⁷ o bien puede ser el caso de la pornografía in-

385 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 147.

386 *Ibidem*, pp. 148 y 149.

387 *Ibidem*, pp. 142 y 143.

fantil, donde los directamente afectados son los niños, considerados normalmente incapaces por los distintos sistemas jurídicos.

La facultad de exigir la responsabilidad puede no corresponder a un único órgano del sistema jurídico. Se puede ser titular, por ejemplo, de exigir la cesación y no repetición, pero carecer de la titularidad de exigir la reparación. Ser titular de una facultad no forzosamente implica ser titular de la otra.

Es importante distinguir entre la responsabilidad de la facultad de exigir la responsabilidad. La primera es una figura de naturaleza sustantiva, la segunda de naturaleza adjetiva.³⁸⁸ Con esto en la cabeza, la Corte Internacional de Justicia sostuvo: “una distinción debe hacerse entre el derecho a activar la corte y el derecho del actor respecto a la materia propia de su reclamo... Las cláusulas jurisdiccionales fueron adjetivas y no substantivas en su naturaleza y efecto, ellas no determinan si las partes tienen derechos substantivos, sino solamente, si los tuvieran, podrían vindicarlos recurriendo a un tribunal”.³⁸⁹ La facultad de exigir la responsabilidad puede exhibir diferentes grados dependiendo del sistema jurídico de que se trate, en los derechos nacionales puede perfeccionarse hasta alcanzar la forma de *actio*.

Finalmente, cabe señalar que tradicionalmente la facultad de exigir la responsabilidad se ha vinculado con mecanismos coercitivos que se aplican para hacer cumplir el deber jurídico. Este punto es crítico para la teoría jurídica. Si la obligación puede existir sin la responsabilidad y, por lo tanto, sin la facultad de exigir la responsabilidad y no por ello deja de ser obligación jurídica, los mecanismos coercitivos que se derivan de la responsabilidad y la facultad de exigirla son completamente accesorios. Los mecanismos coercitivos en el caso de que el responsable no cumpla sus obligaciones son un mecanismo adicional y tienen una función netamente instrumental.³⁹⁰

En los sistemas jurídicos donde ha operado la especialización, ciertos seres humanos son los encargados de aplicar los mecanismos coercitivos

388 La *obligación* existe desde el momento en que se constituye el deber jurídico aunque todavía no exista responsabilidad por incumplimiento ni se haya ejercido la facultad de exigir la responsabilidad. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 208, pp. 23 y 24.

389 *South West Africa Cases, Ethiopia vs. SA, Liberia vs. SA*, Second Phase, ICJ, 1966.

390 “El objeto de una represalia debe ser provocar la reparación del Estado que ofende por la ofensa o el regreso a la legalidad mediante evitar mayores ofensas” *Naulilaa Case*, Arbitraje, *Portugal vs. Germany*, 1928.

para hacer cumplir los deberes jurídicos. Cabe señalar que dichos hombres, al ejecutar un mecanismo coercitivo no lo hacen a nombre propio, sino a nombre de la colectividad jurídica. El ejecutar los mecanismos de coerción a nombre de la comunidad jurídica y no a nombre propio es lo que se conoce como "monopolio del uso de la fuerza", y tiene lugar en todo sistema jurídico donde se haya dado la revolución en el mundo de las representaciones morales de la que hablaba Habermas.³⁹¹

Sin embargo, existen sistemas jurídicos donde no se ha dado la especialización al grado tal de que una persona en lo particular sea la encargada de aplicar el mecanismo coercitivo, sino que los aplican los integrantes del sistema jurídico, normalmente el propio afectado,³⁹² aunque bajo ciertas circunstancias un integrante puede aplicar el mecanismo coercitivo no defendiendo un interés legal propio, sino uno colectivo.³⁹³ Lo importante es que el monopolio del uso de la fuerza se conserva porque la ejecución del mecanismo coercitivo se realiza no a nombre de quien juega el papel de verdugo, sino de la comunidad jurídica, esto aun cuando lo haga defendiendo un interés propio. La descentralización en cuanto a la aplicación de la ley no impide la estricta monopolización de la medida coercitiva como tal. En este sentido Kelsen refería que era indispensable distinguir entre matar como delito (en contra de una obligación esta-

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

392 En derecho internacional se ha sostenido por ejemplo que "si una situación surge de forma que, desde el punto de vista de un Estado, resulta en la violación de una obligación internacional por otro Estado, el primero está facultado, dentro de los límites del derecho internacional, al uso de la fuerza armada para afirmar sus derechos a través de contramedidas... toda contramedida debe, en primera instancia, tener algún grado de equivalencia con la violación alegada, esta es una bien establecida regla... juzgar la proporcionalidad de una contramedida no es un función fácil y puede a lo más ser lleva a cabo mediante aproximación. Es esencial no solamente tomar en cuenta las injurias sufridas..., sino también la importancia de las cuestiones de principio que surgen de la violación alegada...". *Air Services Agreement Case, France vs. US*, Arbitral Tribunal, 1978, 81, 83.

393 El artículo 54 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Estatal establece: "Este capítulo es sin perjuicio del derecho de cualquier Estado, titulado bajo el artículo 48, párrafo 1, a invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas legales contra ese Estado para asegurar el cese de la violación o la reparación en el interés del Estado afecto o de los beneficiarios de la violación afectada", Crawford, James, *op. cit.*, nota 361, pp. 302 y ss.

blecida por el régimen jurídico) y matar como sanción (ejerciendo el mecanismo coercitivo a nombre de la comunidad).³⁹⁴

3. Pacta sunt servanda (*el papel de la grundlegung*)

Toda norma tiene como característica esencial su “fuerza obligatoria”, la convención no es la excepción. La norma convencional es heterónoma, es decir, impuesta por el sistema jurídico.³⁹⁵ Derivado de esta heteronomía, en el derecho romano se decía que el deudor en una convención se encontraba en un estado de sujeción (*nexum*) frente al acreedor.³⁹⁶ Como dicho estado de sujeción era ejercido realmente por el acreedor a través de cadenas, no se distinguió si el *nexum*³⁹⁷ derivaba del sistema jurídico o de una relación de fuerza.

Es importante distinguir la heteronomía de la norma convencional, de la autonomía que priva en el procedimiento que la crea. Vista como norma, la convención, nace del libre ejercicio de un poder para celebrarla que detentan quienes crean dicha norma, pero una vez ejercida dicha facultad y creada la norma, esta última tiene fuerza obligatoria con independencia del querer de quien la hizo, en este sentido es heterónoma.

Esta distinción entre autonomía en el procedimiento de creación de la norma y heteronomía en su vigencia aplica en general para toda norma jurídica. La distinción subyace en el fondo mismo de la definición de Estado de derecho. Así por ejemplo, el Legislativo de un país tiene libertad para crear o no una norma, de acuerdo con el sistema legal que lo rija, pero una vez creada, le aplica al mismo legislativo aun contra su voluntad, la generalidad de la ley y su característica de imperativo atributiva son básicas para el derecho, y priva en cualquier sociedad donde se haya dado la revolución de las representaciones morales de Habermas. A esto se refería Bracton cuando sostenía: “Quod rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege”.

³⁹⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 75.

³⁹⁵ No por un soberano.

³⁹⁶ Robles Farías, Diego, *op. cit.*, nota 321, p. 500.

³⁹⁷ En la época de las Doce Tablas, *nexum* era la venta que alguien hiciese de sí mismo o de los sujetos a su potestad con fines de garantía de una obligación. Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Historia del derecho romano*, trad. de Francisco de Pelsmaeker E Ibáñez, Madrid, Reus, 1974, p. 85; *id.*, *Instituciones de derecho romano*, trad. de José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 223; Sohm, Rodolfo, *op. cit.*, nota 296, p. 43.

La fuerza obligatoria de la norma convencional se manifiesta, desde luego, en el hecho de que las partes contratantes no pueden liberarse unilateralmente de las obligaciones creadas por la convención, no obstante que hayan sido autónomamente creadas. La obligatoriedad de la norma que nace de un acto jurídico, no depende del arbitrio de la parte o partes que intervengan en el acto.³⁹⁸ Tal es la diferencia entre estar obligado y no estarlo.

Si estamos en presencia de un sistema jurídico en el que las normas prevalezcan sobre las partes litigantes, como normas jurídicas previas y vinculantes para todos; donde además se faculte a los órganos de dicho sistema a crear normas convencionales; necesariamente dicho sistema incorporará la disposición jurídica *Pacta sunt servanda*:³⁹⁹ los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos.

³⁹⁸ “Todas las obligaciones que nacen del acto jurídico privado... se crean por un procedimiento autónomo, pero una vez ya elaboradas, tienen vigencia heterónoma, es decir, nacen por voluntad del obligado y en este sentido existe autonomía en su formación, pero una vez creadas, tienen vigencia independientemente del arbitrio del obligado y, por lo tanto, existe heteronomía en sus efectos o vigencia”, Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 208, p. 49.

³⁹⁹ *Pacta sunt servanda*, conocida también como la “santificación de los contratos”, ha sido considerada como una norma fundamental para el funcionamiento de toda sociedad. El principio de que la palabra de uno debe mantenerse aun frente a los enemigos tiene fuertes raíces morales y religiosas y ha estado presente a lo largo de todas las culturas y en todos los sistemas jurídicos; forma parte del derecho internacional como principio general de derecho y como derecho internacional general (contrapuesto al derecho internacional particular generado por tratados). Wehberg, Hans, “*Pacta sunt servanda*”, *AJIL*, vol. 53, Issue 4, octubre de 1959, pp. 775 y 784. Es interesante señalar que hasta el padre de la teoría soberana sostenía la validez del principio *pacta sunt servanda* y decía que “en cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina”, igualmente sostenía que el *pacta sunt servanda* era parte de la ley natural por lo que “el príncipe soberano está obligado al cumplimiento de los contratos hechos por él, tanto con sus súbditos como con los extranjeros... su obligación es doble: por la equidad natural, que quiere que las convenciones y promesas sean mantenidas, y, además, por la confianza depositada en el príncipe, quien debe mantenerla aunque sea en perjuicio suyo... No hay delito más odioso que un príncipe en perjurio... En esto convienen casi todos los doctores en derecho, si se considera que el mismo Dios, como dice el Maestro de Sentencias, queda obligado a su promesa”. *Cfr.* Bodin, J., *op. cit.*, nota 107, pp. 147, 156 y 157. En el otro extremo, el padre de la política, haciendo caso omiso de todo derecho y norma jurídica, anuló el *pacta sunt servanda* y propuso: “no debe, pues, un príncipe ser fiel a su promesa cuando esa fidelidad le perjudica y han desaparecido las causas que le hicieron prometerla”, Maquiavelo, Nicolás, “El príncipe”, *Obras políticas*, La Habana, Editora de Ciencias Sociales, 1971, cap. XVIII, p. 340. Hegel, por su parte, sostuvo que

Pacta sunt servanda no es una disposición legal que nace con la norma convencional ni que se presenta solamente *vis-à-vis* las partes contratantes, de manera sinalagmática, *erga singulum*, sino que es una obligación *erga omnes*, impuesta por la comunidad jurídica, el sistema jurídico, la *grundlegung* a la que pertenecen las partes contratantes.⁴⁰⁰

Si las partes de una convención pudieran unilateralmente determinar cuándo cumplirla o no, el valor jurídico de la misma quedaría en tela de juicio. El cumplimiento de una obligación jurídica no es optativo; el carácter jurídico de la convención se manifiesta así en su fuerza vinculante, en su obligatoriedad.

La Corte Internacional de Justicia ha sostenido al respecto que inclusive en el caso de que las dos partes de un tratado incumplan sus obligaciones mutuamente “ello no lleva al tratado a su fin ni justifica su terminación. La Corte sentaría un precedente de implicaciones trastornadoras en las relaciones contractuales y en la integridad de la norma *pacta sunt servanda* si concluyera que un tratado en fuerza entre Estados... puede ser anulado de manera unilateral bajo el argumento de incumplimiento recíproco”.⁴⁰¹

¿De dónde viene la fuerza obligatoria de la norma convencional? Esta pregunta es en esencia similar a la diversa ¿De dónde viene la fuerza obli-

el “punto de partida [del derecho] es la *voluntad*”, que el derecho internacional “depende de la voluntad de distintos soberanos” y que los tratados sólo son validos en tanto contribuyan al bienestar de los mismos Estados “puesto que los Estados en su relación de independencia uno frente al otro son como voluntades particulares, y la validez de los tratados depende de ellas, y puesto que la voluntad particular de la totalidad es en cuanto a su contenido, su bienestar en general constituye la ley suprema de la conducta de los Estados con los demás”, *cf.* Hegel, G. W. F., *op. cit.*, nota 154, § 4, 330 y 336. Las observaciones de Hegel fueron útiles para todos aquellos, como Jellinek, que basados en la idea soberana sostenían la existencia simultánea del derecho internacional y el Estado implicaba cierta contradicción, ya que el Estado es superior a todo principio jurídico. Jellinek, Georg, *op. cit.*, nota 79, p. 562. Las excepciones a *pacta sunt servanda* fueron justificadas en la *raison d’Etat*, superior a toda legalidad, con su máxima expresión en Spinoza, quien dijo “nadie... está obligado a mantener los pactos, sino por la esperanza de algún bien o por el temor de algún mal... ¿Quién, en efecto, se fiaría de las palabras y promesas de aquel que tiene la potestad suprema y el derecho a hacerlo todo, y cuya suprema ley es la salvación y la utilidad de su Estado, a menos que sea un necio, que desconoce el derecho de las supremas potestades?... nadie que está al frente de un Estado puede, sin cometer un crimen, cumplir sus promesas en detrimento de su Estado”, Spinoza, Baruch, *Tratado teológico político* (1670), Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 343.

⁴⁰⁰ Basdevant, Jules, *Regles générales du droit de la paix*, The Hague Academy Recueil des Cours, 58, IV, 1936, p. 643.

⁴⁰¹ *Case Concerning the Gabcikovo Nagymaros Project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

gatoria del derecho? En otro trabajo hemos discutido ampliamente este punto,⁴⁰² baste por el momento tener bien presente la diferencia abismal que Hart ha subrayado entre “fui obligado” y “tuve una obligación”.⁴⁰³

Por el momento podemos contestar a las preguntas: ¿de dónde viene la fuerza obligatoria de la convención?, ¿por qué el efecto de la convención es obligar a los contratantes?, sin necesidad de resolver el “nudo gordiano”: ¿de dónde viene la fuerza obligatoria del derecho? La respuesta a las primeras inquietudes es que la disposición convencional es derecho y está inserta en un sistema jurídico de base, en un *grundlegung*, que la reconoce como suya, le da vida y fuerza, y, como tal, es obligatoria.⁴⁰⁴

El problema de la obligatoriedad de la convención es, entonces, el del fundamento de validez de la norma convencional. Esta pregunta es similar a aquella de ¿por qué una ley cualquiera es válida dentro de un sistema jurídico? La respuesta a ambas interrogantes es que tanto la ley como la convención son obligatorias cuando, y en la medida, en que el sistema legal respectivo, *grundlegung*, las reconoce y considera como situaciones generadoras de derecho.

En lenguaje de Hart, la convención es obligatoria cuando y en la medida en que una norma secundaria autoriza a ciertos sujetos, que gozan de “personalidad jurídica” suficiente dentro de dicho sistema jurídico para crear una norma primaria por medio de la celebración de una convención.⁴⁰⁵

Más aún, una norma convencional es obligatoria en el sistema legal *S* no sólo porque haya sido creada conforme al procedimiento previsto en éste; una disposición jurídica que se aplica, aunque no haya sido previamente emitida por órgano alguno del sistema legal donde se aplica, pasa a existir para dicho sistema jurídico por motivo de la “introducción” que de la misma hace a dicho sistema jurídico, un órgano autorizado por él mismo para ello.

La obligatoriedad de los contratos, norma *pacta sunt servanda*, se aplica no solamente a los contratos creados conforme al sistema legal *S*, sino también a los contratos reconocidos por dicho sistema legal.⁴⁰⁶ *Pac-*

402 García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 43 y ss.

403 Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 203, p. 103.

404 “Un contrato no tiene fuerza obligatoria sino en virtud de una ley que le da valor jurídico”. Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, p. 46.

405 Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 203, pp. 99 y ss.

406 Al respecto, por ejemplo, el artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México establece que “Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República”.

ta sunt servanda es la base para el cumplimiento de las provisiones convencionales, cumplimiento que se manifiesta en cuatro vertientes:

- a) Exactitud en el tiempo; esto es, el deber convencional debe cumplirse en el tiempo convenido.
- b) Exactitud de modo, es decir, el deber convencional debe cumplirse en la forma convenida.
- c) Exactitud en el espacio, que implica que el deber convencional se cumpla en el lugar convenido.
- d) Exactitud en la sustancia, esto es, que el deber convencional se cumpla en la cosa convenida.

Los diversos sistemas jurídicos de base, *grundlegung*, frente a la falta de estipulación expresa de las partes contratantes respecto a estas cuatro formas de cumplimiento, han desarrollado normas que suplen el *consensus* omiso de las partes que crearon la norma convencional. Ejemplo de una norma supletoria de tal tipo es aquella que establece que a falta disposición de las partes, la obligación debe ser cumplida en el domicilio del deudor.⁴⁰⁷ Sin embargo, dichas normas son particulares de cada sistema jurídico y por ello no las comentaremos en un estudio que pretende ser general.

Cabe señalar también, que en un sistema jurídico sencillo como el internacional, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que *pacta sunt servanda* forma parte del derecho internacional consuetudinario (también llamado general y contrapuesto al derecho internacional particular que surge por tratados), y que se integra por dos elementos de igual importancia: obligatoriedad para las partes y ejecución de buena fe. El último elemento implica que “el propósito del tratado y las intenciones de las partes al concluirlo, deben prevalecer sobre una aplicación literal. El principio de buena fe obliga a las partes a ejecutar sus compromisos de una manera razonable de forma que el propósito pueda ser alcanzado”.⁴⁰⁸

Rebus sic stantibus

Pacta sunt servanda es tan importante para la comunidad jurídica que en principio no tiene excepción alguna, como tampoco debe tenerla el principio de la obligatoriedad de la ley, ni aun en circunstancias extremas.

⁴⁰⁷ Artículo 1369 del Código Civil del Estado de Puebla, México, 1978.

⁴⁰⁸ *Case Concerning the Gabčíkovo Nagymaros Project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

No obstante, existen situaciones legalmente previstas en los sistemas legales que permiten, bajo ciertos supuestos, que el incumplimiento de la ley no dé lugar a responsabilidad. A este respecto y en materia de contratos, es importante distinguir entre dos tipos de contratos: transacciones discretas y transacciones continuas. Ejemplo de una transacción discreta es la compra de un refresco o abordar un taxi, una transacción continua es, por ejemplo, el desarrollo y construcción de un proyecto de centro comercial. La teoría tradicional del contrato ha puesto énfasis en la aplicación del principio *pacta sunt servanda* en los contratos discretos, sin embargo, en los contratos continuos el principio *pacta sunt servanda* es revalorado. En los contratos continuos se espera que las partes sean cooperativas sobre un periodo de tiempo más o menos largo y la mayoría de las veces no es posible especificar todas las estipulaciones desde el inicio de la relación contractual; las partes deben ajustar su relación conforme ésta se desarrolla progresivamente.⁴⁰⁹ De esta forma, el principio *pacta sunt servanda* se matiza, pues el contrato se va modificando a lo largo de su vida.⁴¹⁰ En este contexto los distintos sistemas legales han desarrollado diversas teorías: *imprevisión*, *force majeure*, *hardship*, *rebus sic stantibus*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *excesiva onerosità sopravvenuta*; cada una de dichas teoría tiene sus peculiaridades específicas, pero todas intentan suavizar el principio de cumplimiento estricto de los contratos de largo plazo. ¿Cómo mantener *pacta sunt servanda* respecto de un contrato que evoluciona?

En esta sección trataremos una excepción a *pacta sunt servanda* denominada *rebus sic stantibus*. Esta excepción ha sido reconocida en muchos sistemas legales nacionales y en el sistema jurídico internacional ha sido calificada de principio general de derecho.

Rebus sic stantibus es una excusa que se argumenta con base en la falta de la voluntad convencional, fundamento de las obligaciones contractuales mismas. La observación es que si las obligaciones contractuales

409 Sharma, K. M., "From «sanctity» to «fairness»: an Uneasy Transition in the Law of Contracts", *New York Law Journal of International & Comparative Law*, núm. 95, 1999, pp. 122 y ss.

410 "La idea de que los contratos deben en toda circunstancia ser ejecutado de acuerdo con su tener... es opuesta a la experiencia universal y diaria de la humanidad y a los requerimientos del buen sentido y la justicia", Mann, F. A., "State Contracts and State Responsibility", *American Journal of International Law*, vol. 54, núm. 3, julio de 1960, pp. 303 y ss.

nacen del *consensus*, y si tiene lugar un evento totalmente fuera de lo contemplado por las partes de forma que dicho evento cambia totalmente la naturaleza de los riesgos contractuales previstos, cabe cuestionarse si en tal caso realmente existió el *consensus* respecto a dicho evento.

El texto latino que da origen a la teoría reza: “Contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futurum, rebus sic stantibus intelliguntur”, que traducido libremente significa: Los contratos que prevén ejecución sucesiva sobre un periodo futuro de tiempo deben ser entendidos sujetos a la condición de que las circunstancias permanezcan iguales. Bajo *rebus sic stantibus* toda convención es obligatoria mientras las circunstancias bajo las cuales fue concluida no se hubiesen modificado en lo fundamental.

En derecho internacional consuetudinario la excepción *rebus sic stantibus* ha sido incorporada en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. La idea que subyace es la existencia de un evento no previsto y, por lo tanto, no consentido por las partes, de forma que las circunstancias en las que se basó el *consensus* cambian radicalmente; el apartado b del numeral citado menciona que el cambio de circunstancias debe transformar radicalmente el nivel de las obligaciones a llevar a cabo; el apartado a señala que dichas circunstancias debieron haber constituido base esencial del consentimiento de las partes para concluir el tratado.

Por su parte, la teoría francesa ha creado una excepción al cumplimiento de las obligaciones convencionales muy parecida a *rebus sic stantibus*, la “imprevisión”, que establece que si se dan circunstancias que fueron imposibles de prever al momento de celebrar el convenio y éstas son de carácter extraordinario, de forma tal que el obligar al deudor a atenerse a lo pactado resulte en absoluto desacuerdo con la justicia y equidad, entonces la norma convencional debe considerarse no obligatoria.⁴¹¹

Las excepciones como *rebus sic stantibus* o como la “imprevisión” han sido duramente criticadas porque en opinión de muchos socavan la seguridad convencional; sin embargo, parece sensato señalar que “*pacta sunt servanda* no es en realidad una regla en sí misma, sino simplemente una reflexión sobre la naturaleza de la obligación contractual”,⁴¹² la excepción que aplica en ciertas circunstancias a la regla general.

411 Enneccerus, Ludwig, *op. cit.*, nota 327, p. 206.

412 Sharma, K. M., *op. cit.*, nota 409, pp. 122 y ss.

En el derecho internacional general, la excepción *rebus sic stantibus* ha sido invocada recurrentemente. En el caso *Fisheries*, fase de jurisdicción, Islandia argumentaba ante la Corte Internacional de Justicia que el uso de nuevas técnicas pesqueras implicaba un cambio fundamental de circunstancias de tal forma que una cláusula compromisoria entre Islandia y el Reino Unido para referir disputas pesqueras a la Corte había dejado de ser obligatoria. La Corte no apoyó tal argumento y si bien reconoció que *rebus sic stantibus* existía en el derecho internacional general, un requisito básico para que operara era que el cambio de circunstancias fuera fundamental; esto es, que un cambio de circunstancias, para ser excepción a la obligatoriedad de un tratado, debería transformar la obligación a cumplir, que en este caso, el compromiso de solución de controversias que no había sido afectado por un cambio en las técnicas pesqueras a juicio de la Corte.

Por otro lado, el tribunal sostuvo que *rebus sic stantibus* no operaba automáticamente ni permitía la denuncia unilateral del convenio, sino que solamente confería el derecho a solicitar la declaración de terminación de la convención.⁴¹³

En el proyecto *Gabcikovo Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que un cambio fundamental de circunstancias para poder ser alegado como base para que un compromiso deje de ser obligatorio

... debió haber sido imprevisto... [*además*] la existencia de la circunstancia en el momento en que se concluyó el tratado debió haber constituido base esencial del consentimiento de las partes para obligarse por el tratado... [*concluyendo que*]... La forma negativa y condicional de la redacción del artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados... [*que incorpora la regla del derecho internacional general consuetudinario rebus sic stantibus*]... es indicación clara de que la estabilidad de relaciones contractuales requiere que el alegato de cambio fundamental de circunstancias sea aplicado sólo en casos excepcionales.⁴¹⁴

413 ICJ, 1973, *Fisheries Jurisdiction*, Jurisdiction.

414 *Case Concerning the Gabcikovo Nagymaros Project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997, 104.

4. *Ámbitos de vigencia de la norma convencional*

Niboyet sostuvo que los sistemas legales estatales manifiestan su existencia a través del ejercicio de la soberanía, la cual se ejerce en un momento dado sobre un territorio y una población.⁴¹⁵ Esta visión común a la teoría jurídica estatal dio lugar a las llamadas “esferas de validez” de las normas jurídicas o más apropiadamente “ámbitos de vigencia”.⁴¹⁶

El problema de la validez tiene especial relevancia para el derecho. Las obligaciones morales o religiosas rara vez son calificadas de inválidas, ya que dichos sistemas normativos pretenden ser de obligatoriedad universal y permanente.

La validez de las disposiciones jurídicas deriva de que los sistemas legales que las contienen están limitados en tiempo y espacio. Las disposiciones jurídicas se ubican dentro de los límites de los sistemas legales que les dan vida; no pueden ir más lejos, tampoco aceptan nada menor. Así, por ejemplo, las disposiciones de un sistema jurídico estatal son vigentes en el tiempo y en el espacio determinado por los alcances soberanos del Estado al que pertenecen. Ello da lugar a las esferas temporal y espacial de vigencia.

El que una disposición legal sea obligatoria para determinados individuos y no para otros constituye el ámbito de vigencia personal. Cómo habrán de conducirse los hombres y qué actos deberán realizar u omitir, es lo que constituye la esfera material de vigencia.

Una disposición jurídica es obligatoria, es decir, válida, si tiene suficiencia legal; es decir, si está acorde y es suficiente desde el punto de vista de los requisitos o formalidades que el sistema legal le requiere para su creación o aplicación. Cabe señalar que una norma legal no es obligatoria más que para el sistema legal que la reconoce.⁴¹⁷ Siendo los sistemas legales limitados en tiempo y espacio, una norma de un sistema

415 Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 4, p. 233.

416 Hemos visto que el término validez es identificado con otros tantos vocablos dependiendo de la escuela jurídica, validez = eficacia, validez = obligatoriedad, validez = existencia legal, validez = pertenencia a un sistema jurídico. García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 35 y ss.; Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 151. Para efectos de esta sección utilizaremos como sinónimos vigencia y validez, entendiendo como validez la obligatoriedad de la norma.

417 Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 203, p. 117.

jurídico determinado no será válida para otro si este último no la reconoce o la hace suya.

Así, el primer requisito para que una norma convencional sea válida es que pertenezca a un sistema legal, es decir, sea una norma de acuerdo con un sistema jurídico,⁴¹⁸ *grundlegung*.

A. *Ámbito material (los límites a la autonomía de la voluntad)*

La teoría jurídica sostiene que en materia de convenciones opera el principio de autonomía de la voluntad, este principio se ha analizado desde dos vertientes:

Contenido de la norma convencional. Desde este punto de vista, el principio de la autonomía de la voluntad sostiene que el consenso de las partes, al ser la ley suprema de las convenciones, puede establecer cualquier obligación, de forma que los que celebran el convenio son libres para obligarse en los términos que deseen. Bajo esta idea el ámbito de vigencia material de las convenciones es ilimitado y ninguna conducta se encuentra *a priori* excluida de una norma convencional.

Autonomía de la voluntad como fuente de la norma convencional. En este aspecto existen dos posiciones: por un lado, se sostiene que la voluntad del sujeto es una fuente original de derecho, esto es, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de forma que el sujeto crea normas jurídicas *ab initio*; por otro, y contrariamente a dicha postura, se sostiene que la voluntad convencional es solamente una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque ejerce una facultad reconocida por el orden legal.⁴¹⁹ La primera postura es la teoría tradicional.

La idea clásica de la autonomía de la voluntad se apoya en la distinción de la esfera pública y privada hecha por la teoría liberal del siglo XIX; esta distinción es paralela al binomio derecho objetivo *vs.* derecho subjetivo, que se apoya en la idea de que la esfera gubernamental debe limitarse a ciertas funciones protectoras de la sociedad —defensa, administración de justicia y policía— mientras que la gran mayoría de las ac-

⁴¹⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 49.

⁴¹⁹ Alfonsín, Quintín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1950, p. 13.

tividades sociales y económicas deben llevarse a cabo, sin limitaciones gubernamentales, por los agentes privados.⁴²⁰

La absoluta libertad a la esfera privada descansa en un concepto del hombre fuera de sociedad,⁴²¹ considerando a esta última simplemente como un mal necesario. En este contexto, el sistema legal debe respetar los derechos del ser humano previos a toda organización social.

La visión que fundamenta la teoría de la autonomía de la voluntad tiene su exposición máxima en la filosofía de Hegel. La conclusión de esta teoría es directa: el hombre aparece investido de derechos naturales reconocidos por el derecho objetivo, pero, de ninguna manera, creados por este último, sino simplemente reconocidos y garantizados. El binomio derecho objetivo *vs.* derecho subjetivo ha hecho del interés protegido por la ley, un límite al contenido del derecho objetivo, ya que si el sistema jurídico no puede crear, sino solamente registrar y endosar a través de los derechos subjetivos los intereses supremos de los seres humanos, tampoco podrá destruirlos.⁴²²

Sin necesidad de entrar a la discusión de la existencia de derechos previos al sistema legal, o del contenido mínimo de garantías que éste debe tener, una vez establecido, es importante que sus normas se ubiquen por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades, por arriba de las partes litigantes, como norma jurídica previa vinculante para todos.⁴²³

Para poder llevar a cabo sus funciones el sistema legal no puede admitir excepciones. La norma jurídica debe sobreponerse a las voluntades de los que pretende regular, gobernados y gobernantes, en la sociedad debe prevalecer la *rule of law*. El sistema legal requiere de una colectividad donde la convivencia de sus integrantes esté soportada por la norma jurídica de

⁴²⁰ Friedman, Wolfgang, *op. cit.*, nota 301, p. 282.

⁴²¹ Esta descontextualización de la actividad del ser humano en la sociedad realizada por los liberales fue llamada por Marx de una manera muy elegante, que no deja de ser simpática, como “Robinsonadas”, Marx, K., *El capital (1894)*, México, Fondo de Cultura Económica, t. I, p. 41.

⁴²² Sólo así podemos entender que el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano diga: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos del hombre ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. Es decir, no tiene Constitución en el sentido del “concepto ideal” de Constitución propio del Estado de derecho. *Cfr.* Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1952, p. 147. Para el concepto ideal de Constitución véase pp. 41 y ss.

⁴²³ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

manera *erga omnes*, no *erga singulum*, de forma que exista la obligación de no delinquir. Una sociedad no de *pactum associationis*, sino de *pactum subjectionis*.⁴²⁴ El “Estado jurídico”, aquel “que contiene las condiciones bajo las cuales cada uno puede participar de su derecho”.⁴²⁵

En una sociedad donde prevalece el “Estado de derecho” la autonomía de la voluntad está por necesidad limitada; la voluntad es por tanto libre dentro del dominio donde el legislador no ha intervenido.⁴²⁶ La autonomía de la voluntad no tiene lugar respecto al contenido mismo de la convención, el ámbito material. La voluntad de los contratantes no puede pasar sobre ciertas normas del *grundlegung*, en particular no puede derogar la norma *pacta sunt servanda*, o contratar actos ilícitos.⁴²⁷

El ámbito de validez material de las convenciones está limitado, entonces, por el sistema legal de base, no todo tipo de derecho puede ser creado por contrato, tal es el caso, en los distintos sistemas jurídicos nacionales, de los derechos políticos; por convenio sólo pueden crearse obligaciones que el sistema jurídico autoriza. El principio de la autonomía de la voluntad opera solamente dentro del campo mayor o menor que la ley deja al arbitrio de los contratantes.⁴²⁸

424 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 178.

425 Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 132.

426 Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, p. 11.

427 Ciertos contratos para llevar a cabo crímenes se penan con independencia de que se hayan llevado a cabo o no actos ilícitos. Así, los artículos 2o. y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de México establece penalidades a quien acuerde llevar a cabo ciertos crímenes de manera permanente o reiterada, sin que los mismos hayan tenido lugar. *Cfr.* DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o., Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 4o., AMBOS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA, ES AUTÓNOMO Y NO UNA AGRAVANTE. Del texto de los artículos 1o., 2o., párrafo primero, y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en relación con su exposición de motivos, se advierte que el solo acuerdo de la organización o la organización misma, que tenga como fin cometer algunos de los delitos precisados en el numeral 2o. citado, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la ley referida, con independencia de la sanción que le corresponda al ilícito o ilícitos cometidos. Acorde con lo anterior, debe decirse que el ilícito de mérito no es una agravante de los diversos previstos en las fracciones del citado artículo 2o. de la ley en cuestión, toda vez que las circunstancias señaladas denotan la autonomía del ilícito de delincuencia organizada, porque le dan vida propia, esto es, para su consumación no requiere de la realización de otra conducta tipificada como delito. Tesis P. XXV/2002, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p. 8.

428 Stiglitz, Rubén, *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 27 y ss.

Por otro lado, la voluntad convencional no es una fuente originaria de obligaciones, sino una fuente derivada. “Toda facultad jurídica como posibilidad normativa de actuar, debe estar regulada y autorizada de manera expresa, ya que constituye un acto de interferencia en la conducta ajena, que de no existir esa autorización sería ilícita”.⁴²⁹

La voluntad convencional solamente impone obligaciones si y sólo si, una norma secundaria regula la creación de la norma convencional y en este sentido faculta a ciertos órganos del sistema jurídico a crearla. Cuando este último prescribe que hay que conducirse de acuerdo con la convención, hace de ésta un hecho creador de normas jurídicas, y en este caso hay una delegación de una norma general en los órganos de la comunidad jurídica de mérito para crear la norma convencional. Así, la tradición jurídica romana ha sostenido que el tercer elemento del acto jurídico (aparte de la manifestación de voluntad animada de la intención de producir efectos de derecho y del objeto que persigue dicha manifestación y que se traduce en crear, o modificar derechos y obligaciones)⁴³⁰ es el que “la norma jurídica ampare la manifestación de voluntad y reconozca los efectos deseados por los contratantes”.⁴³¹

No obstante lo anterior, el principio de la autonomía de la voluntad debe rescatarse en materia de convenciones, pero debe ser bien entendido en sus alcances. Existe autonomía de la voluntad en el procedimiento de creación de la norma convencional, pues ésta nace del ejercicio libre de la

⁴²⁹ Rojina Villegas, Rafael, *Teoría jurídica de la conducta*, México, Ediciones Botas, 1947, p. 43.

⁴³⁰ El convenio es el acto jurídico plurilateral por excelencia. De hecho, según el sistema jurídico mexicano, el convenio y el acto jurídico tienen los mismos elementos: esenciales: I) manifestación de voluntad, y II) objeto física y jurídicamente posible; de validez: I) capacidad, II) ausencia de vicios de la voluntad, III) forma o formalidad, y IV) objeto, motivo, fin y condición lícitos. Artículos 1794 y 1795 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Según la tradición anglosajona, un acto jurídico, *act*, denota la manifestación externa del deseo del actor. Restatement, Second, Torts, p. 2. En un sentido más estricto significa algo hecho voluntariamente por una persona y de tal naturaleza que ciertas consecuencias legales son adheridas al mismo. Así, el donador reconoce la transmisión que hace como su “act and deed” (acto y escrito) siendo ambos términos sinónimos. *Black's Law Dictionary*, St Paul MN, West Publishing Co., 1991. A mayor abundamiento, se puede decir que un individuo es competente para realizar un testamento si entiende la extensión de su propiedad, la identidad de los objetos naturales de su generosidad y las consecuencias de su acto 26 *New York Supplements*, second series, 96, 100.

⁴³¹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 317, p. 10.

facultad otorgada a los órganos del sistema jurídico (las partes contratantes) por una norma que regula la creación de la norma convencional. La autonomía de la voluntad también está presente en cuanto a la elección del contenido de la norma convencional, pero sólo en la medida en que dicha elección tiene lugar dentro del marco del sistema jurídico, sólo en la medida en que el objeto de la convención es legal.

Además de que la voluntad convencional, el *consensus*, de los contratantes está limitada por el sistema legal, cada una de las voluntades de éstos se limita frente a la otra y en el acuerdo limitado y negociado se crea el *consensus* mismo. Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- Nadie puede hacerse así mismo de derechos, dado que todo derecho presupone la obligación del otro.⁴³² Así, y dentro de los confines estatistas de los que habla Ferrajoli se ha dicho que:

El sujeto puede conferir derechos a otro, pues en uso de su autonomía puede autoobligarse... *pero lo que no puede nunca el sujeto es por su sola voluntad imponer un deber jurídico a otro*, para auto crearse un derecho subjetivo. Esta función sólo la asume el *poder jurídico soberano* o estatal, que en uso de la heteronomía del derecho impone al súbdito determinados deberes jurídicos, a través de las normas de derecho, confiriendo las facultades correlativas.⁴³³

- Suponiendo un sistema jurídico donde sólo existan dos individuos, yo y el otro, la autonomía de mi voluntad en un negocio jurídico se encontraría limitada por la autonomía de la voluntad del otro, y en principio se espera que se dé una negociación entre las partes, es decir que el contrato tenga lo que el sistema jurídico anglosajón denomina “consideración” y el sistema jurídico romano-germano “causa”.⁴³⁴

⁴³² Esto no aplica al revés, los sistemas jurídicos sí prevén que la declaración unilateral de voluntad genere obligaciones para sí, y, por lo tanto, derechos subjetivos para otros. Por ejemplo, el artículo 1804 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos establece que “ Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”.

⁴³³ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 429, p. 71.

⁴³⁴ Debe distinguirse entre causa, consentimiento y objeto. Cada uno de estos elementos responde a un orden diferente de preocupaciones: el consentimiento: ¿ha querido el

Por esta razón, se ha dicho que las convenciones son el vehículo por medio del cual las voluntades individuales convergen al interés general, al interés común. Este interés común o general es el de las partes contratantes; uno que puede estar en conflicto inclusive con el individual de cada una de las partes, pero que está en armonía con el interés que tienen al participar en la norma convencional, como miembros que desean ser del régimen convencional. El interés común, por lo tanto, no es una agregación de intereses particulares, sino la intersección de todos ellos, este interés común constituye lo que las partes son y desean ser.⁴³⁵

El contrato ejerce así la función de ser centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica, que implica la composición de intereses inicialmente opuestos o no coincidentes. Dichos intereses, por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada parte halla su satisfacción; de ello deriva un instrumento de utilidad para la satisfacción de las partes, de lo cual se beneficia también, indirectamente, la comunidad.⁴³⁶

B. *Ámbito personal*

El ámbito personal de la norma convencional puede analizarse desde dos puntos de vista que se entremezclan: por el lado activo, se trata de saber quiénes son los facultados por el *grundlegung* para crear dicha norma convencional; es decir, quiénes ejercen la facultad legislativa convencional; por el lado pasivo, se trata de saber quiénes se encuentran vinculados por la norma convencional creada.

En la teoría jurídica los contratantes que concurren en la creación de una norma convencional son considerados entes independientes al órgano legislativo convencional. El acuerdo de voluntades que crea la norma convencional, la voluntad que se pone de acuerdo con otra voluntad, se denomina *consensus*, el cual no es la simple suma de voluntades. La vo-

contratante?, el objeto: ¿qué ha querido?, y la causa: ¿por qué ha querido?, ¿por qué se ha comprometido el contratante a cumplir determinada obligación? Cfr. Mazeaud, Henry y Léon & Mazeaud, Jean, *Lecciones de derecho civil. Parte II. Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral*, vol. I, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, pp. 290 y ss.

⁴³⁵ Allot, P., *op. cit.*, nota 353, p. 36.

⁴³⁶ Rivera, Julio César, *op. cit.*, nota 1, p. 264.

luntad contractual, el *consensus*, es la que crea la norma convencional y se presenta como una voluntad distinta de las voluntades individuales de los contratantes,⁴³⁷ en este sentido, es una voluntad general que incorpora el interés común de las partes negociantes como miembros de la comunidad jurídica de mérito. Cada contrato es así un trasunto de la voluntad de las partes, por lo que reconocerlo y respetarlo equivale a reconocer y respetar lo que las partes estipularon.⁴³⁸ Por esta razón, una vez formada la voluntad contractual sólo el mutuo disenso, u otra norma jurídica superior puede derogar aquello que creó el *consensus*.

Algo similar sucede con los órganos legislativos que crean leyes en los sistemas jurídicos estatales; no es la voluntad de un senador, de un diputado, de un representante, sino la voluntad conjunta de todos ellos, la voluntad legislativa, que se distingue de los primeros y que es la que da vida a la norma convencional. Esta comunión de entes que crean la norma convencional es un órgano del sistema jurídico de mérito en tanto dicha función se encuentra regulada por un precepto del sistema jurídico señalado.

El órgano del sistema legal que crea la norma convencional cumple una función de legislador.⁴³⁹ Normalmente mediante el procedimiento convencional las partes contratantes generan una norma primaria que establece deberes jurídicos entre las mismas y las vincula mediante un *nexum*. La regla general es que la norma convencional es obligatoria, en principio, a las partes que intervinieron en su proceso de creación, *res inter alios acta*.

No obstante esta regla general, nada impide que una norma convencional sea oponible a sujetos que no intervinieron en su creación. Así, una convención llevada a cabo a través de un representante tendrá efectos no sobre el que intervino en su creación, el representante mismo, sino sobre el representado, aunque este último no haya participado en la creación de la norma convencional.⁴⁴⁰

Puede ser el caso, inclusive, que una norma convencional sea oponible *erga omnes*, a toda la comunidad jurídica, por el tipo de deber jurídico creado. Tal cosa sucede en las convenciones que estatuyen derechos rea-

437 Tamayo Lombana, Alberto, *op. cit.*, nota 317, pp. 126 y ss.

438 Alfonsín, Quintín, *op. cit.*, nota 419, p. 14.

439 “Los Estados que hacen un tratado son legisladores”. *Cfr* Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 4, p. 290.

440 Tal es el caso de la llamada representación directa o propia. Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. de Fontanorrosa *et al.*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, t. I, p. 241.

les, como lo sería la creación de una servidumbre, derechos que por su naturaleza son oponibles a todos y, por lo tanto, generan obligaciones a cargo de un número indefinido de personas que no han participado en la conclusión del negocio jurídico.⁴⁴¹ Es importante señalar que esta oponibilidad general, la característica de *erga omnes*, no nace de la voluntad de las partes, no se pacta, sino que la establece la *grundlegung*, la impone la ley como característica del derecho creado. Para algunos estudiosos, el hecho de la oponibilidad *erga omnes* aparece como una contradicción a la naturaleza de la convención, sin embargo, esto no es más que evidencia de que la norma convencional no puede ser entendida por sí misma, aislada del sistema jurídico de base al que pertenece. La validez de una norma convencional más allá de las partes que intervinieron en su celebración es otra limitación al llamado principio de autonomía que opera en la creación de la norma convencional.

C. *Ámbito temporal*

Es importante distinguir el momento en que nace la norma convencional (momento de celebración, conclusión del procedimiento convencional, perfeccionamiento de la norma), del momento en que se debe cumplir con lo ordenado por dicha norma convencional. Si ambos momentos coinci-

441 REGISTRO PÚBLICO, EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES EN EL TERCERÍAS. La inscripción en el Registro Público de la Propiedad no es en nuestra legislación elemento constitutivo del derecho de propiedad, sino que sus efectos son solamente declarativos de ese derecho. Por tanto, no puede sostenerse que porque un contrato privado no estaba inscrito, no pueda surtir efectos contra el tercero que embarga el bien objeto del contrato no inscrito, toda vez que no puede admitirse que sea válido un derecho derivado de un crédito quirografario sobre bienes ajenos al demandado, sólo porque los títulos de propiedad de los mismos no se encuentren registrados. Siendo la venta, por naturaleza, traslativa de dominio y el derecho de propiedad un derecho real absoluto y, por lo mismo, oponible a todos, y teniendo, por otra parte, la tercería excluyente de dominio por finalidad excluir la afectación de los bienes resultantes del embargo, previa la declaración de que el dominio de los mismos corresponde al tercer opositor excluyente, si éste ha dejado acreditado su derecho de propiedad sobre el bien que trata de excluir, con el testimonio de la escritura del contrato de compraventa por el que lo adquirió, no puede admitirse que por el hecho de no estar inscrito el mencionado testimonio en el Registro Público de la Propiedad y en el de Comercio, sólo puede surtir efectos entre las partes contratantes y no en relación a terceros. Amparo directo 2852/57. Francisco Cepeda Cruz. 10 de marzo de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Tercera Sala, Sexta Época, vol. IX, p. 102.

den, el de celebración y cumplimiento, se dice que la convención es instantánea. Si el momento en que nace la norma convencional es uno y el del cumplimiento de lo ordenado otro, pero dicho cumplimiento debe tener lugar en un único instante, la convención sigue siendo instantánea, pero de ejecución diferida. Si la ejecución se da a través de cierto lapso de tiempo, entonces, la norma convencional necesariamente tendrá una vigencia determinada; en este caso se trata de convenciones de tracto sucesivo.

Cabe señalar que el momento en que nace la norma convencional difiere del momento en que debe ejecutarse debido a que existe una condición o término. En este caso es importante tomar en cuenta que concluido el procedimiento contractual, y creada la norma convencional ésta es ya obligatoria, no obstante que su ejecución esté suspendida. Lo que la condición o el término suspenden no es la norma convencional, es decir, su fuerza obligatoria, sino la ejecución de la misma.

Hablar de vigencia temporal de una norma convencional sólo tiene sentido cuando la creación de la norma y su ejecución o cumplimiento no se llevan a cabo en el mismo momento. El periodo de vigencia de la norma convencional puede hallarse determinado por el sistema legal al que pertenece dicha norma, el *grundlegung*, o por la convención misma.

Las obligaciones morales o los deberes de conciencia no tienen vigencia temporal acotada, un año, un mes. En contraposición, las obligaciones legales pueden extinguirse con el transcurso del tiempo si el *grundlegung* o la convención misma prevén la prescripción.

Por otro lado, la convención deja de ser obligatoria en el momento en que se cumple con lo ordenado por ella, a consecuencia de la realización de las prestaciones y contraprestaciones (lo anterior supone que dichas prestaciones y contraprestaciones son limitadas en tiempo y objeto). La norma convencional también deja de tener vigencia por la realización de un acontecimiento previsto en la misma convención o en el sistema jurídico. Puede suceder también que el sistema legal considere los supuestos de *rebus sic stantibus*, violación sustancial, imposibilidad absoluta como causales de terminación de la norma convencional.

A falta de disposición expresa, la norma convencional es vigente mientras el mutuo disenso (*mutuus dessensus*, que consiste en el acuerdo de las partes para poner fin a la convención) u otra norma superior del *grundlegung* no la eliminen del sistema legal. La anterior observación es válida para el caso de cualquier norma, inclusive la

creada por el Poder Legislativo de los Estados nacionales, donde dicha norma permanece válida mientras el *dessensus* abrogativo u otro *consensus* sustitutivo del mismo legislativo, o una norma superior, una determinación de un tribunal constitucional, por ejemplo, no la eliminen del sistema legal.

Una norma convencional puede dejar de ser obligatoria, si el sistema jurídico de mérito prevé la posibilidad de denuncia, la cual consiste en un acto unilateral para retirarse de la convención. Normalmente, la denuncia no es posible en todo momento, sino sólo en una época determinada, pasado dicho plazo, si continuara la posibilidad de denunciar la convención, el valor jurídico de la misma estaría muy en duda.

Puede ser el caso, inclusive, que una convención dependa, para perfeccionar su existencia o bien para mantener su vigencia, de la existencia o validez de otra norma convencional. Una convención es principal cuando existe o es válida por sí misma; es accesoria cuando depende para su existencia o validez de otra norma convencional. En teoría jurídica esta relación se expresa bajo la frase “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” porque la nulidad o inexistencia del segundo origina, a su vez, la nulidad o inexistencia del accesorio.

Normalmente, las convenciones accesorias se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, en este caso la dependencia es unilateral, pues el contrato accesorio depende del principal, pero no a la inversa. Lo anterior no excluye la posibilidad de dependencia bilateral, por ejemplo, cuando hay una liga de dos contratos en razón de su mismo fin, de tal suerte que no se hubiere celebrado uno de ellos independientemente del otro, además de que ninguno puede subsistir en forma aislada.

D. *Ámbito territorial*

Generalmente, las disposiciones legales establecidas por los gobiernos de los Estados nacionales limitan su validez al territorio de éstos y no pueden ser válidas en el extranjero (*leges non obligant extra territorium*), lo anterior es una consecuencia directa del principio de la soberanía estatal.⁴⁴²

⁴⁴² “Un Estado no puede ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado. En este sentido, su jurisdicción es ciertamente territorial; ésta no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio excepto por virtud de una regla permitida derivada

Lo curioso es que tratándose de normas convencionales la postura es totalmente distinta. Los convenios válidamente celebrados de acuerdo con un sistema legal estatal no tienen obligatoriedad únicamente en determinado territorio estatal. Al respecto existe el argumento de que la validez de los convenios más allá de las fronteras de los países donde fueron celebrados deriva del reconocimiento recíproco de los distintos órdenes jurídicos soberanos, del respeto de las soberanías.⁴⁴³

La anterior solución se queda corta para explicar el caso de los convenios celebrados entre personas de distinta nacionalidad y cuyos efectos se planea tengan lugar en diferentes Estados, o bien entre personas apátridas, o de normas contractuales que pueden no estar referidas a ningún territorio soberano. Esto ha llevado a decir a prestigiados estudiosos que dichos convenios forman regímenes jurídicos autocontenidos,⁴⁴⁴ los cuales no dependen de ningún sistema jurídico en particular.⁴⁴⁵

Por nuestra parte, basta citar un famoso pasaje en la materia:

La idea de que las partes contratantes tienen libertad no sólo de escoger el sistema legal aplicable a su contrato, sino también de crear su propio sistema legal que es independiente, exhaustivo y soberano, respecto del cual los sistemas legales nacionales y el derecho internacional son inferiores es una idea doctrinariamente inactiva, impracticable, subversiva del derecho

de la costumbre internacional o de una convención”, *SS Lotus Case, France vs. Turkey*, 1927, PCIJ.

⁴⁴³ Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 4, p. 240.

⁴⁴⁴ El concepto de sistema jurídico autocontenido surgió de aquellos subsistemas legales que incluyen en sí mismos los remedios y las vías para salvar cualquier violación al mismo, al respecto véase Simma, Bruno, “Self-Contained Regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI, 1985, pp. 111-135.

⁴⁴⁵ Entre ellos, el más famoso es Verdross, quien dijo que “Estos acuerdos, no siendo contratos gobernados por derecho nacional ni tratados gobernados por derecho internacional, forman un tercer grupo de acuerdos, caracterizados por el hecho de que los derechos privados establecidos por ellos son gobernados por un nuevo orden legal, creado por la concurrencia de las voluntades de las partes; esto es, la *lex contractus* acordada”, en “The status of foreign private interests stemming from economic development agreements with arbitration clauses”, *International and Comparative Law Center, Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments* 117, 1964, p. 121, citado por Spofford, Charles, “Third party judgment and international economic transactions”, *Recueil des Cours*, vol. III, t. 113, 1964, p. 192. Para una crítica de la postura de Verdross véase a Goldschmidt, Werner, “Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms (a Methodological Study)”, *Recueil des Cours*, vol. II, t. 136, 1972, p. 258.

internacional público, peligrosa desde el punto de vista de la política legal e innecesaria... difícilmente se requiere enfatizar que cada relación legal en general y cada contrato en particular debe necesariamente estar gobernada por un sistema legal.⁴⁴⁶

El hecho de que la norma convencional no esté limitada espacialmente, fenómeno que parece “curioso” a los ojos de muchos, no tiene otra explicación más adecuada que la *grundlegung*, o sistema jurídico de base que rige dichos convenios, no es un derecho nacional en particular, sino el derecho internacional general y por ello el ámbito de validez espacial de la norma convencional resulta universal. Este punto se discutirá con mayor profundidad posteriormente.

5. Clases de normas convencionales

Con el fin de entender mejor la naturaleza de la norma convencional analizaremos algunas clasificaciones hoy tradicionales.

Los civilistas franceses distinguieron entre convención onerosa y gratuita. Dicha precisión fue calificada por Jossérand como “una de las claves del derecho francés... [que interesa]... a los actos jurídicos en general... no hay uno solo de ellos que no deba necesariamente entrar en uno de los dos términos de esta... *summa divisio*... clasificación magistral, que interesa al mismo tiempo a la forma y al fondo del derecho, a su exteriorización y esencia”.⁴⁴⁷

Para entender esta *summa divisio* es necesario utilizar nuevos términos: provechos y gravámenes; éstos pueden entenderse, en un sentido muy amplio, como las ganancias y pérdidas derivadas del cumplimiento de la norma convencional. Los provechos y gravámenes deben distinguirse de los derechos y obligaciones establecidos por la norma convencional. El cumplimiento de derechos y obligaciones genera provechos y gravámenes. Los derechos y obligaciones nacen con la norma convencional, los provechos y gravámenes, con el cumplimiento de lo ordenado por la norma convencional. Los derechos y obligaciones son noúmenos, los provechos y gravámenes, fenómenos.

⁴⁴⁶ Mann, F. A., “The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons”, *British Yearbook of International Law*, 1959, p. 49.

⁴⁴⁷ Jossérand, L., *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, trad. de José María Cajica, Puebla, 1946, p. 270.

En principio, la convención onerosa es aquella que impone provechos y gravámenes recíprocos. La convención se dice gratuita cuando los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra. La teoría clásica francesa señala que la manera de distinguir entre un acto jurídico oneroso y uno gratuito es con base en la causa, es decir, la intención de liberalidad de quien soporta los gravámenes.

No obstante lo anterior, en un contrato cada una de las partes hace un cálculo que debe no coincidir con el de la contraparte, respecto del resultado neto de los provechos que recibe y los gravámenes que carga; ante esto cabe la pregunta ¿cómo penetrar en los pensamientos que permaneciendo en el fuero interno del disponente, no se han exteriorizado en el acto que se trata de interpretar?

Ante esta situación algunos autores han señalado que un contrato es oneroso si en el cumplimiento del mismo se mantiene cierto equilibrio económico entre las partes, de forma que el resultado neto entre provechos y gravámenes es cero: en este sentido se habla de equivalentes o compensaciones en las prestaciones. Será gratuito aquel contrato en que una de las partes proporciona al otro una ventaja sin equivalente alguno, de forma que el primero sufre la disminución patrimonial consiguiente.⁴⁴⁸ Al respecto, cabe subrayar que los contratos onerosos implican para cada una de las partes el cálculo de que el beneficio obtenido será mayor al gravamen sufrido, y esto se da al mismo tiempo para ambas partes, si no fuera el caso nunca se celebrarían convenciones. En efecto, desde el punto de vista de un observador externo a la relación convencional existen muchos contratos donde aparentemente las ventajas económicas son mayores para una de las partes y no por ello pueden considerarse como gratuitos. Así, se habla entonces de que para que un convenio se considere oneroso se requiere solamente la apreciación subjetiva de las partes, distinguiéndose así equivalencia objetiva de equivalencia subjetiva.

Para Jossierand, el elemento interno del contrato es indispensable para calificarlo de gratuito. El *animus donandi*, o la intención de liberalidad da la característica de gratuidad.⁴⁴⁹

La distinción entre convenciones onerosas y gratuitas refiere a la exteriorización del derecho (el cumplimiento de la convención, un hecho fe-

⁴⁴⁸ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus, 1951, t. III, p. 311.

⁴⁴⁹ Jossierand, L., *op. cit.*, nota 447, p. 315.

noménico) y no tiene nada que ver con la norma convencional misma, los derechos y obligaciones, un hecho nouménico. Los civilistas franceses en esta *summa divisio* mezclaron derechos y obligaciones con provechos y gravámenes.

No debe confundirse el binomio unilateral *vs.* bilateral con el binomio oneroso *vs.* gratuito, el primero refiere derechos y obligaciones, el segundo, ganancias y pérdidas. Los dos binomios no se duplican, uno pertenece al mundo nouménico, otro al fenoménico. Así, no hay contradicción en que una convención sea a la vez bilateral y gratuita; el comodato, por ejemplo, es gratuito (impone gravámenes para una sola de las partes) y al mismo tiempo bilateral (impone obligaciones a ambas partes), ya que el comodante “debe” entregar la cosa al comodatario, quien no pagará por su uso, y éste “debe” restituírsela al primero al final del término pactado.

Nuevamente, considerando el sentido exterior del convenio, su cumplimiento, vemos que las normas convencionales pueden ser conmutativas cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde su celebración, o aleatorias, si dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta sino hasta que se realice dicha condición o término. Por ejemplo, la compra de esperanza es un contrato aleatorio, así, en la compra de una cosecha se adquieren los frutos futuros o los productos inciertos de un hecho, que puede realizarse o no.

Los contratos aleatorios se definen por dos condiciones, las cuales deciden qué parte llevará a cabo la carga de la convención. Una de las partes perderá o ganará porque el acontecimiento sucederá o no, de manera inevitable, piénsese por ejemplo en la apuesta. El contrato aleatorio contiene así dos obligaciones condicionales y excluyentes; una de las partes se obliga bajo una condición, y la otra bajo la condición opuesta; de suerte que no pudiendo éstas dos ni existir a un mismo tiempo ni faltar a un mismo tiempo, una de las dos ha de cumplirse necesariamente, quedando sin ejecutarse la obligación de la parte que se obligó bajo la condición que no tuvo lugar.

La distinción entre convenciones conmutativas y aleatorias tiene relevancia cuando se invoca la teoría de la *lesión*, o desproporción notoria entre las prestaciones que tiene lugar debido a la explotación de la ignorancia, miseria o inexperiencia de una de las partes, teoría que algunos sistemas jurídicos reconocen.

La lesión sólo puede presentarse en contratos conmutativos que no sean a la vez gratuitos, donde las prestaciones se determinen de antema-

no, de tal manera que no dependan de la suerte ni del acaso. En el contrato aleatorio, como en el juego o la apuesta, la cuantía de las prestaciones depende de la suerte misma.

La norma convencional estatuye deberes jurídicos, llamadas en el argot contractual prestaciones. Es posible distinguir normas convencionales, cuyas prestaciones son paralelas, debido a que las partes se obligan a realizar comportamientos iguales, de aquellas con prestaciones cruzadas en las que las partes se obligan a observar comportamientos diferentes.⁴⁵⁰ Ejemplo de prestaciones paralelas se da cuando dos agentes económicos celebran un acuerdo colusivo para vender al mismo precio en un mercado, en este caso las obligaciones son similares; prestaciones cruzadas tienen lugar en una permuta, donde las obligaciones son diferentes.

La clasificación anterior debe distinguirse de las llamadas convenciones de “finalidad común”; en estas convenciones las prestaciones pueden ser diferentes, pero el fin es el mismo para todos, la característica de este tipo de convenciones es que la persecución de una finalidad común implica una gestión colectiva basada en una estructura asociativa que radica en la colaboración o cooperación de las partes contratantes y que redundará en beneficios para todos.⁴⁵¹ Dicha estructura asociativa no significa la creación de una sociedad necesariamente y bien puede limitarse a una *joint venture*.

Con relación a las convenciones de finalidad común, tenemos a la convención mixta, que conjuga diversos contratos para integrar un gran proyecto. Esto ocurre, por ejemplo, en el contrato de hospedaje, que a la vez incluye arrendamiento, préstamo de servicios y depósito. Normalmente los diversos contratos que integran el contrato mixto se rigen por sus propias reglas, siempre y cuando no se incurra en contradicción con la finalidad total que se persigue.

V. EL CONVENIO COMO PROCEDIMIENTO

1. *La voluntad convencional*

La norma convencional es creada por el acuerdo de voluntades (*consensus*) de dos o varios órganos del sistema jurídico que al unirse de esta manera forman otro órgano legal, dicho *consensus* es reconocido por el

⁴⁵⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 311, p. 22.

⁴⁵¹ Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, nota 448, p. 246.

grundlegung como generador de ciertas consecuencias de derecho, esto es, generador de obligaciones.

No todo acuerdo de voluntades es *consensus*, es decir, capaz de generar una norma convencional. Por ejemplo, un acuerdo de voluntades entre dos personas cuyo propósito sea ir a cenar o ver una película no genera *consensus* y, por ende, no genera efectos legales. Lo anterior es consecuencia de que no toda la actividad del ser humano es considerada relevante para el mundo jurídico, sino solamente algunas de ellas. El acuerdo de voluntades, para ser *consensus*, debe recaer sobre un objeto de interés jurídico, es decir, sobre conductas que el sistema jurídico de mérito considere relevantes.

La teoría jurídica toma en cuenta para la formación del *consensus* no el número de personas que intervienen, sino la función que desempeña la voluntad de cada una de ellas. Así, en una compraventa la voluntad de la parte compradora⁴⁵² debe coincidir con la voluntad de la parte vendedora⁴⁵³ en cuanto al objeto de la voluntad convencional (*consensus*), esto es, querer llevar a cabo la compraventa. De igual manera sucede con la voluntad legislativa, no importa si el Congreso se integra por 500 o 10,300 diputados, sino que lo relevante es que funcione legalmente y que se den las condiciones legales para emitir la norma.

Al estudiar el *consensus* vemos que las convenciones son un vehículo por medio del cual las voluntades individuales convergen al interés común. El *consensus* refleja el interés general de las partes contratantes; que puede estar en conflicto inclusive con el individual de cada una de ellas, pero que está en armonía con el que tienen al participar en la norma convencional, como miembros que desean ser de dicho régimen convencional. El *consensus* no es una agregación de intereses particulares, sino la intersección de todos ellos; esto constituye lo que las partes son y desean ser.⁴⁵⁴

Lo anterior también aplica a las leyes emitidas por el *consensus* legislativo, no es la voluntad de un diputado más la voluntad de otros tantos, sino la voluntad del Congreso. La voluntad convencional, el *consensus*, es, en esencia, distinta de la voluntad de quienes intervienen en su creación. El órgano jurídico que emite el *consensus* debe diferenciarse de las

452 Dicha voluntad puede estar integrada, a su vez, por la voluntad de varias personas que compararán en *pro indiviso*.

453 Que también puede estar integrada por la voluntad de otros tantos individuos que venden como copropietarios.

454 Allot, P., *op. cit.*, nota 353, p. 36.

personas jurídicas que lo integran, tal como un tribunal colegiado se diferencia de cada uno de sus integrantes.

El *consensus* expresa la necesidad de un recíproco acuerdo (*cum-sentire*); es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de órganos diversos dan lugar a una nueva y única voluntad, resultado, no la suma de dichas voluntades individuales, sino que se constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y que está sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes.⁴⁵⁵ De lo anterior, una vez formada esta nueva y única voluntad, la voluntad convencional, el *consensus*, sólo el mutuo *dissensus*, u otra norma superior del sistema jurídico puede derogar aquello que ha creado la voluntad consensual. Al respecto, Kant sostiene: “Ni la voluntad *sola* del que promete, ni la del que consiente (como aceptante), basta para pasar lo *suyo* del primero al segundo; se necesita la *reunión* de estas dos *voluntades*, y por consiguiente la declaración *simultánea* de ambas”.⁴⁵⁶

Cabe subrayar que el *consensus* es un concepto nouménico, sin embargo, existe un problema de evidencia y, por ello una incursión del mundo fáctico para determinar su existencia. La mayoría de los sistemas jurídicos han tratado de resolver el dilema señalando que la voluntad como acto psíquico en el interior del sujeto no basta para concluir un contrato, es necesario que la voluntad se manifieste al mundo exterior (*solemnia*) para que pueda crearse el *consensus*.⁴⁵⁷

En efecto, todo hecho que tenga relevancia para el mundo jurídico debe ser susceptible de comprobación, lo cual es sólo posible por medio de datos exteriores y sensibles. Lo que constituye el supuesto y la consecuencia del derecho no es el hecho en sí mismo, sino el hecho comprobado. Así, aunque el formalismo es un rasgo característico de los derechos primitivos, la necesidad de evidencia implica cierto formalismo en todo sistema jurídico, aunque éste tienda a la mínima expresión. La declaración de voluntades no puede ser telepática sino manifestada exteriormente.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, 1931, vol. II, p. 278.

⁴⁵⁶ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 87.

⁴⁵⁷ Méjan Carrer, Luis Manuel, “La formación del consentimiento por medios electrónicos”, *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 14, diciembre de 1995, p. 303.

⁴⁵⁸ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 13a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 121.

Esta distinción entre voluntad psíquica y exteriorización de la misma da nacimiento a varios problemas en el procedimiento de creación de la norma convencional: ¿cuál es la consecuencia de una discrepancia entre la voluntad real y su expresión? Kelsen señala que la solución no puede encontrarse en la ciencia jurídica, sino que depende de circunstancias ajenas a la misma. Existen dos extremos de solución: Por un lado, se puede adoptar el principio individualista y señalar que la voluntad real priva sobre la expresión de la misma. Por otro, se puede adoptar el principio colectivista y establecer que lo que debe ser protegido, en interés de la seguridad del derecho, es la confianza en los hechos exteriores.⁴⁵⁹

2. *El objeto de la convención*

El *consensus* debe aparecer dirigido hacia el objeto de la convención. Así, las voluntades individuales de las partes deben coincidir hacia el mismo objeto para crear *consensus*. Este objeto de la convención es siempre la conducta que los órganos del sistema legal establecen como obligatoria, y se integra a su vez por la “prestación” y “contraprestación”.

Es importante tener en cuenta que el objeto de la convención no es lo que se pretende obtener de inmediato por su celebración, que denominaremos “la cosa” o “finalidad” de la convención, sino una conducta humana, la “prestación” y “contraprestación”.

Kant señala al respecto que “por contrato... no adquiero yo inmediatamente una cosa exterior... adquiero, pues, por el contrato la promesa de otro (y no la cosa prometida)”, y agrega “¿pero qué cosa exterior adquiero por contrato? Como no se trata más que de la causalidad del arbitrio de otra persona con relación a la prestación a que esa persona se ha obligado respecto de mí, no adquiero yo inmediatamente una cosa exterior... adquiero, pues, por el contrato la promesa de otro (y no la cosa prometida)”.⁴⁶⁰ Concluyendo: “mi derecho no es, pues, más que el derecho personal de exigir del vendedor la ejecución de su promesa (*praestatio*) de ponerme en posesión de la cosa”.⁴⁶¹

459 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 311, p. 19.

460 Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 89.

461 *Ibidem*, p. 92.

3. *La conclusión del procedimiento que crea la norma convencional*

La voluntad manifestada por una de las partes debe recaer no solamente sobre su propia prestación, sino sobre la contraprestación de la otra, y viceversa. Es en este sentido que las voluntades manifestadas de las partes involucradas al concurrir o comulgar en las prestaciones crean el *consensus*, pues recaen sobre el mismo objeto. Al nacer el *consensus* concluye el procedimiento que crea la norma convencional.

Según Kant, en todo procedimiento que crea una norma convencional podemos distinguir dos tipos de actos: preparatorios y constitutivos. A la etapa de actos preparatorios se le denomina tratado, a la siguiente, conclusión.

Por ejemplo, en la permuta de un caballo por una carreta, celebrada entre los individuos A y B, es necesario una etapa de negociación entre las partes, ésta es la preparatoria, la del tratado, en ella A ofrece dar el caballo (*oblatio*), y B aprueba recibirlo (*approbatio*), en ese momento nace la *promissum* de A de entregar el caballo. Al mismo tiempo, B ofrece dar la carreta (*oblatio*) y A acepta recibirla (*approbatio*), en ese momento nace la *promissum* de B. No obstante la existencia simultánea de cada una de las *promissum*, la de A y la de B, hasta ese momento no existe *consensus* y, por lo tanto, no existe convención todavía.

La etapa de conclusión de la norma convencional requiere que la *promissum* de A, tenga la *acceptatio* de B, en ese momento nace la prestación de A. Al mismo momento, la *promissum* de B, debe tener la *acceptatio* de A, y entonces nace la contraprestación de B. Es cuando aparece el *consensus*, dirigido a la prestación de A y la contraprestación de B, en ese momento se ha concluido el procedimiento del que emana la norma convencional.⁴⁶²

462 “En todo contrato hay por parte del arbitrio [*conciencia de la facultad de obrar para producir (querer) el objeto*] dos actos *preparatorios* y dos actos del arbitrio jurídico *constitutivos*. Los dos primeros (los del *tratado*) son la oferta (*oblatio*) y el consentimiento (*approbatio*); los otros dos (los de la *conclusión*) son la promesa (*promissum*) y la aceptación (*acceptatio*). Porque una oferta no puede llamarse promesa antes de haber juzgado que la cosa ofrecida (*oblatum*) puede *agradar* al aceptante; lo cual no se conoce sino por las dos primeras declaraciones; con las cuales, sin embargo, nada se ha adquirido todavía”. “Ni la voluntad *sola* del que promete, ni la del que consiente (como aceptante), bastan para pasar lo *suyo* del primero al segundo; se necesita la *reunión* de estas dos *voluntades*, y por consiguiente la declaración *simultánea* de ambas”. *Ibidem*, p. 87.

3. *La conclusión del procedimiento que crea la norma convencional*

La voluntad manifestada por una de las partes debe recaer no solamente sobre su propia prestación, sino sobre la contraprestación de la otra, y viceversa. Es en este sentido que las voluntades manifestadas de las partes involucradas al concurrir o comulgar en las prestaciones crean el *consensus*, pues recaen sobre el mismo objeto. Al nacer el *consensus* concluye el procedimiento que crea la norma convencional.

Según Kant, en todo procedimiento que crea una norma convencional podemos distinguir dos tipos de actos: preparatorios y constitutivos. A la etapa de actos preparatorios se le denomina tratado, a la siguiente, conclusión.

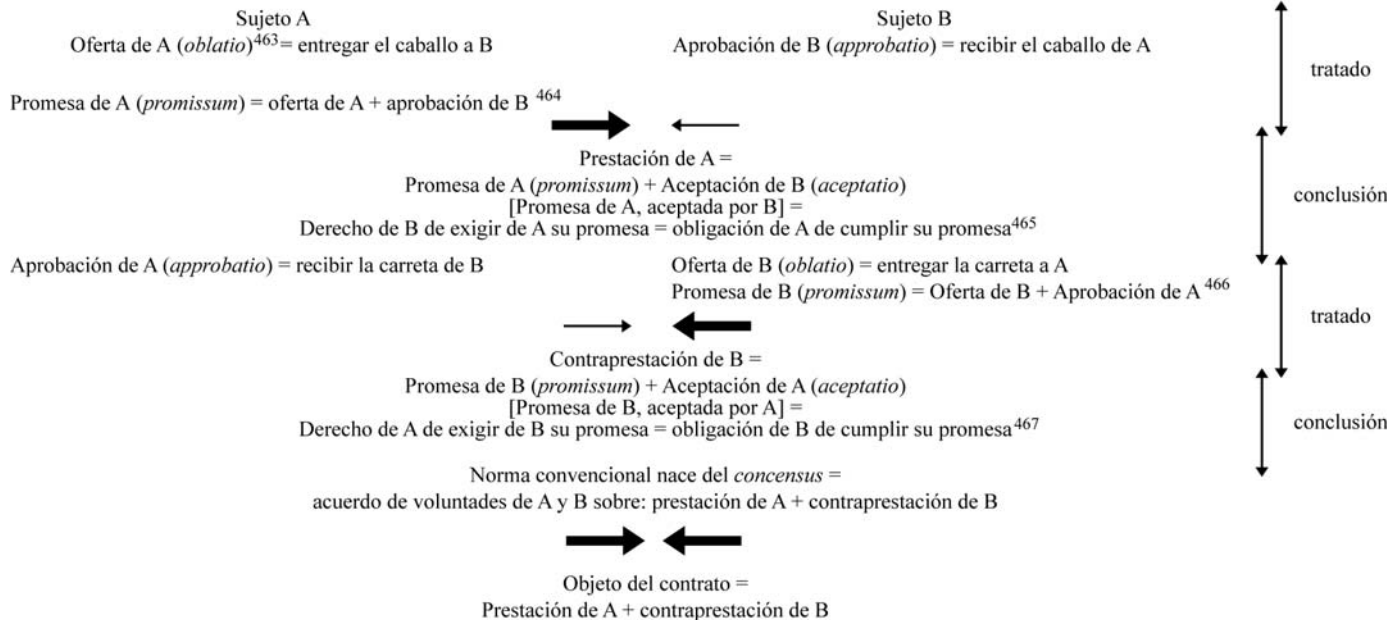
Por ejemplo, en la permuta de un caballo por una carreta, celebrada entre los individuos A y B, es necesario una etapa de negociación entre las partes, ésta es la preparatoria, la del tratado, en ella A ofrece dar el caballo (*oblatio*), y B aprueba recibirlo (*approbatio*), en ese momento nace la *promissum* de A de entregar el caballo. Al mismo tiempo, B ofrece dar la carreta (*oblatio*) y A acepta recibirla (*approbatio*), en ese momento nace la *promissum* de B. No obstante la existencia simultánea de cada una de las *promissum*, la de A y la de B, hasta ese momento no existe *consensus* y, por lo tanto, no existe convención todavía.

La etapa de conclusión de la norma convencional requiere que la *promissum* de A, tenga la *acceptatio* de B, en ese momento nace la prestación de A. Al mismo momento, la *promissum* de B, debe tener la *acceptatio* de A, y entonces nace la contraprestación de B. Es cuando aparece el *consensus*, dirigido a la prestación de A y la contraprestación de B, en ese momento se ha concluido el procedimiento del que emana la norma convencional.⁴⁶²

462 “En todo contrato hay por parte del arbitrio [*conciencia de la facultad de obrar para producir (querer) el objeto*] dos actos *preparatorios* y dos actos del arbitrio jurídico *constitutivos*. Los dos primeros (los del *tratado*) son la oferta (*oblatio*) y el consentimiento (*approbatio*); los otros dos (los de la *conclusión*) son la promesa (*promissum*) y la aceptación (*acceptatio*). Porque una oferta no puede llamarse promesa antes de haber juzgado que la cosa ofrecida (*oblatum*) puede *agradar* al aceptante; lo cual no se conoce sino por las dos primeras declaraciones; con las cuales, sin embargo, nada se ha adquirido todavía”. “Ni la voluntad *sola* del que promete, ni la del que consiente (como aceptante), bastan para pasar lo *suyo* del primero al segundo; se necesita la *reunión* de estas dos *voluntades*, y por consiguiente la declaración *simultánea* de ambas”. *Ibidem*, p. 87.

PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN DE LA NORMA CONVENCIONAL

Permuta celebrada entre A y B de un caballo por una carreta
analizada desde el punto de vista A



463 Conocida en el derecho romano como *pollicitatio*, oferta hecha pero no aceptada aún. Cfr. Petit, E., *op. cit.*, nota 296, p. 279. La *pollicitatio* significaba también la promesa de hacer una obra pública u otra liberalidad similar a propia costa, con ocasión de conseguir el oferente un cargo en la ciudad. Cfr. D'Ors, *Derecho privado romano*, 8a. ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991, p. 390.

464 “Una oferta no puede llamarse promesa antes de haber juzgado que la cosa ofrecida (*oblatum*) puede *agradar* al aceptante”, Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 87.

465 El *consensus*, es decir, el acuerdo de voluntades concurrentes de A y B sobre la *prestación* de A y la *contraprestación* de B, crea la norma convencional.

466 *Op. cit.*, nota 464.

467 *Op. cit.*, nota 465.

4. *El procedimiento convencional como procedimiento nouménico, no fenoménico*

El procedimiento convencional, la concordancia de las voluntades hacia un mismo objeto sólo tiene lógica si se le percibe como un fenómeno jurídico, inteligible, no tangible, no real.

En el mundo fenoménico la concordancia de voluntades, el *consensus*, no existen, pues, las voluntades de las partes que acuerdan nunca podrán presentarse al mismo tiempo, lo más seguro es que entre la declaración de la voluntad de una parte y la otra transcurra un periodo de tiempo.

La simultaneidad de la *acceptatio* de B sobre la *promissum* de A y la *acceptatio* de A sobre la *promissum* de B, el *consensus*, se da solamente en el mundo nouménico. Por ello Kant decía que “las formalidades exteriores (*solemnia*) de la conclusión de un contrato... indican más que otra cosa el embarazo de los contratantes acerca de la manera de representarse *como en un relámpago* la existencia simultánea de las declaraciones sucesivas que se han hecho uno al otro”.⁴⁶⁸

Tratar de ver al convenio como un hecho fenoménico en vez de nouménico ha llevado a muchos juristas a buscar el “instante” en que en la norma convencional nace, el momento del maravilloso concurso de voluntades.⁴⁶⁹ Así, se ha dicho que “la formación del contrato... puede alcanzarse... paulatina y sucesivamente, y decimos que la formación es progresiva”;⁴⁷⁰ o que “el momento de la formación del contrato es aquél en el cual se produce la aceptación y no en el que se hace la oferta”.⁴⁷¹ De forma pragmática, el juez Holmes señalaba respecto de la discusión de si un contrato por carta surgía al momento en que la respuesta era puesta en el correo o bien cuando era recibida, que “si la conveniencia prepon-

⁴⁶⁸ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, pp. 87-89.

⁴⁶⁹ Una discusión interesante sobre los procesos de oferta y aceptación en contratación internacional puede encontrarse en Arce Gargollo, Javier, “Notas sobre el capítulo de formación del contrato en los principios de UNIDROIT”, *Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 19, octubre de 1998, pp. 334-360.

⁴⁷⁰ Muñoz, Luis, *Teoría general del contrato*, México, Cárdenas Editor, 1973, p. 233.

⁴⁷¹ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil, Teoría general de los contratos, Contratos especiales*, trad. de José María Cajica, Cárdenas Editor, México, 1983, p. 975.

dera a favor de cualquiera punto de vista, esa es una razón suficiente para adoptarlo”.⁴⁷²

El padre del derecho moderno sostenía que “la deducción trascendental de la noción de adquisición por contrato es sólo la que puede salvar todas estas dificultades. Es una relación *jurídica* externa, mi toma de posesión del arbitrio de otro (y recíprocamente)” y agrega al respecto “esta relación como relación jurídica es puramente intelectual, y por lo tanto esta posesión, considerada como posesión inteligible (*possessio noumenon*)” y sólo así “entonces los dos actos, el de la promesa y el de la aceptación, no son ya considerados como sucesivos, sino... como resultado de una voluntad *común* única (lo cual se expresa por las palabras al *mismo tiempo*)”.⁴⁷³

La definición civilista francesa del “acto jurídico” como la “manifestación exterior” de la voluntad cuyo fin consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho, una situación jurídica, confunde derecho con hecho (*fact with law*). Para entender la naturaleza del acto jurídico, y su expresión *per se* el contrato, hay que distinguir el *consensus* (la voluntad contractual que crea la norma convencional) de la *solemnia* (manifestación exterior del *consensus*). Es importante no olvidar que la *solemnia* (fenómeno) es únicamente evidencia del *consensus* (noúmeno).

Debe distinguirse también entre la norma convencional y el cumplimiento de lo establecido por la misma. En el derecho moderno existe una diferencia abismal entre la perfección (creación de la norma, conclusión del procedimiento que la crea) de un contrato de compraventa, y el cumplimiento de la norma convencional; la entrega de la cosa y del precio pactado. Dicha distinción ha hecho posible el desarrollo del capitalismo, al permitir, por ejemplo, el desarrollo de los contratos en bolsa de valores, donde cargamentos de café son comprados y vendidos infinidad de veces, pasando de manos brasileñas, a turcas, holandesas y chinas, sin que el barco que los contiene se haya movido un ápice. La distinción entre *possessio phenomenon* (posesión física de un objeto) y *possessio noumenon* (posesión puramente jurídica, inteligible) es una gran aportación que la teoría kantiana ha hecho a la ciencia jurídica.⁴⁷⁴

⁴⁷² Holmes, Oliver W., *The Common Law (1881)*, Nueva York, Dover Publications, 1991, p. 305.

⁴⁷³ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, pp. 87-89.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, pp. 56 y ss. En el derecho romano, si el propietario quería transferir la propiedad de una cosa a una persona que tuviera la intención de adquirirla, era necesario pa-

El convenio es un fenómeno jurídico no físico, y como tal debe entenderse. No es lo mismo la obligación, que pertenece al mundo noumérico, que el cumplimiento de la obligación, que tiene lugar en el mundo fenoménico. Esta diferencia entre las obligaciones creadas por el convenio y el cumplimiento de dichas obligaciones es puesta magistralmente por Batiffol, quien señala que:

El acuerdo de voluntades, en razón de su carácter de causa inicial única, no es un fenómeno material (y por lo tanto ubicable) más que por accidente: puede producirse en un momento sin importar dónde, o en un momento inmediato indiscernible. Al contrario, sus efectos son por naturaleza y en principio materiales: una entrega, un pago, la ejecución de un trabajo están naturalmente localizados, por lo tanto en relación sustancial con los intereses de las partes.⁴⁷⁵

No es lo mismo que A se comprometa a entregar una joya, B esté de acuerdo en recibirla; B se comprometa a entregar una cantidad de dinero, A esté de acuerdo en recibirla; que la entrega misma de la joya y el dinero. La convención tiene lugar en el mundo jurídico, noumérico, alejado totalmente del mundo despótico, fáctico, fenomenal. El cumplimiento de la convención es ya un hecho del mundo fáctico.

No obstante la naturaleza noumérica de la convención, existen problemas en la realidad debido a la separación fenoménica temporal entre *promissum* y *acceptatio*. ¿Puede el proponente retirar su oferta en cualquier momento antes de la aceptación? ¿Qué tal que en el momento en que se tiene por hecha la convención, la voluntad de ambas partes ya haya cambiado? Nada en la teoría jurídica puede dar respuesta a estas interrogantes, ya que la ficción es que el nacimiento de la norma convencional, el comienzo de la fuerza obligatoria de la convención o de la validez de la norma contractual coincide con la terminación del procedimiento convencional, esto es, cuando se forma el *consensus*, cuando concurren las voluntades de los contratantes. Sin embargo, por motivos prácticos, los sistemas jurídicos han buscado establecer las condiciones para que se lleven a cabo convenciones entre ausentes de forma que el oferente permanezca obligado a su *promissum*, al menos, durante cierto tiempo, antes

ra que se diera la transferencia de la propiedad, y se perfeccionara el contrato, la entrega de la cosa, *traditio*. Cfr. Sohm, Rodolfo, *op. cit.*, nota 296, p. 159.

⁴⁷⁵ Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, pp. 76 y 77.

de la *acceptatio*. De la solución adoptada depende no sólo el momento, sino el lugar donde se tiene por celebrada la convención. Estos puntos son clave cuando se trata de saber qué sistema jurídico aplicará a la convención misma, en el caso de contratantes situados en distintos países.

5. *Características exigidas a las partes que intervienen en la creación del consensus*

Para que un ente pueda participar en el procedimiento de creación de una norma convencional debe, necesariamente, estar facultado por el *grundlegung* para llevar a cabo la tarea; esto es, debe tener personalidad jurídica con capacidad legal suficiente para crear la norma convencional.

A. *Personalidad*

Hemos señalado que en la teoría jurídica liberal se contraponen dos conceptos: derecho subjetivo vs. derecho objetivo. Dijimos que esta distinción pretende ubicar al derecho subjetivo como trascendente al derecho objetivo establecido por la comunidad jurídica. La idea es una institución que ponga un límite insuperable a la configuración del contenido del sistema jurídico positivo; en esta lógica el “sujeto de derecho” se concibe como independiente, en su existencia, al derecho objetivo; como portador de un derecho subjetivo que quizá no sea menos, sino más “derecho” que el derecho objetivo mismo, lo cual ha servido fundamentalmente para proteger la institución de la propiedad privada de su posible eliminación por el sistema legal. A este respecto, Ihering sostuvo: “apropiándome la cosa, le imprimo el sello de mi personalidad; cualquier ataque dirigido a ella, me hiere a mí, porque mi propiedad soy, como que la propiedad no es más que la periferia de la personalidad extendida a una cosa”.⁴⁷⁶ Esta ideología de la subjetividad jurídica es la base, como hemos referido también, de la teoría jurídica de la autonomía de la voluntad.

A partir de este esquema, la teoría jurídica construyó el concepto de “persona”, o “sujeto de derecho”. Para la teoría tradicional el hombre como concepto filosófico es anterior a “persona jurídica”, la persona es el hombre vestido de juridicidad, dotado de derechos.

⁴⁷⁶ Ihering Von, R., *op. cit.*, nota 336, p. 53.

Tal estrategia para definir la persona jurídica resultó desde el primer momento problemática, pues inmediatamente se apreció que en un sistema jurídico no sólo los hombres, sino otros “entes” —como los municipios y las asociaciones— pueden ser catalogados como personas jurídicas. Tratando de corregir, la teoría jurídica redefinió a la persona como cualquier ente “portador” de derechos y obligaciones jurídicas. Si es el caso que el hombre sea el portador de éstos se habla de “persona física”, si son otros entes se llama “persona jurídica”. En esta lógica se dijo que la persona jurídica es en realidad una persona “artificial”, un concepto auxiliar construido por la ciencia del derecho.

Un análisis más tranquilo nos lleva a concluir que la llamada “persona física” también es una construcción artificial de la ciencia jurídica. En efecto, la persona física “no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad (concepto nouménico) de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre”.⁴⁷⁷

El concepto de “persona física” es sólo una construcción jurídica y, como tal, difiere por completo del concepto de hombre como definición biológica, antropológica o filosófica, la llamada “persona física” es también una “persona jurídica”.

Lo anterior es más claro si se reconoce que históricamente los regímenes jurídicos no han otorgado personalidad a todo ser humano. El mismo derecho moderno hasta hace muy poco otorgó personalidad a las mujeres; y el romano, que nadie duda en calificarlo como tal, no tuvo el menor empacho en establecer que el esclavo no era persona jurídica, sino simple *res parlante*.⁴⁷⁸

Si un “ente” tiene personalidad jurídica no significa que primero es el “ente” y luego adquiere carácter jurídico al dotarle de derechos y obligaciones. Esto es duplicar sin necesidad las cosas, y generar hipóstasis, el “ente jurídico” es ese conjunto de derechos y obligaciones que se atribuyen. Al expresar que un “ente” es sujeto de una obligación jurídica se alude a que una conducta determinada de éste es contenido de una obligación estatuida por el sistema jurídico.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 183.

⁴⁷⁸ Los esclavos pertenecían a las *res mancipi*, y se ubicaban como bienes al lado de bueyes y animales preciados, cuya venta estaba sujeta a la solemnidad de la mancipación, Sohm, Rodolfo, *op. cit.*, nota 296, p. 91; Petit, E., *op. cit.*, nota 296, pp. 65 y 141.

⁴⁷⁹ Kant sostenía que “persona es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación”, Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 306, p. 24.

Así, cuando se dice que una sociedad (caso típico de las llamadas personas jurídicas) entra en transacciones legales o tiene derechos y deberes que el sistema legal le confiere o impone, tales juicios son, como todo enunciado jurídico, una figura del lenguaje. Los actos y omisiones de dicha sociedad necesariamente son de los seres humanos. El problema consiste en establecer con precisión dichos actos y omisiones de los seres humanos y explicar por qué pueden ser interpretados como propios de la sociedad en cuanto sujeto de derecho.

B. *Órgano del sistema jurídico*

El concepto de órgano del sistema legal ha sido ampliamente discutido en otro trabajo,⁴⁸⁰ en este momento baste recordar la siguiente conclusión: los órganos del sistema legal crean disposiciones jurídicas, generales o particulares, y también las aplican. Los órganos del sistema jurídico, al llevar a cabo las funciones encomendadas por el sistema legal necesariamente identifican: a) las disposiciones legales que les dan competencia, y b) localizan y seleccionan aquellas disposiciones legales que aplican.

Pensemos en una sociedad anónima, por estatutos más precisos y detallados que tenga, no es un sistema jurídico autocontenido, independiente, autónomo del sistema jurídico en el cual está inmerso, el *grundlegung*. Las llamadas personas colectivas son órdenes jurídicos parciales, inmersos en un sistema jurídico mayor. Si nos ubicamos en un país federal, entonces la sociedad puede muy bien ser un sistema jurídico parcial dentro del sistema jurídico de una entidad federativa, que, a su vez, forma parte del sistema jurídico federal; si estamos en Europa, a su vez parte del sistema jurídico de la Unión Europea, a su vez parte del sistema jurídico del derecho internacional. La relación ascendente y descendente de todos esos sistemas legales es una relación entre un sistema más general y uno más específico.⁴⁸¹

El anterior razonamiento sobre la personificación de la sociedad colectiva también es aplicable a la llamada persona “física”, que manifiesta su existencia jurídica no en todo acto del ser humano que la encarna, sino sólo en aquellos que son susceptibles de imputación o responsabilidad jurídica. El sustrato de la personificación es el mismo en ambos casos, ciertos actos que son atribuidos jurídicamente a un ente.

480 García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 183 y ss.

481 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 123, p. 157.

Cuando se dice que un ente, que puede verse como un sistema jurídico parcial (la persona física, la persona colectiva, una entidad federativa o un Estado) considerado como “sujeto de derecho”, tiene la facultad de realizar determinada conducta, significa que el sistema jurídico inmediato más general otorga el poder de realizar tal conducta y al ejercer dicha potestad el “sujeto de derecho” lo hace en su calidad de órgano de dicho sistema jurídico parcial.

Los entes con personalidad jurídica (Estados, sociedades, municipios o seres humanos) otorgada por el sistema jurídico de base, *grundlegung*, que crean la norma convencional, lo hacen llevando a cabo una *función* especial que les encarga el sistema jurídico a manera de *facultad*, y actúan como *órganos* de la comunidad jurídica de mérito en tanto dicha función se encuentra determinada por un precepto del sistema legal, en este sentido dicho órgano cumple la *función de legislador* al crear esa norma. El convenio, por lo tanto, no puede ser entendido con independencia de un sistema legal.⁴⁸²

C. Libertad e igualdad

En el procedimiento que crea la norma convencional el *grundlegung* reconoce la autonomía de la voluntad, es decir, la libertad del contratante, en tres vertientes:⁴⁸³

- a) *Libertad negocial*.⁴⁸⁴ Esto es, libre para celebrar o no una convención que le obligue y, por consiguiente, restrinja su libertad.
- b) *Libertad de elección de la contraparte*. Esto es, libre para decidir con quién habrá o no de celebrar la convención.
- c) *Libertad en el contenido de la contratación*. Esto es, libre para establecer, dentro de los límites que actualiza el sistema jurídico, el contenido de la norma convencional.

⁴⁸² Vischer, F., “The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts”, *Recueil des Cours*, vol. II, t. 142, 1974, p. 66.

⁴⁸³ Alfonsín, Quintín, *op. cit.*, nota 419, p. 13; Veytia, Hernany, “El capítulo uno de los principios del UNIDROIT: Disposiciones generales”, *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, UP-UNAM, 1998, p. 39.

⁴⁸⁴ También conocida como libertad de contratar. Stiglitz, Rubén, *op. cit.*, nota 428, p. 16.

Los incisos a y b se refieren a la libertad en la formación de la norma convencional, el inciso c, a la libertad en el ámbito material de la norma convencional, el contenido de la convención. Todos los incisos suponen que el *consensus* se exprese sin violencia.

En sistemas jurídicos donde no existen órganos que han centralizado el poder para hacer cumplir la ley, como el derecho internacional, el mutuo reconocimiento de las obligaciones de los contratantes surgidas de la celebración de un convenio da lugar de manera “natural” a la idea de cierta igualdad entre los mismos contratantes.⁴⁸⁵ No obstante, el razonamiento anterior también aplica a sistemas jurídicos donde el poder para hacer cumplir la ley está centralizado, como los Estados nacionales.

La existencia de las libertades señaladas y otorgadas por el sistema jurídico implica que

... siendo los sujetos *libres* en estas tres direcciones, son también *iguales*. Tienen la misma libertad y, por ende, la misma posibilidad de decidir si la convención debe ser celebrada, con quién debe serlo y cuál ha de ser su contenido. En este sentido, el principio de la autonomía no significa únicamente identidad de los sujetos contratantes y de los sujetos obligados y autorizados por la norma contractual, sino también la libertad e igualdad de éstos en el procedimiento de celebración de la convención.⁴⁸⁶

Los principios de “libertad” e “igualdad” convencionales han sido muy criticados por no verificarse en la realidad; sin embargo, cabe señalar que libertad e igualdad son supuestos jurídicos, no realidades fenomenales. En particular se ha criticado la libertad e igualdad negocial. El obrero, por ejemplo, carece en el mundo fáctico, prácticamente, de igualdad negocial frente al patrón. En el caso del contrato de adhesión, su contenido es determinado unilateralmente por una de las partes. En el caso de contratos de Estado internacionales, celebrados entre un privado extranjero y un Estado huésped, se supone por el *grundlegung* que ambas partes contratantes son libres e iguales al concurrir al procedimiento que crea la norma convencional, aunque en realidad no lo sean.

⁴⁸⁵ Korff, Baron, “An Introduction to the History of International Law”, *AJIL*, vol. 18, Issue 2, abril, de 1924, p. 259.

⁴⁸⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 311, pp. 116 y 117. Véase, también, Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 28.

Con base en la distinción que Ferrajoli ha hecho entre normas téticas⁴⁸⁷ e hipotéticas,⁴⁸⁸ podemos decir que la norma convencional es hipotética; esto es, una norma que genera un estado jurídico como efecto de la *aplicación* de una norma secundaria que regula su creación, es decir, la norma convencional nace de la aplicación de una hipótesis. También sostiene que las normas hipotéticas, al contrario de las téticas, generan desigualdades y exclusión entre los miembros del sistema jurídico, desigualdad que es resultado inevitable de la autonomía negocial.⁴⁸⁹

En lo que tradicionalmente se denomina derecho internacional privado existen posturas que sostienen que la libertad de los contratantes, en cuanto al contenido de la convención, puede ser tan amplia que los contratantes escojan la ley que regirá la relación contractual.⁴⁹⁰ Para esta postura debe respetarse el *consensus* de las partes, aun cuando lo estipulado consista en que el contrato sea regulado por tal o cual ley.

De esta suerte, el régimen que regula un convenio, en vez de ser establecido por una disposición jurídica autónoma de las partes, es establecido por los propios interesados. Esta afirmación debe ser tomada con cuidado.

En primer lugar, hemos visto que el individualismo exacerbado y romántico del siglo XVIII impulsó la idea de que los derechos del hombre no derivaban de norma humana creada, sino que eran naturales. Aunque seductora, no compartimos dicha posición.

Por otro lado, hemos señalado que los entes que crean la norma convencional, como aquellos que crean cualquier otra norma, lo hacen en la libertad limitada que les estatuye el *grundlegung*. La anterior aseveración es de importancia primordial.

487 Normas téticas son aquellas que atribuyen inmediatamente situaciones jurídicas o estatus a determinadas clases de sujetos; conforme a ello, sin la mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y de los *status* correspondientes, por ejemplo, el derecho a devenir propietario y el derecho de ejercitar los derechos derivados de la propiedad.

488 Las normas hipotéticas predisponen situaciones o estatus como efectos de los actos previstos como hipótesis, como, por ejemplo, los derechos de propiedad sobre ciertos bienes en particular.

489 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 156, 164 y 165.

490 Pérez Vera, Elisa y Guzmán Zapater, Mónica, *op. cit.*, nota 262, p. 251.

6. Elementos esenciales de la convención

De todo lo dicho anteriormente podemos concluir: para que una norma convencional exista se requiere necesariamente la concurrencia en el procedimiento que la crea de:

- El *consensus*. Para que exista *consensus* se requiere que las partes que intervienen en el procedimiento convencional tengan la suficiente capacidad jurídica para ello, y en este sentido deben ser, desde el punto de vista legal, igualmente libres, estar en pie de igualdad.⁴⁹¹
- El objeto, que se divide en:
 - a) Directo, y que consiste en las prestaciones y contraprestaciones; la creación, transmisión, modificación o extinción de deberes jurídicos.
 - b) Objeto indirecto, esto es la “cosa” o “finalidad”.
- El reconocimiento por parte del sistema jurídico, del procedimiento y la norma convencional; esto es, que la creación de la norma convencional se haya hecho dentro de los límites establecidos por el *grundlegung*. Este elemento normalmente no se explicita, sino que se reglamenta en forma indirecta al exigir que el objeto sea:
 - a) Posible físicamente, y
 - b) Posible legalmente.

La posibilidad física significa que el objeto indirecto del convenio, la cosa o finalidad, exista o pueda existir, o bien que la conducta obligatoria pueda realizarse y no vaya en contra de una ley de la naturaleza. La posibilidad jurídica requiere, en términos generales, que la conducta obligatoria esté permitida por la *grundlegung*, que no sea ilícita.

La ausencia de algún elemento esencial en el procedimiento contractual (*consensus*, objeto o reconocimiento de la norma) necesariamente conllevará la inexistencia de la norma convencional.

En principio cabe la siguiente pregunta: ¿cuáles son los efectos de la inexistencia de la norma convencional? De forma muy elegante Lutzesco los ha expresado de la siguiente manera: “... puesto que la muerte es eter-

⁴⁹¹ Borja Soriano, Manuel, *op. cit.*, nota 458, p. 122.

na, el acto inexistente deberá también seguir su desdichado destino; ni el olvido, ni el transcurso del tiempo podrán hacer desaparecer sus defectos o completar sus imperfecciones... la muerte es la muerte, la nada es la nada".⁴⁹² En efecto, la norma convencional inexistente no creará las obligaciones pretendidas, su existencia no podrá convalidarse por el paso del tiempo ni por ratificación.

En distintos sistemas jurídicos se ha relajado la inexistencia de la norma convencional, por motivos de conveniencia social, cuando algún elemento esencial no está presente, la convención padece un vicio que le resta validez. En tal caso la convención existe, pero puede ser anulada. Sin embargo, la teoría de la anulación es muy particular al depender del sistema jurídico de base del que se trate como para ocuparse de ella en este trabajo que pretende discutir la teoría general de la convención.

VI. LA *LEX CONTRACTUS* EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

1. *Antecedentes históricos*

En el derecho internacional privado o derecho conflictual, la ley aplicable a los contratos es uno de los temas con la reputación de mayor complejidad, confusión y arbitrariedad. En materia de obligaciones contractuales, la interrogante básica del derecho internacional privado es cuál es la ley aplicable a dichas obligaciones.⁴⁹³ Frente a contratos con efectos allende las fronteras de los sistemas legales, frente a contratos ce-

⁴⁹² Lutzesco, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, México, Porrúa, 1945, p. 175.

⁴⁹³ En el derecho conflictual la discusión sobre la ley aplicable a los contratos ha sido más fuerte en la tradición romano germana. Los autores anglosajones han dado menos importancia al tema debido a que no han defendido tan fuerte el principio de la autonomía de la voluntad sino que consideran que caso por caso debe determinarse la *proper law of the contract*. Por su parte, en el derecho internacional la discusión ha sido fuerte; la Corte Internacional de Justicia sostuvo, por ejemplo, que "La Corte, que tiene ante sí una controversia que implica la cuestión de saber cuál es la ley que rige las obligaciones contractuales en comento, puede determinar dicha ley no solamente por referencia a la naturaleza real de dichas obligaciones y a las circunstancias que atendieron su creación, sino también puede tomar en cuenta la intención expresada o presumida de las partes", *Payment of various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41.

lebrados por personas de diversa nacionalidad surge la siguiente pregunta: ¿cuál ley debe regir dichos contratos?, ¿la ley donde se celebraron (*lex celebrationis*)?, ¿la ley donde debe cumplirse la obligación (*lex executionis*)?, si se respondiera afirmativamente la segunda, y en el caso de que las prestaciones deban cumplirse en diversos países ¿cuál de todas las *lex executionis* es la relevante?

Estos cuestionamientos tuvieron lugar en las universidades italianas del siglo XIII. El intercambio comercial entre las varias ciudades de Italia (Génova, Milán, Venecia, Florencia y otras), y entre éstas y lo que ahora es Siria, Arabia, España y el sur de Francia, exigía reglas para elegir, en caso de conflictos legales entre los diversos comerciantes, el sistema jurídico aplicable. En un principio los jueces se limitaron a aplicar las leyes de sus propias ciudades, dicha solución se justificó bajo la idea de que las partes al elegir el juez elegían también al sistema jurídico aplicable a la disputa.⁴⁹⁴ El problema entonces pasó de determinar el derecho aplicable a la disputa a dilucidar la jurisdicción.

Con los glosadores surge la discusión de cuál es la ley aplicable a la disputa. Una propuesta de solución fue la regla de que el príncipe solamente puede obligar a sus súbditos, “*imperator non imposuit legem nisi suis subditis. Subditis tantum ligat consuetudo cuiusque civitatis*” (propuesta que fue después recuperada por los teóricos holandeses bajo las teorías del Estado soberano).⁴⁹⁵

Al discutir sobre la ley aplicable a la solución de una disputa entre súbditos de diversos príncipes, los glosadores propusieron distinguir entre derecho sustantivo, *consuetudo ad litem decidendam*, y derecho procesal, *consuetudo ad litis ordinationem introducta*. Las cuestiones de procedimiento eran decididas conforme a la ley del juez que conocía del asunto, *lex fori*. En cuanto al fondo, dos principios del Digesto fueron invocados: *si fundus*,⁴⁹⁶ que establecía que en ventas de terrenos debía garantizarse la evicción según la costumbre del lugar donde se había cele-

⁴⁹⁴ Según Balduino, “*Iudicem illum eligendo videntur eligere statuta et consuetudines suas*”, citado por Wolff, Martin, *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1944, p. 22.

⁴⁹⁵ *Idem*.

⁴⁹⁶ “*Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est pro evicione caveri oportet*”, Justiniano, *op. cit.*, nota 349, t. II, libros 20-36, en particular XXI, 2, 6.

brado el contrato (*lex loci celebrationis*), y *contraxisse*,⁴⁹⁷ que señalaba que el lugar de pago gobernaba la obligación (*lex loci solutionis*).⁴⁹⁸

Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) señaló que para decidir una disputa en lo sustantivo había dos leyes a tomar en cuenta, una en cuanto a la forma y otra en cuanto al fondo. Para la forma operaba la regla del lugar de la celebración, *solemnitas contractus* o *locus regit actum*, mientras que para el fondo debía seguirse la regla *si fundus*,⁴⁹⁹ tanto para contratos que se celebran en el lugar de la celebración como en otro lugar. Sin embargo, los llamados efectos del contrato deberían ser gobernados por la ley que escogieran las partes, que podría ser la del lugar de celebración. Este fue un primer destazamiento del contrato en cuanto a la ley que lo gobernaba.

El trabajo de Sassoferrato se tradujo en el establecimiento de la escuela estatutaria que duró más de cien años.⁵⁰⁰ Frente al problema de qué *statuta*⁵⁰¹ debía aplicarse a las transacciones celebradas entre súbditos de las diversas ciudades-Estado, Bartolo de Sassoferrato propuso clasificar las *statuta*. Algunas fueron denominadas *statuta realia*, otras *statuta personalia*. Los estatutos personales regían el estado jurídico de las personas que tenían su domicilio o su origen en la ciudad donde los estatutos estaban en vigor. Los estatutos reales trataban de la regulación de los bienes inmuebles situados en una ciudad y aplicaban solamente en el territorio de dicha ciudad; los personales, por su parte, seguían a

⁴⁹⁷ “Contraxisse unusquiesque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit”, *ibidem*, libros 37-50, en particular XLIV, 7, 21.

⁴⁹⁸ Los principios *Si fundus* y *Contraxisse* proporcionan al problema de la ley aplicable a un litigio dos extremos de solución. Por un lado el país donde se celebra el contrato reclama para sí jurisdicción, por otro lado, el país donde se ejecuta la obligación exige el respeto de sus leyes. Aparte de la dificultad de la prevención, problemas tanto en una como en otra solución surgen. En cuanto a la celebración, ésta puede ser incierta, pensemos por ejemplo, en los contratos por correspondencia, por Internet o teléfono. En cuanto a la ejecución, muchas veces ésta no está determinada de antemano o puede ser que el contrato implique cumplimiento en varios países.

⁴⁹⁹ Citado por Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, p. 21.

⁵⁰⁰ Cavers, David, *The Choice of Law Process*, Michigan, University of Michigan Press, 1965, pp. 2 y ss.

⁵⁰¹ Un *statuta* era en lo esencial una recopilación del antiguo derecho consuetudinario de la ciudad y de sus comunidades comerciales. Según una definición de Bouncampagni de 1215, “statutum est arbitraria mundi norma que a vulgari hominum consuetudine procedit”, citado por Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 494, p. 21.

la persona donde quiera que ella fuera. Este simple esquema tuvo problemas frente a lo complicado de la realidad y, en consecuencia, una tercera clasificación surgió: el estatuto mixto. Un problema continuo para esta escuela fue que no pudieron ponerse de acuerdo en cuáles estatutos eran personales, cuáles reales y qué hacer con los mixtos.

Los principios de Sassoferrato prevalecieron en Europa por los siguientes siglos. La regla *lex loci contractus* fue *jus commune* en el derecho de contratos y permaneció intocada por las diversas ordenanzas dictadas.⁵⁰²

Es hasta la aparición del francés Carlos Dumoulin o Carlos Molinaeus (1500-1566), miembro también de la escuela estatutaria, que se retoma el tema de la ley que rige los contratos; para este autor, las partes de una convención pueden elegir el derecho que rige su contrato mediante la cláusula *pacto de lege utenda*.⁵⁰³

Un punto a rescatar en este pequeño recuento histórico de las teorías sobre la ley aplicable a un contrato internacional es el artículo del holandés Ulrico Huber (nacido en 1636), *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*, mediante el cual, y ya bajo la idea de imperio estatal, estableció tres principios: *a)* las leyes de cada reinado operan en los límites territoriales del mismo y son obligatorias para todos sus súbditos, dichas leyes no son obligatorias fuera de tales límites; *b)* súbditos de un reino son todos los que se encuentran dentro de las fronteras de su territorio, sea su residencia permanente o su presencia temporal, y *c)* los soberanos de un reino actúan por cortesía con objeto de que las leyes de otros reinos, después de haber sido aplicadas dentro de sus territorios, conserven su vigor en todas partes, siempre que los poderes del primer soberano no se perjudiquen.⁵⁰⁴ Estos principios siguen siendo la base del derecho conflictual y pueden resumirse en dos ideas principales: soberanía y *comitas gentium*.⁵⁰⁵

Frente a la poderosa escuela estatutaria, que intentaba resolver los conflictos de leyes con base en la indagación de la naturaleza de las reglas

⁵⁰² Lando, Ole, "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles", *Recueil des Cours*, VI, t. 189, 1984, p. 241.

⁵⁰³ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 462 y ss.

⁵⁰⁴ Citado por Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 484, p. 27.

⁵⁰⁵ Lagarde, Paul, "Prefacio" del libro de Pataut, Étienne, *Principe de souveraineté et confits de juridictions (étude de droit international privé)*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. v.

jurídicas en abstracto, sin atender los problemas concretos, Savigny sostuvo que lo importante era “saber cuál es el verdadero asiento de la obligación, el recinto donde está localizada en el espacio, porque una vez determinado este asiento, sabremos cuál es la jurisdicción especial llamada a conocer de ella y el derecho local a que se encuentra sometida”.⁵⁰⁶ Para Savigny, primero debía identificarse la relación jurídica y a partir de un análisis de la misma determinar a qué ley pertenece o está sujeta y de esta forma encontrar la sede de dicha relación legal. Dada una relación jurídica determinada tiene lugar la pregunta de cuál es la regla de derecho que debe serle aplicada. A este cambio en el punto de vista, los conflictualistas le denominan la “revolución copernicana” del derecho internacional privado.⁵⁰⁷

Inglaterra siguió en materia de conflicto de leyes un camino diferente al establecido por la escuela estatutaria y continental europea. La Inglaterra isabelina llegó a ser un fuerte poder comercial y político con multitud de posesiones extranjeras, el comercio a lo largo del mundo y una poderosa flota de barcos que cruzaban los océanos fueron las bases para el derecho conflictual inglés. El *common law*, creado para una economía cerrada, no respondía adecuadamente a las necesidades legales impuestas por el comercio mundial. De esta forma, ciertas cortes fueron autorizadas a tratar los problemas comerciales y marítimos. Estos tribunales no aplicaban el *common law*, sino que se basaban en reglas que consideraban de aplicación universal. Obviamente, en un contexto de una ley que trasciende las fronteras nacionales y gobierna las transacciones transnacionales directamente no existe un problema de conflicto de leyes.⁵⁰⁸

2. ¿Cuál es la *lex contractus de un convenio internacional o transnacional*?

¿Qué derecho regula la validez y determina los efectos de un contrato? Para poder dar respuesta a esta pregunta debemos precisar conceptos. Partamos primero de la siguiente definición: la *lex contractus* (es decir, las

⁵⁰⁶ Savigny, M. F. C., *Sistema del derecho romano actual (1849)*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley Madrid, Centro Editorial de Góngora, s. e., t. VI, p. CCCLXIX. Derecho de obligaciones, p. 234.

⁵⁰⁷ Juenger, Friedrich, “General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 193, 1985-IV, p. 253.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pp. 150 y ss.

disposiciones jurídicas⁵⁰⁹ de la norma convencional) se integra por el *consensus* creado por los contratantes que cobra vida dentro de un *grundlegung* (*lex contractus = grundlegund + consensus*).⁵¹⁰ En este sentido, el juez Bustamente señalaba que:

En los contratos... dos reglas diferentes pueden ser invocadas o aplicadas. Por un lado, la voluntad soberana de las partes que adoptan una ley particular o libremente determinan sus deseos en cada detalle de su negocio... por el otro, existen materias que permanecen fuera de la voluntad de las partes y que requieren la aplicación de provisiones imperativas y territoriales. Entre dichas materias... se encuentran la forma, la moneda y el método de pago.⁵¹¹

La idea que subyace en esta definición es que el sistema jurídico de base, *gundlegung*, sirve de sostén al *consensus* (las disposiciones legales generadas por los contratantes) en dos vertientes: por un lado, faculta a los contratantes a crear obligaciones convencionales a través de una *PL-Law*;⁵¹² por otro lado, complementa las disposiciones convencionales al establecer al menos la norma *pacta sunt servanda*.⁵¹³

Gran parte de la discusión de esta investigación hasta este momento ha tenido el propósito de demostrar la necesidad de una *grundlegung* como parte integral de la *lex contractus*. Dado que una disposición legal solamente puede existir dentro de un sistema legal, dado que una convención solamente puede vivir dentro de un sistema legal que le dé vida, ¿cuál es la *grundlegung* que le da vida al *consensus*? En otras palabras, ¿cuál es la ley aplicable al contrato?

⁵⁰⁹ Para una discusión de lo que entendemos por disposición jurídica véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 81 y ss.

⁵¹⁰ Esta es la distinción clásica entre dominio de derecho facultativo y dominio de derecho imperativo. Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 4, p. 364.

⁵¹¹ *Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, opinión disidente del juez Bustamente, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 53.

⁵¹² Para una discusión de lo que es el poder legislativo de los contratantes, *PL-Law*, véase García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 97, pp. 122 y ss.

⁵¹³ Así, por ejemplo, el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 6o. “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”. Así, el artículo 8o. del mismo ordenamiento señala: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

Existen dos opiniones divergentes para determinar el *grundlegung* sobre el que debe descansar el *consensus*. Algunos autores sostienen que la solución a dicha pregunta debe buscarse en las reglas de conflicto del foro. Otros autores sostienen que la ley que regula un contrato puede ser elegida por las partes contratantes, a esto se le conoce como el principio de la autonomía de la voluntad o *lex voluntatis*.⁵¹⁴

3. Lex voluntatis

La gran mayoría de los teóricos conflictualistas, inmersos en la dogmática de la mentalidad moderna, han postulado el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, el principio de que la ley que rige la relación contractual puede ser elegida libremente por las partes.

El derecho internacional privado ha señalado que los contratantes tienen autonomía en varios sentidos. Para empezar se distingue “autonomía conflictual” o “autonomía de localización” de la “autonomía material”. La primera es lo que se denomina *lex voluntatis* o autonomía de la voluntad propiamente dicha y ahí las discusiones son mayúsculas. La autonomía material refiere a la libertad que tienen las partes de determinar el contenido del contrato, sus cláusulas o disposiciones. La autonomía material presupone que se haya precisado el ordenamiento aplicable al contrato, pues sólo en el marco de ese ordenamiento podrá operar la autonomía material. No existe mayor discusión respecto a la autonomía material.⁵¹⁵

El problema, por lo tanto, se reduce a la facultad de las partes en una convención para elegir la ley que regirá su compromiso. Al interior de

⁵¹⁴ También se le conoce como fuero convencional. Véase Rojas Amandi, Víctor Manuel, “La cláusula del fuero convencional en el derecho norteamericano”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1995-I, pp. 352 y ss.

⁵¹⁵ La distinción entre autonomía material y autonomía conflictual es relevante a varios fines: 1) permite diferenciar jurídicamente dentro del contrato la cláusula de elección del derecho aplicable de las restantes cláusulas que reglamentan aspectos concretos de las relaciones entre las partes, y 2) permite distinguir las cláusulas de elección del derecho aplicable para regir el contrato, de las cláusulas de “incorporación por referencia” de una norma extranjera como complemento de la voluntad negocial. *Cfr.* Virgos Soriano, Miguel, “Obligaciones contractuales”, en González Campos, Julio *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial*, Oviedo, Apel, 1989, pp. 320 y 321.

los sistemas legales no existe dicho problema, porque nadie se pregunta qué ley debe regir el contrato de arrendamiento, pero en los llamados contratos internacionales sí se ha reconocido dicha facultad. Por ello, se ha dicho que en materia contractual la autonomía de la voluntad significa que la elección de la competencia no es un asunto de soberanías, sino una cuestión que resuelve la voluntad de las partes.⁵¹⁶

Para que las partes de un contrato extranacional puedan, en virtud de la libertad de contratación, elegir la ley (*grundlegung*) que rige dicho contrato es preciso que el sistema jurídico que les faculta a contratar se los autorice, es decir, es necesario que el contrato, antes de ser celebrado, tenga ya una ley que lo rijan, justamente la ley que regula la libertad de contratación de las partes.⁵¹⁷

El círculo vicioso es impresionante. Se admite, generalmente, que la fuerza obligatoria de un convenio viene de la ley que le consiente y sanciona. Con la autonomía de la voluntad, el acuerdo por medio del cual las partes escogen la ley aplicable se encuentra en el aire, sin ley que le dé fuerza obligatoria, ya que la única ley aplicable es aquella que las partes están escogiendo.⁵¹⁸ Este acuerdo, sin embargo, para ser válido depende de la ley que las partes escojan.⁵¹⁹ Por ello, Batiffol sostiene que las partes en realidad no escogen la ley aplicable, sino que, simplemente, “localizan su contrato” en un sistema legal determinado que le da vida de antemano, y el juez debe deducir de la localización que hagan los contratantes, la ley aplicable.⁵²⁰ Esta posición está en línea con la teoría anglosajona en derecho conflictual que señala que toda convención internacional tiene una ley propia.⁵²¹

⁵¹⁶ Niboyet, J. P. “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des Cours*, t. I, 1927, p. 7.

⁵¹⁷ Alfonsin, Quintín, *op. cit.*, nota 419, p. 21.

⁵¹⁸ Sin embargo, se ha dicho que es infundado sostener que la referencia que las partes hacen a una ley no tiene efecto debido a que no hay ley que le de tal efecto, ya que la referencia a la ley aplicable que hacen las partes adquiere sanción legal por la ley del foro, el juez correspondiente encontrará en su momento la ley aplicable y las normas adecuadas que den validez a la cláusula de elección. *Cfr.* Lando, Ole, *op. cit.*, nota 502, p. 286.

⁵¹⁹ Weintraub, R. J., “Development in Choice of Law for Contracts”, *Recueil des Cours*, IV, t. 187, 1984, p. 252.

⁵²⁰ Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, pp. 9, 38 y 39.

⁵²¹ “El término *proper law of a contract* significa el sistema legal al cual las partes intentaron que el contrato estuviera gobernado, o, cuando la intención no es expresa o no puede inferirse de las circunstancias, el sistema legal al cual la transacción tienen la co-

Por otro lado, y suponiendo una aplicación sin límites en la norma convencional del principio de la autonomía convencional, la *lex voluntatis* tiene un problema fáctico: en muchos de los contratos transnacionales o internacionales no se especifica cuál es la ley aplicable.⁵²² En dichos casos, para determinar qué ley fue la que las partes escogieron se tiene que recurrir a subterfugios. Los casos comunes son ubicar el contrato al ordenamiento que mejor responda a la economía general de la convención⁵²³ y la teoría de la voluntad implícita.⁵²⁴ Estas posturas sostienen que interpretando los términos del contrato o las circunstancias que lo rodean puede revelarse qué fue lo que los contratantes convinieron tácitamente respecto de la ley aplicable, así lo han expresado diversos teóricos conflictualistas⁵²⁵ y la misma Corte Permanente de Justicia Internacional.⁵²⁶

Esta búsqueda de la voluntad implícita conlleva graves riesgos. Del silencio de las partes nada puede ser inferido con certidumbre.⁵²⁷ Puede ser el caso de que ninguna de las partes pensó en la disposición faltante en

nexión mas cercana y real”, Dicey y Morris, *The Conflict of Laws*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1980, p. 747. A este respecto se ha dicho de forma figurativa que encontrar el vínculo más estrecho de un contrato con un sistema legal es buscar el centro de gravedad de un contrato, véase, por ejemplo, Vewytia, Hernany, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 25, 1995-II, p. 388.

522 Sucede el mismo problema en contratos celebrados entre Estados huésped e inversionistas extranjeros.

523 Situación que no necesariamente coincide con lo que piensen los contratantes, quienes son los primeros interesados.

524 Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, p. 1.

525 Véase, por ejemplo, a Cavers: “La Corte debe primero identificar el problema específico o los problemas en el caso ante ella que eleven preguntas de derecho conflictual y entonces, para cada problema, aplicar el factor de conexión apropiado para elegir el Estado cuyo sistema legal proveerá la solución al problema. Al hacer esta elección, la Corte deberá reconocer que ordinariamente la preocupación mas importante del derecho conflictual y de la elección de la ley aplicable es la protección de las expectativas de las partes”, Cavers, David, *op. cit.*, nota 500, pp. 63.

526 “La Corte, que tiene ante sí una disputa que implica la cuestión de cuál es la ley que gobierna las obligaciones contractuales en disputa, puede determinar que ley solamente por referencia a la naturaleza real de estas obligaciones y a las circunstancias que atendieron su creación, aunque también puede tomar en cuenta la intención expresa o presumida de las partes”. *Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la página 41.

527 Boer, Th. M., “Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law”, *Recueil des Cours*, t. 257, 1996, p. 359.

específico; puede ser también que cada uno de los contratantes haya pensado en la solución del problema, pero es atrevido afirmar que la intención no expresada en el contrato es conocida por ambos. Lo más seguro será que falte la intención común a que la doctrina de la voluntad tácita se refiere. Por otro lado, y en lo que respecta a las circunstancias que rodean el contrato, puede ser el caso que en un convenio transnacional se haga referencia a una o varias leyes extranjeras en sus diversas cláusulas, y sin embargo ello no sea suficiente para considerar dichas referencias como la cláusula determinante de la ley aplicable al contrato.⁵²⁸

La *lex voluntatis* al no ser expresa en un contrato se traduce en un amplio margen de actuación del arbitrio judicial, y al final deja a los tribunales la localización del contrato en un sistema legal.

Un ejemplo interesante de la aplicación de la *lex voluntatis* se encuentra en el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, de 1980, mejor conocido como Convenio de Roma.⁵²⁹ Dicho tratado establece la libertad de elección de las partes contratantes para determinar la ley aplicable al señalar que “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”.⁵³⁰

528 Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1) by Mario Giuliano professor, University of Milan (who contributed the introduction and the comments on articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde professor, University of Paris I (who contributed the comments on articles 2, 9, 11, and 14 to 33), http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.html.

529 El Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales se abrió a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 para los ocho Estados miembros de entonces. Entró en vigor el 1o. de abril de 1991. Posteriormente, todos los nuevos miembros de la Comunidad Europea firmaron este Convenio. Paralelamente a la firma del Convenio por Austria, Finlandia y Suecia, se elaboró y se publicó una versión codificada en el *Diario Oficial*, en 1998.

530 Artículo 3o. Libertad de elección. 1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía antes bien sea en virtud de una elección según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9o. y no afectará a los derechos de terceros. 3. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita ex-

El Convenio de Roma al establecer el principio de que las partes pueden elegir libremente la ley aplicable a una convención lo hace ampliamente, de forma que dicha norma convencional no tiene por qué presentar algún tipo de vínculo con el ordenamiento jurídico escogido. La justificación de amplio juego a la autonomía de la voluntad incorporada en el instrumento internacional, dada por el profesor Giuliano,⁵³¹ comentador del Convenio, es que el párrafo 1, del artículo 3o. del Convenio de Roma, simplemente, incorpora una regla de derecho internacional privado reconocida en la mayoría de los países, apoyada tanto por decisiones arbitrales⁵³² como por tratados diseñados para unificar ciertas reglas de conflicto en relación con los contratos.⁵³³ Otros autores

cluid por contrato, denominadas en lo sucesivo “disposiciones imperativas”. 4. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11.

⁵³¹ Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, *op. cit.*, nota 528.

⁵³² Así, la regla de la libertad de elección de la ley aplicable a la norma convencional fue reconocida por la Corte Permanente de Justicia Internacional: “No puede sostenerse que la intención del Estado deudor fue dar efecto a otra ley que no fuera la suya en lo referente a la sustancia de su deuda y la validez de las condiciones establecidas al respecto, a menos de que, si no existiera una previsión expresa para tal efecto, todos los eventos circundantes mostraran irrefutablemente que fue esa su intención”. *Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Issued in France, France vs. Brazil*, Corte Permanente de Justicia Internacional, judgment núm. 15, serie A, núms. 20 y 21, 12 de julio de 1929, pp. 93-155, en especial p. 122. De igual manera, fue claramente subrayada en el laudo del tribunal que resolvió el 29 de agosto de 1958 el caso *Arabia Saudita vs. Arabian American Oil Company* (ARAMCO) en el cual se estableció que “los principios de derecho internacional privado a ser consulados para encontrar la ley aplicable son aquellos relacionados con la libertad de elección, por virtud de los cuales, en un acuerdo que es de carácter internacional, la ley expresamente escogida por las partes debe ser primeramente aplicada”. *International Law Reports*, vol. 27, pp. 117-233, en especial p. 165. De manera similar en el arbitraje del 15 de marzo de 1963, *Sapphire International Petroleum Ltd vs. Nacional Iranian Oil Company*, el árbitro Cavin afirmó que es el deseo de las partes lo que determina qué ley es aplicable al fondo del contrato. Para una síntesis del laudo, véase Lalive, “Un récent arbitrage suisse entre un organisme d’Etat et une société privée étrangère”, *Annuaire Suisse de Droit International*, 1963, pp. 273-302, en especial pp. 284-288. La regla fue reafirmada más recientemente por el árbitro, señor Dupuy, en el laudo del 19 de enero de 1977, *Libyan Arab Republic vs. California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company. International Legal Materials*, 1979, pp. 3-37.

⁵³³ En cuanto a tratados, la regla de la libre elección de la ley aplicable ha sido adoptada en la Convención sobre la Ley aplicable a las ventas internacionales de mercaderías

justifican el principio señalando que el mismo está basado en eficiencia económica, que exige seguridad y previsibilidad de transacciones y un equilibrio entre costos y beneficios, de forma que debe presumirse que son las partes contratantes las que están en mejor situación para decidir qué ley debe regir su contrato.⁵³⁴

El Convenio de Roma⁵³⁵ establece tanto la elección expresa como la tácita al señalar que “[la] elección [de la ley aplicable] deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias”. El profesor Giuliano justifica esta postura señalando que existen contratos celebrados bajo formatos estándar que todo mundo sabe están gobernados por un sistema legal en particular sin necesidad de establecer cláusula alguna en ese sentido, tal como la póliza de Lloyd’s de seguro marítimo.⁵³⁶ No obstante, debe tomarse en cuenta la opinión de otros autores que señalan que la elección expresa es preferible a la tácita debido a que la primera demuestra la existencia de una auténtica voluntad de las partes, mientras que la segunda puede dar lugar a un proceso discrecional en el que el juzgador termine por suplantar tanto al legislador como a los interesados.⁵³⁷

concluida el 15 de junio de 1955 y que entró en vigor el 1o. de septiembre de 1964. El artículo 2o. de dicha Convención, la cual se encuentra en vigor entre diversos países europeos, señala que “La venta estará gobernada por la ley interna del país señalado por las partes contratantes”. El artículo VIII de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional concluido en Ginebra el 21 de abril de 1961, mismo que entró en vigor el 7 de enero de 1964, establece que las partes son libres de determinar la ley que los árbitros deben aplicar en una disputa. El mismo principio forma la base de la Convención de 1965 sobre la solución de controversias relacionadas con inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, la cual entró en vigor en octubre 14 de 1966, que prevé en su artículo 42 que “El Tribunal deberá resolver la disputa de acuerdo con las reglas de la ley adoptada por las partes”. La Convención de la Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a la representación prevé en su artículo 5o. que “la ley interna escogida por el representado y representante es la que gobernará la relación de representación entre ellos”.

⁵³⁴ Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, p. 516.

⁵³⁵ Para una discusión de la relación entre el Convenio de Roma y la *lex mercatoria* véase Petrochilos, Georgios, “Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention”, *Revue Hellenique de Droit International* (1999), pp. 191-218.

⁵³⁶ Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, *cit.*, nota 528.

⁵³⁷ Pérez Vera, Elisa y Guzmán Zapater, Mónica, *op. cit.*, nota 262, p. 261.

La opción de dar un amplio juego al principio de la autonomía de la voluntad y que se ha estado comentando a manera de ejemplo con el Convenio de Roma, no sale del círculo vicioso consistente en que el *consensus* se encuentre en el aire, sin un *grundlegung*. El argumento del profesor Giuliano de que este principio ha sido ampliamente adoptado por los diversos sistemas jurídicos nacionales, por tribunales arbitrales y por algunos tratados en la materia, si bien refleja la tendencia mundial, es una justificación del despotismo de la realidad. El hecho de que así haya sido no significa que así sea conveniente ni lo justifica.

La segunda opción para determinar el *grundlegung* sobre el que descansa el *consensus*, es decir, establecer qué ley rige un contrato, consiste en buscar la solución a través de las reglas de conflicto del foro. Esto significa restringir el principio de la autonomía de la voluntad y establecer conexiones subsidiarias que nos ayuden a determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales.⁵³⁸

Así, el arbitrio judicial es guiado por conexiones rígidas establecidas en el sistema legal en particular que está conociendo. La idea subyacente a esta postura es que en realidad no opera la *lex voluntatis*, sino que antes de que las partes determinen qué ley regirá su compromiso, ya existe alguna que le da vida y validez.⁵³⁹ Así, la doctrina norteamericana sostiene que “si un contrato, creado bajo la ley de un Estado, es reconocido y hecho valer por otros Estados, es una cuestión de conflicto de leyes”.⁵⁴⁰

⁵³⁸ Se ha sostenido desde hace tiempo que cuando se trata de contratos internacionales, transnacionales o tratados debe considerarse que los mismos son una parte de la economía mundial y, por lo tanto, la conexión lógica no es con un sistema jurídico nacional sino con el sistema legal internacional, ya que “el derecho del océano debe ser uno solo”. Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 494, p. 402.

⁵³⁹ Lord MacNair, antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia, señalaba al respecto: “Frecuentemente se dice que las partes de un contrato pueden hacer su propia ley, y esto es por supuesto cierto, sujeto a las reglas de política pública y *ordre public*, las partes son libres de acordar bajos esos términos como quieran escoger. Sin embargo, los acuerdos que se crean para tener operación legal (opuesto a una simple operación social), crean derechos y deberes legales, y los derechos y deberes legales no pueden existir en un vacío, sino que tienen lugar dentro de un sistema legal que está disponible para tratar con tales cuestiones como son la validez, aplicación e interpretación de contratos, y generalmente, para suplementar sus provisiones expresas”. *Cfr.* MacNair, *The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations*, British Year Book of International Law, 1957, 3, p. 7.

⁵⁴⁰ *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Washington, American Law Institute, 1934, p. 311.

El requisito de que la ley que gobierna la norma convencional guarde alguna conexión con el negocio de que se trate busca evitar el llamado fraude a la ley que se da cuando las partes escogen una ley aplicable al contrato, aunque la misma no tenga conexión alguna con el contenido de lo convenido, para eludir disposiciones “inconvenientes” para las partes,⁵⁴¹ denominado de manera muy ilustrativa *forum shopping*.⁵⁴² Al respecto, Savigny sostenía que “en los casos en que existen leyes rigurosamente obligatorias se atribuye frecuentemente un gran poder al demandante, porque siendo a menudo libre para elegir entre varias jurisdicciones igualmente competentes, puede, por esto mismo, determinar entre varios derechos locales el que haya de ser aplicable.”⁵⁴³

La primera guía que se establece para determinar qué ley debe regir un contrato es la exigencia de que la elección de la ley aplicable se haga de manera expresa. Esta restricción aparece en el párrafo 5, del artículo 10, del Código Civil español, que a la letra reza: “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente”.

Una segunda guía para determinar la ley aplicable a un contrato cuando no ha sido expresamente señalada por las partes es el principio *in fa-*

⁵⁴¹ López Velarde Estrada, Rogelio, “El sometimiento al derecho extranjero por medio de la cláusula de derecho aplicable”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994, pp. 413 y ss.

⁵⁴² Juenger, Friedrich, “Jurisdiction, Choice of Law and the Elusive Goal of Decisional Harmony”, en Sumampouw, Mathilde (ed.), *Law and Reality*, La Haya, Asser Instituut, 1992, p. 138; Diamnod, Aubrey, “Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations”, *Recueil des Cours*, vol. IV, t. 199, 1986, p. 243. Para resolver el problema de *forum shopping* se ha desarrollado en los países anglosajones la doctrina del *forum non conveniens*, la cual sostiene que “Un Tribunal puede resistir imponer su jurisdicción aun cuando esté autorizada dicha jurisdicción por una ley. Las leyes son escritas necesariamente en general y usualmente dan al demandado la posibilidad de elegir Cortes, de forma que puede estar seguro de tener un lugar en donde buscar un remedio. Pero una puerta abierta puede admitir aquellos que buscan no simplemente justicia, sino justicia mezclada con algo de molestia. Un demandante está algunas veces bajo la tentación de recurrir a una estrategia de forzar un juicio al lugar más inconveniente para el adversario, aún a inconveniencia propia”. *Gulf Oil Corporation vs. Gilbert*, 330 U. S. 501 (1947), U. S. Supreme Court. En la práctica arbitral existe la teoría del *forum conveniens*, la cual señala “que el foro en el cual decidir un caso debe ser la jurisdicción que tiene la conexión más cercada con la acción y las partes”. *Ethyl Corporation vs. The Government of Canada (Decision Regarding the Place of Arbitration)* NAFTA-UNCITRAL Case, 28 de noviembre de 1997, p. 3.

⁵⁴³ Savigny, M. F. C., *op. cit.*, nota 506, p. 280.

vorem negotii; ante dos leyes que puedan ser aplicadas al contrato si una de ellas lo torna nulo, debe decidirse por la ley que le da validez, ya que no puede suponerse que las partes hayan querido un contrato bajo una ley cuya aplicación haga su acuerdo inválido.⁵⁴⁴

Otras guías para determinar la ley aplicable a la disputa se reducen a una lista de supuestas conexiones que debe tener el negocio jurídico con el sistema legal para poder ser adscrito al mismo. Así, se han propuesto como conexiones la ley del lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*, *lex locus contractus*, *lex causae*), la ley del lugar de la ejecución (*lex loci executionis*), la ley de la nacionalidad de las partes, la ley del domicilio del deudor, la ley donde se encuentra ubicado el objeto (*lex rei sitae*), la ley que rige el arbitraje (*lex arbitri*).

El párrafo 5, del artículo 10, del Código Civil español señala por ejemplo, que si las partes no escogieron expresamente una ley para su contrato, se aplicará “la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la ley de residencia habitual común y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”. La misma disposición establece reglas especiales para bienes muebles e inmuebles y señala que a falta de sometimiento expreso “se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a la compraventa de muebles corporales realizada en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”.

Una observación es general. La supuesta conexión del contrato con el sistema legal es la mayor parte de las veces impropia; normalmente existe una nula o escasa relevancia con el negocio jurídico de mérito o con las partes contratantes. Casi todas las reglas al ser aplicadas no responden a las necesidades del comercio mundial, muchas de ellas, fijadas cuando el comercio internacional era un fenómeno esotérico, están fuera de moda.⁵⁴⁵ Por ejemplo, la conexión de la nacionalidad común pocas veces tendrá lugar en contratos internacionales, lo mismo la de residencia habitual. El lugar de celebración que da lugar a la *lex loci celebrationis*, *lex locus contractus*, normalmente, es totalmente arbitrario y coyuntural en el comercio internacional.

⁵⁴⁴ Dicey y Morris, *op. cit.*, nota 521, p. 765.

⁵⁴⁵ Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 130.

El sistema de las conexiones fijas de la ley y el contrato se basa, sin lugar a dudas, en los principios soberanos establecidos por Huber.⁵⁴⁶ Dicho sistema tiene dos inconvenientes: por un lado, y en un extremo, los príncipes pueden caer en la tentación de no permitir que ninguna ley extranjera sea aplicada en su territorio. Evidentemente, esta no es una solución sensata para el mundo global. Por otro lado, dada la multiplicidad de sistemas legales puede existir más de una solución a un mismo problema⁵⁴⁷ de forma que exista una desarmonía decisional.⁵⁴⁸

Las soluciones de conexiones fijas propuestas por los diversos sistemas jurídicos nacionales tienen lógica solamente al interior de los mismos. Al no existir un sistema internacional por sobre todos los sistemas legales nacionales es imposible imponer conexiones fijas en general que arrojen unicidad de solución a los problemas internacionales. No obstante, diversos teóricos conflictualistas han reconocido la conveniencia de que el *consensus* esté conectado a un *grundlegung*, por lo que se han rehusado a dar amplio juego al principio de la autonomía de la voluntad. En la búsqueda por encontrar el *grundlegung* que rijan el acuerdo de voluntades se han creado diversas teorías, entre las que destacan la de los

546 1. Las leyes de cada reinado operan en los límites territoriales del mismo y son obligatorias para todos sus súbditos. Dichas leyes no son obligatorias fuera de tales límites. 2. Súbditos de un reino son todos los que se encuentran dentro de las fronteras de su territorio, sea su residencia permanente o su presencia temporal. 3. Los soberanos de un reino actúan por cortesía con objeto de que las leyes de otros reinos, después de haber sido aplicadas dentro de sus territorios, conserven su vigor en todas partes, siempre que los poderes del primer soberano no se perjudiquen. Citado por Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 492, p. 27.

547 Así, por ejemplo, en un caso donde el Reino de Serbia había emitido bonos denominados en francos oro a pagar en Francia, la devaluación que siguió a la Primera Guerra Mundial hizo muy caro el servicio de la deuda. La ley francesa señalaba que las obligaciones a pagar en francos debían pagarse al curso corriente, los tenedores de bonos señalaban que la deuda debía solventarse a la paridad de los francos oro, no la corriente. La Corte Permanente de Justicia Internacional consideró que la deuda entre el Estado serbio y los tenedores de bonos se debía regir por la ley serbia dado que “un estado soberano no se puede presumir que haya hecho la sustancia de su deuda y la validez de la obligación aceptada en este respecto, sujeta a cualquier otra ley que no sea la propia”, *Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5-89, en la p. 42. No obstante, el juez Bustamante disintió de la opinión general y señaló que la ley que gobernaba el contrato de préstamo era la francesa en virtud de que la materia referente a la moneda de pago era de orden público y por lo tanto la ley que regía dicho pago, la francesa, constituía el *grundlegung* del *consensus*. *Ibidem*, p. 54.

548 Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 542, p. 138.

índices de localización⁵⁴⁹ y la tesis de la prestación característica,⁵⁵⁰ teorías supuestamente aplicables con independencia del sistema jurídico del que se trate. Esta extrapolación de guías nacionales para determinar el sistema jurídico que da sustento al *consensus* implica la idea de una coordinación entre sistemas jurídicos no demostrada.

En este punto es conveniente la siguiente cita:

La metáfora familiar de “alcanzar” las reglas de decisión y el “asiento” de una relación legal implica que es posible localizar el derecho y las transacciones legales sobre alguna base. Estas figuras del lenguaje son engañosas. Las relaciones legales que sobrepasan las fronteras nacionales no se fijan exclusivamente en una localidad geográfica, y las medidas del alcance de las reglas de decisión aún no han sido descubiertas. En realidad, tanto unilateralistas como multilateralistas usan el artificio de los puntos de contacto para ligar las transacciones transnacionales con un sistema legal. El contacto escogido puede ser personal —domicilio, nacionalidad— o territorial —el lugar de la cosa o el lugar del evento—; mucho ha sido escrito por los representantes de los dos acercamientos ortodoxos sobre la cuestión de cuál nexos particular es el apropiado para una regla de decisión o relación legal. Sin embargo, dado que cada ley tiene una aplicación tanto territorial como personal, la selección de uno u otro tipo de contacto es inherentemente arbitraria.⁵⁵¹

El problema con las guías de conexiones fijas y las soluciones como la prestación característica y los índices de localización es su naturaleza

⁵⁴⁹ Esta teoría parte de que para localizar un contrato se tienen dos criterios generales, el lugar de celebración o el lugar de ejecución. Partiendo de que dichos criterios generales son poco satisfactorios, se propone una división entre índices intrínsecos del contrato (personalidad de las partes, objeto del contrato, forma, su sanción judicial y el caso de que sea un contrato de derecho público celebrado entre un Estado y un privado) y extrínsecos (ley que no invalide el contrato, actitud de las partes posterior al contrato, ley usual en el caso de contratos de ciertas industrias, etcétera) y se sostiene que para ubicar el contrato en un sistema legal debe hacerse un estudio casuístico aplicando los índices señalados. Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, pp. 69 y ss.

⁵⁵⁰ La tesis de la prestación característica señala que un contrato se rige por la ley de la prestación que le da vida económica. Esta tesis tiene el inconveniente de ser incierta en cuanto a lo característico de cada contrato y aún dentro de un mismo contrato, por ejemplo, una compraventa de ganado, lo característico para el vendedor es que le paguen y para el comprador que le den el ganado.

⁵⁵¹ Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 507, p. 256.

misma. Con herramientas encajonadas en los límites soberanos estatales se pretende dar solución a un problema no soberano del comercio mundial. ¿Las partes de un contrato tienen la facultad de someter su compromiso a cualquier sistema jurídico que deseen? ¿Un contrato de venta de café entre un brasileño y un japonés puede ser regido por la ley danesa? Sostener tal libertad implica resolver dos cuestiones:

- a) ¿Qué sistema legal da facultad a las partes para escoger el sistema legal que regirá su contrato?, ¿existe un sistema legal que coordine a todos los sistemas legales de forma que al estar todos los regímenes jurídicos del mundo interconectados puede sostenerse la facultad universal de elección de la ley aplicable?
- b) El fraude a la ley solamente importa a la ley defraudada. ¿Es del interés de la comunidad mundial que los sistemas legales se respeten, aunque no sea el propio?, ¿es esta una regla legal? Bajo el derecho internacional vatteliano no lo es. Bajo el derecho internacional de corte kantiano es regla fundamental.

Desde esta perspectiva, se ha dicho que “la autonomía de las partes tiene sus límites. Uno de ellos está lejos de duda y es reconocido en todos sitios: las partes no tienen ningún poder para excluir, por su elección de derecho, las reglas de orden público o característico del foro”.⁵⁵² Es decir, dentro de los sistemas jurídicos nacionales se ha hecho la distinción, como hemos señalado, entre autonomía material y autonomía conflictual, de forma que se permite a las partes de una convención determinar el contenido de la misma y establecer libremente las estipulaciones de su contrato, (autonomía material o sustantiva) siempre y cuando se respeten las normas de orden público⁵⁵³ y policía.⁵⁵⁴ Es decir, la elección

⁵⁵² Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 494, p. 398.

⁵⁵³ El proyecto de contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada, proyecto CC Mexicali II, de la Comisión Federal de Electricidad, versión del 14 marzo de 2002, establece en su cláusula 25.6 lo siguiente: “Disposiciones de orden público. Cualquier pacto contenido en este contrato que sea contrario a disposiciones de orden público de México, se tendrá por no puesto; en la inteligencia de que cuando fuere posible, las partes deberán negociar un arreglo equitativo para reemplazar la disposición inválida”.

⁵⁵⁴ Lagarde, Paul, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, París, R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1959, pp. 234 y ss.

de la ley aplicable tiene que ser hecha de buena fe,⁵⁵⁵ no ser ficticia⁵⁵⁶ y tener una conexión vital con la transacción.⁵⁵⁷

Si bien la aplicación de las normas de orden público por el tribunal del foro opera como una válvula de escape contra las injusticias, el permitir el veto del foro contra las reglas extranjeras significa socavar un principio fundamental del derecho conflictual, el que todos los sistemas legales sean considerados iguales.⁵⁵⁸

En el caso de los contratos transnacionales, la doctrina se ha preguntado si un juez que conociera de un problema debe tener en cuenta no solamente la *lex fori*, la ley escogida por las partes para el fondo del asunto,⁵⁵⁹ sino, también, las reglas de aplicación necesaria impuestas por un tercer Estado⁵⁶⁰ con el fin de evitar el fraude a la ley.⁵⁶¹ Una respuesta afirmativa levanta otras tantas preguntas: ¿no significa esto una abdicación

⁵⁵⁵ *Seeman vs. Philadelphia Warehouse Co.*, 274 U. S. Supreme Court. 403 (1927) "the parties must act in good faith, and that the form of the transaction must not 'disguise its real character...'"

⁵⁵⁶ *Idem*, "The fact that in some instances wholly unexplained such payments were received elsewhere affords no basis for the contention that the written stipulation for payment in Philadelphia was not the real one".

⁵⁵⁷ *Idem*, "The effect of the qualification is merely to prevent the evasion or avoidance at will of the usury law otherwise applicable, by the parties' entering into the contract or stipulating for its performance at a place which has no normal relation to the transaction and to whose law they would not otherwise be subject".

⁵⁵⁸ Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 507, p. 258.

⁵⁵⁹ "Está ahora firmemente establecido que más de un sistema legal nacional puede regir un arbitraje internacional", *Channel Tunnel Group Ltd and Anor vs. Balfour Beatty Constuction Ltd* [1993] A. C. 334 en 357. En efecto, es conveniente distinguir entre la ley que rige la capacidad de las partes para acudir a un arbitraje; la ley que da vida al acuerdo para arbitrar, ya sea expresado a través de una cláusula compromisoria (*clause compromissoire*) o un contrato para arbitrar (*compromis*); la ley que rige el procedimiento arbitral (*lex arbitri, curial law*), que puede coincidir o no con la ley del lugar del arbitraje (*lex fori, lex locus arbitri*); la ley que el tribunal tiene que aplicar para resolver el fondo del asunto (ley sustantiva, ley aplicable, ley gobernante o ley propia del contrato); la ley que rige el reconocimiento y cumplimiento del laudo (*lex executionis*).

⁵⁶⁰ Algunos autores sostienen que debido a que el reconocimiento de reglas de aplicación necesaria va en contra de la autonomía de las partes, deben reconocerse siempre y cuando ello no vaya contra las expectativas razonables de las partes al suscribir el contrato. Nygh, Peter, "The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort", *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, p. 397.

⁵⁶¹ Sequeiros, José Luis, "El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 32, 2002, pp. 45 y ss.

ción a la voluntad de un legislador extranjero?, ¿cómo pueden dos o más sistemas legales gobernar un solo contrato?, ¿cómo se justifica, o desde qué base se puede rechazar, la posibilidad de que los jueces de un Estado sancionen en materia contractual, la violación de reglas de derecho necesario pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos distintos al propio?⁵⁶² En el marco del esquema de Estados soberanos, bajo el derecho internacional vatteliano, sin lugar a duda, el respeto a las leyes de orden público de otros ordenamientos legales es una concesión de poder.

En el esquema del derecho internacional sinalagmático no existe una norma que obligue a los Estados a respetar el orden público de otros Estados, todo se basa en la inmoralidad de la violación del derecho extranjero y en la *comitas gentium*.

Para efecto de que el reconocimiento de normas necesarias de derecho extranjero deje de ser un asunto de moral, buenas costumbres o *comitas gentium* es necesario el concepto de orden público internacional, es decir, la revolución de las representaciones morales de Habermas que varias veces se ha señalado, la creación del sistema de *pactum subjectionis* de Ferrajoli, la *Eunomia* de Allott. ¿Es deseable la noción de orden público en derecho internacional de contratos?, ¿es posible la creación de un verdadero orden jurídico internacional comercial? La idea de orden público significa simplemente que *non sub homine sed sub lege*, y ello es un principio de cualquier sistema legal.⁵⁶³ Desde nuestro punto de vista, ello es posible, deseable y necesario, pero es imposible lograrlo si no se rompe el dogma soberano.

Algunas subredes de la red global han comenzado a formar órdenes públicos. Un primer ejemplo de un orden público supranacional lo constituye la Comunidad Europea, que mediante un tratado internacional vinculante para los países suscriptores genera la noción de orden público. El párrafo primero, del artículo 7o., del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Convenio de Roma de 1980) señala que:

Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país son aplicables cualquiera que sea

⁵⁶² Guardans i Cambó, Ignasi, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 28, 521 y ss.

⁵⁶³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 79, p. 91.

la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

De esta forma, en Europa existe un *grundlegung* europeo que debe respetarse por la autonomía material ejercida por las partes al crear su *consensus* para un contrato a cumplirse en dicho continente.

Existen otras normas no derogables o de orden público internacional a un nivel más amplio que la Comunidad Europea, así el artículo VIII (2) (b) del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, referente a regulaciones de tipo de cambio, señala: “Los contratos de cambio que comprendan la moneda de un país miembro y que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios mantenidas o impuestas por dicho país miembro de conformidad con este Convenio serán inexigibles en los territorios de cualquier país miembro...”.

No obstante, las dos reglas anteriores de orden público son de derecho internacional particular, no general, no consuetudinario. Desde nuestro punto de vista, es posible que las normas de *jus cogens* y las *erga omnes* como la prohibición de esclavitud, por ejemplo, sean consideradas por los tribunales de todos los países como de orden público internacional de forma que un contrato que tenga como objeto la venta de seres humanos sea considerado nulo e inclusive criminal para toda la comunidad jurídica mundial.

Tradicionalmente, en los contratos transnacionales, el derecho conflictual, enmarcado en el dogma del conflicto entre soberanos, ha dado un amplísimo juego al principio de la autonomía de la voluntad al grado tal de no solamente permitir a las partes determinar libremente las cláusulas del contrato (autonomía material), sino escoger el orden jurídico que lo va a regir (autonomía conflictual). El problema ha sido mayúsculo, pues la facultad de elección del sistema jurídico necesariamente aparece descontextualizada de orden legal alguno, como una facultad previa a todo sistema legal. Ante tal paradoja, la respuesta más sensata del derecho conflictual ha sido proponer la existencia de una multiplicidad de sistemas legales de forma tal que la voluntad de las partes simplemente es un elemento seleccionador de conexiones preexistentes que ayudan a localizar un contrato en un sistema legal en particular, alejándose de la idea de creación de contratos fuera de todo sistema jurídico. Este punto es sugerente, en el fondo supone una red de conexiones entre los diversos sistemas legales del mundo, conexiones que en sí mismas constituyen un

sistema legal. No obstante, hasta ahora este argumento no ha sido llevado hasta sus últimas consecuencias, es decir, al reconocimiento de un sistema legal de sistemas legales,⁵⁶⁴ y se ha quedado simplemente en señalar que al lado de las normas que son aplicadas por medio del procedimiento conflictual existen otras normas de aplicación inmediata pero que no pasan a constituir un sistema jurídico supranacional.⁵⁶⁵

4. ¿Unicidad de la *grundlegung*?

Una vez señalado que desde nuestro punto de vista todo acuerdo de voluntades, todo *consensus*, debe estar sostenido y apoyado por un *grundlegung*, cabe la siguiente pregunta: ¿debe la convención estar regida en todos sus aspectos por una única *grundlegung* o cada prestación y contraprestación, cada obligación, cada aspecto de la misma puede estar regida por un sistema legal diferente?

La segunda alternativa supone el desmembramiento,⁵⁶⁶ partición⁵⁶⁷ o disección⁵⁶⁸ de la *lex contractus* en dos o más segmentos. Teóricamente pueden darse dos formas de partición.

Un primer supuesto es que la *lex contractus* sea la sumatoria de una serie de *grundlegung* cada una vinculada con su *consensus*, *lex contractus* = $\bigcirc_{i=1\dots n} (\textit{grundlegung}_i + \textit{consensus}_i)$, de forma que cada pareja de *grundlegung*_i y *consensus*_i sea en sí misma un contrato que forme parte simplemente de un negocio jurídico que los aglutina. En este caso, no existe mayor inconveniente teórico con el *depeçage*.

El segundo caso de la sumatoria es más complejo, se trata de diversas cláusulas de un mismo contrato, de forma que la *lex contractus* = $\bigcirc_{j=1\dots n} (\textit{grundlegung}^j + \textit{consensus}_i)$. En este caso, la sumatoria de cada pareja de *grundlegung*^j y *consensus*_i son disposiciones o cláusulas individuales que integran el contrato.

⁵⁶⁴ Barrera Nájera, Guadalupe, *La doctrina de la unidad de derecho*, tesis para obtener el grado de licenciado en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2003.

⁵⁶⁵ Romero Fabiola, *La norma de aplicación inmediata o necesaria*, Publicaciones Jurídicas Venezolanas, revista 112, <http://www.zur2.com/fcjp/112/fabiola.html>.

⁵⁶⁶ Loussouarn y Bredin, por ejemplo, le donominan *depeçage*. Cfr. Loussouarn, Yvon y Bredin, Jean-Denis, *Droit du commerce international*, París, Sirey, 1969, p. 604.

⁵⁶⁷ Niboyet le denomina *morcellement*. Cfr. Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 516, p. 75.

⁵⁶⁸ Aparte del término *dissection* Batiffol utiliza los términos *depeçage* y *morcellement* de manera indistinta. Batiffol, Henri, *op. cit.*, nota 310, pp. 34 y 65, entre otras.

En este caso, cada cláusula es interdependiente desde el punto de vista de la convención, pero independiente desde el punto de vista de la ley aplicable, *grundlegung*⁵⁶⁹, se trata de contratos plurilocalizados. Ejemplo de este tipo de desmembramiento lo da el último párrafo del numeral 1, del artículo 3o., del Convenio de Roma que señala que “las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

Con independencia de que el convenio sea una sumatoria de convenios regulado cada uno por un diverso *grundlegung* o bien que cada cláusula de un mismo convenio esté regulada por diferentes *grundlegung*, existe otra división de desmembramiento: vertical y horizontal.⁵⁶⁹ En el primer caso, la segmentación del contrato rompe la unidad entre las obligaciones de cada parte, separando, por ejemplo, las obligaciones del comprador de las del vendedor, las del arrendatario del arrendador.

En el caso del desmembramiento horizontal, el contrato se separa por los diversos aspectos legales que le dan vida: capacidad de las partes, formalidad, validez del consentimiento, efectos.

El caso clásico de desmembramiento vertical se encuentra en la propuesta de Savigny,⁵⁷⁰ para quien el verdadero asiento de las obligaciones, el derecho local a que se encuentran sometidos es el lugar de su cumplimiento,⁵⁷¹ adoptando así la *lex loci solutionis* para cada obligación.⁵⁷²

⁵⁶⁹ Alfonsín, Quintín, *op. cit.*, nota 419, p. 33.

⁵⁷⁰ “... en toda obligación sinalagmática son distintas las deudas y pueden ser separadamente tratadas; luego una vez fijada esta división nada nos impide determinar para cada una de estas deudas la jurisdicción y el derecho local, según la persona del deudor”. Savigny, M. F. C., *op. cit.*, nota 506, p. 235.

⁵⁷¹ “... es de esencia de la obligación el referirse a dos personas diferentes: para la una constituye una extensión de la libertad, el imperio sobre una voluntad extraña; para la otra, una restricción de la libertad, la sumisión a una voluntad extraña, ¿según cuál de estas relaciones estrechamente ligadas, aunque diferentes, debemos determinar el asiento de la obligación? Evidentemente sobre la última, porque la necesidad de un acto impuesto a la persona del deudor constituye la esencia de la obligación. Este principio encuentra una doble confirmación, primeramente en la gran influencia que el lugar de la ejecución ejerce sobre la jurisdicción, pues éste resulta principalmente de la actividad del deudor y el acreedor no obra o no representa más que un papel accesorio e inferior; en segundo lugar, en la relación íntima existente entre el derecho local y la jurisdicción siempre subordinada a la persona del demandado, que es en este caso el deudor”. Savigny, M. F. C., *op. cit.*, nota 506, pp. 234-235.

⁵⁷² El artículo 13 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos establece en su fracción V: ... “los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado

Cuando el contrato por ser unilateral impone una obligación a una sola de las partes, la *lex loci solutionis* de esa obligación es a la vez la *lex contractus*, pero cuando el contrato por ser bilateral impone a las dos partes obligaciones recíprocas que deben ser cumplidas en Estados diferentes habrá que desmembrar el contrato en dos mitades para aplicarle a cada una la ley correspondiente.⁵⁷³

El desmembramiento horizontal se realiza de la siguiente manera: a) para su solemnidad se sigue la regla *locus regit actum*; b) para la capacidad de los contratantes *lex domicilii*; c) para la interpretación del contrato, *lex loci contractus*; d) para el proceso en caso de controversia *lex fori*, y e) para la ejecución de las prestaciones *lex loci solutionis*.⁵⁷⁴ En los contratos extranacionales lo común es que cada uno de dichos aspectos del contrato esté regido por una ley distinta.

La teoría del desmembramiento de las cláusulas contractuales ha dado lugar a interesantes discusiones teóricas respecto al contenido del *grundlegung*, sus alcances, y la posibilidad de que sea complementado por otras disposiciones de diversos sistemas legales. Así, por ejemplo, se distingue entre requisitos exigidos por el *grundlegung* para que un *consensus* sea válido y requisitos exigidos por otros sistemas jurídicos que complementan el *grundlegung*. Así se dice que el requisito de que la norma convencional sea creada por contratantes capaces lo establece el *grundlegung* del contrato; en cambio, en la jurisprudencia del arbitraje internacional, la determinación de dicha capacidad puede quedar librada a otra ley. Por lo tanto, si dos personas extranjeras celebran un contrato sobre un bien inmueble en México, es la ley mexicana la que exige que dichas

válidamente la aplicabilidad de otro derecho". "The general principle in relation to contracts made in one place, to be executed in another, is well settled. They are to be governed by the law of the place of performance". *Miller vs. Tiffany*, 1 Wall. 298; *Bedford vs. Eastern Building & Loan Association*, 181 U. S. Supreme Court 227, 243 S., 21 S. Ct. 597.

⁵⁷³ Este sistema es adoptado por el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos en el primer párrafo de la fracción V, del artículo 14, que dispone: "En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:... V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derecho se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto".

⁵⁷⁴ Moore, John Bassett, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1906, vol. II, p. 620.

personas sean capaces, y se deja a la ley extranjera que determine si dichas personas son capaces o no lo son. De la anterior distinción queda claro que el *grundlegung* puede tener diferentes alcances. En los contratos nacionales celebrados entre personas de la misma nacionalidad que el Estado en el que contratan tanto el requisito de capacidad para contratar como la definición de capacidad se regulan por la misma *grundlegung*, el derecho nacional. En los contratos transnacionales en cambio, la *grundlegung* queda acotada al requisito de capacidad para contratar y deja a otros sistemas jurídicos la determinación de los requisitos para ser capaces, dándose una complementariedad interesante entre diversos sistemas legales. En general podemos señalar una regla general: la *lex contractus* regirá lo que se denomina la vida del contrato, el *iter contractus* (*consensus + grundlegung*), desde su formación hasta su ejecución y extinción,⁵⁷⁵ lo que quede fuera de dicho *iter* se puede regir por otros sistemas legales, de manera complementaria. ¿Cuál es la base de esta complementariedad? Desde nuestro punto de vista dicha complementariedad implica una coordinación entre los diversos sistemas legales supuesta y no demostrada hasta el momento.

Otro de los desmembramientos horizontales posibles es sustraer de la *lex contractus* la validez del consentimiento. Bajo dicho desmembramiento los vicios del consentimiento son tratados como entes independientes de la *lex contractus*, lo cual, desde nuestro punto de vista, es impropio por ser el *consensus* el elemento definitorio del nacimiento de la norma convencional.

La teoría del desmembramiento tiene un problema toral. Al no existir un *grundlegung* general que se sobreponga, coordine y unifique a los diversos sistemas jurídicos existentes en el mundo, el desmembramiento rompe la unidad del contrato.⁵⁷⁶ Pensemos en un contrato que requiera cierta formalidad para ser válido. ¿Puede desmembrarse la cláusula de formalidad del resto de la *lex contractus*? En el caso de dos estadounidenses que pretenden comprar un bien inmueble ubicado en México, la ley mexicana exige la elevación a escritura pública; si el contrato se celebra en Estados Unidos, según la regla *locus regis actum* el mismo debe

⁵⁷⁵ Pérez Vera, Elisa y Guzmán Zapater, Mónica, *op. cit.*, nota 262, p. 276

⁵⁷⁶ Vischer, F., *op. cit.*, nota 482, p. 31. Véase, también, González de Cossio, Francisco, "La Convención Interamericana y los Contratos Internacionales", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 27, 1997, pp. 124 y ss.

tener las formalidades del lugar donde se celebra, pero para que sea válido frente a terceros en México debe luego cumplir con la formalidad mexicana de escritura pública, desde nuestro punto de vista, el desmembramiento de cláusulas da lugar a inconsistencias dentro del contrato.

Con respecto al fondo de la norma convencional se proponen frecuentemente desmembramientos. La norma convencional es dividida en aspectos referentes al proceso que la genera y aquellos relativos a la aplicación de la norma ya creada. Formación del contrato *vs.* ejecución del mismo, distinguiendo así entre el *vinculum iuris* y el *onus conventionis*, es decir, entre los requisitos para la validez del contrato y los efectos de la norma convencional. Esta distinción también la establece la doctrina norteamericana.⁵⁷⁷ El *onus conventionis* puede dividirse en dos partes: efectos previstos y propuestos por las partes, *effets*, y efectos en existencia por operación de derecho, *suites du contrat*,⁵⁷⁸ desde esta perspectiva, el *onus conventionis* del *consensus* es denominado *effets* y el *onus conventionis* del *grundlegung* es denominado *suites du contrat*.

Bajo la distinción entre requisitos de formación del contrato y ejecución del mismo, los primeros pueden ser regulados por la *lex loci celebrationis* (*lex locus contractus*), mientras que los segundos lo pueden ser por la *lex loci solutionis*.⁵⁷⁹ Este desmembramiento genera también problemas, así, por ejemplo, puede ser el caso que la ejecución de un contrato dependa de ciertas condiciones de celebración desconocidas o prohibidas por la *lex loci celebrationis* (*lex locus contractus*).

Esta multiplicidad de leyes aplicables al mismo contrato requiere, en principio, que el límite del dominio de cada una de ellas sea preciso, lo cual nunca sucede; es más, no solamente las diversas leyes aplicables se sobreponen, sino que generalmente se contraponen debido a la descoordinación existente entre los diversos sistemas legales soberanos.

Todo desmembramiento, horizontal o vertical, tiene un serio inconveniente: las obligaciones que ligan a los contratantes en todo contrato son correlativas y dependen una de la otra. Dicha correlación desaparece

⁵⁷⁷ *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Washington, American Law Institute, 1934, pp. 346 y 358.

⁵⁷⁸ Valéry, Jules, *Manuel de droit international privé*, París, Fonteming et Cie, 1914, pp. 685 y 987.

⁵⁷⁹ Fiore, Pascual, *Derecho internacional privado*, trad. de García Moreno, México, Talleres de la Ciencia Jurídica, 1898, t. II, pp. 13 y ss., § 242.

si la obligación de una parte queda subordinada a una ley mientras que la obligación de la contraparte, que puede ser correlativa, queda sujeta a un sistema legal diverso, si no existe una vinculación superior entre esos dos sistemas legales. Las obligaciones de una de las partes son, desde el punto de vista contractual, el contrapeso de las obligaciones de la contraparte. El romper el *vínculum* al separar las obligaciones significa pesarlas en balanzas diferentes. Las obligaciones de una convención, aunque diferentes, deben ser pensadas configurando un vínculo legal único; en consecuencia, aunque la deuda de cada parte puede parecer distinta, la fuente consensual que les dio origen debe ser regulada por un solo sistema jurídico, de lo contrario no se lograría la coincidencia de voluntades que da lugar al *consensus* o habría que enfrentarse a soluciones insolubles como en el caso de que, según la ley de una obligación, el consentimiento existiera y fuera válido y según la ley de la otra, no existiera o fuera nulo. El contrato debe, por tanto, ser pensado como una unidad jurídica y como tal debe ser regido por una sola ley.

Además de los argumentos legales, que son los que interesan a esta investigación, cabe mencionar que mantener la unidad del régimen del contrato es una exigencia real, una condición normativa que garantiza la seguridad del *commercium internacional*.

Un punto adicional en toda esta discusión del desmembramiento de los contratos es la temporalidad en que puede producirse la disección y su eventual modificación. El párrafo 2, del artículo 3o., del Convenio de Roma señala que “Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía antes bien sea en virtud de una elección según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio”.

Lo dispuesto por el Convenio de Roma es consistente con la postura de mayor liberalidad a la autonomía de la voluntad, al punto tal de que no solamente dejan escoger el *grundlegung* que da sustento al *consensus*, sino que deja libre la posibilidad de que dicho sistema jurídico sea cambiado a discreción. Desde nuestro punto de vista, esta solución es exagerada y genera incertidumbre al no estar definido de una vez por todas qué sistema legal compone la *lex contractus*.

El Convenio de Roma trata de asegurar dicha certidumbre al establecer que “Toda modificación, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez for-

mal del contrato a efectos del artículo 9o. y no afectará a los derechos de terceros”.

En este punto cabe una acotación importante. El mundo comercial desmembra contratos, el marco teórico soberano no logra explicar satisfactoriamente lo sucedido en la realidad debido a que ha sido rebasado. Es necesario enfocar con otros ojos los problemas, y nosotros creemos que la única forma de responder coherentemente a la posibilidad de que las partes de una convención puedan escoger distintas leyes aplicables a las distintas cláusulas de su contrato, o de que puedan, inclusive, cambiarla cuando se les antoje, es bajo la explicación de que la ley aplicable se compone por un sistema legal global compuesto de subsistemas legales, dicho sistema legal global les permite a las partes determinar a qué subsistema jurídico quieren fijar su *consensus*. La única forma de resolver estas contradicciones al aplicar los distintos sistemas legales soberanos es crear normas que estén destinadas a ser aplicadas a toda la humanidad.⁵⁸⁰ Este es el caso creado justamente por el Convenio de Roma para el subsistema europeo, que en materia de obligaciones contractuales permite a las partes de una convención determinar a qué sistema legal nacional europeo pueden adscribir su contrato.

¿Cuál es el sistema legal que rige el contrato de Estado internacional?
¿En qué consiste la ley del contrato de Estado internacional? Lo restante de este trabajo se ocupará de ello, identificar cuál es dicha ley y analizar su contenido.

⁵⁸⁰ Juenger, Friedrich, *op. cit.*, nota 542, p. 147.