



45

Reflexiones en torno a la teoría general del contrato

Tonatiuh García Castillo

DERECHO MERCANTIL

Septiembre de 2003

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. ❖ D. R. (C) 2003, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

CONTENIDO

I. Problemática	1
II. Terminología	3
III. El Jano Bifronte (procedimiento jurídico convencional vs. norma jurídica convencional)	7
1. El convenio como norma jurídica	7
2. El Convenio como Procedimiento.....	38

I. PROBLEMÁTICA

El mundo contemporáneo se encuentra inmerso en un reflujó de fuerzas contradictorias; unas integradoras, otras divisoras, el juego de las unas y las otras genera procesos dialécticos: homogeneización vs. heterogeneización; localismo y regionalismo vs. mundialización; globalización económica vs. carencia de globalización política y jurídica; globalización de la cultura vs. reivindicaciones de la autonomía e identidad socioculturales; el resultado final del proceso nadie lo sabe y parece impredecible.¹ Nosotros, sin embargo, tomamos partido y suponemos que los fenómenos migratorios y de globalización encaminarán a la humanidad hacia la integración mundial. Esta mundialización está teniendo lugar a través de la creación, integración y perfeccionamiento de múltiples redes: financiera, telecomunicaciones, transporte, comercial, terrorista, criminal. La unificación sin embargo, puede correr por dos vertientes: bajo la enseña de la opresión y de la violencia o, por el contrario, por el camino de la democracia y la igualdad.

No obstante que el papel del jurista para que la humanidad siga una u otra vía es determinante, frente a la tendencia globalizadora la teoría jurídica permanece atónita y pasmada, limitada en su entender y en sus propuestas por sus “confines estatistas”.² Ante la gran red global el mundo jurídico se conserva desconectado. Los ojos de los abogados, inmersos en el paradigma soberano, continúan percibiendo al mundo como una multitud de sistemas jurídicos nacionales, que perviven como islas en un gran fango, sin conexión entre unas y otras mas allá de la que ha sido negociada a través del reconocimiento de los Estados mismos. Esta es la visión legal de la sociedad mundial propuesta por Vattel, el derecho internacional calificado de positivo, que en su momento buscó reflejar una colectividad que tuvo lugar desde la paz de Westfalia a la primera guerra mundial, sociedad basada en relaciones sinalagmáticas, reciprocidades, y reconocimiento de soberanías.³ Este derecho internacional para los Estados se complementó por el derecho de

¹ Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, México, IJc, UNAM, 2002, p. 391.

² Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales”, en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, p. 43.

³ Jellinek señaló que el derecho nacional e internacional tienen una diferencia fundamental; para el maestro de Heidelberg en el derecho internacional no existen relaciones de subordinación sino solamente de coordinación, debido a que quienes crean el derecho y quienes son obligados por el mismo son las mismas personas, es decir, los Estados. Para Jellinek el derecho internacional, al carecer de *imperium*, presentaba las características de la anarquía. Jellinek, Georg, *L'Etat Moderne et son droit*, trad. Georges Fardis, Paris, V. Girard & E. Brière, 1911, tomo I, pp. 560-564.

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

No obstante, las anteriores explicaciones confunden al derecho (law) con la sociedad que pretende regular (fact). Todo orden jurídico supone lo que Habermas ha llamado “la revolución en el mundo de las representaciones morales”, esto es, el establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yergue sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos”. Cfr. Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, Trad, Manuel Jiménez Redondo, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 26.

conflicto de leyes o derecho internacional privado, que operaba para aquellas relaciones entre privados de distinta nacionalidad. Choque de sistemas jurídicos nacionales que mutuamente se reconocían, conflicto de soberanías que se resolvía al reconocerse una a la otra.

Los cambios experimentados en la realidad mundial a partir de la firma del tratado Kellogg-Briand, o renuncia a la guerra como recurso para resolver los conflictos internacionales; la aparición de conceptos como *jus cogens*⁴ y obligaciones *erga omnes*,⁵ reclaman una visión del derecho para el mundo actual con nuevas aproximaciones. En el ámbito comercial surgen problemas para explicar aquellas relaciones entre privados de distinta nacionalidad que aparentemente no están regidas por ningún derecho. Ante tales exigencias globales el jurista, enjaulado en los límites estatistas, acude a analogías medievales, como la *lex mercatoria*, solución que, sin embargo, está limitada por los supuestos jurídicos de los que parte: reciprocidades, simetrías, relaciones entre desconocidos sustentadas en la buena fe y continuo trato comercial. La explicación de *lex mercatoria* es un recurso que está todavía muy lejos de ofrecer una salida sensata a una sociedad cada vez más interdependiente, integrada, única.

Lord Justice Denning decía que algunos abogados encuentran soluciones para cada dificultad, mientras que otros hallan dificultades para cada solución. Nosotros quisiéramos ser de los primeros. La dificultad que enfrentamos es lograr que el proceso unificador de la sociedad global se sustente en la equidad y el derecho y no en la violencia y la desigualdad. La solución que proponemos es reconocer la necesidad insoslayable de una conexión lógica e imprescindible entre todos los sistemas jurídicos que hasta hoy día se conciben dispersos, apartados, aislados unos de los otros: los nacionales, el internacional público y la *lex mercatoria*, por mencionar algunos ejemplos. Dicha conexión tiene que ir más allá del reconocimiento de jurisdicciones soberanas y reclama modificar los supuestos jurídicos de inicio para todo análisis.

En el contexto de las relaciones entre un Estado y un privado extranjero, y entre privados de distinta nacionalidad, es necesario romper los límites soberanos, y llevar a cabo la revolución en el mundo de las representaciones morales de la que habla Habermas.⁶ Esto es, colocar a la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades y erguirse sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos. En términos de Ferrajoli es necesario transformar el sistema de las relaciones internacionales basado en *pactum associationis* a un ordenamiento jurídico basado en *pactum subjectionis*.⁷ El presente ensayo no busca dilucidar sobre esta problemática pero parte de dicho supuesto.

Así Kelsen señalaba que la relación de superioridad e inferioridad que se da en todo sistema jurídico no se refiere a la realidad entre los integrantes del sistema jurídico (soberano vs. súbditos), sino entre éstos, por una parte, y el orden que regula su conducta, por la otra.

Esta subordinación nouménica se da inclusive en la moral, donde los individuos cuya conducta está regulada por las normas morales, se hallan tan sujetos a éstas, tan “inferiores” a ellas, como los que están sometidos al orden jurídico. Cfr. Kelsen, Hans, *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, México, Editora Nacional, 1974, pp. 89-90.

⁴ *Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons*, Advisory opinión, International Court of Justice (ICJ), 1996

⁵ *Barcelona Traction, Light and Power*, Belgium v. Spain, ICJ, 1970.

⁶ Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, Trad, Manuel Jiménez Redondo, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 26.

⁷ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, p. 178.

Términos como contrato, acuerdo, entendimiento, convenio, tratado, pacto, refieren todas situaciones semejantes. Sin desconocer que cada denominación existe porque obedece a necesidades particulares, frente al necesario englobamiento jurídico que se tendrá que dar cabe realizar el esfuerzo de encontrar los puntos comunes a todas esas denominaciones. En efecto, ¿qué tipo de teoría jurídica global tendremos sino generalizamos? Kelsen señaló que “una de las tareas del jurista consiste en presentar de manera congruente el material con que se trata”,⁸ poner orden a la maraña de los fenómenos legales. Ante la complejidad de las relaciones contractuales globales no sólo es oportuno, sino necesario reflexionar sobre los elementos básicos que permitan obtener un común denominador entre tanta aparente individualidad confusa.

Este ensayo pretende ser a la vez general, y descriptivo. General porque busca no vincularse con ningún sistema jurídico en lo particular, sino 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, “la figura más básica del derecho privado burgués”,⁹ sin buscar justificarlos sino simplemente exponer 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*.¹⁰ Esta distinción entre convenciones garantizadas o no por una sanción (impuesta mediante una *actio*), ha sido criticada duramente por los teóricos que introducen dentro de la definición del derecho la sanción coactiva,¹¹ impuesta por el detentador del poder político. A tal discusión regresaremos en su momento, pero por ahora baste decir que ciertos sistemas, que nadie duda en calificarlos de jurídicos, han reconocido la existencia de convenciones sin garantía de *actio*.

En la tradición jurídica romano-germana¹² normalmente se acepta que la convención tiene dos funciones:¹³ una positiva, que es crear o transmitir, derechos y obligaciones, y otra negati-

⁸ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1988, p. 446.

⁹ Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, Trad, Manuel Jiménez Redondo, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 29.

¹⁰ Petit, E, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 268.

¹¹ Nosotros comulgamos con la idea de que el derecho es un sistema de normas en que aplica el principio de la retribución y en este sentido es un sistema normativo basado en sanciones. La moral también es un sistema basado en sanciones, esto es, la aprobación o desaprobación de los otros miembros del sistema por la conducta llevada a cabo. Lo que desde nuestro punto de vista no está plenamente demostrado, como se verá más adelante, es que toda norma jurídica se sustente en sanciones coactivas.

¹² 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 y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural”. Cf. MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, México, FCE, 1993, p. 17.

va, que consiste en modificarlos o extinguirlos. Dicha tradición deja el término *contrato* para la función positiva¹⁴ y denomina *convenio en sentido estricto*, a la función negativa.

Bajo esta tradición los elementos esenciales de un contrato son:¹⁵

- elemento subjetivo: manifestación de la voluntad
- elemento objetivo: producción de consecuencias jurídicas
- elemento normativo: reconocimiento por parte del sistema legal al procedimiento de creación de la norma contractual

Por otra parte, en los Estados Unidos de América, bajo la tradición jurídica anglosajona, el contrato se ha definido como:

- i) una promesa o
- ii) un conjunto de promesas
 - ◆ por cuyo incumplimiento la ley provee un remedio, o
 - ◆ cuyo cumplimiento la ley reconoce como deber.¹⁶

Para los teóricos norteamericanos los elementos esenciales de un contrato son:¹⁷

- i) capacidad legal de las partes para contratar;
- ii) objeto o materia apropiada;
- iii) consideración,¹⁸ y
- iv) mutualidad de acuerdo¹⁹ y obligaciones.

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

¹³ Rojina villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Antigua Librería Robredo, 1954, Tomo VI, Contratos, Volumen I, p. 9

¹⁴ Contrato es el convenio que produce o transfiere obligaciones o derechos. Artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, México.

¹⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1981, Tomo V, Obligaciones, Volumen I, p. 129.

¹⁶ *Restatement*, Second, Contracts §3, American Law Institute.

¹⁷ 286 *North Western Reporter*, pp. 844 y 846.

¹⁸ Por consideración se entiende la inducción necesaria para celebrar un contrato, algo valioso dado a cambio de la ejecución o de la promesa de ejecución de la otra parte. La causa material de un contrato. *Restatement*, Second, Contracts §71 (1), 1981, American Law Institute.

¹⁹ 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 existe insuficiente ‘consideración’ para apoyar la promesa de la otra parte al supuesto contrato” 159 *Federal Reporter*, *Second series*, 642, 643. Para el caso de contratos unilaterales, la 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, p.

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.

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

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”.²⁰

La enunciación de contrato, como se entiende en Estados Unidos, que hemos transcrito 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”.²¹ 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”.

El reconocimiento del procedimiento contractual y de la norma surgida del mismo por la tradición de *common law* puede implicar que su cumplimiento sea capaz de reclamarse ante las Cortes, mediante una *actio*. Dicha situación no necesariamente es la misma bajo la definición romanista citada, donde el contrato no incluye forzosamente el reconocimiento del mismo por parte del sistema jurídico a través de la *actio*.

La distinción entre 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,²² y Enneccerus sostuvo que un derecho sin acción era imperfecto pero no por ello dejaba de ser derecho.²³ La influencia de la concepción Kelseniana del derecho como un orden que estatuye actos de coacción, es decir, donde dichos actos se cumplen aún contra la voluntad del afectado y en caso de oposición recurriendo a la fuerza física,²⁴ hizo a muchos juristas sostener que un derecho que no esté garantizado mediante la imposición de una sanción en caso de incumplimiento, no puede ser derecho.

²⁰ Holmes, O. W., *The western maid*, 257 U.S. 419, 433, 1922.

²¹ 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)

²² Petit, E, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 526.

²³ Enneccerus, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, Tomo II, Teoría General, p. 13.

²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 123.

Como se puede percibir desde este momento, aunque aparentemente las nociones de contrato otorgadas por las tradiciones romano germana y la de *common law* difieren, existe identidad en los elementos básicos que son:

- i) mutualidad en el acuerdo de voluntades de dos o varios sujetos (elemento subjetivo)
- ii) tendiente a producir un efecto jurídico (elemento objetivo) al interior del sistema jurídico (elemento normativo), mismo que se traduce en crear o extinguir²⁵ una o varias obligaciones (con sus correspondientes derechos reflejos)

Ahora bien, el término “contrato” lo encontramos a través de los diversos sistemas jurídicos para referir al fenómeno²⁶ que hemos descrito en los párrafos anteriores. Un fenómeno similar llamado “tratado” tiene lugar en el ámbito del derecho internacional, dicha designación es independientemente de la denominación en particular que le den al celebrarlo las “personas internacionales”²⁷ (Estados u organismos internacionales).²⁸ A los acuerdos 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”.²⁹ A los contratos celebrados entre privados

²⁵ 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.

²⁶ Este “fenómeno”, cabe subrayar desde ahora, no pertenece al mundo fáctico ni puede ser apreciable con los sentidos como una noción experimental; es decir, como una silla lo puede ser; sino que es un fenómeno jurídico en el sentido en que se puede decir que el matrimonio lo es: un estatus legal atribuido a cierto estado de cosas por virtud de ciertas reglas. El contrato es así una noción intelectual, un hecho nouménico, de la razón pura, incapaz de ser entendido por la experiencia.

Este ensayo busca analizar al contrato como fenómeno jurídico y hace caso omiso de otras facetas de dicho fenómeno, como puede ser la económica.

El binomio *fenómeno vs. nómeno* es fundamental para diferenciar problemas jurídicos de los no jurídicos. Por ejemplo, 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. Crawford, James, *The creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

²⁷ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, artículo 2.

²⁸ *Reparation Case*, ICJ Reports, 1949, p. 174.

²⁹ Antiguamente el “tratado” era también llamado “contrato internacional”. Ambos términos eran sinónimos y referían al acuerdo de voluntades entre dos “personas” del derecho internacional, es decir, entre dos Estados. Willing, T, “Is Hudson Bay a Closed or an Open Sea?” *American Journal of International Law* (en adelante AJIL), April 1912, Vol. 6, Issue 2, p. 454; Potter, P, “The doctrine of servitudes in international law”, *AJIL*, July 1915, Vol. 9, Issue 3, p. 635; Fenwick, C., “War as an instrument of national policy”, *AJIL*, October 1928, Vol. 22, Issue 4, p. 826; Nicolson, H, “Modern Diplomacy and British Public Opinion”, *International Affairs*, Royal Institute of International Affairs, 1931-1939, Sep. – Oct. 1935, Vol 14, N. 5, pp. 613; Kelsen, H, “The Preamble of the Charter. A Critical Analysis”, *The Journal of Politics*, May 1946, Vol. 8, No. 2, pp. 148; Wehberg, Hans, “Pacta Sunt Servanda” *AJIL*, October 1959, Vol. 53, Issue 4, p. 781.

Alrededor de 1930 el término “contrato internacional” comenzó a utilizarse en el sentido que aquí se presenta. Después de la segunda guerra mundial la acepción se ha tornado general, lo anterior no sin serías críticas y reticencias en virtud de la discusión sobre el “status internacional” del agente privado extranjero. cfr. Conference for the Codification of International Law: The Hague, 1930, “Responsibility of States for Damages caused in their territory to the person or property of foreigners”, League of Nations Document C. 75. M. 1929. V. *AJIL*, January 1930, Vol. 24, Issue 1, p. 50; Dernburg, H. “Some Basic Aspects of the German Debt Settlement”, *The Journal of Finance*, September 1953, Vol. 8, No. 3, pp. 303; Carlston, Kenneth, “Concession Agreements and Nationalization”, *AJIL*, April 1958, Vol. 52, Issue 2, p. 269; Delaume, Georges, “The proper law of loans concluded by international persons: A Restatement and a forecast”, *AJIL*, January 1962, Vol. 56, Issue 1, p. 70; Friedman, Wolfgang, “The uses of ‘General Principles’ in the development of international law”, *AJIL*, April 1963, Vol. 57, Issue 2, p. 280, Lalive,

de diferentes nacionalidad que parecen no estar regidos por ningún sistema jurídico particular se les ha llamado también contratos internacionales³⁰ otros prefieren denominarlos contratos transnacionales o supranacionales,³¹ UNIDROIT, reconociendo la problemática ha preferido llamarles “contratos comerciales internacionales”.³² Nosotros en el afán generalizador que buscamos utilizaremos como término común a todos ellos la palabra “convención”.

III. EL JANO BIFRONTE (PROCEDIMIENTO JURÍDICO CONVENCIONAL VS. NORMA JURÍDICA CONVENCIONAL)

El convenio es un fenómeno jurídico que se yergue, a la manera del dios Jano de la antigua Roma, con dos caras, y esto es así porque, como lo hizo notar Kelsen, un mismo término tiene dos acepciones,³³ lo cual no es más que la señal, como la punta de un iceberg, de una complejidad intelectual subyacente:

- i) Por un lado la convención puede analizarse como “un procedimiento” por medio del cual diversas voluntades concurren y generan un efecto en el mundo jurídico;
- ii) Por otro lado, la convención puede estudiarse en el sentido del “producto” derivado de dicho procedimiento, es decir, la norma o el orden convencional creado.³⁴

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

El estudio del convenio se ha desarrollado así entre el binomio: procedimiento convencional vs. norma convencional. En la primera aproximación se estudia el proceso genético por medio del cual nace la norma convencional, los elementos que intervienen para su formación. Como norma analizamos los efectos de las obligaciones creadas, sus ámbitos de validez, así como su relación con el resto del sistema jurídico. Dos perspectivas para focalizar el estudio del convenio; ambas indispensables para una teoría integral del mismo.

Jean-Flavien, *Contrats entre États ou Entreprises Étatiques et Personnes Privées*, Recueil des Cours, Collected courses of the Hague Academy of International Law, 1983, III, Tome 181, p. 30 y muchos otros a partir de entonces.

³⁰ Lipp, R, “Transnational business law in the twenty-first century: The crisis in International Trade”, 15 *Transnational Law* 31, 2002.

³¹ Bonell, Michael, The UNIDROIT principles and transnational law”, <http://www.unidroit.org.english/publications/review/artoicles/2000-2.htm>, 2000.

³² UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Commented, UNIDROIT, 1994, <http://www.unidroit.org>.

³³ Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1943, pp. 9-11.

³⁴ “los contratos son, en un sentido, derecho privado creado por acuerdo de las partes” cfr. D. Reed Freeman, Jr. http://profs.lp.findlaw.com/contracts/contract_1.html, 1999.

1. *El convenio como norma jurídica*

Tanto en la tradición anglosajona como en la romano-germana se dice que el acuerdo de voluntades que crea el convenio tiene como efecto una modificación en la esfera de los derechos subjetivos (*rights*) y las correspondientes obligaciones (*obligations*). El derecho objetivo (*law*) como tal no sufre ningún cambio con la creación del convenio.³⁵ 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*)”.³⁶

A. *Derecho subjetivo vs. derecho objetivo*

Si se pasa por alto la función creadora de derecho que realiza la convención es fácil caer en el error de que ésta solamente afecta derechos subjetivos (*ius*) y no al derecho objetivo (*lex*).³⁷ La razón para no querer ver que la convención es creación de derecho, se debe a que esta última función en la teoría tradicional se encuentra reservada a la legislación que emana del poder público estatal. Así 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 a los deseos del primero (ordenes coercitivas establecidas por el soberano). Bajo este esquema legal es lógico concluir que únicamente el soberano es capaz de crear derecho.³⁸

Hasta el momento la teoría jurídica ha estado limitada y circunscrita en su análisis al modelo de derecho estatal soberano, donde los súbditos no pueden crear derecho. Bajo esta forma de pensar, la convención es una simple aplicación de la ley (el derecho objetivo). Dicha ley es independiente del querer de quienes deben obedecerla, ha sido creada de antemano y no sufre modificación alguna por su simple aplicación. Contra esta postura Hart ha sostenido que existen, dentro del fenómeno denominado derecho, ciertos poderes conferidos a los privados para crear o modificar relaciones legales que no pueden, sin llegar al absurdo, ser interpretadas como ordenes basadas en amenazas.³⁹

La distinción entre aplicación y creación del derecho, entre ley y acto jurídico,⁴⁰ no ha traído más que una triste confusión en materia de convenciones. Dicha confusión se ha destilado

³⁵ 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 orden jurídico total. En inglés se dispone de la palabra “*right*”, cuando se quiere aludir a los derechos que tiene determinado sujeto, a diferencia del orden 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*.

³⁶ *Uniform Commercial Code* §1-201 (11).

³⁷ Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1943, p. 4.

³⁸ Austin, John, *The Providence of Jurisprudence Determined* (1832), London, Weidenfeld & Nicholson, 1955, pp. 9 y 24.

³⁹ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 77.

⁴⁰ La teoría civilista francesa distingue dentro de los hechos jurídicos en sentido general a:

A. 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

hasta el derecho internacional en el binomio “tratado-ley” vs. “tratado contrato”. Como señala Brownlie en realidad el tratado-ley no se caracteriza por el hecho de crear normas, sino por la circunstancia de que da nacimiento a normas generales, mientras que el tratado-contrato crea normas individuales.⁴¹

En efecto, si describimos al orden jurídico como un sistema de normas donde podemos separar entre aquellas de un primer tipo, bajo las cuales a los seres humanos se les requiere hacer o abstenerse de ciertas acciones, y normas de un segundo tipo, que proveen que ciertos seres humanos puedan, haciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del primer tipo, extinguirlas o modificarlas, de acuerdo al principio de que el derecho regula su propia creación,⁴² se puede siempre decir que la norma secundaria que regula la creación de una primaria es “aplicada” en el acto de creación de esta última, y por tanto toda creación de derecho es siempre una aplicación del mismo.

Ihering definió al derecho subjetivo como un interés “protegido” por la ley,⁴³ interés que tiene existencia previa a todo derecho objetivo.⁴⁴ Esta distinción entre interés y derecho subjetivo tiene una función ideológica. El binomio supone al ser humano como portador de un interés que se levanta como categoría trascendente frente al derecho objetivo, que solamente lo protege a través de los derechos subjetivos. Al respecto Ihering sostenía: “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”.⁴⁵

Esta oposición entre subjetividad jurídica (intereses intocables) previa a toda objetividad jurídica se hace más que 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. Cabe señalar, desde ahora que este último punto de vista es el sostén de la teoría de la “autonomía de la voluntad” postulada por el derecho privatista francés.

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

B. Actos jurídicos, que se definen como la “manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”, el ejemplo típico es el contrato.

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

⁴¹ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 12.

⁴² Las normas del primer tipo imponen deberes, las del segundo tipo confieren poderes (facultades), públicos o privados. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 78 y 79.

⁴³ Ihering Von, R, *La Lucha por el Derecho*, Trad. Adolfo Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881, p. 52.

⁴⁴ 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...” INTERES JURIDICO. INTERES SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN. Amparo en revisión 2747/69.- Alejandro Guajardo y otros (Acums.).-18 de enero de 1972.-Unanimidad de 19 votos.-Ponente: Abel Huitrón. Séptima Época, Volumen 37, Página 25. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), México.

⁴⁵ Ihering Von, R, *La Lucha por el Derecho*, Trad. Adolfo Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881, p. 4.

Esta visión que fundamenta la teoría de la autonomía de la voluntad tiene su exposición máxima en la filosofía de Hegel para quien “el campo del Derecho es lo espiritual, y su lugar preciso y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y determinación; y el sistema de Derecho es el reino de la libertad realizada”.⁴⁶ El gran romántico alemán agrega “el derecho es la libertad como idea”⁴⁷ ... “la universalidad de esa libre voluntad para sí... consciente de sí, es el sujeto como *persona*” y “la *personalidad* sólo tiene comienzo... en cuanto el sujeto ...tiene autoconciencia de sí como Yo completamente abstracto y en el cual toda limitación y validez concreta se niega y no tiene valor”.⁴⁸

Para el padre de la dialéctica moderna la esencia de la personalidad se encuentra en la libre voluntad, “La persona, para ser como Idea, debe darse una esfera externa de libertad”⁴⁹ Esta esfera externa de libertad no es otra cosa sino la propiedad, primera modalidad de la existencia de la persona; “propiedad, como existencia de la personalidad”⁵⁰ Sólo así se puede entender a Hegel cuando critica al “Estado platónico” que “contiene, como principio general acerca de la persona, lo Injusto, por lo cual se la considera incapaz de propiedad privada... la proscripción del principio de la propiedad privada, se puede presentar fácilmente a la opinión que ignora la naturaleza de la libertad del espíritu y del Derecho”.⁵¹

La conclusión 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 orden 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.⁵²

B. Elementos de la obligación 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”.⁵³

En este sentido, para que exista la norma convencional se requiere que una norma secundaria *faculte* a ciertos *órganos* de la comunidad jurídica de mérito a celebrarla, es decir, se requiere que el sistema jurídico prevea que la aplicación de dicha norma secundaria (el ejercicio de

⁴⁶ Hegel, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, (1820) México, UNAM, 1985, § 4.

⁴⁷ *Ibidem*, § 29.

⁴⁸ *Ibidem*, § 35.

⁴⁹ *Ibidem*, § 41.

⁵⁰ *Ibidem*, § 51.

⁵¹ *Ibidem*, § 46.

⁵² 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. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1952, p. 147. Para el concepto ideal de constitución véase páginas 41 y ss.

⁵³ Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*, traducción Genaro R. Carrio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 120.

la facultad conferida a los órganos mencionados) genere una norma primaria,⁵⁴ bajo la cual a ciertos seres humanos se les requerirá hacer o abstenerse de ciertas acciones; y en este sentido se crean derechos subjetivos (y las consubstanciales⁵⁵ obligaciones), a dicha norma se le denomina norma convencional. Es decir, una norma convencional no puede existir sin un sistema jurídico de base, una *grundlegung*.

Si la norma convencional crea derechos subjetivos (consubstanciales a las obligaciones correspondientes) surge entonces la pregunta: ¿qué es una obligación jurídica?

En la tradición romano-germana la obligación se ha definido como el “vinculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona llama acreedor”.⁵⁶ Tratando de dar una definición general, válida para todo sistema jurídico, Kelsen dijo que la obligación era “la omisión del delito por parte del individuo cuya conducta configura el acto ilícito”.⁵⁷

Con independencia de una lista de definiciones que se puede dar, podemos decir que la obligación es parte de un concepto mayor que se denomina *relación jurídica*; siendo esta última la articulación funcional de diversos elementos simples que solo para efectos de análisis jurídico podemos aislar pero que en realidad están siempre combinados en un proceso dinámico y funcional.⁵⁸

La *relación jurídica*⁵⁹ se integra (para fines de explicación solamente) por, al menos:

- i) Los *supuestos jurídicos*, es decir la hipótesis normativa de cuya realización depende que se produzcan las consecuencias de derecho; en el caso de la convención se trata de la norma secundaria que faculta a ciertos órganos de la comunidad a crear una norma primaria, la norma convencional;
- ii) los *sujetos de la relación jurídica*, que son los centros de imputación, en el sentido de que cierto comportamiento de un hombre será el contenido de la hipótesis normativa,⁶⁰ y
- iii) el *objeto de la relación jurídica*, que constituye las formas de conducta que se manifestarán como facultad, obligación, derecho, entre otros.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ De la misma sustancia, naturaleza indivisible y esencia del otro.

⁵⁶ cfr. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1981, Tomo V, Obligaciones, Volumen I, p. 9.

⁵⁷ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p.123 y ss.

⁵⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1981, Tomo V, Obligaciones, Volumen I, p. 17.

⁵⁹ La idea de relación jurídica que tenemos en mente es de mayor amplitud a la definición tradicional de derecho privado que considera solo la relación establecida entre el sujeto de una obligación jurídica y el sujeto del derecho subjetivo correspondiente, lo anterior en virtud de que el orden jurídico establece otro tipo 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, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 174.

⁶⁰ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 198.

Esta visión del derecho como un sistema de relaciones jurídicas mas que sociales nace con Kant. El padre del derecho moderno fue el primero (1797) en distinguir la posesión sensible, empírica, física, de un objeto de la posesión intellegible, 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, dando lugar así a dos realidades paralelas: la propiedad “real”, los bienes mismos, y la “jurídica”, el derecho sobre los bienes.⁶¹

A partir de Kant, un sistema jurídico aparece ante nosotros como una infinitud de relaciones jurídicas interconectadas que forman una red de densidad infinita. Una relación jurídica (que se manifestará en su objeto como derecho, deber, responsabilidad, inmunidad, incapacidad) es un patrón de potencialidad en el cual las personas y situaciones pueden ser ubicadas. El derecho constituye así una matriz que identifica personas y situaciones en forma abstracta. La red de relaciones jurídicas constituye una “realidad legal” paralela a la “realidad social” y cada posible aspecto de esta última tiene un segundo significado en la primera.⁶²

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”.⁶³ De similar manera Alchourrón y Bulygin sostienen que las normas son una correlación lingüística entre casos (compuestos por propiedades fácticamente verificativas) y soluciones (acciones calificadas deónticamente).⁶⁴

Ahora bien, la *obligación* creada por la norma convencional, si es perfecta en el sentido de Enneccerus, tiene los siguientes elementos:

- i) el *crédito*: constituye el lado activo de la obligación y se integra a su vez por
 - a. *derecho reflejo*, cuyo titular se llama *acreedor*
 - b. *facultad de exigir la responsabilidad*
- ii) el *débito*: constituye el lado pasivo de la obligación y se integra por
 - a. *deber jurídico*, cuyo titular se llama *deudor*
 - b. *responsabilidad* en caso de incumplimiento del deber jurídico

⁶¹ Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, (1797), México, UNAM, 1978, pp. 51 y ss.

⁶² Allot, P, “The concept of international law”, en *European Journal of International Law*, 1999. p. 36. Esta realidad jurídica paralela posee su propia lógica, y se estudia por lo que se ha denominado la dogmática jurídica, definida como el oficio intelectual que sigue ciertos cánones reconocidos, el metalenguaje del derecho, el conjunto de reglas, conceptos y definiciones que nos permiten una “lectura jurídica” del derecho mismo, es decir que se lee el derecho no en forma literal sino que a través de la jurisprudencia dogmática se analiza el material, se ponderan argumentos, se verifica su consistencia con el propósito de determinar el derecho aplicable a una situación de hecho. Esta jurisprudencia o esquema de interpretación opera de manera dogmática: sus doctrinas no se hacen explícitas ni se justifican cfr. Berman, Harold J, “The Origins of Western Legal Science”, *Harvard Law Review*, Cambridge Mass, March 1977, vol 90, N° 5.

⁶³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 17.

⁶⁴ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 23 y ss.

La *facultad de exigir la responsabilidad* y la *responsabilidad* misma solo surgen cuando se ha dado el caso de incumplimiento del deber jurídico, mientras ello no suceda no existen y en ese sentido el crédito se reduce al derecho reflejo y el débito al deber jurídico. La responsabilidad y la facultad de exigir la responsabilidad deben distinguirse del derecho reflejo y del deber jurídico en sí mismos.

Como hemos visto, la distinción entre derechos y sus garantías formales o sustanciales no es nada nueva. El derecho romano por ejemplo, llamaba derechos naturales a aquellas obligaciones de equidad que sin llegar a ser morales carecían de una acción para exigir su cumplimiento.⁶⁵ Enneccerus sostuvo que un derecho sin acción era imperfecto pero no por ello dejaba de ser derecho.⁶⁶

Bajo la idea que concibe al derecho como un orden que estatuye actos de coacción se sostuvo por ciertos juristas que un derecho que no tuviera conectado la imposición de una sanción en caso de incumplimiento, dejaba de ser derecho.⁶⁷ El reconocimiento de la existencia de derechos sin garantías primarias o secundarias ha sido retomada defendiendo derecho humanos en contra de las críticas de las escuelas sociológicas realistas,⁶⁸ y ha sido calificada como “la contribución concreta más significativa a la reflexión jurídica por parte de la teoría de los derechos de Ferrajoli”.⁶⁹

Como veremos más adelante, la responsabilidad y la facultad de exigir la responsabilidad surgen siempre que se da el incumplimiento del deber jurídico. Lo que sucede es que existen, dependiendo del sistema jurídico del que se esté hablando, diversos niveles de responsabilidad y también diversas formas de exigirla, la más perfecta que se conoce es a través de una *actio*.

Pasemos ahora a analizar los cuatro elementos de una obligación perfecta estatuida por una norma convencional.

El *deber jurídico* se atribuye al *deudor* y podemos decir que consiste en la prescripción que el sistema jurídico establece para llevar a cabo cierta conducta (acción u omisión). Esto es, en el sistema jurídico de mérito existe una norma que ordena al deudor conducirse de determinada manera. La conducta del deudor no puede ser otra más que la de un ser humano, sea como representante de una persona colectiva, como titular de un poder público, o bien como persona física actuando a su nombre o en representación de alguien. Se requiere que el deudor esté determinado ya que toda obligación siempre debe estar a cargo de alguien.

⁶⁵ Petit, E, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 526.

⁶⁶ Enneccerus, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, Tomo II, Teoría General, p. 13.

⁶⁷ Se ha señalado que esta visión fue influida por Kelsen, pero cabe señalar que él mismo padre de la escuela austriaca sostuvo que “no es función esencial del derecho objetivo estatuir ... derechos subjetivos en sentido técnico [poder jurídico otorgado para lleva adelante una acción por incumplimiento de la obligación] ... se trata de la técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza ... en forma muy especial al interés individual... esta técnica... no domina en todas las partes del orden jurídico ... sino sólo aparece plenamente desarrollada en el terreno denominado “derecho privado”... el derecho penal moderno no la emplea...” Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, pp. 148-149.

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales”, en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, p. 45.

⁶⁹ JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los Derechos”, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, p. 111.

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 incluir inclusive animales, plantas u objetos inanimados, en cuyo respecto exista alguien obligado a comportarse de determinada manera, inclusive en el caso de que el acreedor sea un ser humano, el mismo es tan objeto de esa conducta como un objeto inanimado.⁷⁰ En el caso del acreedor no se necesita que el mismo esté determinado pero si que sea determinable para que la obligación sea exigible. El acreedor puede ser un solo ente, si la relación es sinalagmática como en un contrato de arrendamiento; en este caso la obligación es *erga singulum*, o bien el acreedor puede estar constituido por una pluralidad de entes, llegando a ser inclusive la comunidad jurídica considerada como un todo; en este sentido la obligación es *erga omnes*.⁷¹

Kelsen sostuvo que obligación (compuesta de *deber jurídico* y *derecho reflejo*) y la 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”.⁷² 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 norma puede ser calificada como supuesto y existe con independencia que de que se hayan verificado en los hechos las propiedades que reclama para operar. Desde nuestro punto de vista, la diferencia entre norma y obligación radica en que la primera opera como supuesto jurídico, mientras que la obligación es la actualización de dicho supuesto.

Así, el supuesto jurídico es el sustrato que da nacimiento tanto al *deber jurídico* como al *derecho reflejo* y en este sentido a la obligación. El supuesto jurídico es la facultad potencial que la norma jurídica encierra; el derecho reflejo la facultad actualizada.⁷³ En este sentido, existe una diferencia entre la norma, como potencialidad de la obligación, y la obligación misma como actualización del supuesto jurídico.

Ferrajoli ha distinguido entre normas téticas y normas hipotéticas. Las primeras son aquellas que atribuyen inmediatamente situaciones jurídicas o status a determinadas clases de sujetos; conforme a ella, 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. Por el contrario, las normas hipotéticas predisponen situaciones o status como efectos de los actos previstos como hipótesis, como por ejemplo los derechos de propiedad sobre ciertos bienes en particular. Ferrajoli apunta que ambos tipos de derechos han sido defendidos por el pensamiento liberal de mane-

⁷⁰ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, pp. 142-143.

⁷¹ 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 sostenerse tienen un interés legal en su protección; estas son obligaciones *erga omnes*. Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo, de los actos ilegales de agresión, genocidio, esclavismo y discriminación racial” *Barcelona Traction, Light and Power, Belgium v. Spain*, ICJ, 1970.

⁷² Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 140.

⁷³ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, Tomo V, Obligaciones, Volumen I, 1981, p. 20.

ra intransigente al querer distinguir que se trata de derechos estructuralmente distintos, sobre todo porque las normas hipotéticas nacen de actos negociales.⁷⁴ En este sentido la observación kelseniana tiene algo de cierto. La obligación convencional se parece mucho a una norma hipotética de las de ferrajoli, mientras que las reglas que regulan la creación de la norma convencional se parecen mucho a las normas téticas.

La teoría kelseniana ha subrayado que el *deber jurídico* es consubstancial, indivisible, de misma naturaleza que el *derecho reflejo*. Kelsen apuntó correctamente que este binomio había surgido en forma paralela al del derecho objetivo vs. derecho subjetivo y con el mismo motivo, establecer un límite al estado soberano.

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, lo que en dicho de Kelsen, 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.⁷⁵ El derecho subjetivo de una persona, dice Kelsen, no es más que el reflejo de una obligación a cargo de otra.⁷⁶ Lo anterior es lo que hace caracterizar a las normas jurídicas como impero atributivas.⁷⁷

Nuevamente 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) en caso de incumplimiento del deber jurídico, que en su máxima expresión puede cobrar la forma del ejercicio de una *actio* ante un tribunal. Esta distinción tiene carácter deóntico y no óntico, no expresa el ser del derecho, sino su deber ser. Cabe señalar que Ferrajoli no alega que el derecho deba tener carácter imperativo atributivo, sino que en ocasiones un sistema jurídico particular puede establecer un *derecho reflejo* sin señalar quién ni en que consiste el correspondiente *deber jurídico* (garantía primaria); en este caso, estamos frente a una laguna del sistema jurídico que será necesario completar por los órganos del sistema encargados de producir normas.⁷⁸

⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, pp. 156, 164, 165.

⁷⁵ En la tradición anglosajona y en el marco del contrato, a esta única relación que surge entre las partes se le denomina “*privity of contract*”. Tradicionalmente era esencial para ejercer una acción respecto de cualquier contrato que subsistiera el *privity* entre el actor y el demandado respecto de la materia en disputa, dicha exigencia ha sido dispensada y se ha extendido el derecho a demandar por daños o perjuicios a terceros beneficiados o aún perjudicados. Procesalmente, *privity* implica que la relación entre una o mas personas es tal que un juicio que involucre a uno de 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.

⁷⁶ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 140.

⁷⁷ Al respecto, García Maynez sostiene que “la regulación jurídica es una *conexión de dos juicios*, recíprocamente fundados, uno *imperativo* y otro *atributivo*. El que impone el deber al obligado lógicamente implica el que concede al pretensor un derecho subjetivo, y viceversa. Pues si el cumplimiento de la obligación del primero no pudiese ser reclamado por el derechohabiente, ese deber no sería una deuda ni tendría carácter jurídico” [itálicas en original], cfr. García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 17.

⁷⁸ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, pp. 180-196.

El incumplimiento de un deber jurídico da lugar al surgimiento de la llamada *responsabilidad*. Esta responsabilidad surge porque el incumplimiento del deber jurídico ocasiona una *injuria* que puede tener lugar en dos vertientes:

- i) *injuria indirecta*: afectación al orden jurídico en virtud de que se ha dado un incumplimiento a un *deber jurídico* reconocido por dicho orden, e
- ii) *injuria directa*: afectación del *derecho reflejo*. Dicha afectación, dependiendo de la naturaleza del *derecho reflejo* puede ser privada (si la obligación del deudor se debe *vis a vis* un acreedor identificable, *erga singulum*) o pública (cuando la obligación del deudor a mas de un miembro de la comunidad jurídica, llegando inclusive a ser *erga omnes*).

Es importante no confundir un simple daño con una injuria, el primero se da en el mundo fenoménico, el segundo en el mundo nouménico⁷⁹ y puede darse el caso de *damnum sine injuria*.⁸⁰

El incumplimiento del *deber jurídico* ha cobrado muchos nombres, ilícito, delito, entre otros. En derecho internacional se denomina “hecho ilícito”, la palabra 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.⁸¹

En principio se puede pensar que todo incumplimiento de un *deber jurídico* al generar, al menos la injuria indirecta, debería dar lugar al surgimiento de responsabilidad. Así por ejemplo, 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”.⁸² Lo anterior puede sin embargo no darse en algún sistema

⁷⁹ 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” Kant, I, *Crítica de la Razón Pura*, México, Porrúa, 1982, p. 100.

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

Kant contrapone al *fenómeno*, los *noúmenos* y sostiene que ciertas conceptos, como Dios o libertad, surgen del entendimiento no basado en la experiencia, sino de una “intuición, ... no sensible (*como coram intuitu intellectuali*)” Estos conceptos son llamados “*Noumena (intelligibilia)*... los fenómenos no son más que representaciones ... Pero en lo que se refiere a la causa por la cual, no siendo satisfactorio el sustrato de la sensibilidad, se han añadido además de los *fenómenos*, los *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.

⁸⁰ Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha señalado que “Debe distinguirse entre *perjuicio* o interés jurídico como condición para la procedencia del juicio de garantías y el *perjuicio económico* sufrido por un individuo o conjunto de individuos en virtud de la realización del acto reclamado, perjuicio éste último que no es suficiente para la procedencia del juicio de garantías, pues bien pueden afectarse económicamente los intereses de un sujeto o grupo de individuos, y no afectarse su esfera jurídica...” INTERES JURIDICO, CONCEPTO DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO. Séptima Época, Volumen 64, página 68, Amparo en revisión 994/57.-Ventas y Propaganda, S. A. 4 de abril de 1974.-Mayoría de 9 votos.-Ponente: Rafael Rojina Villegas.

⁸¹ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University, 2002, p. 80.

⁸² *Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda/Francia, 1987, RIAA, vol XX, p. 217 (1990).

jurídico en particular, la relación jurídica incorporada en 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 conducta 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”.⁸³ La independencia de las obligaciones surgidas con motivo del incumplimiento del *deber jurídico*, la distinción entre *responsabilidad*, y *deber jurídico* 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, esta responsabilidad 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”.⁸⁴

La situación es mas o menos clara cuando la injuria es directa y además cobra lugar en una deber jurídico *erga singulum*. Sin embargo, suponiendo que pueda darse el caso de que no exista una injuria directa aunque sea pública, la indirecta siempre estará presente al darse el hecho ilícito.

Así, por ejemplo en el derecho internacional, sistemas jurídicos calificado de horizontal, se ha sostenido la existencia de responsabilidad por injuria indirecta. Lo anterior en virtud de que “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”.⁸⁵

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

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 primario⁸⁶

⁸³ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University, p. 124.

⁸⁴ *Northern Cameroons*, Preliminary Objections, ICJ, 1963, p. 35.

⁸⁵ “Responsabilidad de los Estados por daños causado en su territorio a personas o propiedad extranjera”. League of Nations Document, C. 75. M. 69, 1929, *AJIL*, Vol. 24, Issue 1, Enero, 1930, p. 48.

⁸⁶ 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 como consecuencia 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 a abstenerse a brindar apoyo o asistencia y a 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.

b) *reparación* por la injuria ocasionada⁸⁷

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 el orden legal se restaure.

La reparación, por su parte, puede cobrar multitud de formas, en derecho internacional la restitución⁸⁸ es la forma primaria de reparación,⁸⁹ pero puede ser el caso de que la misma sea imposible y entonces opera la compensación.⁹⁰ En algunos sistemas jurídicos la reparación puede incluir castigo, esto es, pago de daños ejemplares; mientras que en otros 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”.⁹¹

Limitada y circunscrita por los confines del Estado soberano, la teoría jurídica ha identificado a la *facultad de exigir la responsabilidad* con la *actio*, es decir, la facultad que otorga el orden 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 concluye que tampoco existe la *facultad de exigir responsabilidad*, tal conclusión debe ser modificada.

Kelsen llamó “derecho subjetivo en sentido técnico”⁹² al poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación, y como ya hemos apuntado, el mismo Kelsen señalaba que no era función esencial del derecho objetivo estatuir derechos subjetivos en sentido técnico; sino que se trataba de una técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza en forma muy especial al interés individual. Esta técnica, de hecho,

⁸⁷ Comentando sobre los sucesos de la toma de la embajada de los Estados Unidos por estudiantes y el apoyo subsecuente del gobierno de Irán a tales hechos la Corte Internacional de Justicia dijo: “la acción requerida por el Derecho General Internacional [derecho costumbrista] a Irán era que hiciera todo esfuerzo para llevar la flagrante violación a un final rápido, a reestablecer el status quo y a ofrecer reparación por el daño” *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case (Hostages Case)*, US v Iran, ICJ, 1980, p. 68.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ “El principio esencial contenido en la noción de acto ilegal – principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales – es que la reparación debe, tanto como sea posible, limpiar las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que hubiera, con toda probabilidad, existido si dicho acto no se hubiese cometido. Restitución en especie y sino es posible pago de una suma correspondiente al valor de la restitución en especie” *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, Merits, PCIJ, 1928.

⁹⁰ Indemnización monetaria por los daños sufridos.

⁹¹ *Chorzow Factory Case*, Germany v. Poland, Jurisdiction, PCIJ, 1927.

⁹² Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 147.

no domina en todas las partes del orden jurídico sino sólo aparece plenamente desarrollada en el terreno denominado “derecho privado”; el derecho penal moderno por ejemplo no la emplea.⁹³

La *facultad de exigir la responsabilidad*, tiene que estar relacionada con las obligaciones estatuidas por el sistema jurídico de mérito que surgen de la *responsabilidad* por el incumplimiento del *deber jurídico*. En el derecho internacional, por ejemplo, la facultad de exigir la responsabilidad puede dividirse en:

- iii) Facultad de exigir la cesación y no repetición, y
- iv) Facultad de exigir la reparación.

La titularidad de 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 forzosa-mente implica ser titular de la otra. Es más, el titular de la facultad a invocar la responsabilidad no necesariamente tiene que ser quien sufra la injuria directa; 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 orden jurídico estatuye obligaciones ambientales a favor de una especie en peligro de extinción,⁹⁴ o bien puede ser el caso de pornografía infantil, donde los directamente afectados son los niños, considerados normalmente incapaces por los distintos sistemas jurídicos.

Es importante distinguir entre la *responsabilidad* frente a alguien que surge con motivo de una injuria directa pública, es decir, aquella que se da cuando la obligación se debe *erga omnes*, de forma tal que los intereses jurídicos afectados pertenecen a una comunidad y no solamente a alguien en lo particular; de la *facultad de exigir la responsabilidad*. La primera es una figura de naturaleza sustantiva la segunda de naturaleza adjetiva. 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...[y concluía la Corte]... la *actio popularis*, o el derecho que reside en cualquier miembro de una comunidad para tomar acción legal en vindicación de un interés público. El derecho internacional tal como está en el presente no reconoce dicho derecho”⁹⁵

En un sistema jurídico donde no se ha dado la centralización y especialización de funciones que opera dentro del derecho estatal, la facultad de exigir la responsabilidad no necesariamente implica el ejercicio de una *actio*, la exigencia de la responsabilidad puede cobrar vida como una protesta o recordatorio confidencial al Estado que comete el acto ilegal de que cumpla con su obligación primaria.

Así las cosas, 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*. En el derecho romano ciertas obligaciones no podían ser exigidas mediante el ejercicio de una *actio*, pero no llegaban a ser morales porque por ejemplo, cuando el deudor voluntariamente ejecutaba el pago, no podía exigir con posterioridad al acreedor la

⁹³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, pp. 148 y 149.

⁹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, pp. 142-143.

⁹⁵ *South West Africa Cases*, Ethiopia v SA, Liberia v SA, Second Phase, ICJ, 1966.

restitución ya que dicho sistema jurídico no consideraba que se hubiera hecho un pago de lo indebido.⁹⁶

Dado que el *deber jurídico* siempre es inherente a la persona del deudor y la *responsabilidad* puede ser que la tenga el deudor o un tercero, la teoría romano-germana ha sostenido que 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 exigir la responsabilidad.⁹⁷

El derecho anglosajón, más preocupado por los remedios en caso de incumplimiento vincula todos los elementos que hemos descrito y define a la obligación como el estado por medio del cual uno está obligado en derecho o justicia a realizar algo y que puede ser procurado mediante una acción.⁹⁸

Finalmente, cabe señalar que tradicionalmente la *facultad de exigir la responsabilidad* se ha vinculado con los mecanismos coercitivos que se aplican para hacer cumplir el *deber jurídico*. Este punto es crítico para la teoría jurídica. Podemos decir que 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.⁹⁹

Este punto es medular en la teoría jurídica y va al centro de la discusión del llamado “nudo gordiano” kantiano, es decir, el problema de la eficacia del derecho, de si para ser eficaz debe sustentarse en coacción.¹⁰⁰ Cabe señalar que el mismo Kelsen, quien definía el derecho como un orden coactivo, y señalaba que la obligación es “una norma jurídica positiva, que ordena ...[una] conducta ..., al enlazar con el comportamiento contrario una sanción”¹⁰¹ decía que en el derecho era posible que el cumplimiento de una obligación no estuviera garantizada por un derecho de acción.¹⁰² Siendo entonces muy cuestionable que la sanción,¹⁰³ el elemento coactivo del derecho, sea parte integrante de la obligación.

En los sistemas jurídicos donde ha operado la especialización, ciertos seres humanos son los encargados de aplicar los mecanismos coercitivos para hacer cumplir los deberes jurídicos. Dichos hombres, al ejecutar un mecanismo coercitivo no lo hacen a nombre propio, sino a nom-

⁹⁶ Petit, E, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 526.

⁹⁷ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1981, Tomo V, Obligaciones, Volumen I, pp. 23-24.

⁹⁸ *Liability*, *Black's Law Dictionary*, St Paul MN, West Publishing Co., 1991, p. 631.

⁹⁹ “El objeto de una represalia debe ser provocar la reparación del estado que ofende por la ofensa o el regreso a la legalidad mediante evitar mayores ofensas” *Naulilaa Case*, Arbitraje, Portugal v Germany, 1928.

¹⁰⁰ “el punto crítico de la concepción kantiana del derecho, y no sólo de la concepción kantiana, sino de la ciencia del derecho en general: la exterioridad del derecho lleva el problema al necesario reconocimiento de su eficacia, algo que no estaba previsto en la filosofía de Kant, pero que constituía su verdadero nudo gordiano” Córdova, Arnaldo, “Introducción a los Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho”, en Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, (1797), México, UNAM, 1978, p. XVI.

¹⁰¹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 130.

¹⁰² Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, pp. 147-148.

¹⁰³ Impuesta mediante el ejercicio de una acción.

bre 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 el 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.¹⁰⁴

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,¹⁰⁵ aunque bajo ciertas circunstancias un integrante puede aplicar el mecanismo coercitivo no defendiendo un interés legal propio sino uno colectivo.¹⁰⁶ 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 a nombre de la comunidad jurídica, esto aún cuando lo haga defendiendo un interés propio. La descentralización en cuanto a la aplicación de la ley no impide la estricta monopolización de la medida coercitiva como tal. En este sentido Kelsen refería que era indispensable distinguir entre matar como delito (en contra de una obligación establecida por el régimen jurídico) y matar como sanción (ejerciendo el mecanismo coercitivo a nombre de la comunidad).¹⁰⁷

C. *Obligatoriedad de la norma convencional, la Grundlegung*

Toda convención tiene como característica esencial su “fuerza obligatoria”. La norma convencional como toda norma jurídica es heterónoma, es decir, impuesta (por el orden jurídico, no por un soberano). Derivado de esta heteronomía de la convención en el derecho Romano se decía que el deudor se encontraba en un estado de sujeción (*nexum*) frente al acreedor, sin embargo dicho estado de sujeción era ejercido realmente por el acreedor y no se distinguía muy claramente si el *nexum*¹⁰⁸ derivaba del sistema jurídico.

¹⁰⁴ 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, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, Trad, Manuel Jiménez Redondo, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, 26.

¹⁰⁵ En derecho internacional se ha sostenido por ejemplo que “si una situación surge de forma que, desde el punto de vista de un Estado, resulta en la violación de una obligación internacional por otro Estado, el primero está facultado, dentro de los límites del derecho internacional, al uso de la fuerza armada para afirmar sus derechos a través de contramedidas... toda contramedida debe, en primera instancia, tener algún grado de equivalencia con la violación alegada, esta es una bien establecida regla ... juzgar la proporcionalidad de una contramedida no es un función fácil y puede a lo más ser lleva a cabo mediante aproximación. Es esencial no solamente tomar en cuenta las injurias sufridas ..., sino también la importancia de las cuestiones de principio que surgen de la violación alegada...” *Air Services Agreement Case, France v US*, Arbitral Tribunal, 1978, pp. 81 y 83

¹⁰⁶ 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, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University, 2002, pp. 302 y ss.

¹⁰⁷ Kelsen, Hans, *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, México, Editora Nacional, 1974, p. 75.

¹⁰⁸ *Nexum* se utilizaba para referirse a una obligación (*ob ligare*, atar), literalmente significa encadenar pues el acreedor tenía el derecho a encadenar al deudor hasta que la deuda estuviera saldada.

Es importante distinguir esta heteronomía de la norma convencional, de la autonomía que priva en el procedimiento que crea la norma convencional. En efecto, la convencional, vista como norma, nace del ejercicio libre de una facultad potestativa para celebrarla que tienen quienes crean dicha norma, pero una vez ejercida dicha facultad y creada la norma, ésta última tiene fuerza obligatoria con independencia del querer de quien la hizo, es heterónoma.

Esta distinción entre autonomía en el procedimiento de creación de la norma y heteronomía en su vigencia aplica en general para toda norma jurídica. La distinción subyace en el fondo mismo de la definición de Estado de derecho. Así por ejemplo, el legislativo de un país tiene libertad para crear o no una norma, de acuerdo al sistema constitucional que lo rija, pero una vez creada dicha norma le aplica al mismo legislativo aún contra su voluntad, la generalidad de la ley y su característica de imperativo atributiva son básicas para el derecho moderno. A esto es a lo que se refería Bracton cuando sostenía *Quod rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*.

La fuerza obligatoria de la norma convencional se manifiesta desde luego en el hecho de que las partes contratantes no pueden liberarse unilateralmente de las obligaciones creadas por la convención, no obstante que hayan sido autónomamente creadas. La obligatoriedad de las obligaciones que nacen de un acto jurídico, no depende del arbitrio de la parte o partes que intervengan en el acto.¹⁰⁹ 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 jurídica previas y vinculantes para todos;¹¹⁰ donde, además se faculta a los órganos de dicho sistema a crear normas convencionales; necesariamente dicho sistema incorporará la regla *Pacta Sunt Servanda*¹¹¹ (los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos).

¹⁰⁹ “Todas las obligaciones que nacen del acto jurídico privado, se crean por un procedimiento autónomo, pero una vez ya elaboradas, tienen vigencia heterónoma, es decir, nacen por voluntad del obligado y en este sentido existe autonomía en su formación, pero una vez creadas, tienen vigencia independientemente del arbitrio del obligado y, por lo tanto, existe heteronomía en sus efectos o vigencia” Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1981, Tomo V, Obligaciones, Volumen I, p. 49.

¹¹⁰ Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, Trad, Manuel Jiménez Redondo, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 26.

¹¹¹ *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 hay que mantenerla aún frente a los enemigos tiene fuertes raíces morales y religiosas y ha estado presente a lo largo de todas las culturas y en todos los sistemas jurídicos; forma parte del derecho internacional como principio general de derecho y como derecho costumbrista. Wehberg, Hans, “Pacta Sunt Servanda”, *AJIL*, Vol 53, Issue 4, Octubre 1959, p. 775, 784.

Es interesante señalar que hasta el padre de la teoría soberana sostenía la validez del principio *pacta sunt servanda* y decía que “en cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina”, y 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, *Los seis libros de la República* (1586), Caracas, Universidad de Venezuela, 1966, Libro I, pp. 156-157 y 147.

Pacta sunt servanda no es una obligación 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.¹¹²

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

La Corte Internacional de Justicia ha sostenido al respecto que inclusive en el caso de que las dos partes de un tratado incumplan sus obligaciones mutuamente “ello no lleva al tratado a su fin ni justifica su terminación. La Corte sentaría un precedente de implicaciones trastornadoras en las relaciones contractuales y en la integridad de la norma *pacta sunt servanda* si concluyera que un tratado en fuerza entre Estados, ... puede ser anulado de manera unilateral bajo el argumento de incumplimiento recíproco”.¹¹³

¿De dónde viene entonces la fuerza obligatoria de la norma convencional? La teoría jurídica ha observado que donde se encuentra el fenómeno llamado “derecho” la conducta humana se lleva a cabo de manera no opcional. Sin embargo, el cumplimiento no opcional del derecho no necesariamente tiene que limitarse a la coacción; situación que ha sido el punto de partida desde Kant, quien distinguiendo derecho y moral sostuvo que el “derecho y la facultad de obligar son la misma cosa”.¹¹⁴ Este punto de partida tiene que ser abandonado.

El mismo padre del derecho moderno señalaba en contradicción con lo anterior que la razón exigía adoptar, como imperativo categórico, la máxima de conformar las acciones de cada

En el otro extremo, el padre de la política, haciendo caso omiso de todo derecho y norma jurídica, anuló el *pacta sunt servanda* y propuso: “no debe, pues, un príncipe ser fiel a su promesa cuando esa fidelidad le perjudica y han desaparecido las causas que le hicieron prometerla” Maquiavelo, Nicolás, “El Príncipe”, en *Obras Políticas*, La Habana, Editora de Ciencias Sociales, 1971, Capítulo XVIII, p. 340.

Hegel por su parte sostuvo que el “punto de partida [del derecho] es la *voluntad*”, que el derecho internacional “depende de la voluntad de distintos soberanos” y que los tratados sólo son validos en tanto contribuyeran al bienestar de los mismos Estados “puesto que los Estados en su relación de independencia uno frente al otro son como voluntades particulares, y la validez de los tratados depende de ellas, y puesto que la voluntad particular de la totalidad es en cuanto a su contenido, su bienestar en general constituye la ley suprema de la conducta de los Estados con los demás”, cfr. Hegel, G.W.F, *Filosofía del Derecho*, (1820), México, UNAM, 1985, § 4, § 330 y § 336

Las observaciones de Hegel fueron útiles para todos aquellos, como Jellinek, que basados en la idea soberana sostenían la existencia simultanea del derecho internacional y el Estado implicaba cierta contradicción, ya que el Estado es superior a todo principio jurídico. Jellinek, Georg, *L'Etat Moderne et son droit*, trad. Georges Fardis, Paris, V. Girard & E. Brière, 1911, tomo I, p. 562.

Las excepciones a *pacta sunt servanda* fueron justificadas en la *raison d'Etat*, razón 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.

¹¹² Basdevant, Jules, *Regles générales du droit de la paix*, Hague Academy Recueil des Cours, 58, 1936, IV, p. 643.

¹¹³ *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

¹¹⁴ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, (1797), México, UNAM, 1978, p. 35.

uno al derecho. La *res publica noumenon* deducida a partir de la *Razón*, debía encontrar en la *res publica phainomenon* una reproducción lo más fiel posible.¹¹⁵ Esta relación entre “exterioridad” del derecho (la constricción como fenómeno del mundo) y la “pureza” del mismo (conformar las acciones de cada uno al derecho por la razón misma) ha sido calificada como “el punto crítico de la concepción kantiana del derecho, y no sólo de la concepción kantiana, sino de la ciencia del derecho en general: la exterioridad del derecho lleva el problema al necesario reconocimiento de su eficacia, algo que no estaba previsto en la filosofía de Kant, pero que constituía su verdadero nudo gordiano”.¹¹⁶

Este trabajo está muy lejos de pretender resolver el “nudo gordiano” de la ciencia jurídica: el por qué la gente obedece las normas legales, la relación entre constricción y obediencia interna;¹¹⁷ aunque no podemos dejar de señalar que quizá ahí esté la respuesta a la naturaleza jurídica de los contratos. Baste por el momento tener bien presente la diferencia abismal que Hart ha subrayado entre *fui obligado* y *tuve una obligación*. Austin consideró irrelevante las creencias subjetivas del sujeto obligado, y trató de definir a la obligación en términos objetivos, como la posibilidad o probabilidad de que la persona obligada sufriera una pena. Nosotros comulgamos con Hart en que “una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría legal ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos es recordar la presencia de ambos puntos de vista (el interno y el externo) y no definir uno de ellos sin el otro. Quizá toda nuestra crítica a una teoría predictiva de la obligación pueda ser sintetizada como la acusación de que esto es lo que sucede al aspecto interno de una regla obligatoria”.¹¹⁸

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 donde viene la fuerza obligatoria del derecho? La respuesta a las primeras inquietudes es que la convención es derecho y está inserto en un sistema jurídico de base, en un *grundlegung*, que la reconoce como suya y le da vida y fuerza, y como tal

¹¹⁵ Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, Trad, Manuel Jiménez Redondo, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 31.

¹¹⁶ Córdova, Arnaldo, “Introducción a los Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho”, en Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, (1797), México, UNAM, 1978, p. XVI.

Esta “rendición al hecho” característica de la ciencia jurídica moderna, y por lo tanto presente en el problema de la teoría general de los contratos, ha sido presentada con toda claridad por Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, Buenos Aires, Jorge Álvarez Editor, 1965, p. 37.

¹¹⁷ Hegel, criticando el nudo gordiano kantiano sostiene que “la voluntad sólo como inteligencia pensante es voluntad verdadera y libre”. Así, el elemento interno del derecho es la voluntad pensante, que Hegel llama “autoconciencia” “que se comprende con el pensamiento en cuanto esencia, y por eso abandona lo falso y lo contingente, constituye el principio del derecho, de la moralidad y de toda eticidad”, Hegel, G.W.F, *Filosofía del Derecho*, (1820) México, UNAM, 1985, § 21.

¹¹⁸ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 88.

Inclusive este carácter un fuerte postulante del derecho estatal soberano, como Jellinek, sostenía que el carácter positivo del derecho, en el último análisis, descansa en la *convicción* de que es obligatorio. Jellinek, Georg, *L'Etat Moderne et son droit*, trad. Georges Fardis, Paris, V. Girad & E. Brière, 1911, tomo I, p. 504.

es obligatoria. El si el derecho tiene que ser obedecido por constrictión o convencimiento nos deja de preocupar para efectos del presente estudio.

Si el efecto de la convención es obligar a los contratantes, ello significa que el procedimiento convencional ha creado una norma que no existía antes de su celebración, una norma que exige conductas bien determinadas, y que constituyen el contenido mismo de la convención. El procedimiento convencional crea obligaciones (con los consubstanciales derechos reflejos) a las partes involucradas, obligaciones de las que anteriormente carecían las partes.

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 valida 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 orden jurídico 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* otorgada por dicho sistema jurídico para crear una norma primaria por medio de la celebración de una convención.¹¹⁹

La obligatoriedad de los contratos, la norma *pacta sunt servanda*, es la base de todo un sistema para el cumplimiento de las obligaciones, cumplimiento que se manifiesta en cuatro vertientes:

- i) exactitud en el tiempo; esto es, la obligación debe cumplirse en el tiempo convenido;
- ii) Exactitud de modo, es decir, la obligación debe cumplirse en la forma convenida;
- iii) exactitud en el espacio, que implica que la obligación se cumpla en el lugar convenido, y
- iv) exactitud en la sustancia, esto es, que la obligación deba cumplirse en la cosa convenida.

Los órdenes jurídicos de base, *Grundlegung*, frente a la falta de estipulación expresa de las partes 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 acreedor. 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 costumbrista y que se integra de 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”.¹²⁰

¹¹⁹ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 78 y 79.

¹²⁰ *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

a. *Rebus sic stantibus*

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

En contra del principio *pacta sunt servanda*, y bajo argumentos de equidad y justicia, el derecho canónico desarrolló la teoría de la imprevisión, *rebus sic stantibus*, según la cual toda convención es obligatoria mientras las circunstancias bajo las cuales fue concluida no se hubiesen modificado en lo fundamental.

La teoría de la imprevisión se aleja del mundo estricto del *pacta sunt servanda* y señala 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.¹²¹

Rebus Sic Stantibus ha sido duramente criticado porque socava la seguridad convencional. No obstante los ataques, *rebus sic stantibus* parece ser una excepción común a todos los sistemas jurídicos.

Así por ejemplo, en el caso *Fisheries Jurisdiction*, Islandia argumentaba que el uso de nuevas técnicas pesqueras implicaba un cambio fundamental de circunstancias de tal forma que un compromiso entre Islandia y el Reino Unido para referir disputas pesqueras a la Corte Internacional de Justicia había dejado de ser obligatorio. La Corte no apoyó tal argumento y si bien reconoció que *rebus sic stantibus* existía en el derecho internacional costumbrista, un requisito básico para que operara era que el cambio de circunstancias fuera fundamental; esto es, que un cambio de circunstancias, para hacer no obligatorio un tratado, debería transformar la obligación a cumplir.

Por otro lado, la Corte sostuvo que *rebus sic stantibus* no operaba automáticamente ni permitía la denuncia unilateral del convenio, sino que solamente confería el derecho de solicitar la declaración de terminación de la convención.¹²²

En el caso referente al proyecto *Gabcikovo Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que un cambio fundamental de circunstancias para poder ser alegado de forma que un tratado no sea obligatorio “debió haber sido imprevisto; [esto es] 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. [y agregó] 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 *rebus sic stantibus*] es indicación clara de que la estabilidad de relaciones contractuales requiere que el alegado de cambio fundamental de circunstancias sea aplicado solo en casos excepcionales”.¹²³

¹²¹ Enneccerus, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, Tomo II, Teoría General, p. 206.

¹²² ICJ, 1973, *Fisheries Jurisdiction*, Jurisdiction.

¹²³ *Case concerning the Gabcikovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997, p. 104.

b. *Non adimpleti contractus*, violación sustancial, imposibilidad de ejecución

En virtud de que el cumplimiento de una obligación jurídica no es optativo, las partes vinculadas por una norma convencional no pueden unilateralmente determinar cuando cumplir o no con la misma.

Lo anterior es válido aún cuando ambas partes de la convención han incumplido con la misma. Así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que el incumplimiento recíproco “no lleva al tratado a su fin ni justifica su terminación”.¹²⁴

No obstante lo anterior, en el caso de convenciones bilaterales¹²⁵ diferentes sistemas jurídicos han estatuido la excepción de contrato no cumplido (*non adimpleti contractus*).¹²⁶ Dicha excepción sostiene que cuando una parte no cumple con su obligación, y la otra, a consecuencia de dicho actuar, llegare a incumplir su deber entonces la primera carece de derecho para exigir a la segunda el cumplimiento de su obligación. Este principio se basa en el concepto más amplio de que nadie puede beneficiarse de su propio mal.

Con esto en mente, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo en el caso *Chorzow Factory* que “una parte no puede avalarse a sí misma del hecho de que la otra no ha cumplido alguna obligación si la primera parte ha, por algún acto ilegal, impedido a la última el cumplimiento de la obligación en cuestión”, esto porque el principio de que una parte no puede tomar ventaja de su propio mal, es “generalmente aceptado en la jurisprudencia internacional arbitral, así como por las cortes nacionales”.¹²⁷

El principio citado se conoce en la tradición romana como *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (la acción en justicia será negada al actor, cuando invoque en apoyo de su demanda un acto inmoral que haya realizado) y en la tradición anglosajona como *clean hands doctrine* (en jurisdicción de equidad no se otorgará remedio a una parte, que siendo actor busque ejercer acción si tal parte en una conducta previa ha violado un principio de conciencia o de buena fe. Quien busque equidad no debe tomar ventaja de su mal).

A este respecto la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo: “un principio importante de equidad es ‘quien busque equidad debe obrar conforme a la equidad’; cuando dos partes han asumido obligaciones idénticas o recíprocas, una parte que ha incurrido en una continua falta de cumplimiento de dicha obligación no debe ser permitida que tome ventaja de un incumplimiento similar de dicha obligación por la otra parte”.¹²⁸

El principio *Non adimpleti contractus* opera cuando dos partes han asumido obligaciones idénticas o recíprocas, y debe distinguirse de otra excepción cuyos efectos son también dejar sin efecto la fuerza obligatoria de una norma convencional, pero que tiene sus particularidades propias: la llamada violación sustancial a un contrato.

¹²⁴ *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

¹²⁵ La norma convencional puede ser unilateral o bilateral. Es unilateral cuando estatuye obligaciones sólo para una de las partes y derechos únicamente para la otra. Un ejemplo de una norma convencional unilateral es la donación. La norma bilateral o sinalagmática en cambio impone derechos y obligaciones para ambas partes.

¹²⁶ En derecho anglosajón se reconoce a dicha excepción procesal con el nombre de “*non-performance*”.

¹²⁷ *Chorzow Factory*, Germany v. Poland, PCIJ, Jurisdicción, 1927.

¹²⁸ *The diversion of water from the Meuse*, Netherlands v Belgium, 1937, PCIJ.

El sistema jurídico internacional reconoce la posibilidad de que un tratado deje de ser obligatorio de manera indefinida o temporal (termine o se suspenda) si se presenta una violación sustancial (*material breach*), esto es: a) se presente una repudiación al tratado no permitida, o b) se de una violación a una provisión que sea esencial para el cumplimiento del objeto y propósito del tratado.¹²⁹

En este sentido, y comentado sobre si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estaba facultado para dar por terminado el Mandato que permitía a Sudáfrica encargarse de Namibia, en virtud de las violaciones que la primera había cometido en el ejercicio del mismo, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que “la parte que deshonra o no cumple sus obligaciones no puede ser reconocida manteniendo los derechos que clama derivan de dicha relación”, y agregó “de acuerdo con un principio general de derecho internacional, incorporado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el derecho a terminar un tratado sobre la base de una violación debe ser presumida que existe respecto de todos los tratados y el consentimiento del violador a tal forma de terminación no puede ser requerida”.¹³⁰

Respecto de los efectos de la terminación del tratado la Corte dijo: “una situación ilegal no puede permanecer sin consecuencia. Sudáfrica, siendo responsable tiene la obligación de poner un fin. Los miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilegalidad y la invalidez de dicho acto y abstenerse de brindar apoyo y asistencia y abstenerse de entrar en relaciones contractuales con Sudáfrica en casos en los que actué a nombre de Namibia ... la terminación del Mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica son oponibles a todos los Estados en el sentido de que impide *erga omnes* la legalidad de una situación que es mantenida en violación al derecho internacional”.¹³¹

El supuesto de violación sustancial puede tener lugar tanto en tratados *quid pro quo*, sean multilaterales o bilaterales; como en tratados que no generen obligaciones y derechos recíprocos para las partes contratantes sino a favor de una comunidad, tal fue el caso del mandato de Namibia, donde el objeto del mandato era el *sacred trust of civilization* y excluía la anexión de Namibia a Sudáfrica.

Per se la violación sustancial no termina ni suspende el tratado, sino que simplemente da derecho a que la parte afectada invoque la violación como base para dar por terminado o suspendido el tratado. Del caso de Namibia parece ser que no es necesario invocar dicha suspensión ante una Corte, ni ejercer ninguna *actio* al respecto. Es también importante tomar en cuenta que el alegato de violación sustancial no debe afectar al orden público internacional, y en este sentido la excepción no puede alegarse si el efecto es incumplir tratados de carácter humanitario.¹³²

Para poder reclamar la violación sustancial como razón para dar por terminado o suspendido un tratado se exige que se llegue con las manos limpias (*clean hands doctrine*). Así la Corte sostuvo en el caso *Gabcikovo Nagymaros*, donde Hungría reclamaba terminación por motivo de

¹²⁹ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 60.

¹³⁰ *Legal consequences for States of the continued presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276 (1970)*, Advisory Opinión, 1971, ICJ.

¹³¹ *Legal consequences for States of the continued presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276 (1970)*, Advisory Opinión, 1971, ICJ.

¹³² Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 60.

violación sustancial por parte de Eslovaquia, que “Hungría por su propia conducta, había causado perjuicio a su derecho de terminar el tratado”.¹³³

Cabe señalar por último que existe otra excepción en los sistemas jurídicos para que una norma convencional deje de ser obligatoria. En este caso se trata de la imposibilidad de ejecución (*Impossibility of performance*), esta excepción “requiere la permanente desaparición o destrucción del objeto indispensable para la ejecución del tratado para justificar su terminación”.¹³⁴ La presencia de imposibilidad de ejecución libera a una de las partes del convenio de su obligación, cuando el cumplimiento de la misma es imposible.

Imposibilidad de ejecución debe ser objetiva y no simplemente creída por quien la alega. Como un requisito de procedibilidad se exige a la parte que reclama llegue con las *manos limpias*, “imposibilidad de ejecución no puede ser invocada para terminar un tratado por una parte del mismo cuando resulta de la violación de dicha parte a una obligación que nace del tratado”.¹³⁵

En los distintos sistemas jurídicos se ha establecido una distinción entre imposibilidad de ejecución y *fuerza mayor*. La primera termina la norma convencional, la desaparece; la segunda sirve como defensa para evitar que nazca la *responsabilidad* por incumplimiento de la norma convencional, esto mientras las condiciones de fuerza mayor prevalezcan, pero una vez que la fuerza mayor se esfume la obligación derivada de la norma convencional es completamente exigible. En este sentido, *fuerza mayor* actúa como un escudo no como una espada.¹³⁶

D. Ámbitos de validez de la norma convencional

Una norma legal es válida si tiene suficiencia legal, esto es, si está de acorde y es suficiente desde el punto de vista del sistema jurídico que la sustenta al no presentar defectos en los requisitos o formalidades que dicho sistema legal le requiere para su creación o aplicación.

Cabe señalar que una norma legal no es válida más que para el sistema legal que la reconoce.¹³⁷ Siendo los sistemas legales limitados en tiempo y espacio, una norma legal de un sistema determinado no será válida para otro si este último no la reconoce o la hace suya.

El problema de la validez tiene relevancia especial para las normas legales. Las obligaciones morales o religiosas rara vez se puede decir sean inválidas porque dichos sistemas normativos pretenden ser de validez universal tanto personal, temporal como espacial; además de que casi no establecen requisitos a satisfacer en el procedimiento de creación o en la aplicación de sus normas.

Así, el primer requisito para que una norma convencional sea válida es que pertenezca a un sistema legal, es decir, que sea una norma jurídica.¹³⁸ A dicho sistema legal en que esté basada la norma convencional le denominan los alemanes *Grundlegung*.

¹³³ *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

¹³⁴ *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997.

¹³⁵ *Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, ICJ, 1997, p. 103.

¹³⁶ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University, 2002, p. 160.

¹³⁷ Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*, traducción Genaro R. Carrio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 117.

Bajo la idea del Estado nacional, Niboyet ha sostenido 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 sobre una población.¹³⁹

Las normas legales se ubican dentro de los límites de los sistemas jurídicos, por ende son válidas para cierto tiempo y para un espacio determinado por los alcances mismos del sistema jurídico al que pertenecen; esto da lugar a la esfera temporal y territorial de validez de una norma.

Por otro lado, la conducta humana que forma el contenido de las normas jurídicas tiene un elemento personal y material. Hay normas válidas para determinados individuos, esto constituye el ámbito de validez personal. Cómo habrán de conducirse los hombres y qué actos deberán realizar u omitir, es lo que constituye la esfera material de validez de la norma.

a. Ámbito material (Autonomía de la voluntad vs. Grundlegung)

Tradicionalmente la teoría jurídica ha sostenido que en materia de convenciones opera el principio de *autonomía de la voluntad*. Principio que se ha analizado desde dos vertientes:

- i) La voluntad de las partes es la ley suprema de las convenciones y, por consiguiente, quienes las celebran son libres para obligarse en los términos que deseen; por ello pueden crear todo tipo de derechos y obligaciones. Bajo esta idea el ámbito de validez material de las convenciones (la conducta que las partes establecen como obligatorias), es ilimitado y ninguna conducta se halla *a priori* excluida de ser materia de una convención. Esto es autonomía en el contenido mismo de la norma convencional.
- ii) La obligación creada por convenio nace “única y exclusivamente” de la libre voluntad del deudor, que al convenir con el acreedor, se impone un determinado deber jurídico de dar, hacer o no hacer. La Ley no tiene papel alguno que jugar en este sentido. Esto es, autonomía como fuente de obligaciones en el procedimiento que da lugar a la norma convencional.

El principio liberal de la *autonomía de la voluntad* se apoya en una pretendida diferencia de las esferas públicas y privadas establecida por la filosofía del *laissez faire* de la primera parte del siglo XIX, distinción que dio lugar al binomio derecho público vs. derecho privado, el cual supone que la esfera gubernamental debe estar limitada a ciertas funciones protectoras de la sociedad – defensa, administración de justicia y policía – mientras que la gran mayoría de las actividades sociales y económicas debe ser llevada a cabo, sin limitaciones gubernamentales, por los agentes privados.¹⁴⁰

Estas ideas parten de la premisa de un sistema social basado en relaciones sinalagmáticas entre sus integrantes, una sociedad en la cual no se ha dado aún la revolución en el mundo de las

¹³⁸ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1988, p. 49.

¹³⁹ Niboyet, J.P., *Principios de derecho internacional privado*, traducción Andrés Rodríguez, México, Editora Nacional, 1969, p. 233.

¹⁴⁰ Friedman, Wolfgang, “The Uses of ‘General Principles’ in the Development of International Law”, *AJIL*, vol. 57, issue 2, april 1963, p. 282.

representaciones morales de la que habla Habermas;¹⁴¹ esto es, no se ha establecido la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades, por arriba de las partes litigantes, como norma jurídica previa vinculante para todos.¹⁴²

Nosotros, aunque liberales, partimos del supuesto contrario: una sociedad, inclusive una en la que no exista poder político soberano pero, donde se haya dado la revolución de las representaciones morales de forma tal que la norma jurídica se sobreponga sobre las voluntades de sus integrantes, una sociedad donde prevalezca la *rule of law*. Una colectividad donde el convivir de sus integrantes esté soportada por la norma jurídica de manera *erga omnes*, no *erga singulum*, de forma que exista la obligación de no delinquir. Una sociedad no de *pactum associationis* sino un ordenamiento jurídico basado en *pactum subjectionis*.¹⁴³ Nosotros partimos del “Estado jurídico”, aquel Estado “que contiene las condiciones bajo las cuales cada uno puede participar de su derecho”.¹⁴⁴

En una sociedad donde prevalece el “Estado jurídico”, por mínimo que sea, la autonomía de la voluntad está por necesidad muy limitada, al menos en los dos sentidos que hemos señalado. En principio dicha autonomía de la voluntad no tiene lugar respecto al contenido mismo de la convención: el ámbito material; ni tampoco como fuente exclusiva de obligaciones, sino como fuente derivada; en efecto, “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 ilícito”.¹⁴⁵

Sin embargo lo anterior, el principio de la *autonomía de la voluntad* no puede descartarse en materia de convenciones, pero si debe ser bien entendido en sus límites y alcances. Existe autonomía de la voluntad en el procedimiento de creación de la norma convencional, pues ella nace del ejercicio libre de la facultad otorgada a los órganos del sistema jurídico (las partes contratantes) por una norma que regula la creación de la norma convencional. La autonomía de la voluntad también está presente en cuanto al contenido de la norma convencional, pero sólo en la medida en que el objeto de la convención no es ilegal.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene lugar en la formación de la norma convencional, pero ahí lo hace de manera limitada. El deudor solamente será libre para imponerse obligaciones en tanto que el ordenamiento jurídico reconozca y ampare su voluntad como hecho condicionante que pone en movimiento la norma jurídica secundaria que regula la creación de la norma primaria (la norma convencional), en este sentido la voluntad del deudor es una fuente derivada de obligaciones. Por otro lado, es claro que una vez formada la norma convencional opera el principio de heteronomía pues la norma convencional tiene vigencia independientemente de que el obligado lo quiera o no.

¹⁴¹ Esta descontextualización de la actividad del ser humano en la sociedad realizada por los liberales fue llamada por Marx de una manera muy elegante, que no deja de ser simpática, como “Robinsonadas” Marx, K, *El Capital*, (1894), México, FCE, Tomo I, p. 41.

¹⁴² Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, Trad, Manuel Jiménez Redondo, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 26.

¹⁴³ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, p. 178.

¹⁴⁴ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, (1797), México, UNAM, 1978, p. 132.

¹⁴⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Teoría Jurídica de la Conducta*, México, Ediciones Botas, 1947, p. 43.

El principio de autonomía de la voluntad exhibe al menos las siguientes limitaciones:

- En primer lugar nadie puede hacerse así mismo de derechos, dado que todo derecho presupone la obligación del otro.¹⁴⁶

En este sentido, y dentro de los confines estatistas de los que habla Ferrajoli se ha dicho que “el sujeto puede conferir derechos a otro, pues en uso de su autonomía puede auto obligarse... *pero lo que no puede nunca el sujeto es por su sola voluntad imponer un deber jurídico a otro*, para auto crearse un derecho subjetivo. Esta función sólo la asume el *poder jurídico soberano* o estatal, que en uso de la heteronomía del derecho impone al súbdito determinados deberes jurídicos, a través de las normas de derecho, confiriendo las facultades correlativas”.¹⁴⁷

- En segundo lugar, y 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, lo que el sistema jurídico anglosajón denomina “consideración” y el sistema jurídico romano-germano “causa final”.

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 interés de las partes contratantes; un interés que puede estar en conflicto inclusive con el interés individual de cada una en su calidad de ser humano individual, 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.¹⁴⁸

- En tercer lugar, la autonomía de las voluntades tanto mía como del otro están limitadas por el orden jurídico en el cual ambos estamos inmersos (*Grundlegung*) y que tendría al menos la regla *pacta sunt servanda*, que nos facultaría para celebrar la convención y que nos vincularía a obedecerla. El orden jurídico de base limita a la autonomía de la voluntad en dos sentidos:

i) Existe autonomía de la voluntad en la formación de la norma convencional, si 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 el orden jurídico prescribe que hay que conducirse de acuerdo con la convención, hace de ésta un hecho creador de norma 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.

¹⁴⁶ Esto no aplica al revés, los sistemas jurídicos si prevén que la declaración unilateral de voluntad genere obligaciones para sí, y por lo tanto derechos subjetivos para otros. Por ejemplo, el artículo 1804 del Código Civil para el Distrito Federal de México 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”.

¹⁴⁷ Rojina Villegas, Rafael, *Teoría Jurídica de la Conducta*, México, Ediciones Botas, 1947, p. 71.

¹⁴⁸ Allot, P, “The concept of international law”, en *European Journal of international Law*, 1999. p. 36.

ii) la autonomía de la voluntad no puede pasar sobre ciertas normas básicas del *Grundlegung*, en particular no puede derogar la norma *pacta sunt servanda*.

El ámbito de validez material de las convenciones está limitado entonces por el orden jurídico 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 le ley deja al arbitrio de los contratantes”.¹⁴⁹

Tomando todo lo anteriormente dicho en cuenta, la teoría jurídica romano-germana ha sostenido que el acto jurídico¹⁵⁰ tiene tres elementos esenciales:

- i) manifestación de voluntad animada de la intención de producir efectos de derecho;
- ii) el objeto que persigue dicha manifestación y que se traduce en crear, o modificar derechos y obligaciones, y
- iii) “que la norma jurídica ampare la manifestación de voluntad y reconozca los efectos deseados por los contratantes”.¹⁵¹

b. Ámbito personal

Hemos visto que para que la norma convencional exista se requiere que una norma secundaria del *Grundlegung* regule su creación y faculte a ciertos seres humanos a celebrarla.

Mediante el procedimiento convencional las partes contratantes generan una norma primaria que establece obligaciones (con sus derechos consubstanciales) a seguir para cierta relación entre las mismas. La regla general, es que la norma convencional aplica en principio a las partes que intervinieron en su proceso de creación, *res inter alios acta*.

No obstante la regla común, los sujetos que crean una norma jurídica (ley o convención) actúan como órganos de la comunidad jurídica de mérito en tanto dicha función se encuentra determinada por un precepto del orden jurídico señalado.¹⁵² En este sentido dicho órgano cumple

¹⁴⁹ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Antigua México, Librería Robredo, 1954, Tomo VI, Contratos, Volumen I, p. 73.

¹⁵⁰ El convenio es el acto jurídico plurilateral por excelencia. De hecho, según el sistema jurídico mexicano, el convenio y el acto jurídico tienen los mismo 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 para el Distrito Federal, México.

Según la tradición anglosajona, un acto jurídico, *act*, denota la manifestación externa del deseo del actor. Restatement, Second, Torts, § 2. En un sentido más técnico 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.

¹⁵¹ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Antigua México, Librería Robredo, 1954, Tomo VI, Contratos, Volumen I, p. 10.

¹⁵² Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1988, p. 157.

una función de legislador, y nada impide que una norma convencional sea oponible a sujetos que no intervinieron en su creación. Este es el caso, por ejemplo de una convención hecha por un representante, en este caso la norma convencional tiene efectos no sobre quien intervino en su creación, el representante, sino sobre el representado, no obstante que este último no participó en la creación de la norma convencional.¹⁵³

Puede ser el caso, inclusive, que una norma convencional sea oponible *erga omnes*, a toda la comunidad jurídica, por el tipo de derecho (obligación) creado por dicha norma. Así sucede en las convenciones que estatuyen derechos reales, como la creación de una servidumbre, que es oponible a todos y por lo tanto genera obligaciones a cargo de un número indefinido de personas que no han participado en la conclusión del negocio jurídico. 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 mas que evidencia de que la norma convencional no puede ser entendida por si misma, aislada del orden 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.

Finalmente, y en relación con el ámbito personal de la norma convencional es necesario señalar que las norma jurídicas, si no son personalísimas, son susceptibles de transmisión, a diferencia de las obligaciones morales que toman en cuenta la individualidad del sujeto.

c. Ámbito temporal

Hemos señalado que el término convención es un Jano bifronte que implica dos acepciones; por un lado refiere a un procedimiento para crear una norma convencional; por el otro, refiere al producto de dicho procedimiento, la norma convencional misma.

Como veremos en la sección correspondiente a la convención como procedimiento, el acuerdo de voluntades que crea la norma convencional, la voluntad que se pone de acuerdo con otra voluntad se denomina *consensus*, el cual no es la simple suma de voluntades. La voluntad contractual, el *consensus*, es la que crea la norma convencional y se presenta como una voluntad distinta de las voluntades individuales de los contratantes, en este sentido es una voluntad general que incorpora el interés común de las partes negociantes como miembros de la comunidad jurídica de mérito. Por esta razón, una vez formada la voluntad contractual sólo el mutuo disenso, u otra norma jurídica superior puede derogar aquello que creo el *consensus*.¹⁵⁴

Es importante distinguir el momento en que nace la norma convencional (momento de celebración, conclusión del procedimiento convencional, perfeccionamiento de la norma) del mo-

¹⁵³ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1981, Tomo V, Obligaciones, Volumen I, p. 204.

¹⁵⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1981, Tomo V, Obligaciones, Volumen I, pp. 104-105.

mento en que se debe cumplir con dicha norma convencional. Si ambos momentos coinciden, el de celebración y el de cumplimiento, se dice que la convención es instantánea. Si el momento en que nace la norma convencional es uno y su cumplimiento se debe llevar a cabo en otro momento, en un solo instante, la convención sigue siendo instantánea pero de ejecución diferida. Si la ejecución se debe dar 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 para las partes, no obstante que su ejecución este 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 validez temporal de una norma convencional solo tiene sentido cuando la creación de la norma y su ejecución o cumplimiento no se lleva a cabo en el mismo momento.

El periodo de validez de la norma convencional puede hallarse determinado por el orden jurídico al que pertenece dicha norma, el *Grundlegung*, o por la convención misma.

Las obligaciones morales o los deberes de conciencia no duran un año o un mes. En contraposición, las obligaciones legales pueden extinguirse con el transcurso del tiempo si así lo prevé el *Grundlegung* o la convención misma.

En principio la convención deja de valer en el momento en que se cumple con 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 ordenamiento jurídico. Puede suceder también que el orden jurídico considere *rebus sic stantibus*, violación sustancial, imposibilidad absoluta o prescripción como causales de terminación de la norma convencional.

A falta de disposición expresa la norma convencional es valida mientras el mutuo disenso, u otra norma superior del *grundlegung* no la destruya o sustituya por otra. 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 valida mientras el *dessensus* u otro *consensus* del mismo legislativo, o una norma superior, por ejemplo una determinación de un tribunal constitucional, no la sustituya, abroge o derogue.

El caso de abrogación por las partes puede tener dos supuestos en los distintos sistemas jurídicos:

- *mutuus dessensus*, que consiste en el acuerdo de las partes para poner fin a la convención si es que esta no esta destinada a valer eternamente y no se prevé otra posibilidad de abrogación, y
- la denuncia, misma que consiste en un acto unilateral de una de las partes. Dicha denuncia debe estar prevista en la convención misma o en la norma secundaria del *Grundlegung* que regula su creación. Normalmente la denuncia no es posible en todo

momento, sino sólo en una época determinada, pasados dichos plazos si cada parte puede denunciar la convención, el valor jurídico de la misma estaría muy en duda.

Puede ser el caso que una convención dependa para perfeccionar su existencia o bien para mantener su vigencia de la existencia o validez de otra 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 que exista dependencia bilateral 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 y que ninguno pudiera subsistir en forma aislada.

d. Ámbito territorial

Las normas jurídicas establecidas por los poderes de un Estado nacional generalmente limitan su validez al territorio de dicho Estado y no pueden ser válidas en otro (*leges non obligant extra territorium*), lo anterior es una consecuencia directa del principio de la soberanía estatal.¹⁵⁵

Lo curioso es que tratándose de normas convencionales la cuestión es totalmente distinta; los convenios validamente celebrados no tienen validez referida sólo a un 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.¹⁵⁶ Sin embargo el problema subsiste cuando el convenio se celebra entre personas pertenecientes a distintos Estados, inclusive entre personas apátridas, de manera que la norma contractual puede no estar referida a ningún territorio soberano.

Lo anterior ha llevado a decir a algunos estudiosos que dichos convenios forman regímenes jurídicos autocontenidos, los cuales no dependen de ningún sistema jurídico y por lo tanto están deslocalizados. Inclusive se ha dicho que debido a que no hay sistema jurídico de base que sostenga dicha convención tales normas deben ser interpretadas en sí mismas.

El hecho de que la norma convencional no esté limitada espacialmente, fenómeno que parece “curioso” a los ojos de muchos juristas, no tiene otra explicación más adecuada que el hecho de que la *Grundlegung*, u orden jurídico de base que rige dichos convenios, no es un derecho

¹⁵⁵ “un Estado no puede ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado. En este sentido su jurisdicción es ciertamente territorial; ésta no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio excepto por virtud de una regla permitida derivada de la costumbre internacional o de una convención” *SS Lotus Case*, France v. Turkey, 1927, PCIJ.

¹⁵⁶ Niboyet, J.P., *Principios de derecho internacional privado*, traducción Andrés Rodríguez, México, Editora Nacional, 1969, p. 240.

nacional en particular, sino el derecho internacional general y por ello el ámbito de validez espacial de la norma convencional resulta ser universal. Sin embargo, este punto no materia de el presente ensayo y lo dejaremos pendiente para otras discusiones.

E. *Clases de normas convencionales*

Con el fin de entender mejor la naturaleza de la norma convencional pasemos ahora a analizar algunas clasificaciones hoy día 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”.¹⁵⁷

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

En principio la convención onerosa es aquella que impone provechos y gravámenes recíprocos. La convención se dice gratuita cuando los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra. La teoría clásica francesa señala que la manera de distinguir entre un acto jurídico oneroso y uno gratuito es con base en la causa, es decir, la intención de liberalidad de quien soporta los gravámenes. No obstante lo anterior, en un contrato cada una de las partes hace un cálculo que no necesariamente coincide 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 interiorizado en el acto 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.¹⁵⁸ 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

¹⁵⁷ JOSSERAND, L, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, trad. José María Cajica, Jose Cajica Jr. Editor, Puebla, 1946, p. 270.

¹⁵⁸ Castan Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo tercero, Derecho de Obligaciones, Madrid, Editorial Reus, 1951, p. 311.

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 daba la característica de gratuidad.¹⁵⁹

La distinción entre convenciones onerosas y gratuitas refiere a la exteriorización del derecho (el cumplimiento de la convención, un hecho fenoménico) y no tiene que ver nada con la norma convencional misma, los derechos y obligaciones, un hecho nouménico. Los civilistas franceses parecen no haber percibido lo anterior y mezclaron derechos y obligaciones con provechos y gravámenes.

Debemos distinguir el binomio unilateral vs. bilateral que refiere a las obligaciones (y los consubstanciales derechos) del binomio oneroso vs. gratuito que refiere ganancias y pérdidas. Uno no duplica al otro, 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 y aleatorias, cuando los provechos y gravámenes 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, porque, suponiendo la compra de una cosecha se adquieren los frutos futuros de una cosa, o los productos inciertos de un hecho, que puede realizarse o no.

Los contratos aleatorios se definen por dos condiciones, las cuales estriban en decidir sobre qué parte llevará a cabo la ejecución de la convención. Así una de las partes perderá o ganará, porque el acontecimiento sucederá o no, inevitablemente, piénsese por ejemplo en la apuesta. El contrato aleatorio contiene así dos obligaciones condicionales y excluyentes; una de las partes se obliga bajo una condición, y la otra bajo la condición opuesta; de suerte que no pudiendo estas dos condiciones 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 debida a la explotación de la ignorancia, miseria o inexperiencia de una de las partes llevada a cabo por la otra, teoría que algunos sistemas jurídicos reconocen.

La lesión sólo puede presentarse en contratos conmutativos que no sean a la vez gratuitos, donde las prestaciones se determinen de antemano, de tal manera que no dependan del alea, suer-

¹⁵⁹ JOSSERAND, L, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, trad. José María Cajica, Jose Cajica Jr. Editor, Puebla, 1946, p. 315.

te, ni del acaso. En el contrato aleatorio, como el juego o la apuesta, la cuantía de las prestaciones depende de la suerte misma.

La norma convencional estatuye derechos y obligaciones, a ello le llamamos prestaciones. Considerando estas 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.¹⁶⁰ 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.¹⁶¹ Dicha estructura asociativa no significa la creación de una sociedad necesariamente y bien puede limitarse a una *Join Venture*.

Relacionado con las convenciones de finalidad común, tenemos a la convención mixta, que conjuga diversos contratos para integrar un gran proyecto. Tal 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 (teoría del *dépeçage*), si es que estas existen, siempre y cuando no se incurra en contradicción con la finalidad total que se persigue.

2. El Convenio como Procedimiento

A. La voluntad convencional

La norma convencional es creada por el acuerdo de voluntades (*consensus*) de dos o varias personas jurídicas que al unirse de esta manera forman otro órgano legal, dicho *consensus* debe ser reconocido por el *grundlegung* como generador de ciertas consecuencias de derecho, esto es, generador de obligaciones (y los consubstanciales derechos).

Así no todo acuerdo de voluntades es *consensus*, es decir, genera una norma convencional. Por ejemplo, un acuerdo de voluntades entre dos personas cuyo propósito sea ir a cenar o ver una película no es *consensus* y por ende no genera obligaciones legales, por lo cual no genera norma convencional. 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 orden jurídico de mérito considera relevantes.

¹⁶⁰ Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1943, p. 22.

¹⁶¹ José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral*, 6ª edición, T. III, Editorial Reus, Madrid, 1941, p. 246.

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 compradora¹⁶² debe coincidir con la voluntad de la parte vendedora¹⁶³ en cuanto al objeto de la voluntad convencional (*consensus*), esto es, querer llevar a cabo la compraventa.

La voluntad que se pone de acuerdo con otra voluntad crea el *consensus*, y el *consensus* es la voluntad convencional. La norma convencional no es creada por la suma de la voluntad de las partes, sino por el *consensus*, el *consensus* da nacimiento a la norma convencional.

Como hemos señalado las convenciones son así el vehículo por medio del cual las voluntades individuales convergen a un interés común. El *consensus* refleja el interés común o general de las partes contratantes; un interés que puede estar en conflicto inclusive con el interés individual de cada una de ellas en su calidad individual, pero que está en armonía con el interés que tienen al participar en la norma convencional, como miembros que desean ser de dicho régimen convencional. El interés común 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.¹⁶⁴

Esto es así respecto de cualquier norma. Así por ejemplo, una ley expedida por el legislativo es creada por la voluntad legislativa, *consensus* legislativo, no por la voluntad de un diputado mas la voluntad de otros tantos.

La voluntad convencional, el *consensus*, es en esencia distinta de la voluntad de quienes intervienen en su creación. Por otro lado, el órgano jurídico que emite el *consensus* debe diferenciarse de las personas jurídicas que lo integran, tal como un tribunal colegiado se diferencia de cada uno de sus integrantes. El *consensus* como voluntad bilateral o multilateral se diferencia de las voluntades unilaterales de las partes.

El *consensus* expresa la necesidad de un recíproco acuerdo (*cum-sentire*). El *consensus* es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos dan lugar a una nueva y única voluntad y que es el resultado, no la suma, de las voluntades individuales; que 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.¹⁶⁵ De lo anterior, una vez formada esta nueva y única voluntad, la voluntad convencional, el *consensus*, solo 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”.¹⁶⁶

El *consensus* es un concepto nouménico, sin embargo, existe un problema de evidencia y, por ello una incursión del mundo fáctico al mundo nouménico, para determinar su existencia. La mayoría de los sistemas jurídicos han tratado de resolver el dilema señalando que la voluntad

¹⁶² dicha voluntad puede estar integrada a su vez por la voluntad de varias personas que comprarán en *pro in- di- viso*.

¹⁶³ que también puede estar integrada por la voluntad de otros tantos individuos que venden como copropietarios.

¹⁶⁴ ALLOT, P, “The concept of international law”, en *European Journal of International Law*, 1999. p. 36.

¹⁶⁵ Ruggiero, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen segundo, Madrid, Ed. Reus, 1931, p. 278.

¹⁶⁶ [itálicas en original] Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, p. 87.

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*.

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 solo a la mínima expresión. La declaración de voluntades no puede ser telepática.

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 lado, 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.¹⁶⁷

B. El objeto de la convención

El *consensus*, debe aparecer dirigido hacia el *objeto* de la convención. En este sentido las voluntades individuales de las partes deben coincidir hacia el mismo objeto para crear *consensus*. Este *objeto de la convención* es siempre la conducta que los individuos que acuerdan 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 inmediatamente lo que se pretende obtener 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)”.¹⁶⁸ 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”.¹⁶⁹

En resumen, el *consensus* puede descomponerse para efectos de análisis en: i) comunión de; ii) dos o más voluntades, iii) sobre un *objeto* de interés jurídico, es decir, la *prestación* y *contraprestación*.

¹⁶⁷ Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1943, p. 19.

¹⁶⁸ Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, p. 89.

¹⁶⁹ Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, p. 92.

C. La conclusión del procedimiento que crea la norma convencional

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

En todo procedimiento que crea una norma convencional podemos distinguir dos actos *preparatorios* y dos actos *constitutivos* de la norma convencional. A la etapa de actos preparatorios se le denomina *tratado*, a la etapa de actos constitutivos, *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, esta etapa 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. En ese momento, 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.¹⁷⁰

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 de A

Sujeto A

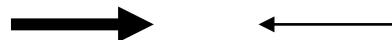
Oferta de A (*oblatio*¹⁷¹) =
entregar el caballo a B

Sujeto B

Aprobación de B (*approbatio*) = recibir el
caballo de A

tratado

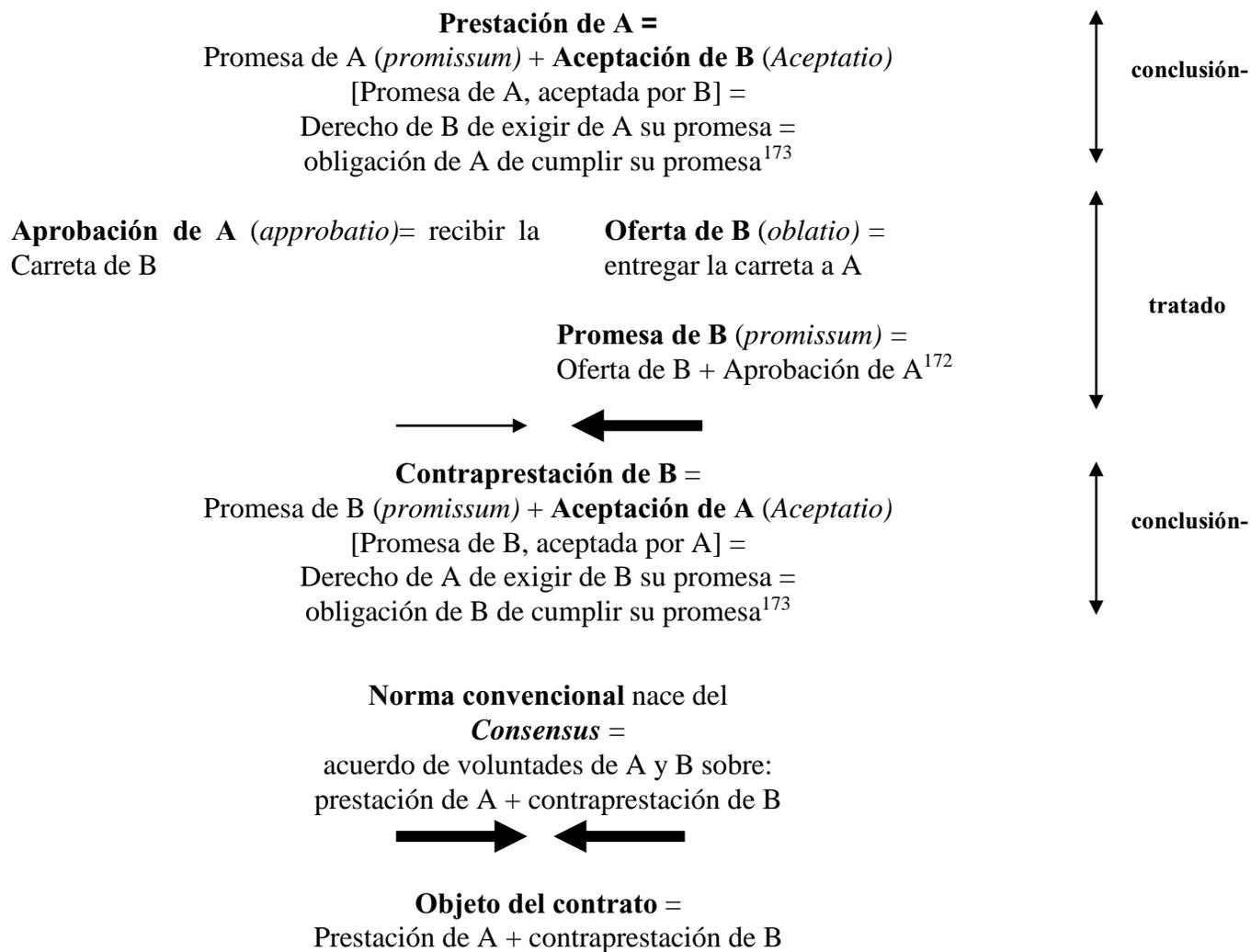
Promesa de A (*promissum*) =
oferta de A + Aprobación de B¹⁷²



¹⁷⁰ “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), 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.” [itálicas en original] Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, p. 87.

¹⁷¹ Conocida en el derecho romano como “*pollicitatio*”, oferta hecha pero no aceptada aún. Petit, E, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 279.



¹⁷² “una oferta no puede llamarse promesa antes de haber juzgado que la cosa ofrecida (*oblatum*) puede *agradar* al aceptante” Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, p. 87.

¹⁷³ El *consensus*, es decir el acuerdo de voluntades concurrente de A y B sobre la *Prestación* de A y la *Contraprestación de B*, crean la norma convencional.

D. *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.

En el mundo fenoménico la concordancia de voluntades, el *consensus*, no existe, pues las voluntades de las partes que acuerdan nunca podrán presentarse al mismo tiempo, lo más seguro es que entre la declaración de la voluntad de una parte y la declaración de voluntad de 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 jurídico, neuménico. 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”¹⁷⁴

Tratar de ver al convenio como un hecho fenomenal 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. Así se ha dicho que “la formación del contrato... puede alcanzarse ... paulatinamente y sucesivamente, y decimos que la formación es progresiva”;¹⁷⁵ 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”.¹⁷⁶

El padre del derecho moderno sostenía que “la deducción trascendental de la noción de adquisición por contrato es la sola que puede salvar todas estas dificultades. Es una relación *jurídica* externa, mi toma de posesión del arbitrio de otro (y recíprocamente)” y agrega al respecto “esta relación como relación jurídica es puramente intelectual, y por lo tanto esta posesión, considerada como posesión inteligible (*possessio noumenon*)” y solo así “entonces los dos actos, el de la promesa y el de la aceptación, no son ya considerados como sucesivos, sino... como resultado de una voluntad *común* única (lo cual se expresa por las palabras al *mismo tiempo*)”.¹⁷⁷

El convenio es un fenómeno jurídico no físico, y como tal debe entenderse. Es importante distinguir entre la obligación misma, que pertenece al mundo nouménico, y el cumplimiento de la obligación, que tiene lugar en el mundo fenoménico. Es importante también no olvidar que la *solemnia* (fenómeno) es únicamente evidencia del *consensus* (noumeno).

La definición civilista francesa de “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) de la *solemnia* (manifestación exterior).

¹⁷⁴ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1978. pp. 87-89.

¹⁷⁵ Muñoz, Luis, *Teoría general del contrato*, 1ª Edición, Cárdenas Editor, México, 1973, p. 233.

¹⁷⁶ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil, Teoría general de los contratos, Contratos especiales*, Traducción José María Cajica, Cárdenas Editor, México, 1983, § 975.

¹⁷⁷ Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, pp. 87-89.

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 phoenomenon* (posesión física de un objeto) y *possessio noumenon* (posesión puramente jurídica, inteligible) es la aportación fundamental que la teoría kantiana ha hecho a la ciencia jurídica.¹⁷⁸

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

No obstante la naturaleza nouménica de la convención, existen problemas 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 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.

E. 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 facultarlo por el *Grundlegung* para llevar a cabo tal tarea; esto es, debe tener personalidad jurídica con capacidad legal suficiente para crear la norma convencional.

¹⁷⁸ Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, pp. 56 y ss.

En el derecho romano si el propietario quería transferir la propiedad de una cosa a una persona que tuviera la intención de adquirirla, era necesario para que se diera la transferencia de la propiedad, para que se perfeccionara el contrato, la entrega de la cosa, *traditio*. Petit, E, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 173.

a. Personalidad

Hemos señalado que en la teoría jurídica tradicional se contraponen dos conceptos: derecho subjetivo vs. derecho objetivo. Dijimos que esta distinción pretende ubicar al derecho subjetivo del ser humano 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 orden jurídico positivo; en esta lógica el “sujeto de derecho” se concibe como independiente, en su existencia, al derecho objetivo; como portador de un derecho subjetivo que quizás no sea menos, sino más “derecho” que el derecho objetivo mismo, lo cual ha servido fundamentalmente para proteger la institución de la propiedad privada de su posible eliminación por el orden jurídico. A este respecto Ihering sostuvo: “en apropiándome la cosa, la imprimo el sello de mi personalidad; cualquiera 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”.¹⁷⁹ Esta ideología de la subjetividad jurídica es la base, como hemos referido también, de la teoría jurídica de la autonomía de la voluntad.

Teniendo en cuenta este esquema, la teoría jurídica partió, para construir el concepto de “sujeto de derecho”, del individuo, del ser humano. Para la teoría tradicional la “persona jurídica” lo fue, en un primer momento, el “hombre” como concepto filosófico que después se torna jurídico al dotarlo de derechos.

Tal estrategia de definición de persona jurídica resultó desde el primer momento problemática, pues inmediatamente se apreció que en un orden jurídico no sólo los hombres sino otros “entes” - como los municipios y las asociaciones - pueden ser catalogados como personas jurídicas. Tratando de corregir el concepto, la teoría jurídica redefinió a la persona jurídica como cualquier ente “portador” de derechos y obligaciones jurídicas. Si es el caso que el hombre sea el portador de derechos y obligaciones se habla de “persona física”; si son otros entes los portadores de derechos y obligaciones se habla de “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”.¹⁸⁰

Como 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 persona física es en realidad también una “persona jurídica”.

Lo anterior resulta evidente si se recapacita 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 derecho romano, que nadie duda en calificar como dere-

¹⁷⁹ Ihering Von, R, *La Lucha por el Derecho*, Trad. Adolfo Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881, p. 53.

¹⁸⁰ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 183.

cho, no tuvo el menor empacho en establecer que el esclavo no era persona jurídica sino simple *res parlante*.¹⁸¹

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, el “ente jurídico” es ese conjunto de derechos y obligaciones que se le atribuyen al ente. Al expresar que un “ente” es sujeto de una obligación jurídica se alude a que una conducta determinada de dicho “ente” es contenido de una obligación estatuida por el orden jurídico.¹⁸²

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 orden jurídico le confiere o impone; tales juicios son, como todo enunciado jurídico, una figura del lenguaje. Los actos y omisiones de dicha sociedad necesariamente son actos y omisiones de seres humanos. El problema consiste en establecer con precisión esos actos y omisiones y explicar por qué pueden ser interpretados como propios de la sociedad en cuanto sujeto de derecho.

b. Órgano del sistema jurídico

Un ente actúa como un órgano de un sistema jurídico si cumple una tarea que dicho sistema le ha asignado. Así, si una norma secundaria que regula la creación de una primaria le confiere a un ente en particular la facultad de generar dicha norma primaria haciendo ciertas cosas, y decide ejercitar dicha facultad, al hacerlo lo hace como un órgano del sistema jurídico.

Analícemos, por ejemplo, a la sociedad anónima (aunque los argumentos son aplicables a un Estado soberano, a un municipio, a un Estado federado). Un individuo obra como un órgano de una sociedad anónima si existe una norma en el sistema jurídico que atribuye los actos de dicho hombre a la sociedad anónima. Una persona obra como tesorero de la sociedad anónima si su conducta corresponde al orden especial que regula dicho subsistema jurídico (la sociedad).

El orden constitutivo de la sociedad anónima son sus estatutos, los cuales están insertos en un orden legal mas general, el *Grundlegung*. Así, la sociedad anónima no puede entenderse como una masa o agregado de individuos, sino como el conjunto de aquellos actos de ciertos individuos que la ley y sus estatutos determinan como de la sociedad porque forman el contenido de las normas de aquel orden especial.¹⁸³ La sociedad manifiesta su existencia únicamente en ciertos actos de los seres humanos que fungen como órganos de aquella.

Un hecho resulta incuestionable: la sociedad anónima no es un sistema jurídico autocontenido, independiente, autónomo del sistema jurídico en el cual está inmerso, el *Grundlegung*. De la misma manera el ser humano no tiene “autonomía de voluntad” en el sentido de poder hacer lo que le venga en gana. Las llamadas personas colectivas son órdenes jurídicos parciales, inmersos en un orden jurídico mayor. Si nos ubicamos en un país federal entonces la sociedad puede muy

¹⁸¹ 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, Petit, E, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1951, § 65 y § 141.

¹⁸² En este sentido Kant sostenía que “*persona es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación*” [Itálicas en original], Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, p. 24.

¹⁸³ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1988, pp. 115-116.

bien ser un orden 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 órdenes es una relación entre un orden mas general y uno más específico. En forma precisa se trata del principio de delegación. Más aún, las personas que crean una sociedad legal, y por lo tanto una norma jurídica que regirá ciertas relaciones entre ellos, actúan como *órganos* de la comunidad jurídica en la que estará inmersa la sociedad, que a su vez se convertirá en otro órgano de dicha comunidad jurídica, lo anterior, en virtud de que las facultades de los socios y las facultades de la sociedad son otorgadas por un precepto del orden jurídico señalado.¹⁸⁴

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, ya que no todo acto humano es de importancia para el derecho. El sustrato de la personificación es el mismo en ambos casos, ciertos actos que son atribuidos jurídicamente a un ente.

Pensar primero en la existencia del ser humano y luego en la persona jurídica ha dado lugar a las mas absurdas interpretaciones. En efecto, respecto de aquellos ámbitos de la vida que han permanecido libres de regulación jurídica, algunos juristas han dicho que, por ejemplo, puede decirse que existe un derecho a sentarse, por lo que entonces debe existir el deber correlativo de todos los demás a respetar dicho derecho. A este razonamiento se ha hecho la siguiente observación: “lo que en realidad tenemos es la facultad jurídica de impedir que otro interfiera en nuestra conducta, sin estar autorizado para ello por la norma jurídica” Lo que existe es el deber de todos de abstenerse a ejecutar un acto ilícito (obligación debida no de una persona a otra, de manera sinalagmática, sino debida a la sociedad como un todo, *erga omnes*), como lo sería la interferencia no autorizada por el derecho, la facultad correlativa de dicho deber no es sentarse o pararse, sino impedir que alguien interfiera en nuestra conducta. Sentarse, pararse, bañarse y otras tantas actividades del ser humano han permanecido alejadas del derecho en virtud de que al orden jurídico correspondiente no le ha importado convertirlas en supuestos normativos, y en ese sentido son menesteres irrelevantes para el derecho al no tener aparejadas consecuencias de jurídicas.¹⁸⁵

Cuando se dice que un ente, que puede verse como un orden 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 orden 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 orden 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 orden jurídico a manera de *facultad*, y actúan como *órganos* de la comunidad jurídica de mérito en tanto dicha función se encuentra

¹⁸⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1988, p. 157.

¹⁸⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Teoría Jurídica de la Conducta*, México, Ediciones Botas, 1947, p. 42.

determinada por un precepto del orden jurídico, en este sentido dicho órgano cumple la *función de legislador* al crear esa norma que en particular aplicará entre las partes contratantes.

Un punto final a resaltar, el órgano que crea la norma convencional está integrado por las partes negociantes y debe distinguirse de cada una de ellas, tal como se distingue al órgano legislativo de cada uno de los diputados que lo integran.

c. Libertad e igualdad

Como hemos señalado, 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*. Esta autonomía de la voluntad sólo opera en el proceso de creación de la norma convencional. Dicha libertad desaparece cuando la norma convencional ha sido creada. La norma convencional, como toda norma es heterónoma.

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:

- i) libre para celebrar o no una convención que le obligue y, por consiguiente, restrinja su libertad,
- ii) libre para decidir con quien habrá o no de celebrarla, y
- iii) libre para establecer, dentro de los límites que actualiza el sistema jurídico, el contenido de la norma convencional.

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

Se ha dicho que en sistemas jurídicos donde no existen órganos que hayan 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.¹⁸⁶ No obstante, el anterior razonamiento 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 concluida, 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”.¹⁸⁷

Libertad e igualdad son supuestos jurídicos, no realidades fenomenales. Dichos supuestos han sido muy criticados por no verificarse en la realidad. El obrero, por ejemplo, carece en el

¹⁸⁶ Korff, Baron, “An introduction to the History of International Law”, *AJIL*, Vol 18, Issue 2, abril, 1924, p. 259.

¹⁸⁷ Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1943, pp. 116 y 117.

mundo fáctico prácticamente de libertad y es difícil sostener que se halle en un plano de igualdad con el patrón. En el caso del contrato de adhesión el contenido del mismo es determinado unilateralmente por una de las partes. En el caso de contratos internacionales, los celebrados entre un privado extranjero y un Estado huésped, se supone por el *Grundlegung* que ambas partes contratantes, son libres e iguales al concurrir al procedimiento que crea la norma convencional, aunque en realidad no lo sean.

Con base en la distinción que Ferrajoli ha hecho entre normas téticas¹⁸⁸ e hipotéticas,¹⁸⁹ podemos decir que la norma convencional es una norma hipotética en el sentido de Ferrajoli; 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. Ferrajoli 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.¹⁹⁰

E. Elementos esenciales de la convención

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

a) 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

b) el objeto, que se divide en:

- i) directo, y que consiste en las prestaciones y contraprestaciones; la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones (con los consubstanciales derechos), y
- ii) objeto indirecto, esto es la *cosa o finalidad*.

c) 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:

¹⁸⁸ Norma téticas son aquellas que atribuyen inmediatamente situaciones jurídicas o status a determinadas clases de sujetos; conforme a ella, 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.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ Ferrajoli, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2001, pp. 156, 164 y 165

i) Posible físicamente

ii) 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 este permitida por la *Grundlegung*, que no sea ilícita.

Así, por ejemplo, existe opinión generalizada entre los juristas de distintos sistemas jurídicos de que los elementos esenciales de un contrato arbitral son si las partes: a) acordaron arbitrar, es decir, no pretendieron hacer otra cosa; b) tenían la capacidad para llevar a cabo tal acuerdo, y c) el acuerdo se hizo respecto de una disputa que era “arbitrable” de conformidad con la llamada *sustantive law*.¹⁹¹ Como se puede apreciar, esos tres elementos coinciden con los que hemos expuesto: *consensus* (que implica capacidad), objeto, y reconocimiento de la norma convencional por parte de la *Grundlegung*.

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 forma: “... puesto que la muerte es eterna, el acto inexistente deberá también seguir su desdichado destino; ni el olvido, ni el transcurso del tiempo podrán hacer desaparecer sus defectos o completar sus imperfecciones.... la muerte es la muerte, la nada es la nada”.¹⁹² 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 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.

¹⁹¹ Redfern, Alan & Hunter, Martin, *Law and Practice of International Comercial Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 143.

¹⁹² Lutzesco, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, México, Porrúa, 1945 p. 175.