

BAXTER, R.R. <i>Treaties and Custom</i> ; y SCHMITTHOFF, Clive M. <i>Agency in International Trade, Study in Comparative Law.</i>	378
Fernando Alejandro Vázquez P.	

Cours de L'Académie de Droit International de la Haya (A.W. Sijthoff, Leyde, 1971) en los que se incluyen varios de los cursos impartidos en el Palacio de la Paz durante el año de 1970.

En el tomo 129, volumen I de 1970, se reúnen cuatro cursos, tres de ellos de Derecho Internacional Público y uno de Internacional Privado, además del discurso pronunciado el 22 de julio de 1970 por Philip C. Jessup en conmemoración del vigésimo quinto aniversario de las Naciones Unidas.

En cuanto a los cursos, se incluyen el del Profesor de Harvard R.R. Baxter en que el autor aborda el problema de las formas en que los tratados internacionales pueden servir como prueba del derecho internacional consuetudinario, el de Don Jorge Castañeda, sobre el valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas; el curso general de Derecho Internacional Público del Profesor de las Universidades de Nancy y Bruselas y del Instituto de Estudios Políticos de París, Charles Chaumont, así como el curso de Clive M. Schmitthoff sobre la agencia en el comercio internacional.

Novedoso es el enfoque del curso general del Profesor Chaumont, dividido en dos partes dedicadas respectivamente a los métodos y visión de conjunto la primera, en la que se refiere al derecho imperativo general, y al lugar que ocupan los acuerdos en las fuentes y la aplicación del derecho internacional, la segunda.

En el tomo 130, volumen II de 1970, se incluyen los cursos de G. Cansacchi, Profesor de la Universidad de Turín sobre identidad y continuidad de los sujetos internacionales, el de D.P. O'Connell, Profesor de la Universidad de Adelaida, titulado "Problemas recientes de la sucesión de estados en relación a nuevos estados", el de D. Vignes, con relación a la cláusula de la nación más favorecida y su práctica contemporánea, el de M.A. Vieira, relativo al Derecho Internacional Privado en el desarrollo de la integración Latinoamericana, el de M. Bedjaoui también sobre sucesión de estados, y el de H.M. Blix sobre reconocimiento.

Ante la imposibilidad de incluir aquí una reseña de cada uno de los cursos, me referiré a dos de ellos, ambos incluidos en el tomo 129, el de Baxter y el de Schmitthoff.

BAXTER, R.R.—*Treaties and Custom*.

Ya antes el Profesor Baxter se había ocupado del problema objetivo de

este curso, en su estudio "Multilateral Treaties as Evidence Of Customary International Law", incluido en el vol. XLI del *British Year Book of International Law*, correspondiente a los años 1965-66 (págs. 275-300), si bien en un ámbito más restringido: el de los tratados multilaterales.

El curso consta de una introducción y cinco capítulos. En la introducción establece el autor claramente su propósito: describir las vías a través de las cuales los tratados, tanto bi cuanto multilaterales, pueden servir como prueba o evidencia del estado del derecho internacional consuetudinario, y plantea además su tesis, según la cual la "práctica general" o "costumbre internacional" a que se refiere el inciso (b) de la sección 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia pueden ser encontradas en tratados, y que los tratados pueden por ello tener efectos, en tanto evidenciadores del derecho internacional consuetudinario, con relación a estados no partes en los mismos.

En el capítulo I trata de los tratados multilaterales en tanto declaratorios de derecho internacional consuetudinario.

Empieza el autor por plantearse la pregunta de si un tratado, hipotéticamente supuesto —que se autodesignara como declaratorio surtiría efectos contra un estado que, también hipotéticamente, es el único que no lo ha ratificado, efectos desde luego no en tanto tratado, sino en tanto derecho consuetudinario.

El principal argumento por la afirmativa es —según el autor— el de que los tratados son la forma jerárquicamente superior de evidenciar el derecho internacional, y hace notar que evidentemente un pronunciamiento de tal tipo por parte de los estados tienen mucho más peso que otras formas de evidenciar el derecho, algunas de las cuales —como las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas— tienen reconocido rango de medios subsidiarios para el fin en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Art. 38, 1, d.).

Después de referirse a otros argumentos menos importantes, y de hacer notar la rareza de los tratados declarativos, pasa al análisis de los medios a que puede acudirse para determinar el carácter declarativo de un tratado, y que son, según el autor:

- a) el que así lo establezca el tratado,
- b) el que ello derive claramente de los trabajos preparatorios, y
- c) la comparación con el derecho consuetudinario existente.

Evidentemente, el último de los medios señalados en nada ayuda a la determinación del derecho consuetudinario, pues requiere de la determinación de éste por medios distintos al tratado, por lo que son los dos primeros los que ofrecen mayor interés e importancia.

Según Baxter el significado de los tratados declaratorios descansa en reflejar la práctica de los estados firmantes, y por ello trata de determinar el valor que puede tener la declaración contenida en un tratado en el sentido de que el mismo es declarativo del derecho consuetudinario, así como los casos en que tal declaración debe ser considerada como ineficaz, para referirse posteriormente a algunas objeciones intrínsecas, es decir derivadas del tratado mismo, que pueden hacerse al reconocimiento del carácter evidenciante de los tratados, tales como las derivadas de la admisión de reservas, la posibilidad de denuncia, las disposiciones que prevén revisiones del tratado, y el caso de tratarse de tratados que expresamente establecen que entrarán en vigor tan sólo respecto a situaciones futuras, como es el caso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por último, el autor se refiere a las objeciones extrínsecas, es decir, a aquellas no derivadas del tratado mismo.

En el capítulo II se ocupa el Profesor Baxter de los tratados multilaterales como constitutivos de nuevo derecho internacional, y trata de demostrar la afirmación inicial del mismo, según la cual los tratados multilaterales que no pretendían ser declaratorios del derecho internacional consuetudinario pueden, no obstante ello, pasar a ser derecho consuetudinario internacional.

Destaca el autor en este capítulo que el método a través del cual un tratado pasa a ser derecho consuetudinario es substancialmente diferente de la forma en que puede derivarse la evidencia de una norma consuetudinaria a partir de un tratado declarativo, para referirse después a los pasos que habrá que seguir para demostrar que un tratado ha pasado a ser derecho consuetudinario, y que son, según Baxter: a) probar el derecho consuetudinario internacional, b) mostrar que el tratado contiene la misma norma y c) por medio de ello demostrar que el tratado evidencia el estado del derecho consuetudinario internacional. Tal prueba, a pesar de su dificultad, tiene la ventaja de que una vez realizada, no requiere ser repetida en cada ocasión.

Por último se refiere a la importancia de la práctica de los estados para

demostrar que el tratado ha pasado a ser derecho consuetudinario, especialmente de los estados no partes, así como de la de las resoluciones de las Naciones Unidas.

El capítulo III está dedicado a determinar los casos en que los tratados bilaterales pueden ser considerados como evidenciantes del derecho consuetudinario internacional, planteando primero el problema de si un tratado puede tener tal carácter.

Al respecto, el autor considera que un tratado empieza a jugar un papel por sí mismo cuando puede identificársele como el punto de partida de una norma subsecuentemente aceptada en el derecho consuetudinario internacional en la misma forma en que cualquier norma pasa de la potencia al acto, agregando que, como en el caso de los tratados multilaterales, el tratado bilateral proporciona un texto aceptado que constituye el punto singular de partida del desarrollo del derecho, por lo que la aceptación de tal norma escrita por parte del derecho consuetudinario hace innecesaria la reconciliación de las diversas prácticas estatales que sería necesario realizar para probar la existencia de una norma de derecho internacional general.

Señala también la posibilidad de acudir al tratado bilateral como prueba del derecho consuetudinario partiendo del presupuesto de que la forma en que los estados resuelven sus disputas, tal como se manifiesta en la correspondencia diplomática, es prueba legítima de una "práctica general aceptada como derecho".

Del problema anterior, relativo a los casos en que un tratado puede probar el estado del derecho consuetudinario internacional, pasa al más complejo de determinar si una serie de tratados bilaterales pueden legítimamente ser empleados para establecer la existencia de una norma consuetudinaria internacional obligatoria para todos los estados, haciendo ver que si bien la repetición de un acto podría hacer pensar en un reflejo de un uso consuetudinario, la existencia misma del tratado puede indicar que las partes han asumido obligaciones a las que no estarían obligadas en ausencia del acuerdo.

Según el autor puede considerarse qué series de tratados bilaterales reflejan el derecho consuetudinario o bien como declaración de *lex lata* o bien por adoptar una solución de *lege ferenda* que puede causar que los estados en cuestión u otros actúen de conformidad a la misma norma aun en ausencia de un acuerdo en tal sentido, por lo que diferencia entre tratados bilaterales

declarativos de derecho consuetudinario internacional y tratados bilaterales constitutivos de nuevo derecho internacional.

El capítulo IV está dedicado al análisis de los problemas que plantea la influencia creciente de los tratados multilaterales en el derecho consuetudinario, refiriéndose el autor a los efectos laterales que la proliferación de los tratados pueden tener en casos tales como los intentos frustrados de codificar el derecho consuetudinario.

Por otra parte, señala que el precio del éxito de un tratado lleva a limitar el objeto del mismo, en forma tal que cuantos más estados se hacen parte del mismo, es más difícil determinar cuál sería el derecho aplicable a falta de tratado, y si a lo anterior se auna la falta de prácticas desarrolladas por estados terceros, puede resultar imposible saber si el tratado ha pasado o no a ser derecho consuetudinario.

Además el tratado, tanto si es declarativo cuanto si es constitutivo, ejerce una influencia retardante sobre el derecho consuetudinario y, si el mismo es revisado o enmendado, el derecho consuetudinario conserva la imagen anterior hasta que se repite el proceso en virtud del cual pasa a ser derecho consuetudinario.

Señalar que la rigidez del tratado se opone a la flexibilidad y adaptabilidad del derecho consuetudinario, que responde fácilmente a los cambios políticos, económicos, sociales y tecnológicos, mientras que los tratados por su estructura misma deben ser modificados deliberadamente mediante procedimientos que exigen mucha cooperación internacional.

También es cierto que el reconocimiento de un tratado como derecho consuetudinario puede ejercer influencia en la voluntad de los estados para ser partes del mismo, y que la denuncia de un tratado que ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario no desvincula al estado denunciante de la observancia de las normas del tratado en cuanto derecho consuetudinario.

En el capítulo V se refiere el autor a las ventajas de estimular el crecimiento del derecho internacional general mediante tratados, y hace ver que tomando en cuenta que las normas contenidas en los tratados nunca pueden ser prueba conclusiva del derecho internacional, tal prueba debe ser complementada.

La tarea es fácil en el caso de los tratados declarativos que en sí evidencian su intención, pero es más difícil en el caso de los tratados de lege ferenda, ya que

hay que acudir al derecho consuetudinario.

El autor hace ver que tanto los proyectos cuanto los tratados firmados y no ratificados pueden tener influencia sobre el derecho consuetudinario para referirse después al futuro de la creación del derecho a través de tratados, indicando que ciertamente los tratados tienden a ganar primacía sobre el derecho consuetudinario, ya que su proceso de elaboración, racional y ordenado, permite la participación de todos los estados en la creación del derecho.

Indica también que aun en el caso de derecho consuetudinario claramente establecido y generalmente aceptado pueden jugar algún papel, fortaleciendo la norma y facilitando su aplicación.

Señala además Baxter que tratados obligatorios para las partes y que además prueben el estado del derecho consuetudinario pueden servir para la armonización del derecho sobre amplias bases, así como que a pesar del desarrollo del derecho mediante tratados deberá seguirse considerando al derecho consuetudinario y apunta como aspecto interesante para ser analizado en el futuro la relación e influencias de uno sobre otro.

El curso de Baxter, con constantes ejemplos, resulta así de enorme interés y de gran valor por la claridad de la exposición y la precisión de los conceptos.

SCHMITTHOFF, Clive M. —*Agency in International Trade, Study in Comparative Law*.

El curso de Schmitthoff está dividido en tres partes, la primera dedicada al análisis del concepto de agencia y la realidad jurídica, misma que abarca los capítulos I a III en los cuales, después de hacer notar la necesidad de descubrir las prácticas desarrolladas por los comerciantes en su diaria conducta en el comercio internacional, analiza la teoría de la agencia en los sistemas de derecho civil destacando que el fundamento de la misma es la tesis de la separación y distinguiendo los cuatro tipos principales de la intermediación, como resultan del Código de Comercio Alemán (agente empleado, agente independiente, comisionista y corredor).

En el capítulo tercero estudia la teoría de la agencia en el common law haciendo notar que el fundamento de la misma es la doctrina de la identidad entre el principal y el agente —al contrario de lo que sucede en los sistemas civilísticos—, de lo cual resulta la concepción unitaria desarrollada por el

common law en contraposición a la fragmentación típica de los sistemas de derecho civil.

También hace notar el autor que existen algunas excepciones a la teoría de la identidad, derivadas de las exigencias de protección a los terceros de buena fe y, por último, que a partir del concepto unitario de agencia el common law ha desarrollado la doctrina del "undisclosed principal" cuya esencia radica en que, cuando un agente debidamente autorizado ha actuado en su nombre propio, sin hacer notar su carácter representativo, en forma tal que el tercero ignore la existencia del principal, en algunos casos puede sin embargo establecerse una obligación contractual directamente entre el principal y el tercero.

En la segunda parte del curso, se refiere Schmitthoff a los principales problemas que plantea la agencia, dedicando a ella los capítulos IV, V y VI relativos, respectivamente, al estudio de la relación desde el punto de vista del tercero, la responsabilidad del agente frente al tercero y a los casos de relaciones especiales entre principal y agente.

En el capítulo cuarto analiza la respuesta que da el derecho civil y el common law al problema de la determinación de la persona con la cual ha contratado el tercero, destacando los puntos de contacto así como las diferencias entre ambas soluciones. A continuación expone la doctrina del "undisclosed principal" del common law, para pasar a los problemas que plantea la quiebra del agente y, por último, concluir que en los casos de agencia el sistema de derecho civil adopte la tesis que denomina del nombre, en virtud de la cual el agente que actúa en su propio nombre queda obligado en lo personal, mientras que el common law adopta la solución de la responsabilidad; que la comisión del sistema civilístico trae como consecuencia una relación perfilada a través de dos contratos, mientras que la doctrina del "undisclosed principal" admite la posibilidad de convertirla en una única relación contractual mediante la intervención del principal o la elección del tercero y que, en términos generales puede decirse que el sistema civilista enfatiza la naturaleza contractual de la agencia indirecta, mientras que el common law enfatiza los aspectos relativos a la propiedad.

También hace notar como la protección que para los terceros exige la situación de quiebra del agente indirecto ha sido encontrada sin dificultad alguna por el common law, mientras que los sistemas civilísticos han tenido que aceptar construcciones de excepción o artificiales para ser compatibles con las teorías respectivas.

El capítulo quinto se refiere a la responsabilidad del agente frente al tercero, y el autor destaca la universalidad que existe por lo que a los casos en que un agente directo actúa dentro de los límites de sus facultades se refiere, pues en ellos la relación derivada del contrato celebrado existe siempre y tan sólo entre el principal y el tercero, sin que el agente tenga responsabilidad frente a este último. También destaca la universalidad de la regla en el sentido de que el agente es personalmente responsable frente al tercero cuando actúa sin facultades o en exceso de las mismas. Y el principal no ratifica el acto en cuestión.

En cuanto a los agentes con responsabilidades especiales, Schmitthoff se refiere a aquéllos casos en que los agentes son responsables frente al principal, conforme a las reglas normales de la agencia, pero además ante el tercero, agencia ésta de especial importancia en el actual comercio internacional y que encuentra su prototipo en el agente de confirmación, figura de perfiles especiales en la práctica de la confirmación de créditos documentarios por parte de bancos, ya que la confirmación del banco se extiende tan sólo a los aspectos financieros de la transacción, mientras que la del agente de confirmación alcanza la totalidad del contrato.

En el capítulo sexto el autor estudia los aspectos principales de la relación existente entre el principal y el agente, refiriéndose al agente que garantiza el cumplimiento por parte del tercero (*"credere agent"* en el common law; *"commission du croire"* en el derecho francés) y a la protección de los agentes comerciales.

Al mencionado tipo de agente lo caracteriza como aquél que por una comisión extraordinaria asume ante su principal la responsabilidad del debido cumplimiento de los contratos, celebrados con su intervención, por parte de los terceros, y hace notar como esta figura va perdiendo importancia debido a la asunción de tal tipo de riesgos por las aseguradoras.

A continuación se refiere a las medidas protectoras que en algunos países de Europa Continental se han desarrollado en favor de los agentes, a fin de evitar que el principal se aproveche del prestigio creado gracias al trabajo del agente, y que tienden por una parte a exigir una notificación de terminación del contrato de agencia razonablemente anticipada, y por la otra a establecer la obligación de cubrir una compensación por el prestigio creado en favor del principal por el agente, destacando que tal tipo de protección existe en varios países de los agentes comerciales, pero no en favor de los agentes indirectos, es decir no en

favor de aquéllos que se actúan en su propio nombre.

La parte tercera del curso, dedicada a la agencia en el Derecho Internacional Privado y a la unificación del Derecho de Agencia, comprende los capítulos VII y VIII, en el primero de los cuales se estudian los problemas principales que se plantean en el ámbito del Derecho Internacional Privado, destacando las tres posibilidades de conflicto que pueden darse: la relativa a la determinación de la ley aplicable a la relación interna (la que existe entre agente y principal), la relativa a la relación externa (relaciones entre agente y tercero, principal y tercero, o bien principal y agente con el tercero), y por último, los casos en que tales relaciones se interfieren.

Sin duda el problema más delicado es precisamente el relativo a las facultades del agente, ya que en él interfiere tanto los problemas relativos a la relación interna cuanto a la externa, planteando el problema de la determinación de la ley aplicable al acto en virtud del cual se confiere las facultades, por una parte, y el de la ley aplicable al acto en virtud del cual se confiere las facultades, por una parte, y el de la ley aplicable al ejercicio de tales facultades por la otra.

El autor concluye el capítulo haciendo hincapié en la incertidumbre que reina en el ámbito del Derecho Internacional Privado en lo que se refiere a la agencia, incertidumbre que se deriva de la flexibilidad inherente al concepto de ley aplicable al contrato, y a la dificultad de determinar el área de la relación interna, relativa a la atribución de facultades, y aquéllas de la externa, relativa al ejercicio de las mismas.

Por último, anota la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que contratan con el agente, lo cual puede dar lugar a conflictos con los intereses del principal.

En el capítulo octavo, dedicado a la unificación del derecho de agencia, hace notar la necesidad de dar una solución uniforme a los problemas relativos a la agencia, como resulta del análisis previo según el cual existe al parecer una diferencia irreconciliable entre el enfoque del concepto de agencia por parte del derecho civil y por parte del common law, a lo cual se aúna la incertidumbre del Derecho Internacional Privado y las considerables diferencias de las legislaciones de los diversos países.

Para lograr tal unificación, señala el autor, se han sugerido tres medidas:

- a) la celebración de convenciones internacionales,
- b) la estandarización de los contratos de agencia entre principal y agente, y
- c) la difusión de información relativa al régimen legal de la agencia en los diversos países.

Por último, hace un breve análisis de la guía sobre agencia comercial elaborado por la Cámara de Comercio Internacional para pasar a referirse a las leyes uniformes elaboradas por el Instituto Interamericano para la unificación del Derecho Privado.

Las conclusiones de este capítulo insisten en la necesidad de propiciar la unificación del derecho en materia de agencia, en la de difundir información sobre la legislación nacional de la materia, en la elaboración de cláusulas tipo y de convenciones internacionales.

El curso resulta realmente interesante por su sistematización y especialmente por tratarse de un estudio de tipo comparativo. Sin embargo, es de lamentarse la falta de referencias al derecho latinoamericano, pues el autor se refiere fundamentalmente al inglés, francés y alemán, y secundariamente al derecho de algunos otros países del continente europeo.

También es de enorme interés porque si bien destaca las diferencias entre el enfoque propio de los sistemas civilísticos, por lo que se refiere a la agencia, y aquél del common law, por otra parte hace notar las similitudes, propiciando así la posibilidad de ir estableciendo las bases que permitan la unificación por la que propugna el autor.

Fernando Alejandro Vázquez Pando.

Platón.— *Diálogos*. Estudio preliminar de Francisco Larroyo. Editorial Porrúa, S.A. Núm. 13 de la Colección "Sepan Cuantos. . .", México, D.F., 9a ed., 1970, XXV—735 págs.

Platón.— *Las Leyes—Epinomis*.— El Político *Estudio introductivo y preámbulos* a los diálogos por Francisco Larroyo. Editorial Porrúa, S.A. Núm. 139 de la Colección "Sepan Cuantos. . .", México, D.F., 1a ed., 1970, XXV—345 págs.

Aristóteles.— *Ética Nicomaquea—Política*. Versión española e introducción por Antonio Gómez Robledo. Editorial Porrúa, S.A. Núm. 70 de la