

EL ABUSO DEL DERECHO COMO PRINCIPIO DE DERECHO INTERNACIONAL: UN INTENTO FALLIDO

JAN PAULSSON¹

Árbitro. Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami. Ha sido Presidente de LCIA y Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Es miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2
Junio – Diciembre 2021
Págs. 11-32

Resumen: Incluso en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, la noción de abuso de derecho es difícil de definir con precisión y, por tanto, es probable que dé lugar a decisiones arbitrarias y controvertidas, si se emplea por sí sola como fundamento de la decisión. En el Derecho internacional, la perspectiva de que se reconozca como un principio general del Derecho (promovido por primera vez tras la Primera Guerra Mundial, sin éxito, como herramienta conceptual para contener las demostraciones brutales de poder soberano) es remota, debido a la extraordinaria variedad de fórmulas utilizadas en el Derecho nacional y a la reticencia de los Estados a conceder poderes tan amplios a los árbitros. Un papel más modesto para la noción de abuso de derecho no es el de norma general primaria del Derecho,

Abstract: Even in individual national legal systems, the notion of abuse of right is difficult to define in a meaningful way and therefore is likely to lead to arbitrary decisions and controversy if it is employed alone as a rule of decision. In international law, the prospect of its being acknowledged as a general principle of law (first promoted in the wake of World War I without success, as a conceptual tool for containing brutal displays of sovereign power) is remote because of the extraordinary multiplicity of the formulations used in national law and the reluctance of States to grant such broad powers to adjudicators. A more modest role for the notion of abuse of right is not as a general primary rule of decision, but as part of a *lex specialis* which deals with subject matters with respect to which it is deemed

1. El presente artículo se basa en el libro, publicado en inglés, Paulsson, J.: *The Unruly Notion of Abuse of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Para su elaboración, el autor ha contado con la inestimable ayuda del abogado José Pedro Villablanca, LL.M. King's College London, Santiago de Chile.

sino el de parte de una «*lex specialis*» que se ocupa de materias que necesitan proporcionar una base suplementaria o correctiva para afinar las decisiones que se han de tomar en situaciones infrecuentes, en las que no cabe establecer normas generales: al igual que el Derecho internacional permite el ajuste equitativo de las fronteras marítimas si la línea de equidistancia, que proporciona la norma general, es inadecuada considerando las características únicas de las costas en cuestión.

Palabras clave: Abuso de derecho – Principio generales del derecho internacional – Arbitraje de inversiones.

necessary to provide a supplemental or corrective basis to fine-tune decisions to be made in unusual situations where it is impossible to define general rules – just as international law allows the equitable adjustment of maritime borders in the event it is found that the line of equidistance, which provides the general rule, is too clumsy in the light of unique features of the coastlines in question.

Keywords: Abuse of right – General principles of international law – Investment arbitration.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LUCHA DE POLITIS/LAUTERPACHT POR ELEVAR EL CONCEPTO. III. RECHAZO Y RETIRADA. 1. *Recepción hostil*. 2. *Retirada*. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El esfuerzo por hacer del abuso del derecho una parte del Derecho internacional fue defendido por Politis y Lauterpacht a raíz de los horrores de la Primera Guerra Mundial. Su motivación era esencialmente idealista, radical y subversiva; querían que el concepto se utilizara como una herramienta para superar la obstinada negativa de los Estados a ceder su soberanía.

Sin embargo, el proyecto fracasó tanto por el rechazo académico como, sobre todo, por el celo de los Estados por preservar su soberanía. Fue así como surgió una alternativa, más pragmática, descrita por primera vez en la notable tesis doctoral de Alexandre Kiss, defendida el año 1953, y resumida en tan solo cinco palabras por su directora, Suzanne Bastid, en el prefacio: «[la expresión abuso del derecho] no debe ser tomada literalmente». En esta concepción más modesta, la prevención del abuso del derecho (cuestión que nadie discute en cuanto propuesta abstracta) se reconoce como un objetivo de política general, que requiere el arduo trabajo de negociar criterios contextualmente significativos como *lex specialis*. Esta razonable retirada se basa en el entendimiento de que, para evitar el abuso del derecho en el plano internacional, se requiere conciliar derechos concurrentes que, naturalmente, pueden generar pretensiones contrapuestas. Sin embargo, este proceso no requiere la asignación de una culpa moral, y no puede prosperar como proyecciones intuitivas de la frase «abuso del derecho».

II. LA LUCHA DE POLITIS/LAUTERPACHT POR ELEVAR EL CONCEPTO

El esfuerzo por dar un efecto significativo al concepto de abuso del derecho como una herramienta de decisión no ha estado exento de complicaciones. A lo largo de los años, este proceso se ha caracterizado por un alto nivel de incertidumbre, confusión y controversia en los sistemas jurídicos nacionales. Por este motivo, parece inevitable que los intentos por obtener un principio general, consistente y coherente no hayan producido más que generalidades banales y circulares, como la afirmación de que es abusivo reclamar más que el propio derecho. Uno bien podría reemplazar la palabra «abusivo» por «inadmisible» para referirse a lo que los franceses llaman comúnmente *lapalissade*².

Difícilmente puede mantenerse que afirmaciones de este tipo constituyan fundamento propicio para el surgimiento de un principio general del Derecho internacional con pretensiones de universalidad. Con todo, en la doctrina internacionalista, el concepto ha recibido paradójicamente una acogida bastante más receptiva de lo que uno habría pronosticado, en especial teniendo en cuenta su indeterminación en las legislaciones nacionales. Ello probablemente se deriva de un ambiente en el que ha primado la teoría sobre las leyes, y en el que hay bastantes más aportaciones doctrinales que casos resueltos. En 1958, la ardua tarea de elevar el abuso del derecho al ámbito internacional fue el centro del estudio de Roulet en su trabajo *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public*³.

Centrándose precisamente en los esfuerzos por integrar la noción de abuso del derecho en el Derecho internacional, la monografía de Roulet concluyó que, «aun cuando cierto entusiasmo hubiera podido justificarse durante los primeros años de la Liga de Naciones, la cautela de los tribunales internacionales debería, sin embargo, con nuestra distancia actual, hacernos prudentes». Mención especial merece esta alusión al «entusiasmo».

El punto de partida de esta búsqueda por integrar al abuso del derecho en el Derecho internacional ha sido ampliamente reconocido. Una clara mani-

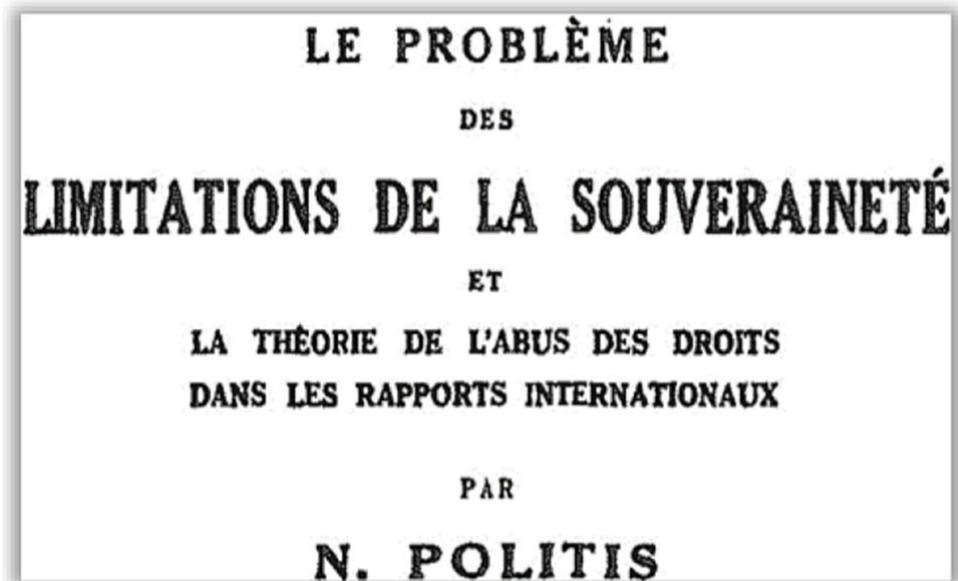
2. Cuenta la historia que un noble llamado Jacques de la Palice estaba vivo dos días antes de su muerte. La expresión homónima puede haber sido el resultado de un malentendido: en su epitafio se indicó que, si no había muerto, *il ferait toujours envie* (todavía se envidiaría), lo que se convirtió burlescamente en *il serait toujours en vie* (todavía estaría vivo).

3. En una favorable reseña, Jean Fourré observó que el hecho de que el mismo título revelara la conclusión esencial del autor no debía tomarse como presunción *a priori* («*un parti pris initial*»); el título es «la consecuencia de un estudio sólido»: *Revue internationale de droit comparé*, vol. 12, n.º 1, 1960, pág. 289. Fourré, graduado de la *École nationale d'administration* (semillero de la *élite* de la administración pública francesa) se convertiría en miembro del *Conseil d'État* (máximo tribunal de Derecho administrativo). Escribió que el estudio de Roulet tenía que ser robusto porque contradecía a muchos teóricos, mientras que «Roulet encuentra a sus mejores aliados en el poder judicial y sus argumentos más sólidos son fácticos».

festación de ello han sido las Conferencias Politis, publicadas en 1925 bajo el título *Le problème des limitations de la souveraineté la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux*⁴. Estas Conferencias se convertirían luego en el estandarte de la invocación del abuso del derecho como medio para neutralizar lo que Politis percibía como excesos de soberanía estatal.

Nicolas Politis estudió en Francia y ejerció como catedrático de Derecho en las Universidades de Aix-en-Provence y París. Fue ministro de Relaciones Exteriores de Grecia en 1916 en el gobierno de Venizélos, y representó a Grecia en la Conferencia de Paz de París en 1919. Profundamente marcado por la masacre de la Primera Guerra Mundial, y por las consecuencias devastadoras de la guerra greco-turca (1919-20), Politis participó decisivamente en la creación de la Academia de Derecho Internacional de La Haya⁵.

Quienes han tenido en sus manos la versión publicada de las Conferencias Politis recordarán, en la portada, el largo título, en el que destacaba, en letras más grandes, lo que el autor estimaba ser el punto central:



LE PROBLÈME
DES
LIMITATIONS DE LA SOUVERAINETÉ
ET
LA THÉORIE DE L'ABUS DES DROITS
DANS LES RAPPORTS INTERNATIONAUX
PAR
N. POLITIS

4. Politis, N., «*Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux*», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (RCADI), vol. 1, 1925.

5. Presidió el prestigioso *Institut de droit international* de 1937 a 42.

En español:

EL PROBLEMA
DE LAS
LIMITACIONES A LA SOBERANÍA
Y
LA TEORÍA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS
EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES
POR
N. POLITIS

No nos equivoquemos, pues: Politis no estaba formulando un planteamiento jurídico, sino, ante todo, promoviendo el objetivo político de neutralizar los excesos de la soberanía estatal. Fue así como sugirió utilizar «la teoría» del *abus des droits* como un medio para un fin: *les limitations de la souveraineté*. Para despejar cualquier duda al respecto, basta con ver estas tajantes palabras en las páginas 18-19: «*La souveraineté doit être réservée au droit et, pour plus tard, à la communauté internationale. Elle ne peut plus appartenir aux États*» («la soberanía debe estar reservada al derecho y, luego, a la comunidad internacional. Esta no puede seguir perteneciendo a los Estados»).

Tres décadas más tarde, después de otra guerra mundial, Georg Schwarzenberger se dirigió a la *Grotius Society* en Londres sobre el tema «*Uses and Abuses of the "Abuse of Rights" in International Law*»⁶. Luego de introducir aludiendo al «famoso curso de conferencias» de Politis, indicó: «No pasó mucho tiempo antes de que lo que Politis había denominado modestamente una teoría –la cual, hasta no ser confirmada, sería preferible incluso llamar hipótesis– se describiera con desconcertante rapidez, primero como doctrina y, luego, como principio de Derecho internacional».

Como ejemplo de esta «desconcertante rapidez», Schwarzenberger se refirió al cambio de descripciones que se produjo en sucesivas ediciones del tratado *International Law* de Oppenheim, sobre la regla que prohíbe el desvío de ríos transversales. En la segunda edición (1912), el deber de no injerencia «se considera sustentado en una regla de Derecho internacional a tal efecto». Dicho entendimiento se mantuvo hasta la quinta edición (1937), sin asociar este deber con la «todavía controvertida doctrina» del abuso del derecho. Sin embargo, desde la sexta edición (1947) en adelante, comenzó a decirse que el deber de no injerencia estaba basado en el «principio del abuso del derecho», a pesar de que ese concepto se describía como una «doctrina que sigue siendo controvertida».

6. Schwarzenberger, G., «*Uses and Abuses of the "Abuse of Rights" in International Law*», en *Transactions of the Grotius Society*, vol. 42, 1956, págs. 147-79.

Hersch Lauterpacht, al igual que Schwarzenberger exiliado en Inglaterra (el primero, desde Galicia de los Cárpatos, hoy Ucrania; el segundo, desde Alemania, una década más tarde, en 1933), se había convertido en el editor del tratado de Oppenheim. Con frecuencia se le asocia con Politis como el segundo promotor del otorgamiento de efecto normativo al concepto de abuso del derecho (contaba además con la ventaja de poder escribir en inglés). Lauterpacht, un gigante del Derecho internacional, se destacó como académico de la *London School of Economics* y de la Universidad de Cambridge, y más tarde como juez y presidente de la Corte Internacional de Justicia (1955-60). Una de sus primeras obras, *The Function of International Law in the International Community* (1933), contiene un capítulo de veinte páginas (capítulo 14) titulado «La doctrina del abuso del derecho como instrumento de cambio». Comienza con esta frase: «Aunque todavía desconocido en los libros de Derecho internacional, la doctrina del abuso del derecho ha atraído recientemente la atención de los abogados de Derecho internacional». El pasaje termina con una nota a pie de página en la que Politis figura como la principal referencia⁷.

Al igual que Politis, Lauterpacht no pretendía dilucidar el concepto de abuso del derecho, sino calificar la teoría como un «instrumento de cambio», como lo muestra el mismo título de su capítulo. Hay abuso del derecho –se lee en el primer párrafo– «cada vez que el interés general de la comunidad se ve perjudicado por sacrificar un interés social o individual importante en pos de un derecho individual menos importante, aunque hasta ahora legalmente reconocido».

La audacia de afirmar que derechos «legalmente reconocidos» deban verse desplazados cuando consistan en un «derecho individual menos importante» de un Estado que podría dañar «el interés general de la comunidad» se torna evidente cuando vemos quiénes, según Lauterpacht, son los encargados de *efectuar esa determinación*: los jueces.

Por otra parte, al igual que Politis, Lauterpacht percibió que el derecho cuyo abuso está en juego era nada menos que la soberanía misma. Por ello, miró con ojos de aprobación la frase de Hyde que señalaba que «la sociedad de las naciones puede en cualquier momento concluir que determinados actos, que antes se consideraba que un Estado podía cometer sin interferencia externa, son tan perjudiciales para el mundo en general que justifican la imposición de nuevas restricciones».

No cabe duda de que su libro, iniciado cuando acababa de cumplir treinta años, fue sumamente ambicioso, y ha influido en las generaciones posteriores, hasta hoy. Además, tampoco puede negarse que constituyó una contundente

7. Lauterpacht, H., *The Function of International Law in the International Community*, Oxford: Clarendon Press, 1933, pág. 285.

impugnación a la noción convencional de que el Derecho internacional era incapaz de abordar cuestiones «no justiciables» respecto de las cuales no se podía cuestionar la soberanía del Estado.

Lauterpacht veía el potencial de la prohibición del abuso del derecho de la siguiente manera: «en la sociedad internacional, en la que no existe un mecanismo legislativo autorizado que adapte la ley a condiciones cambiantes, puede haber tanto una oportunidad recurrente como una necesidad imperiosa de dar lugar a la *creación judicial de nuevos agravios* mediante el reconocimiento expreso o implícito de un principio que postula la prohibición del abuso del derecho»⁸.

Con toda la nobleza de su propósito, el esfuerzo de Lauterpacht por encontrar apoyo en la ley positiva para proclamar el abuso del derecho como un «instrumento de cambio» terminó siendo escasamente convincente.

Comenzando con la «práctica de los tribunales internacionales», la clave de su trabajo fue la simple observación del reconocimiento, por dichos tribunales, de que los derechos se pierden si se invocan para pretensiones extremas. A este respecto, citó las reservas de la Corte Permanente de Justicia Internacional en casos en los que, en realidad, ni siquiera se declaró la existencia de abuso del derecho. También se refirió a los casos sobre el derecho soberano de los Estados a expulsar extranjeros de su territorio, lo que, según algunos tribunales internacionales, podía generar responsabilidad internacional si se hubiera permitido la entrada al extranjero y no se hubiera justificado la expulsión. No queda claro por qué esto debiera considerarse un abuso de derecho, ya que el acto de *admisión* de los extranjeros no es incompatible con el establecimiento de determinadas obligaciones.

En cualquier caso, Lauterpacht fue transparente en cuanto a su adhesión a lo que él consideraba ley natural como «palanca de progreso». Más tarde escribió: «La ley de la naturaleza ha estado debidamente expuesta a la acusación de vaguedad y arbitrariedad. Pero la incertidumbre de la “ley superior” es preferible a la arbitrariedad e insolencia de la fuerza desnuda»⁹.

Claramente este propósito no se dirigía solo a *declarar* el derecho, sino un llamamiento *a las armas* para cambiarlo. Difícilmente puede decirse –como veremos a continuación– que la comunidad internacional de Estados mostrara mayor entusiasmo en aceptar la sugerida expansión de la potestad jurisdiccional.

8. Lauterpacht, H., *The Function of International Law*, cit., pág. 287. La cursiva nos pertenece.

9. Lauterpacht, H., «*The Grotian Tradition in International Law*», en *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1946, págs 1-53.

III. RECHAZO Y RETIRADA

El intento por elevar la noción de abuso de derecho al estatus de principio general del derecho reconocido internacionalmente fracasó en dos etapas. Primero vino el simple reconocimiento de que el proyecto no era capaz de concitar consenso. A partir de ahí, los realistas se replegaron hacia una estrategia más modesta: reducir las pretensiones excesivas de derechos como un objetivo político, *promoviendo compromisos de tratado específicos a tal efecto*. Este objetivo difería sustancialmente del de promover la aceptación de un principio general. Esta sección comienza examinando la falta de consenso en torno a la búsqueda del reconocimiento de un principio general, y luego explora el enfoque adoptado por los pragmáticos, quienes percibieron que todavía era posible rescatar algo valioso de todo este proceso, pero de manera tal vez menos quijotesca.

1. RECEPCIÓN HOSTIL

Respondiendo en 1956 a la tesis de Lauterpacht acerca de que la indeterminación de la «ley superior» es preferible a «la arbitrariedad de la insolencia del poder desnudo»¹⁰, Georg Schwarzenberger –adversario académico de Lauterpacht en diversos frentes– se mostró áspero y hostil¹¹. Casi una década antes, en un artículo en la *Harvard Law Review* donde criticó el enfoque adoptado por Lauterpacht en el *International Law* de Oppenheim, ya había arremetido contra aquellos que «parecen elegir entre la ley natural y positiva según les conviene..., [decidiendo] con aires de infalibilidad lo que Dios y la Razón ordenaron, honrando así la práctica estatal más por el abandono que por el estudio sistemático». Los clubes de citas mutuas y lo que Bentham llamó «ipse dixitism» pasaron a ser moneda corriente en el tratamiento del Derecho internacional¹².

En el mismo sentido, y refiriéndose en concreto a la noción de abuso de derecho, Gerald Fitzmaurice afirmó: «la doctrina no puede considerarse definitivamente establecida, o como un principio de Derecho internacional aceptado»¹³. El clásico libro de J. L. Brierly *The Law of Nations*, cuya sexta edición fue editada por Humphrey Waldock en 1963, ni siquiera menciona la expresión.

10. Lauterpacht, H. «The Grotian Tradition...», *cit.*, págs. 1-53.

11. Schwarzenberger, G., «Uses and Abuses...», *cit.*, págs. 147-79.

12. Schwarzenberger, G., «*The Inductive Approach to International Law*», en *Harvard Law Review*, vol. 60, 1947, págs. 544-545.

13. Fitzmaurice, G., «*The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law*», en *British Yearbook of International Law*, vol. 27, 1950, págs. 12 y 14, nota al pie 14.

En cuanto a Schwarzenberger (que naturalmente coincidía con Fitzmaurice), debe destacarse su sarcástico ataque a la «hipótesis» del abuso de derecho en el ya mencionado discurso en la *Grotius Society*:

¿De qué sirve realizar trabajos de investigación minuciosos si el resultado deseado puede lograrse afirmando que la prohibición del abuso del derecho es un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas?... Este supuesto atajo destinado a probar que la prohibición del abuso del derecho es un principio general... demuestra estar lleno de trampas... Ahora bien, supongamos que, en un sistema particular de derecho interno, el concepto de prohibición del abuso del derecho hubiese ejercido una influencia formativa en la creación de normas jurídicas. Esto difícilmente serviría como evidencia para afirmar que tal principio evolutivo subyacente a la ley fuera un principio regulador *de lege lata*, y además un principio primordial en la negociación¹⁴.

No es este el lugar para relatar la larga demostración de Schwarzenberger; lo que interesa destacar aquí es lo controvertido de la afirmación de que la noción del abuso de derecho pudiera ser capaz de generar una regla de decisión reconocida. Algunos pasajes, entre muchos otros, debieran bastar:

Una vez que se examina críticamente dentro de que límites es realmente necesario acudir a la hipótesis del abuso del derecho como un factor regulador, aparece un sinnúmero de campos en los que esto parece redundante o francamente engañoso...

[C]uando el funcionamiento de las normas que subyacen al principio de soberanía está excluido o limitado por otras normas del derecho internacional, esta hipótesis [del abuso del derecho] es redundante... Aunque la prohibición del abuso del derecho no es la verdadera razón de la ilegalidad del acto en cuestión, la ilustración cumple su pretendido propósito de convertirse en otra prueba «irrefutable» de la doctrina... Especialmente cuando los supuestos derechos se ejercen subrepticia o engañosamente, la razón típicamente esgrimida es que uno de los hechos que constituía una de las condiciones del ejercicio de un derecho no existe realmente. Por lo tanto, ello debe fabricarse para sacar el acto del ámbito operativo de otra regla de Derecho internacional. Una vez más, es redundante primero imaginar la existencia de un derecho y luego concebir, como un *deus ex machina*, su abuso y prohibición. Lo que se requiere es ignorar la pretensión y tratar el caso en base a los hechos reales. Así, la falsa representación y la mala fe implícita en ella son relevantes sólo en cuanto aportan pruebas concluyentes de que el asunto

14. Schwarzenberger, G., «Uses and Abuses...», *cit.*, págs. 149-150.

en cuestión está comprendido en la norma que se pretendía evadir con la fachada erigida¹⁵.

El propio Bin Cheng nunca llegó a respaldar la noción, siquiera como principio, y mucho menos como regla de decisión. Al contrario, existen poderosas razones para pensar que compartía las dudas de Schwarzenberger (además de su vehemencia). Cheng se refirió al abuso de derecho como una «teoría». Al hacerlo, no solo fue fiel a Politis, sino también a Schwarzenberger, quien, como hemos visto, apreciaba la prudencia de Politis en este sentido¹⁶. En su discurso en la *Grotius Society*, Schwarzenberger observó que la motivación de las decisiones de cortes y tribunales internacionales «difícilmente confirma la hipótesis de una prohibición del abuso de derecho, y que cualquier respuesta verdadera dependerá de formas de investigación inductiva más minuciosas».

El anterior artículo de Harvard de Schwarzenberger en 1947 se tituló precisamente «*The Inductive Approach to International Law*». En ese trabajo, condenó el denominado «enfoque ecléctico hacia el Derecho internacional», cuyos adherentes «parecen elegir entre la ley natural y positiva según les conviene»¹⁷, mostrándose en desacuerdo con el trabajo de Lauterpacht en el Tratado de *Oppenheim*. Trató de «alejarse de la tierra de ensueño de la especulación deductiva para adentrarse en la realidad del trabajo duro, cuyo material en bruto está a la espera del trabajador» dispuesto a «lidiar seriamente con la presentación sistemática de la práctica de cada Estado». Schwarzenberger fue nada menos que el mentor de Cheng; fue él quien sugirió el tema de *General Principles*, supervisó el estudio y escribió el prólogo. La segunda frase de la introducción de Cheng, en la primera página del libro, comienza del siguiente modo: «La obra actual es un intento de aplicar el método inductivo», refiriéndose al artículo de Schwarzenberger en *Harvard Law Review*¹⁸. Y, por si no fuese suficiente, en el elogioso prefacio al estudio de Roulet, que descarta el abuso de derecho como un principio general, Cheng se mostró especialmente escéptico sobre «el lugar de la teoría del abuso de derecho en el Derecho internacional».

Además de lo expuesto, cabe destacar que la comunidad internacional de Estados nunca ha adoptado la visión radicalmente instrumentalista del abuso de derecho propuesta por Politis y Lauterpacht. El hecho de que trabajos académicos idealistas resulten del agrado de otros académicos no significa gran cosa cuando se ven contradichos por la realidad de la práctica estatal.

15. Schwarzenberger, G., «Uses and Abuses...», *cit.*, págs. 153-155.

16. Ver nota al pie 5.

17. Schwarzenberger, G., «The Inductive Approach...», *cit.*, págs. 544-545.

18. Décadas más tarde, Cheng coeditó el *liber amicorum* en honor a su mentor: Cheng, B., Brown, E. D. (eds.), *Contemporary Problems of International Law. Essays in Honours of Georg Schwarzenberger*, Londres: Stevens & Sons, 1988.

En efecto, las exhortaciones de lo que Schwarzenberger llamó «clubes de citas mutuas» gozan de escasa validez. En una de las obras históricas más destacadas del período de entreguerras (ampliamente leídas hasta hoy), E. H. Carr escribió lo siguiente:

Ningún gobierno estaba dispuesto a confiar a un tribunal internacional el poder de modificar sus derechos legales. Algunos teóricos, sin embargo, se mostraban más dispuestos que los pragmáticos estadistas a dejar de lado esta dificultad, y estaban dispuestos a confiar a un supuesto tribunal arbitral la tarea no sólo de aplicar los derechos existentes, sino de crear otros nuevos.... El profesor Lauterpacht [creía] que los conflictos de intereses internacionales se deben... a las imperfecciones de la organización jurídica internacional.... Es una lástima que el Profesor Lauterpacht, después de haber llevado a cabo brillantemente su análisis hasta el punto de que la falta de voluntad de los Estados sea reconocida como el factor limitante en la justiciabilidad de las controversias internacionales, no se haya contentado con dejar el asunto ahí, tratando esta «falta de voluntad», de *forma verdaderamente utópica*, como perversa e indigna de la atención de un abogado de derecho internacional.... Es posible que no hayan sido los hombres quienes, estúpida o perversamente, hayan fallado en aplicar los principios correctos, sino más bien que *los principios mismos hayan sido falsos e inaplicables*¹⁹.

La comunidad internacional de Estados, en suma, no estaba dispuesta a aceptar la ampliación de la autoridad judicial deseada por Politis y Lauterpacht. Como se ha visto, tanto Politis como Lauterpacht eran prudentes en la caracterización del concepto del abuso de derecho y no llegaron a proclamar su interdicción como principio general²⁰. Eso quedó en manos de sus conti-

19. Carr, E. H., *The Twenty Years' Crisis, 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations*, Nueva York: Harper Perennial, 1964, págs. 249 y 39 (reeditados, con una nueva introducción, en 2001; la cursiva es nuestra). La cita interna es de Lauterpacht, H., *The Function of International Law...*, cit., pág. 249. Carr sirvió como diplomático en la Oficina de Asuntos Exteriores durante veinte años antes de embarcarse en una prolífica carrera académica, asumiendo la Cátedra Woodrow Wilson de Política Internacional en el *University College of Wales* en 1936. El hecho de que sus opiniones realistas de izquierda fueran controvertidas es irrelevante para el punto que se está haciendo. Cuando el Profesor de la Universidad de Chicago John Mearsheimer dictó la conferencia en memoria de E. H. Carr en 2004, afirmó inmediatamente que «los argumentos centrales que Carr expuso en *The Twenty Years' Crisis* son tan relevantes hoy como lo fueron en la oscura década de los años 30. Carr, creo, estaría horrorizado por la ausencia casi absoluta de realistas y por el dominio casi total de los idealistas en la academia británica contemporánea»: Mearsheimer, J., «E. H. Carr vs. Idealism: The Battle Rages On», en *International Relations*, vol. 19, n.º 2, 2005, págs. 139-140.

20. Aunque el impacto prospectivo de la doctrina del abuso de derecho concebida por Lauterpacht resultó ser poco realista, parece injusto que Carr en 1964 calificara a Lauterpacht como un «verdadero utópico». En la 5.ª edición de *Oppenheim*, publicada en 1935,

nuadores. Fue así como en la década de 1950, al no alcanzar la doctrina del abuso de derecho el estatus de principio general del derecho, surgieron voces más realistas.

2. RETIRADA

Tras encontrarse con una tenaz resistencia doctrinal, y una obstinación aún más firme por parte de los Estados, los realistas acabaron admitiendo las dificultades del concepto para concitar consenso a su favor y, a partir de ahí, limitaron su objetivo a la promoción del abuso del derecho como consideración capaz de inspirar *adaptaciones voluntarias mediante tratados* incluso en aquellos Estados únicamente interesados en su propia actividad normativa. Desafortunadamente, esta corriente realista ha creado una notable confusión por el empleo reiterado de la expresión abuso de derecho para aludir no tanto a una regla de decisión autónoma, cuanto a una forma de describir el efecto del tipo de acuerdos internacionales que pretendían promover.

El movimiento de estos realistas quedó plasmado en un libro escrito por Alexandre Kiss en 1953, y –como veremos– resumido en cinco palabras de Suzanne Bastid al escribir el prólogo. Seis años después de haber emigrado desde Hungría a Francia en 1947 (con tan sólo veintidós años), Kiss publicó *Labus de droit en droit international*, uno de los estudios más importantes en la materia, leído y citado por todos los académicos que han prestado atención sostenida a este tema. El libro de Kiss recogía su tesis doctoral, publicada en Francia por el *Centre national de la recherche scientifique*²¹, y reconocida inmediatamente como una obra excepcional. Bastid, que ya era una figura respetada en el mundo académico francés (más tarde se convertiría en la primera mujer en la Corte Internacional de Justicia, como jueza *ad hoc* en el caso *Libia v. Túnez*), había decidido tomar al joven investigador bajo su protección y dirigir su tesis doctoral.

En su brillante prólogo, Bastid no pudo resistirse a señalar que los esfuerzos por incorporar la noción del *abus de droit* en el contexto internacional revelaban que la expresión no debía ser «tomada literalmente», puesto que en este contexto la búsqueda de principios tiene un objetivo diferente, que

Lauterpacht había advertido a los académicos del peligro de adelantarse demasiado a los funcionarios estatales. El Derecho internacional, escribió en la página 517, se fue desarrollando gracias la práctica estatal, «por la acción común de los propios Estados, y no por juristas dedicados a extraer consecuencias lógicas» del Pacto de París de 1928 (más conocido como el Tratado de Renuncia a la Guerra o Pacto Briand-Kellog), que curiosamente fue firmado por Japón e Italia, dos Estados que, cuando Lauterpacht escribió esas líneas, habían iniciado guerras de agresión contra China y Etiopía, y además otras nubes más oscuras se iban avecinando rápidamente; Alemania también fue signataria.

21. Kiss, A., *Labus de droit en droit international*, París: Pichon & Durand-Auzias, 1953.

consiste en restringir el ejercicio de la autoridad estatal (a la que ella se refirió como *competencias*). He aquí sus palabras:

Aunque la expresión *abus de droit* se utiliza con frecuencia en una serie de decisiones que aplican el Derecho internacional, *no debe ser tomada literalmente*. El Sr. Kiss demuestra muy bien que el tema se refiere en realidad a las condiciones en las que el Derecho internacional reconoce el ejercicio de la autoridad estatal; toda autoridad lleva aparejados deberes de actuación, así como libertad de acción²².

Bastid elogió a Kiss por la meticulosa identificación de tres formas de abuso de derecho, cada una de las cuales constituye un abuso de autoridad: actos de un Estado para interferir en el ordenamiento jurídico interno de otro Estado, abuso de poder (*détournement de pouvoir*) y actos arbitrarios de autoridad. Asimismo, reconoció que la importancia de la autoridad de un Estado «para mantener su cohesión como entidad» y «la ausencia de un control sistemático organizado» explican «las complejidades y las contradicciones de la práctica internacional»²³. Perfectamente podría haber dicho: «estamos muy lejos del sueño de Politis».

El mismo Kiss no albergaba excesivas ilusiones al respecto y, expresándose en términos que habrían sido aplaudidos por Schwarzenberger, señaló: «hasta ahora, la literatura del Derecho internacional se ha preocupado más por la deducción que por la demostración, siendo el número de casos examinados desde este punto de vista muy limitado; lo cierto es que la visión *de lege ferenda* ha primado sobre el estudio de los precedentes»²⁴. Se refirió también a «una dificultad a la que nos enfrentaremos a cada paso: ¿es la posición adoptada por un gobierno contraria a una regla de Derecho internacional, o más bien se rechaza sólo porque consideramos que es un *excès de pouvoir* o un abuso del derecho?»²⁵

¿Qué hacer entonces? La respuesta de Kiss pasaba por explicar cómo los Estados podrían apreciar la ventaja de evitar conductas «abusivas» *por otros Estados* y, por lo tanto, tolerar la aceptación de limitaciones a su propia autoridad. Para ello, por cierto, no es menester acudir al concepto de «abuso de derecho» como principio general autónomo, ya que la idea es lograr este objetivo mediante la negociación de tratados, el más alto nivel en la jerarquía normativa del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es decir, no era preciso principio alguno, aun si se reconociera su existencia;

22. Kiss, A., *op. cit.*, pág. 5.

23. Kiss, A., *op. cit.*, pág. 6.

24. Kiss, A., *op. cit.*, pág. 12.

25. Kiss, A., *op. cit.*, pág. 13.

que es precisamente por lo que Bastid advirtió de la necesidad de «no tomarlo literalmente».

Tan impresionada quedó Bastid con uno de los ejemplos de Kiss a este respecto que lo mencionó en su prólogo: la autoridad conferida por los Estados fundadores de la nueva Comunidad Europea del Carbón y el Acero a su Tribunal de Justicia para sancionar el abuso de poder en la conducta (u omisión) de un Estado que cause un «daño fundamental y persistente» a la economía de otro Estado, una situación en la que incluso los privados estarían legitimados para acudir a la Corte en caso de verse perjudicados por conductas estatales dañosas. El propio Kiss relató, de modo detallado y convincente, cómo se podía ordenar a los «Estados soberanos» de los Estados Unidos y a los «cantones soberanos» de la Confederación Suiza que se comportaran como ribereños para no dañar a sus vecinos «soberanos».

Ahora bien, esto presupone, obviamente, un acuerdo previo: que, en los casos citados, adopta la forma de *constituciones* de naturaleza permanente y existencial, que otorgan autoridad plena a una corte suprema federal. Bajo la óptica de la década de 1950, las «relaciones soberanas» entre esos Estados confederados, o entre los Estados de Europa Occidental, eran muy diferentes de las relaciones entre Estados soberanos de los llamados Primer, Segundo y Tercer Mundo. Y huelga señalar que nuestra comunidad mundial actual no se asemeja todavía a Suiza.

En definitiva, la comunidad mundial de Estados constituye un universo distinto del de las comunidades nacionales de ciudadanos, las cuales gozan de sistemas jurídicos únicos y tendencialmente omnicomprendidos, destinados a poner a prueba los límites de los derechos que les reconoce el soberano respectivo. Nos referimos a las restricciones asumidas por los propios soberanos cuando actúan en ejercicio de su autoproclamada potestad. Tales restricciones –que unas veces avanzan y otras retroceden– pueden no evolucionar lo suficientemente rápido como para satisfacer las expectativas de un entorno internacional fragmentado, en el que las ideas de «comunidad» y «sistema» son meras expresiones de una aspiración. Pero es lo único con que contamos, y solo opera de este modo, modesto y minucioso.

Un buen ejemplo lo proporciona la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997. Este tratado reconoce un deber, la obligación de tener en cuenta las necesidades humanas vitales en caso de conflicto entre posibles usos de los ríos, que puede llegar a obstaculizar la búsqueda de intereses puramente nacionales. Si se comprueba que dicho deber ha sido desatendido, carece de sentido hablar de un abuso del derecho por parte del soberano: lo que ha resultado infringido es, simple y llanamente, el propio texto del tratado. Se trata

de una cuestión de Derecho internacional positivo, al margen de lo que se pueda pensar acerca de la falta de especificidad del concreto deber en cuestión²⁶. En el ejemplo, el tratado iba acompañado de ciertas declaraciones de entendimiento que aportaban cierta concreción a la disposición: «para determinar las “necesidades humanas vitales” debe prestarse especial atención a la provisión de agua suficiente para sostener la vida humana, incluida el agua potable y el agua necesaria para los alimentos a fin de prevenir el hambre»²⁷.

Algunos activistas y académicos conceden poca importancia a los tratados, pues consideran que son negociados por diplomáticos que miran únicamente por los intereses de sus gobiernos a corto plazo, y no tienen en cuenta las necesidades imperiosas del bienestar de la comunidad internacional a largo plazo. Así, están dispuestos a invocar el «principio del abuso del derecho» como un atajo para justificar la elaboración de normas por parte de jueces y árbitros. Y así la expresión se mantiene vigente.

Casi dos décadas después de la publicación de *L'abus de droit en droit international*, G. D. S. Taylor hizo alusión al enfoque de Kiss en un artículo publicado en el *British Yearbook*, alabando su «exhaustiva investigación sobre el abuso del derecho». Refiriéndose a los «tres apartados» de Kiss sobre abuso del derecho, Taylor (quizás sin darse cuenta) puso algún palo en las ruedas del proyecto de Kiss al señalar que su segunda categoría (sobre el uso de un poder conferido que contradice su propósito), con ser la que conceptualmente posee mayor alcance potencial y «margen de crecimiento», es también la que menos posibilidades tiene de prosperar; y ello por una sencilla razón: «se confieren pocos poderes estatales»²⁸. (Un ejemplo poco frecuente lo constituye el derecho conferido por las Naciones Unidas a gobernar un territorio bajo mandato de fideicomisario).

Kiss saltó a la fama académica en la Universidad Robert Schuman de Estrasburgo. Considerado un pionero en el campo del Derecho ambiental internacional (algunos incluso lo llamaron el padre de esta materia, después de haber publicado tratados generales sobre el tema a mediados de la década de 1970), fue un académico-activista que llegó a presidir el Consejo Europeo de Derecho Ambiental²⁹.

26. Convención sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, Nueva York, 21 de mayo de 1997, en *International Legal Materials*, vol. 36, 1999, pág. 700.

27. Convención sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales..., *cit.*, pág. 719.

28. Taylor, G. D. S., «*The Content of the Rule Against Abuse of Rights in International Law*», en *British Yearbook of International Law*, vol. 46, 1972-1973, pág. 323.

29. También fue miembro del equipo de abogados de Hungría en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros* ante la Corte Internacional de Justicia, una de las disputas ambientales inter-

En atención al tema elegido medio siglo antes para su primer libro, no era de sorprender que se pidiera a Kiss actualizar la entrada sobre el «abuso del derecho» en la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Así lo hizo, publicándose en 2006, poco antes de su muerte. Su contribución se refirió al *concepto* de abuso del derecho inspirado en un *principio* de Derecho romano. Dos incisos merecen especial consideración: «En general *puede considerarse* que el Derecho internacional prohíbe el abuso del derecho. Sin embargo, dicha prohibición *no parece* ser aceptada unánimemente en el Derecho internacional general, a la vez que no se discute en el Derecho de las instituciones internacionales»³⁰. Tras referirse al hecho de que cortes y tribunales internacionales han «*examinado* la forma en que un Estado ejerció un derecho», indicación bastante clara sobre la ausencia de precedentes para *aplicar* el abuso del derecho como regla de decisión, señaló de modo poco concluyente (escéptico, dirán algunos): «Las opiniones disidentes de los jueces de la CPJI y de la CIJ han aludido con frecuencia al principio, pero algunos de ellos han manifestado dudas antes de aplicarlo, sin rechazar contundentemente su lugar en el Derecho internacional»³¹.

Los que, no obstante, creen en la utilidad del abuso de derecho admiten, como es lógico, que su efecto es meramente *correctivo*: una suerte de seguro para el caso de que un juez considere que determinada aplicación de una norma resulta tan alejada de la intención del legislador que el interés de la justicia impide admitirla³².

Resulta particularmente interesante analizar cómo encaja este planteamiento con ciertas cuestiones que han ido surgiendo en relación con los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) y que han dado lugar a una serie de arbitrajes contra Estados en las últimas tres décadas.

nacionales más destacadas. Ver *Proyecto Gabčíkovo-Nagyonmaros (Hungría/Eslovaquia)*, sentencia de 25 de septiembre de 1997, en *Informes de la C.I.J.*, 1997, pág. 7.

30. Kiss, A., «Abuse of Rights», en Wolfrum, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, parágrafo 7.
31. Añadió que la «formulación jurisdiccional más clara de la norma que prohíbe el abuso de derecho» se encuentra en el informe del Órgano de Apelación de la OMC en *Estados Unidos– Prohibición de importación de ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R, de 12 de octubre de 1998, citando un pasaje sumamente confuso: se afirma que «la doctrina de *abus de droit* prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y exige que, siempre que la afirmación de un derecho “incida en el ámbito cubierto por [una] obligación de tratado, debe ejercerse de buena fe”» (Kiss, A., «Abuse of Rights», *cit.*, parágrafo 14). En realidad, esto no es más que un ejemplo sin mayor importancia de la aplicación del principio general de la buena fe; las palabras *abus de droit* no añaden nada.
32. Pirovano, A. «*La fonction sociale des droits: Réexions sur le destin des théories de Josserand*», en *Recueil Dalloz-Sirey Chronique*, vol. 13, 1972, pág. 67, escribió: «*La théorie de l’abus de droit est un mécanisme correcteur qui permet au juge d’assouplir le jeu des relations juridiques*» («La teoría del abuso del derecho es un mecanismo correctivo que permite al juez acomodar el entramado de relaciones jurídicas»).

En el caso de los APPRI, el «legislador» es nada menos que el equipo de negociadores del tratado. Ellos pueden decir (como efectivamente se ha hecho en algunos tratados) que una inversión debe aprobarse específicamente en cada caso para tener derecho a beneficiarse del tratado. Además, pueden incluir (como también se ha hecho) la llamada cláusula de denegación de beneficios, que excluye a las empresas fantasma al establecer que una sociedad no puede invocar el tratado a menos que tenga una presencia significativa en el país en el que se ha constituido como tal.

Ahora bien, ¿qué ocurre con la admisibilidad de una demanda (basada en un APPRI) que ya ha sido objeto de una «notificación de controversia» comunicada al Estado anfitrión por otra entidad? Es común que las inversiones internacionales involucren a más de una entidad en la misma cadena corporativa, y que cada una de ellas tenga pretensiones distintas sobre los mismos actos de gobierno. Es perfectamente posible que el gobierno logre un acuerdo con una entidad, una vez que deje de formar parte de la misma cadena corporativa, pero no con la otra. Ningún tratado prohíbe que se siga adelante con el proceso sobre el que no se llegó a arreglo, ni tampoco pareciera que dicha prohibición pudiera exigirse en interés de la justicia. Lo injusto sería lo contrario: que el gobierno entrara en colusión con una de las entidades para limitar su responsabilidad. No existe razón alguna para *corregir la ley*; de hecho, ello podría constituir una usurpación de la autoridad legislativa³³. Si los Estados parte de un APPRI hubiesen pretendido que las cosas funcionaran de esta manera, lo habrían estipulado expresamente³⁴; es evidente que no lo han hecho, o no lo han percibido como algo que debiera excluirse.

33. En la conclusión de su artículo, Reid, E., «Abuse of Rights in Scots Law», en *Edinburg Law Review*, vol. 24, 1998, págs. 129 y 157, se refiere a casos procedentes de Francia y Quebec que sugieren que la «doctrina» del abuso de derecho se está utilizando como «una herramienta de creación jurídica judicial con la que se pueden delimitar nuevos ámbitos de responsabilidad». Esta propuesta resulta bastante sorprendente en un país como Francia, donde el precedente judicial carece de fuerza vinculante (desde su primera aparición hace más de dos siglos, el art. 5 del *Code civil* establece, en términos bien sencillos, que «los jueces tienen prohibido pronunciarse sobre sentencias en forma de normas generales o reglamentarias»). En el contexto del CIADI, donde los árbitros no pueden crear leyes, esto resulta ciertamente chocante. Las últimas palabras del artículo de Pirovano citadas en la nota al pie 31 fueron las siguientes: «no se puede culpar a los jueces por hacer lo que el propio Estado ha sido incapaz de hacer; la sociedad en su conjunto debe decidir el propósito de los derechos *a priori*, y no los jueces *a posteriori*... La noción de abuso del derecho conduce inevitablemente a una cuestión de política pública». Parafraseando lo anterior, los Estados signatarios de los APPRI ciertamente rechazarían en los términos más categóricos que un tribunal arbitral bajo los auspicios del CIADI definiera o limitara los derechos en su lugar.

34. Esto trae a la memoria el ejemplo de la República Checa en los conocidos casos *CME/Lauder*, en los que CME y el Sr. Lauder, en cuanto accionistas de la inversión afectada, ofrecieron proceder en arbitrajes consolidados, pero el Estado insistió en dos arbitrajes distintos. Ver *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, laudo parcial,

Parece fácil aceptar la proposición de que una conducta considerada como abuso de derecho merece ser rechazada. Pero pasar de ahí a entenderla como una regla que deba darse por supuesta conduce inevitablemente a la imprevisibilidad, y con ello a la arbitrariedad, ya que existen infinitas opciones sobre los factores que determinan que una conducta sea abusiva. Veamos algunos ejemplos. ¿Es necesario el dolo o basta con la desproporción entre el derecho que se alega y el daño causado? En efecto, ¿acaso cualquier demandado puede afirmar que el cumplimiento forzado de derechos contractuales le provoca un «daño» una vez que la observancia de sus cláusulas se ha vuelto desventajosa para él? ¿Cómo debe responderse a la pretensión de que un derecho no se está ejerciendo conforme a su propósito, si la calificación de dicho propósito queda en manos del interesado? Lo anterior permite concluir que no es posible calificar al abuso del derecho como una auténtica regla de decisión. Una verdadera regla solo puede existir por efecto de una *lex specialis* que defina el abuso de los derechos en función de las circunstancias establecidas por la norma (sea esta una ley propiamente dicha o un tratado internacional), o bien porque la norma conceda expresamente facultades de decisión discrecionales sobre determinada cuestión.

Es posible que una regla de decisión establecida por una *jurisprudence constante* inusualmente rigurosa y estable, que no se haya visto modificada por leyes o tratados durante un largo período de tiempo, pueda también servir como *lex specialis*; pero parece sumamente improbable que ello ocurra en el ámbito internacional, como indican las numerosas vacilaciones y contradicciones judiciales dentro de los distintos sistemas jurídicos nacionales.

Por muy atractivos que puedan resultar estos impulsos idealistas, la noción de abuso del derecho no puede, en suma, servir como fundamento de un principio general del derecho o de una regla de decisión aceptable. Desde el *punto de vista analítico*, concluir que se ha producido un abuso de derecho, o bien es redundante, puesto que la pretensión ya es considerada ilegítima en virtud de otras reglas de decisión, o bien depende de las inclinaciones personales del juez. Desde el *punto de vista político*, cuestión especialmente relevante en Derecho internacional, las decisiones jurisdiccionales que dan lugar a elaboraciones normativas casuísticas a menudo terminan debilitando la general observancia de la ley.

Por tanto, el único lugar que le cabe al concepto del abuso de derecho es el del legislador que determina que cierto tipo de derecho puede suscitar la tentación del abuso en formas difíciles de definir de antemano, lo que justifica una expresa concesión *legislativa* de facultades discrecionales jurisdiccionales

13 de septiembre de 2001; laudo final, 14 de marzo de 2003; *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, laudo final, 3 de septiembre de 2001.

(por ejemplo, la autoridad para decidir bajo consideraciones de equidad), ya sea de manera amplia o con directrices específicas. Y aun cuando se concede dicha facultad discrecional, los jueces, al invocar la nebulosa expresión «abuso del derecho», corren el riesgo de provocar confusión en el ejercicio de la facultad discrecional concedida. Parece que no existe ningún APPRI que contenga tal concesión de facultades discrecionales; por lo que, habida cuenta de los concretos requisitos jurisdiccionales que contienen dichos tratados, constituiría arrogancia suma que los árbitros pretendieran ampliar o restringir esos criterios sobre la base de sus propias preferencias.

Lo anterior se ve confirmado en el hecho de que algunos Estados han modificado sus APPRI para incluir exenciones específicas a fin de prevenir procedimientos paralelos. Tales disposiciones demuestran el entendimiento de esos Estados de que el resultado deseado requería una modificación del tratado, que *a priori* resulta inaplicable a un inversionista facultado para invocar el texto original. De ser aplicable, dicha disposición debería ser analizada y aplicada por referencia a criterios específicos, no discrecionales.

Sin embargo, el uso persistente del término «abuso del derecho», sumado al rechazo genérico al «abuso» en abstracto, ha provocado una desafortunada confusión entre la prevención específica de abusos de derechos mediante normas expresas de Derecho internacional y el funcionamiento autónomo de un principio normativo general. Esta confusión se ve agravada por los innumerables usos de la palabra «abuso» en otros contextos, como el abuso procesal y el abuso de las formas societarias para la evasión fiscal, o bien, en el ámbito internacional, la modificación abusiva de los tipos de cambio u otras manipulaciones de dinero, el uso abusivo de la libertad de uso de alta mar (por ejemplo, en el tendido de cables) y las actividades abusivas de los ribereños aguas arriba. Tales usos de la palabra no tienen nada que ver con el ejercicio de «derechos», salvo por las contorsiones intelectuales que denunciaba Schwarzenberger³⁵. La expresión «abuso procesal», que no lleva aparejado (salvo en su sentido más artificial) el uso indebido de un derecho, es probablemente la mayor fuente de incoherencia. Por ejemplo, no existe razón alguna para afirmar que la parte que realiza una solicitud *excesiva* de exhibición de documentos de la otra parte esté incurriendo en un abuso del mecanismo del *discovery*. El rechazo a las solicitudes excesivas es una *limitación inherente* a una oportunidad procesal, y no requiere del ejercicio inútil y circular que supone calificarlo como un abuso del derecho a acceder a documentos que se habrían exhibido si la solicitud no hubiera sido excesiva.

Veamos un último ejemplo para concluir este punto. En 1998, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio invocó el *abus de droit*

35. Ver extracto en nota al pie 13.

en el caso *Camarón-Tortugas*, utilizando la expresión francesa sin traducirla. Respondiendo al argumento de los Estados Unidos de que la modificación de las normas para la pesca extranjera se encontraba permitida en virtud del apartado g) del art. XX del Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y de comercio, que crea una excepción para «la conservación de los recursos naturales agotables», el Órgano de Apelación escribió:

[Esta] aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable. El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado³⁶.

Dicho esto, el Órgano de Apelación anunció entonces que se enfrentaba a la «delicada» tarea de «ubicar y trazar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción... y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas»³⁷.

Este guiño a la *doctrina* del abuso del derecho tampoco parece ser muy útil para demostrar la fuerza normativa de la expresión, porque la frase *abuso del derecho* no nos dice bajo qué estándares habría de producirse esta «delicada» determinación de una «línea de equilibrio». Sin embargo, el autor canadiense Michael Byers, en un extenso artículo en 2002 titulado «*Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*», se refirió a esta decisión para afirmar que el abuso del derecho «puede ser útil... en cuestiones de contaminación transfronteriza, la disminución de las poblaciones de peces y ballenas, y la protección de áreas como la Antártida y el espacio»³⁸.

Se trata precisamente de los mismos temas a los que Kiss dedicó su vida, en cuanto pionero del Derecho ambiental internacional³⁹. Como hemos visto, este ámbito del Derecho no plantea realmente cuestiones de abuso, sino de colisión

36. *Estados Unidos– Prohibición de importación de ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R, informe del Órgano de Apelación, de 12 de octubre de 1998, párrafo 158.

37. *Estados Unidos– Prohibición de importación...*, *cit.*, párrafo 159.

38. Byers, M., «*Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*», en *McGill Law Journal*, vol. 47, 2002, pág. 389.

39. El propio Byers, un joven profesor de derecho cuando escribió su artículo, se unió luego al Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de British Columbia para centrarse principalmente en cuestiones relacionadas con el espacio exterior, la soberanía en el Ártico, el cambio climático y el Derecho del mar.

de derechos o, dicho de manera más constructiva, de resolución de pretensiones contrapuestas. En este contexto, es posible considerar como abusivo el insistir en el derecho de una persona o entidad sin tener en cuenta el efecto de su ejercicio sobre los derechos de los demás, pero –y aquí radica justamente lo importante– el resultado debe ser el de acomodar, reconciliar o ajustar todos los derechos concurrentes a través de soluciones específicas adaptadas a cada circunstancia, en lugar de asumir que los jueces tienen la autoridad de establecer «el equilibrio» según consideren pertinente. Incluso cuando los Estados actúan en contravención al Derecho internacional, sus representantes están buscando, según su visión, promover el interés público de sus ciudadanos; una cosa es que un tribunal internacional sostenga que con ello se sobrepasan los límites legales, y otra muy distinta es que se los castigue como si estuvieran cometiendo un abuso.

IV. CONCLUSIÓN

Aun cuando el concepto «abuso de derecho» pueda parecer escurridizo, lo cierto es que forma parte del vocabulario de la gran mayoría de los juristas de tradición civilista y, por lo mismo, pareciera que algún significado debe asignársele. Pero ¿existe acaso un sentido tan útil o convincente sobre la noción de abuso del derecho que permita elevar el concepto a la categoría de principio de Derecho internacional, como pretendían Politis y Lauterpacht?

El Derecho debe ser predecible. Si sabemos que una determinada conducta produce una consecuencia definida de antemano, entonces podemos actuar confiados en dicho entendimiento, sin miedo a que surjan resultados arbitrarios. El problema es que a menudo el derecho no alcanza a prever todas las situaciones que podrían configurarse bajo su amparo. Frente a esta insoslayable realidad, parece que la solución adoptada en la mayoría de los sistemas jurídicos ha sido la de facultar a los jueces a ejercer a algo así como una autoridad inherente para «evitar la injusticia», incluso cuando se enfrentan a una regla explícita que, de seguirse, conduciría a un resultado que ellos consideran intolerable a la luz de un supuesto mandato superior y absoluto.

Ello nos lleva a una primera conclusión: que, aunque tales nociones correctivas pueden considerarse inevitables, deben ser analizadas con cautela. Por muy simples que parezcan, a primera vista, estos conceptos, lo cierto es que sus perfiles son sumamente nebulosos y cargados de abstracciones. Nadie puede negar que palabras como justicia, buena fe o proporcionalidad forman parte del conjunto de valores que deben ser promovidos. Pero en la práctica, tales abstracciones no nos permiten definir *a priori* un resultado concreto; son solo el comienzo de la discusión. Es por ello por lo que parece aconsejable evitar el uso indiscriminado de este tipo de formulaciones abstractas, a menos que resulte imposible alcanzar mayor grado de concreción.

Tomemos, por ejemplo, la relación entre buena fe y abuso del derecho, caracterizada por algunos como intrínseca y necesaria. Un empleador que tiene un derecho contractual de reubicar a sus trabajadores en sus labores podría verse tentado a transferir a un trabajador no deseado a un lugar que sabe que este último no aceptaría, para forzar su renuncia ahorrándose los gastos de indemnización en que incurriría mediante el correspondiente despido.

Ahora bien, si el empleador no es capaz de invocar una legítima razón organizativa para la reasignación de labores, su ingeniosa estrategia caerá indefectiblemente. Pero ello no ocurrirá porque el empleador haya «abusado de su derecho» a reubicar al trabajador, sino simplemente porque el Derecho laboral regula dicha situación como una hipótesis de despido indirecto, y prevé consecuencias específicas para el empleador que actúa de esta manera. Por lo tanto, ¿por qué habría de ser necesario aplicar –como se ha intentado– la noción de abuso del derecho en una situación como esta? Los términos del contrato de trabajo deben cumplirse de buena fe y, al actuar en la forma descrita, el empleador simplemente ha incumplido el contrato de forma tal que no le es lícito ejercer válidamente su derecho a la reasignación de labores. No es por tanto necesario –ni aconsejable– recurrir a la abstracción del «abuso de derecho» para sancionar la conducta (del empleador, en este caso). Por el contrario, se puede –y se debe– recurrir a los mecanismos más concretos contemplados en el ordenamiento jurídico.

En definitiva, la solución no puede reducirse a adoptar abstracciones disfrazadas de *principios* con la pretensión de calificarlas como *reglas* de decisión. Como ya lo previniera el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, «los principios generales no deciden casos concretos». Esa fue su afirmación en público, pero en privado era incluso más atrevido. En una carta a su amigo Harold Laski, Holmes dejó por escrito el consejo que le daría a sus compañeros jueces al momento de deliberar: «ningún caso puede ser resuelto por proposiciones generales... Admitiré todas las proposiciones generales que elijas y [aun así] decidiré el caso de cualquier manera».

Dicha advertencia se hace aún más relevante en un entorno internacional cada día más denso y complejo. La creciente interrelación de las comunidades modernas no debe conducirnos a la consagración de un principio general y autónomo, sino hacia la reducción del abuso del derecho a través de *lex specialis*. Es este último medio el que nos permite conciliar de mejor manera pretensiones simultáneas, o incluso contrapuestas, sobre una base sólida y predecible, definiendo específicamente los límites de los derechos y por lo tanto imposibilitando su abuso. Cuando dicho proceso se realiza correctamente, el *bon mot* de Planiol se cumple a cabalidad: el problema se ha resuelto, porque el derecho termina donde comienza el abuso.