

## **Estoppel y la Convención de Nueva York. Contornos económicos de una aproximación hermenéutico- axiológica**

### **Estoppel and the New York Convention. Economic aspects of an hermeneutical and axiological approach**

**Andrés Téllez Núñez**

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia  
aatellez@javeriana.edu.co

Recibido:21/03/18 | Aceptado: 31/05/18

**RESUMEN:** Este artículo propone como hipótesis de trabajo que ciertas interpretaciones del Artículo V-2b de la Convención de Nueva York comparadas con la dimensión conceptual del estoppel podría equivaler a una violación del ordenamiento internacional. El método utilizado es hermenéutico-analítico y se examinan diversos ejemplos en los que hay de por medio o tratados en vigor o declaraciones hechas por los Estados y cómo el principio de estoppel puede verse menoscabado. El artículo se divide en dos partes: la primera presenta algunas precisiones preliminares doctrinales y jurisprudenciales; la segunda, examina el problema de las declaraciones de los Estados y el estoppel a la luz de una pieza jurisprudencial de Colombia. Con base en los hallazgos resultantes de los análisis precitados se concluye que debe haber flexibilidad en las políticas comerciales y de inversión de los Estados, pero rigidez en la observancia de los principios y valores jurídicos.

**PALABRAS CLAVE:** Estoppel, Convención de Nueva York, buena fe, pacta sunt servanda.

**ABSTRACT:** This Article puts forth the following working hypothesis by which it is asserted that on the basis of comparing certain interpretations of Article V-2b of the New York Convention with the notion of estoppel, such interpretations may be tantamount to a violation of international law. The method implemented to demonstrate the working hypothesis is hermeneutical-analytical and several examples of treaties in force or declarations made by the States are laid out to show how estoppel may be or is actually impaired. This Article is divided into two parts: the first one lays out certain preliminary clarifications from the doctrine and jurisprudential viewpoint and the second one examines the issue of States declarations and estoppel in the light of a recent ruling in Colombia. On the basis of the Article findings, it is concluded that States may be and need to be flexible as to trade and investment policies, but would need to be rigid as to the observance of juridical principles and values.

**KEYWORDS:** Estoppel, New York Convention, good faith, pacta sunt servanda.

## SUMARIO

I. Introducción. II. El problema Hermeneutico-axiologico del Estoppel. II.1. Algunas precisiones preliminares. II.2. Contornos económicos: El derecho de la inversión extranjera y el derecho del comercio internacional. III. Actuación de los estados: ¿Flexibilidad, rigidez o un termino medio? III.1. Declaraciones y representaciones. Las circunstancias particulares. IV. Sugerencias y Propuestas. V. Conclusion. Bibliografía.

### I. Introducción

Dentro del marco de una investigación sobre el problema de la efectividad del derecho internacional público y, en concreto, sobre la relación entre la moral y dicho ordenamiento, este artículo propone la siguiente hipótesis de trabajo<sup>1</sup>: si se lee atentamente el Artículo V-2b de la *Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York* (en adelante, CNY)<sup>2</sup> y se compara con la dimensión conceptual del principio de *estoppel* (en adelante *estoppel* o impedimento), puede advertirse que hay al menos la potencialidad, quizás inadvertida, para que un Estado termine violando el ordenamiento internacional, ello por vía de la interpretación de lo que es orden público (*public policy*) por parte de una corte o un juez y sobre todo, países en vías de desarrollo, terminen perjudicados al ver sus índices de crecimiento económico y de inversión extranjera disminuidos.

Para (de)mostrar la hipótesis de trabajo, hemos recurrido a un método hermenéutico y de análisis doctrinal de algunas piezas jurisprudenciales de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ).

---

1 Sobre la efectividad del derecho internacional público puede consultarse Téllez, A. (Y · · ^). *El problema de la efectividad del derecho internacional público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

2 El artículo V. 2 de la CNY dice así: “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serian contrarios al orden público de ese país”.

Proponemos al lector los siguientes ejemplos que ambientan y permean todo nuestro tratamiento tético del problema. Ejemplo 1: un tratado suscrito entre un Estado “X” y un Estado “Y” ha creado para los inversionistas de ambos Estados el derecho de retorno de inversión. Ese derecho de retorno de inversión no se materializa, es decir, es violado, por ejemplo, por el Estado “Y”. Al inversionista del Estado “X”, un árbitro internacional le da la razón en el sentido de que sus derechos han sido violados. Este inversionista busca hacer exigible la decisión de ese árbitro en el Estado “Y”, pero allí, un juez, con base en motivos de orden público, específicamente con base en la CNY, rechaza la ejecución del laudo. En este caso se estaría violando no solo el principio *pacta sunt servanda*<sup>3</sup>, sino también el *estoppel*. Ejemplo 2: hay una declaración o representación hecha por un Estado “A” a un agente de otro Estado “B”. No hay un tratado vinculante entre dichos Estados. Solamente hay una declaración en un momento “X”. En un momento “Y”, posterior en el tiempo, el Estado “A” quiere dejar sin efectos esa declaración que hizo tiempo atrás, pero el Estado “B” ya ha incurrido en actos sobre la base de esa declaración. En este caso, se estaría violando el *estoppel* y no el *pacta sunt servanda* en la medida en que no hay un tratado en vigor de por medio.

Queremos, por tanto, preguntarnos, a la luz de la hermenéutica y la axiología, qué ha ocurrido allí. El problema es *hermenéutico* porque queremos abordar el eventual significado de la conducta de los Estados y es *axiológico* porque en el medio, se encuentran valores jurídicos tales como la justicia, la seguridad y la equidad.<sup>4</sup>

En aras de (de)mostrar nuestra hipótesis de trabajo, el artículo se divide en dos partes. La primera parte presenta el planteamiento de lo que hemos denominado precisamente el problema hermenéutico-axiológico del *estoppel*. Allí se delinean una serie de precisiones preliminares sobre el alcance y contenido del mismo en la doctrina y en la jurisprudencia y se exponen, además, algunas notas

3 El artículo 26 de la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados* dice así: “Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

4 Véase en este manuscrito la distinción que se hace vía Franck y Sughrue (1993) entre equidad y una decisión *ex aequo et bono*. Véase Nota No. 33.

sobre los contornos económicos del problema a la luz del derecho internacional de la inversión extranjera y el derecho del comercio internacional.

La segunda parte presenta la dimensión referente a las declaraciones y representaciones de los Estados desde el punto de vista de sus circunstancias particulares, se hace referencia a la CNY y su artículo V-2b<sup>5</sup> bajo la óptica de una pieza jurisprudencial reciente de la República de Colombia y, con base en la reflexión de las dificultades expuestas a lo largo del manuscrito, se proponen algunas sugerencias que podrían mitigar o de alguna manera solucionar, lo que hemos llamado el problema hermenéutico-axiológico del *estoppel* y que se concretan básicamente en afirmar que, sobre todo en el contexto de países de América Latina, debe abogarse por una *flexibilidad*, lo cual no va en contra de que haya seriedad y debida diligencia; es decir, que en el marco de cierta flexibilidad se prevea siempre que las circunstancias materiales pueden cambiar. Esto, en últimas, es un manejo del valor de la equidad que finalmente se encontraría con el principio de *estoppel*, y junto con la justicia, harían parte integral de un sistema inmutable de derecho internacional, resistente al tiempo y al espacio.

## II. El problema hermenéutico-axiológico del *estoppel*

Como mucho de lo que involucra un estudio riguroso sobre el cumplimiento del ordenamiento internacional<sup>6</sup>, abordarlo, sin considerar sus dimensiones hermenéuticas y axiológicas resultaría, creemos, un ejercicio incompleto.<sup>7</sup>

Al referirnos a hermenéutica y a axiología y al combinar las dos expresiones, queremos significar que nos interesa estudiar no solo el significado de la conducta de los Estados, sino también el de sus declaraciones y representaciones, pero a la luz de un cariz axiológico, es decir, qué tanto se verifican primeramente valores jurídicos como la justicia, la seguridad y la equidad, y a la vez, principios

<sup>5</sup> Véase Nota No. 2.

<sup>6</sup> Véase Nota No. 1.

<sup>7</sup> Así lo creemos porque estimamos que la realización del derecho internacional público supone adecuar la conducta de los Estados al mundo del *deber ser* (*ought*).

cardinales como el *pacta sunt servanda*<sup>8</sup>, la buena fe y, por supuesto, objeto central de nuestra investigación, el *estoppel* o impedimento. En forma paralela a este doble criterio, no se obviará el paso del tiempo cronológico por cuanto la conducta de un Estado y el contenido de sus declaraciones y representaciones se evalúa sobre todo en un momento inicial y en otro momento posterior. Este primer capítulo se divide en dos partes. La primera hace una exposición de lo que es el *estoppel*, doctrinaria y jurisprudencialmente, y la segunda, presenta algunos contornos económicos del problema desde el derecho internacional de la inversión extranjera y el derecho del comercio internacional.

## II.1. Algunas precisiones preliminares

Brown (1996) no se equivoca al afirmar que el impedimento en el contexto del derecho internacional es equivalente a un hacha en manos de un leñador inexperto. No solo hay diversidad de usos y acepciones de dicha expresión, sino que debe tenerse en cuenta que esa figura es descendiente de una similar en el sistema anglosajón, en el cual, asume varias formas dentro de las cuales se destacan las siguientes: (i) *estoppel by representation*; (ii) *estoppel by record*; (iii) *estoppel by deed* y (iv) *estoppel by silence*.<sup>9</sup>

El *estoppel by representation* es aquel que se puede configurar cuando una persona (el *representor*) ha hecho una representación a otra persona (el *representee*) por medio de palabras o actos o por medio de una conducta o con su silencio o inacción, con la intención (real o presunta) y con el resultado de inducir al *representee* a hacer o dejar de hacer algo, pero en detrimento del último. El *estoppel by record* es aquel que se configura cuando se verifica la *res judicata* impidiendo la pretensión de un agente consistente en que se vuelva a decidir algo que ya ha sido decidido.<sup>10</sup>

8 Véase Nota No. 3.

9 Véase Brown, C. (1996). A comparative and critical assessment of estoppel in international law. *University of Miami Law Review*, 50, p. 371.

10 Véase Brown, C. (1996). A comparative and critical assessment of estoppel in international law. *University of Miami Law Review*, 50, p. 375.

El *estoppel by deed* y el *estoppel by silence* tendrían que ver el primero con una promesa, y el segundo con la doctrina de *laches* (es decir, el paso del tiempo como impedimento para reclamar).<sup>11</sup>

No nos detendremos más con un estudio detallado de cada una de estas variantes anglosajonas, pero advertiremos con Brown (1996) que, en últimas, de lo que se trata es de impedir que un Estado busque dejar sin efecto una aseveración hecha a otro Estado con anterioridad y que, etimológicamente hablando, la expresión *estop*, en el idioma inglés se convertiría en la palabra *stop*.<sup>12</sup>

Cómo vino a hacer parte el *estoppel* del derecho internacional, no sería fácil determinarlo, ni siquiera con un estudio detallado de sus fuentes contenidas en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ.<sup>13</sup>

Sin embargo, para responder a dicha pregunta, podría, según Brown (1996), hacerse una triple aproximación así: (i) vía decisiones arbitrales con partes estadounidenses e inglesas, específicamente *The Corvaia Arbitration*; *The Tinoco Case (Costa Rica v. UK)* y *The Shufeldt Case*; (ii) vía algunos casos decididos por la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante CPJI), así: (i) *Serbians Loans* y (ii) *Legal Status of Eastern Greenland*; finalmente (iii) vía algunos casos decididos por la CIJ, así: (i) *Fisheries*; (ii) *Nottebohm*; (iii) *Temple of Preah Vihear* y (iv) *Barcelona Traction*.<sup>14</sup>

En *Fisheries*, aun cuando no habría una referencia expresa, normalmente es citado por los académicos como ejemplo del *estoppel* en el derecho internacional.<sup>15</sup> En *Nottebohm*, se hace énfasis en que si una parte de manera clara e inequívoca ha llevado a otra parte a creer que un acto suyo es válido o que

11 Según Brown (1996), *laches* no es lo mismo que aquiescencia.

12 Véase Brown, C. (1996). A comparative and critical assessment of estoppel in international law. *University of Miami Law Review*, 50, p. 371.

13 Este artículo se ha considerado tradicionalmente como la lista de las fuentes del derecho internacional público.

14 Véase Brown, C. (1996). A comparative and critical assessment of estoppel in international law. *University of Miami Law Review*, 50, p. 390-392.

15 Véase Brown, C. (1996). A comparative and critical assessment of estoppel in international law. *University of Miami Law Review*, 50, p. 390.

su declaración es verdadera y la parte receptora ha actuado o ha dejado de actuar de manera que resulte en su detrimento, a la primera parte se le impedirá negar la validez de ese acto o la verdad de esa declaración.<sup>16</sup>

En *Temple of Preah Vihear*, tanto Cambodia como Tailandia alegaban soberanía sobre un territorio con un significado religioso e histórico muy importante para ambas naciones. De esa decisión judicial de la CIJ, según Brown (1996), y no obstante las múltiples referencias al impedimento, no pueden deducirse criterios claros en torno a su posible aplicación.

Sin embargo, Brown (1996) hace énfasis en que allí, al paso que el juez Alfaro<sup>17</sup> indicó que el *estoppel* no requeriría del elemento *reliance*, el juez Fitzmaurice opinó lo contrario.<sup>18</sup> Al final, la CIJ sostuvo que Tailandia al no haber objetado un mapa de límites elaborado, debía entonces respetarlo con posterioridad. De *Barcelona Traction* se puede deducir una mayor cercanía de la lectura de lo que es el impedimento con lo que es el mismo en el derecho anglosajón.<sup>19</sup>

¿Qué importa aprender de estos casos? Según Brown (1996) puede colegirse que hay tanto una interpretación amplia como una interpretación estrecha de lo que es el *estoppel*, siendo la última la preferida por la CIJ. Una noción amplia podría encontrarse en *Eastern Greenland* y en *Temple of Preah Vihear*. Una noción estrecha podría encontrarse en *Barcelona Traction* y *North Sea*.<sup>20</sup>

Sin embargo, con *Barcelona Traction*, se podrían identificar dos elementos: (i) la parte que invoca el *estoppel* debe establecer que su oponente indujo a la parte que lo invoca a actuar o a dejar de actuar; (ii) la CIJ allí sostuvo

16 Véase Brown, C. (1996). A comparative and critical assessment of estoppel in international law. *University of Miami Law Review*, 50, p. 390.

17 Nos referimos a Ricardo Joaquín Alfaro Jované, que fue juez de la CIJ.

18 Nos referimos a Gerald Fitzmaurice que también fue juez de la CIJ.

19 Véase Brown, C. (1996). A comparative and critical assessment of estoppel in international law. *University of Miami Law Review*, 50, p. 394.

20 Véase Brown, C. (1996). A comparative and critical assessment of estoppel in international law. *University of Miami Law Review*, 50, pp. 396-397.

que la parte que invoca el impedimento debe demostrar que ha sufrido lesión o daño al haberse apoyado en las representaciones de la parte que las hizo.<sup>21</sup>

Ovchar (2009) define el *estoppel* como lo que obliga a un Estado a ser *consistente* en su actitud respecto de una situación fáctica o legal.<sup>22</sup> Esto va ligado necesariamente con el potencial de impulsar o motivar *finalidad, estabilidad y predictibilidad* en las relaciones internacionales y no sería sino un reflejo, siguiendo a Ovchar (2009), de la máxima latina que dice *allegans contraria non audiendus est*, es decir, que un sujeto no puede o debe beneficiarse de sus propias inconsistencias.<sup>23</sup>

Percibimos que su estudio, fuera de extrapolar los elementos constitutivos del *estoppel* que explicaremos más adelante, trasluce su frustración con lo que habría sido una falta de coherencia de la CIJ con base en la lectura de ese autor de las decisiones judiciales más relevantes en torno al *estoppel*: (i) *Serbians Loans Case*, (ii) *North Continental Shelf*, (iii) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, (iv) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, en la cual, de acuerdo con Wagner (1986), se reafirmó la necesidad del elemento *reliance*<sup>24</sup>; (v) *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, (vi) *Legal Status of Eastern Greenland*, en donde la CPJI decidió que Noruega no podía objetar una reclamación danesa de soberanía sobre Groenlandia dado que un funcionario noruego había ya hecho una declaración inconsistente con dicha reclamación<sup>25</sup> y (vii) *Nuclear Tests*, en la cual se halló que las declaraciones de Francia sí poseían efectos legales.

Los tres elementos precitados del *estoppel* o impedimento pueden

21 Véase Brown, C. (1996). A comparative and critical assessment of estoppel in international law. *University of Miami Law Review*, 50, pp. 396-397.

22 Véase Ovchar, A. (2009). Estoppel in the jurisprudence of the ICJ. A principle promoting stability threatens to undermine it. *Bond Law Review*, 21, p. 1.

23 Véase Ovchar, A. (2009). Estoppel in the jurisprudence of the ICJ. A principle promoting stability threatens to undermine it. *Bond Law Review*, 21, p. 5.

24 Véase Wagner, M. (1986). Jurisdiction by estoppel in the International Court of Justice. *California Law Review*, 74, p. 1780.

25 Véase Wagner, M. (1986). Jurisdiction by estoppel in the International Court of Justice. *California Law Review*, 74, p. 1784.



explicarse así: (i) un Estado debe haber hecho una declaración o representación a otro Estado; (ii) la declaración o representación debe haber sido incondicional y soportada con facultad y autoridad (lo cual, en *Nottebohm*, habría sido el centro de la controversia en tanto no hubo autorización, igual que en *Gulf of Maine*), y (iii) el Estado que invoca el *estoppel* debe apoyarse en dicha declaración o representación.

Sobre el impedimento que surja del silencio de un agente, según Ovchar (2009), aunque la CIJ no haya sido tampoco consistente respecto de ello, quizás la referencia primera se encuentre en *Fisheries*.<sup>26</sup>

Reinhold (2013) insiste en que existen suficientes argumentos como para afirmar que el *estoppel* es un principio de derecho internacional que descansa sobre el principio de *buena fe* y en la consistencia.<sup>27</sup> Básicamente se trata de impedir que un agente adopte una posición legal que entre en contradicción con sus representaciones o declaraciones previas en la medida en que otro agente haya asumido obligaciones o haya atribuido derechos en relación con la declaración o representación del agente y soportándose en ella.

De acuerdo con Reinhold (2013), si se quiere a nivel de *municipal law* en donde se encuentra reflejada la máxima *venire contra factum proprium*, esto tendrá su equivalente en derecho internacional, pero de forma mucho más extensa. Refiere él otro contorno de la opinión del juez Alfaro, en el sentido de que (i) la buena fe debe prevalecer en las relaciones internacionales tanto como (ii) la consistencia en materia de conducta u opinión de parte de un Estado y faltando esta, pues se estaría yendo en contra de la primera.<sup>28</sup>

Andritoi (2011) hace un estudio breve sobre el denominado *collateral estoppel* que consiste en invocar decisiones de la CIJ para impedir (*estop*) la reexaminación de asuntos ya decididos.<sup>29</sup> Cualquier profesor de derecho

---

26 Véase Ovchar, A. (2009). Estoppel in the jurisprudence of the ICJ. A principle promoting stability threatens to undermine it. *Bond Law Review*, 21, p. 11.

27 Véase Reinhold, S. (2013). Good faith in international law. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2, p. 54.

28 Véase Reinhold, S. (2013). Good faith in international law. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2, p. 54.

29 Véase Andritoi, C. (2011). The collateral estoppel theory in international law. *AUDJ*, VII, pp. 47-54.

internacional tendría la tentación de hacer esto equivalente a *res judicata*, pero de acuerdo con Andritoi (2011), la diferencia radica en lo siguiente: mientras que el *collateral estoppel* hace referencia a asuntos decididos en un primer juicio, *res judicata* tiene que ver con decisiones finales entre unas partes y habida consideración de un objeto y causa.

Ngugi (2007), en punto de lo que se llama *promissory estoppel*, afirma que este no aplica en los casos en los cuales no hay una afirmación de un hecho, sino que lo hace respecto de declaraciones de lo que una entidad hará o no hará.<sup>30</sup> No entendemos si Ngugi (2007) contrae esta descripción únicamente al ámbito anglosajón, aunque creemos que sí.

Aust (2000) afirma que el *estoppel* o impedimento es una regla sustantiva del derecho internacional que consiste en que en aquellos casos en que una declaración o representación claras han sido hechas por un Estado a otro, y este último de buena fe se apoya en ella en detrimento suyo, al primer Estado se le impide dejar sin efectos su declaración o representación originales. En el contexto de la suscripción de *memorandos de entendimiento*, cuya fuerza legal es discutible, el *estoppel* y su aplicación resultarían, creemos, caldo de cultivo para ricas discusiones en el contexto de la diplomacia y la conducción de las relaciones internacionales.<sup>31</sup>

Wagner (1986) precisa que el recurso al impedimento en el ámbito de decisiones internacionales se ha contraído a disputas territoriales y que, a pesar de sus similitudes con la figura de *preclusión*, citando al juez Alfaro, no tendrían la misma connotación. Al final, de lo que se trata el *estoppel*, que está inevitablemente ligado con el principio de *buena fe*, es de promover la consistencia en las relaciones internacionales. De acuerdo con Wagner (1986), el impedimento requeriría reunir los siguientes tres elementos: (i) la declaración inicial debe ser clara y sin ambigüedad alguna; (ii) la declaración debe ser voluntaria, autorizada e incondicional y (iii) la entidad que recibe la declaración debe haberse soportado

30 Véase Ngugi, J. (2007). Promissory estoppel: the life history of an ideal legal transplant. *University of Richmond Law Review Association*, 41, p. 459.

31 Véase Aust, A. (2000). *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge. pp. 45-46.

de buena fe en dicha declaración ora en detrimento de ella ora en beneficio de la parte que hace la declaración.<sup>32</sup>

Franck y Sughrue (1993) hacen una distinción necesaria a la luz del artículo 38 del Estatuto de la CIJ entre *equidad* y *ex aequo et bono*. La primera se basa en las normas y complementa, mas no entra en conflicto ni con la ley ni con el derecho; la segunda quizás sería extralegal.<sup>33</sup>

D'Amato (1969) llevó a cabo uno de los estudios más completos sobre el alcance y contenido del alcance del *estoppel*.<sup>34</sup> Citando a McNair (1924) y a Bowett (1957), él afirma que un componente fundamental del *estoppel* o impedimento sería que la declaración debe haber sido dirigida específicamente a la parte que se apoya en ella. Con base en los hallazgos de Slouke, D'Amato (1969) nos dice que una parte *esencial* del *estoppel* consiste en que si un Estado da la impresión de ejercer una cierta práctica o regla, quizás sin haber protestado cuando era lo aconsejable, ese mismo Estado no puede posteriormente dejar sin efectos esa conducta que (ya) se ha tornado regla.

Con Lauterpacht (1950), la idea del *estoppel* o impedimento necesariamente iría vinculada a una ausencia de *protesta*. El estudio de D'Amato (1969) nos resulta de alguna forma controversial, no tanto por su repaso sobre las características del *estoppel*, sino sobre todo porque nos parece que rebate una tesis que hasta ahora hemos considerado lo suficientemente fuerte, compleja y útil para soportar nuestro estudio sobre el *problema de la efectividad* del derecho internacional. En los últimos apartes de su manuscrito, D'Amato (1969) parece mandar al traste todas las tesis sobre *validez* del *international law* y más bien concentra sus argumentos en función del *consentimiento*, del *estoppel*, de la razonabilidad y de otros elementos tan complejos como la moralidad, el hábito, las sanciones efectivas y otros.

---

32 Véase Wagner, M. (1986). Jurisdiction by estoppel in the International Court of Justice. *California Law Review*, 74, pp. 1779-80.

33 Véase Franck, T., Sughrue, D. (1993). The international role of equity as fairness. *Georgetown Law Journal*, 81, pp. 570-71.

34 Véase D'Amato, A. (1969). Consent, estoppel and reasonableness: three challenges to universal international law. *Virginia Journal of International Law*, 102, 1.

Cualquier profesor de derecho internacional que desempeñe las tesis de D'Amato (1969), podrá quizás encontrar terreno fértil para discutir si la validez<sup>35</sup> no solo de las normas del ordenamiento internacional, sino también ellas contextualizadas en torno a la actuación o conducta de los Estados modernos, no resulta precisamente una solución inteligente para describir no (tanto) el incumplimiento de un ordenamiento (explicación), sino por qué debe existir en primer lugar (justificación).

No creemos como D'Amato (1969) parece sugerirlo, que una discusión sobre validez deje de lado vérselas de frente con temas tan complejos como la moralidad o la razonabilidad. El lector podrá advertir que precisamente nuestra investigación es un reflejo de ello.

## II.2. Contornos económicos: El derecho de la inversión extranjera y el derecho del comercio internacional

Para el caso de América Latina, quizás nada resulte más emblemático que el ejemplo de *Mercosur*. Guevara (2014) presenta un estudio sobre el mecanismo de resolución de disputas y su aplicación del *estoppel* o impedimento.<sup>36</sup> De acuerdo con ella, este no sería sino un reflejo de una regla de equidad que impide que un sujeto o entidad nieguen un estado de cosas. Guevara (2014) nos remite a los antecedentes ya nombrados del *estoppel* en el derecho internacional y afirma que en el contexto de *Mercosur*, solamente aplicará cuando un Estado se apoya en la conducta de otro Estado en el marco concreto de un flujo de bienes a través de las fronteras, lo cual tiene que ser lo suficientemente significativo como para resultar en dicho soporte o apoyo. Aplicará, además, únicamente como principio suplementario, y deben distinguirse dos tipos de conducta, una *primaria* y una

35 Hasta ahora no hemos encontrado nosotros y esto en contravía a lo afirmado por D'Amato, una tesis que explique mejor el cumplimiento o no de las normas del derecho internacional público que las tesis sobre su validez.

36 Véase Guevara, J. (2014). Equity in Mercosur: The use of estoppel in a customs union for and by countries of the civil system of law. *Law and Business Review of the Americas*, 20, p. 304.

*secundaria*. La conducta *primaria* consiste en una situación creada por un Estado. La *secundaria* consiste en la conducta de otro Estado, y en la imposibilidad de que el Estado que creó la situación se comporte de manera contraria a la conducta *primaria*.

Johnson (2018), cuyas tesis hallamos claras y con quien estamos parcialmente de acuerdo, contrae su estudio al asunto de las expectativas de los inversionistas extranjeros y cómo ellas pueden transformarse en derechos.<sup>37</sup>

Al paso que reconoce que sería absurdo que diversos tribunales de arbitramento tuvieran *todas* las expectativas de los inversionistas como legítimas, sí habría algunas de ellas que son dignas de protección. En ese sentido, debería mirarse lo siguiente: (i) la declaración o conducta de una parte y (ii) si resultan en un detrimento para otra parte sobre la base de haberse soportado en ellas. Refiere que otros tribunales de arbitramento se han basado en el trabajo de la *Comisión de Derecho Internacional* sobre responsabilidad de los Estados que la adscribe a ellos por virtud de la comisión de ilícitos por parte de sus órganos o individuos y que no debe perderse de vista que, en últimas, la doctrina del impedimento invoca un concepto de utilidad y justicia o ambos.

Si un Estado llegará a violar una expectativa (es decir, una violación eventual del *estoppel*), Johnson (2018) ve varias consecuencias negativas si se afirmare que en aplicación del mismo, el Estado es legalmente responsable: (i) se distorsionaría el principio básico acerca de quién define qué es propiedad; (ii) se privilegiaría el rol de diferentes órganos estatales, por ejemplo, las cortes, lo cual impactaría negativamente la separación de poderes; por ejemplo, si una corte decidiera en aplicación del impedimento que un Estado es legalmente responsable por haber violado la expectativa de un Estado; (iii) se exacerbarían las desigualdades al darse la eventualidad de que entidades o firmas muy poderosas o que tengan acceso prevalezcan sobre marcos legales existentes y (iv) se enviaría el mensaje equivocado a los inversionistas extranjeros en el sentido de hacerles creer que una mera expectativa puede y debe convertirse en un derecho.<sup>38</sup>

37 Véase Johnson, L. (2018). A fundamental shift in power: permitting international investors to convert their economic expectations into rights. *UCLA Law Review Discourse*, 65, p. 108.

38 Véase Johnson, L. (2018). A fundamental shift in power: permitting international investors to convert their

En el marco del derecho del comercio internacional, Mitchell y Heaton (2010) restringen el ámbito de su estudio<sup>39</sup> a lo que ellos llaman la *inherent jurisdiction* de la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC) y cómo, en virtud de ella, principios de derecho internacional como el *estoppel* y de *abuso del derecho*, terminan siendo aplicados. Reconocen la dificultad siempre presente para el estudioso en torno a diferenciar o distinguir *interpretación y aplicación* de la norma jurídica de derecho internacional. Citan como un ejemplo concreto de la no aplicación del impedimento, dentro del marco del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (en adelante DSU) del *Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio* (en adelante GATT), la decisión del Órgano de Apelación (en adelante OA) en *E.C.-Sugar* como el ejemplo concreto que permite afirmar eso. La norma jurídica que en principio permitiría deducir la existencia del *estoppel* en el contexto del DSU sería su Artículo 3.10<sup>40</sup>, que según Mitchell y Heaton (2010), precisamente dado el contenido del Artículo 4.6<sup>41</sup>, sería de imposible aplicación. Ellos concluyen afirmando que por lo menos hasta el 2010, el *estoppel* jamás ha sido aplicado por el OA.

Franck y Sughrue (1993) reconocen que el papel de la equidad es fundamental en la conducción de las relaciones internacionales y le da cierto margen de flexibilidad, esto tan propio del *estoppel*.<sup>42</sup> Ellos reconocen dos fenómenos propios de fines del siglo XX y en mi opinión característicos del siglo XXI: (i) el ritmo acelerado de cambio tecnológico y científico y (ii) el cada vez más grande abismo entre ricos y pobres. Lo primero hace que cualquier sistema legal

---

economic expectations into rights. *UCLA Law Review Discourse*, 65, p. 117.

39 Véase Mitchell, A., Heaton, D. (2010). The inherent jurisdiction of WTO Tribunals. The select application of public international law required by the judicial function. *Michigan Journal of International Law*, 31, p. 561.

40 El artículo 3.10 del DSU establece lo siguiente: “Queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla. Queda entendido asimismo que no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes”.

41 El artículo 4.6 del DSU dice: “Las consultas serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias”.

42 Véase Franck, T., Sughrue, D. (1993). The international role of equity as fairness. *Georgetown Law Journal*, 81, p. 594.

deba exhibir cierta flexibilidad. Lo segundo, es decir, la desigualdad creciente en materia de distribución de bienes deseados debe *atemperarse* mediante el recurso a una noción de justicia (*fairness*).

Martínez-Fraga y Haroust (2012) contraen su investigación a los arbitramentos inversionistas-Estado y afirman que habría una tendencia en virtud de la cual se internacionaliza el contrato estatal y se amplía el marco de interpretación de tratados bilaterales de inversión de manera que se termina limitando el ámbito regulatorio del *host State* y se importan principios de derecho internacional al campo de las disputas inversionistas-Estados.<sup>43</sup>

En el mismo contexto del derecho del comercio internacional resulta interesante referir la lectura que hace Mavroidis (2008) en torno a la historia del *estoppel* dentro del marco de la OMC y la relación estrecha que tiene ella con las disposiciones de la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados* en punto de la interpretación y aplicación de normas de derecho internacional.<sup>44</sup>

De acuerdo con Mavroidis (2008), la primera referencia o discusión integral sobre el *estoppel* en el contexto de la OMC y el DSB se dio con *U.S. – Softwood Lumber II*. Canadá y Estados Unidos habían suscrito un memorando de entendimiento y se debatió si a la luz de ese instrumento, sus signatarios habían renunciado a sus derechos bajo el GATT y, por consiguiente, se daba una suerte de *preclusión* en torno a acciones futuras. También pueden encontrarse trazos de discusiones sobre el impedimento en el reporte *Guatemala-Cement II* en 2000 así como en el reporte *Argentina-Poultry* de 2003, en el cual Argentina argumentó que a Brasil en virtud del *estoppel* no le era posible presentar la disputa ante un panel de la OMC en la medida en que esa misma disputa ya había sido decidida (*adjudicated*) por un panel de *Mercosur*.

En la lectura de Mavroidis (2008), el panel aceptó los parámetros del *estoppel* o impedimento según fueron presentados por Argentina y, muy en

43 Véase Martínez-Fraga, P., Samra, H. (2012). The role of precedent in defining res judicata in investor-State arbitration. *Northwestern Journal of International Law*, 32, p. 448.

44 Véase Mavroidis, P. (2008). No outsourcing of law? WTO law as practiced by WTO courts. *American Journal of International Law*, 102, p. 425.

particular, en el sentido de que aplica en aquellas circunstancias en que una entidad presenta una declaración que es clara y sin ambigüedades, de manera voluntaria e incondicional, fuera de autorizada, y sobre la cual otra entidad se apoya de *buena fe*.

Hacia 2005, el OA en su reporte *EC-Export Subsidies on Sugar*, de acuerdo con Mavroidis (2008), adoptó la opinión de que aún si el *estoppel* fuera relevante, este quedó limitado a los artículos 3.7<sup>45</sup> y 3.10<sup>46</sup> del DSU que requieren que los miembros de la OMC demuestren juicio o criterio en cuanto a qué tan útil o fructífero puede ser que sometan una disputa a resolución. Mavroidis (2008) sin embargo, muy en la onda de lo afirmado por Mitchell y Heaton (2010), concluye que tal y como se conoce el *estoppel* o impedimento en el derecho internacional, él no tiene cabida en el contexto del régimen legal de la OMC.<sup>47</sup>

### III. Actuación de los Estados: ¿Flexibilidad, rigidez o un término medio?

De la mano de Aristóteles<sup>48</sup> nos fijamos como criterio fundante de nuestra reflexión la preferencia por los *términos medios*. ¿Deben someterse los Estados a que sus conductas en forma de actuaciones propiamente dichas y declaraciones o representaciones queden sometidas inevitablemente a la rigidez de sus significados sin importar el paso del tiempo?

Es más: ¿debe la política exterior de un Estado quedar incursa en un régimen de disciplina y rigor tal que ella no pueda cambiarse en el tiempo? Diríamos que hemos de encontrar un punto medio tal y como lo anunciábamos al principio de nuestro manuscrito. Al paso que los Estados deben gozar de cierta

45 El artículo 3.7 del DSU consagra, entre otras cosas, la finalidad de los mecanismos de resolución de diferencias.

46 Véase Nota No. 40.

47 Véase Mitchell, A., Heaton, D. (2010). The inherent jurisdiction of WTO Tribunals. The select application of public international law required by the judicial function. *Michigan Journal of International Law*, 31, p. 572.

48 Específicamente hacemos referencia a su *Ética Nicomaquea*.



flexibilidad, esto no les debe dar licencia para inobservar parámetros de debida diligencia.

En otras palabras: las declaraciones y acciones de los Estados deben haber sido lo suficientemente bien estudiadas como para que, pasado el tiempo, pueda fundamentarse un cambio en las mismas con una posibilidad mínima de daño o detrimento para otros Estados. En este segundo capítulo queremos presentar elementos de juicio para sustentar nuestra hipótesis de trabajo. Para ello, el mismo se divide en dos partes.

La primera parte abordará con elementos doctrinales el asunto de las declaraciones y representaciones habida cuenta de las circunstancias particulares de los Estados con una mención sobre la aplicación del artículo V-2b de la CNY<sup>49</sup> con énfasis en la República de Colombia a la luz de una pieza jurisprudencial reciente. La segunda parte propone algunos elementos que podrían mitigar los efectos negativos de un abordaje rígido del *estoppel*, sobre todo para países en vías de desarrollo.

### III.1. Declaraciones y representaciones. Las circunstancias particulares

Wagner (1986) con razón afirma que en la medida en que las circunstancias, los entendimientos y las administraciones de los Estados cambian, debe permitirse que la política exterior de estos también cambie. Usualmente, de acuerdo con Wagner (1986), las reclamaciones basadas en el *estoppel* surgen en dos contextos: (i) declaraciones unilaterales, es decir, cuando un Estado actúa en una de dos formas: (a) hace una promesa unilateral, que, según Fiedler, citado por Wagner (1986), aunque en contra de jurisprudencia de la CIJ, no daría cabida al *estoppel* o (b) hace una declaración unilateral sobre un hecho. Esto último, se deduce, por ejemplo, de *Nuclear Tests*.<sup>50</sup>

49 Véase Nota No. 2.

50 Véase Wagner, M. (1986). Jurisdiction by estoppel in the International Court of Justice. *California Law Review*, 74, p. 1781.

El segundo contexto es el denominado de aquiescencia, es decir, aquel evento en que un Estado acepta la declaración de otro Estado cuando no manifiesta su opinión contraria. En cuatro circunstancias, de acuerdo con Wagner (1986), la CPJI y la CIJ han obligado a un Estado actuar con base en sus acciones previas: (i) *Eastern Greenland*; (ii) *Fisheries*; (iii) *Temple* y (iv) *Nuclear Tests*.<sup>51</sup>

En igual sentido se manifiestan Franck y Sughrue (1993), a quienes citábamos en un acápite anterior, en torno a la flexibilidad de la que debe gozar el manejo de las relaciones internacionales.<sup>52</sup>

Ibrahim (1997) afirma que una reclamación basada en el *estoppel* puede relacionarse, y normalmente así ocurre, con la existencia, no existencia o existencia presunta de una particular postura del Estado.<sup>53</sup> Si entendemos bien a Ibrahim (1997), quizás se refiera él a un estado psicológico. En su estudio sobre la doctrina de *laches*, que compara con la aquiescencia y con el *estoppel* o impedimento, refiere las opiniones de algunos académicos según las cuales la diferencia entre esas tres figuras es únicamente de nomenclatura sin consecuencia legal alguna.

Sin embargo, él se muestra contrario a dichas tesis y manifiesta que carecen de orientación correcta. Coincidimos con él y sobre todo con su reflexión en torno a la diferencia fundamental que habría entre normas legales y consuetudinarias de derecho internacional que pueden ser reemplazadas con otras normas del mismo calibre, al paso que principios de derecho, tales como el *estoppel* no, en la medida en que se han configurado con unos caracteres de tipo universal; creemos con Ibrahim (1997) además, que son inmutables y resistentes al tiempo y al espacio. En ese sentido, tal y como ocurre con *laches*, con *res judicata*, y con otros principios, ellos no serán objeto (jamás) de derogación o transformación en el derecho internacional.<sup>54</sup>

51 Véase Wagner, M. (1986). Jurisdiction by estoppel in the International Court of Justice. *California Law Review*, 74, p. 1781.

52 Véase Franck, T., Sughrue, D. (1993). The international role of equity as fairness. *Georgetown Law Journal*, 81, p. 594.

53 Véase Ibrahim, A. (1997). The doctrine of laches in international law. *Virginia Law Review*, 83, p. 652.

54 Véase Ibrahim, A. (1997). The doctrine of laches in international law. *Virginia Law Review*, 83, p. 654.

Ovchar (2009) se muestra contrario a una diferenciación entre declaraciones unilaterales obligatorias y el *estoppel* y rebate la tesis de Jacque, según la cual, este se desarrolla a partir del significado dado a actos o promesas por el agente que lo invoca, al paso que una declaración unilateral obligatoria dependería de la *intención*. Según Jacque citado por Ovchar (2009), ambos tendrían como elemento en común la intención de los agentes. La declaración unilateral obligatoria se centraría en el agente que hace la promesa al paso que el impedimento se centraría en el promitente.<sup>55</sup>

Con una referencia a los artículos 59 y 38 (1d) del Estatuto de la CIJ<sup>56</sup>, Ovchar (2009) hace una reflexión sobre el papel del *estoppel* cuando se pregunta lo siguiente: ¿qué injusticia se causa cuando un Estado busca dejar sin efectos una declaración o representación y esto no le causa detrimento o daño a nadie? En ese sentido, siempre que haya habido un apoyo o soporte en una declaración y esto haya causado detrimento o daño, el impedimento podría invocarse.<sup>57</sup>

Zeynalova (2013) propone crear un tratado internacional muy similar a la CNY.<sup>58</sup> Su investigación empieza por distinguir dos términos técnicos: *recognition* y *enforcement*. La defensa de *orden público* en opinión de Zeynalova (2013), quizás sea la más importante. En su lectura, tanto las cortes de los Estados Unidos de América como otras a nivel mundial, le han dado a ese término una interpretación restringida. No obstante, Zeynalova (2013) reconoce que esa excepción tiene la potencialidad de restarle eficacia al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales o arbitrales internacionales. Que lo hagan o no iría necesariamente atado a nociones de moralidad y justicia.

A nivel de Colombia y creemos, muy en la onda de lo que puede ser la vivencia latinoamericana de la CNY, el ordinal ii del literal b) del artículo 112

<sup>55</sup> Véase Ovchar, A. (2009). Estoppel in the jurisprudence of the ICJ. A principle promoting stability threatens to undermine it. *Bond Law Review*, 21, p. 25.

<sup>56</sup> El artículo 59 y el artículo 38-d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia pueden interpretarse sistemáticamente.

<sup>57</sup> Véase Ovchar, A. (2009). Estoppel in the jurisprudence of the ICJ. A principle promoting stability threatens to undermine it. *Bond Law Review*, 21, pp. 33-34.

<sup>58</sup> Véase Nota No. 2.

de la Ley No. 1563 de 2012 reproduce la causal del artículo V-2b de aquella. En jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (en adelante CSJ), se pone de presente el problema hermenéutico que hemos referido en párrafos anteriores. En efecto, en sentencia de 2017, la CSJ reconoce (siguiendo lo dicho por esa misma corporación en 2011) que el significado y alcance de lo que es *orden público* depende del contexto histórico, lo cual hace el asunto ciertamente difícil.

En un recuento de sus acepciones, menciona lo que no sería negociable a nivel internacional y posteriormente refiere nociones de justicia y moralidad. En este punto, y particularmente para países latinoamericanos el asunto resultaría muy sensible. ¿Podemos adscribir a una noción de justicia o moralidad, por ejemplo, que las finanzas públicas de Colombia, de México o de Perú sufran como consecuencia de hacer efectivo un laudo arbitral internacional, esto cuando se deje sin efecto una expectativa o una promesa hecha a un agente con anterioridad? En una balanza ¿qué pesa más? ¿La promesa previa o el eventual detrimento patrimonial de un Estado al hacer efectivo un laudo arbitral internacional?

La CSJ (2017) integra dentro del concepto de orden público “los derechos fundamentales, los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, el principio de la buena fe, la prohibición de abuso del derecho, y otros estándares que salvaguardan un mínimo de moralidad en la sociedad” (p. 40). No obstante ello, el margen de interpretación es amplísimo, creemos nosotros. ¿Qué pesará más para un juez? ¿Las circunstancias políticas de un Estado en un momento determinado, las presiones de la Rama Ejecutiva, su propia ideología política? Suponemos (y no importa la postura ideológico-política de un juez) que no resultaría impensable que uno u otro o favorezcan de manera ilegal o injusta a un inversionista extranjero o lo favorezcan en esa misma medida. Sobre esto, la misma CSJ reconoce la aplicación restrictiva de esta causal, según se ha hecho en Estados Unidos, como lo referíamos en párrafos anteriores (Zeynalova, 2013) y que podría etiquetarse como *pro execution*. Aún así, creemos que el margen sigue siendo amplísimo y es necesario, por lo menos desde la perspectiva académica proponer una solución doctrinal a ese problema.<sup>59</sup>

59

Véase Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. (2017). SC9909-2017 Radicación

## IV. Sugerencias y propuestas

En verdad nos encontramos ante un problema con repercusiones (macro) económicas, pero cuyas notas son fundamentalmente hermenéuticas y axiológicas. Es claro que el derecho debe realizarse, es decir, debe darse una suerte de trascendencia del mundo del ser (*being*) al mundo del deber ser (*ought*) y en la práctica, los campos del derecho internacional público se vienen a confundir con los campos del derecho internacional privado.

Qué significado se le debe atribuir a la conducta de un Estado en un momento inicial versus un momento posterior, conducta vista como actos propiamente dichos y como declaraciones o representaciones. Qué significado se le debe atribuir correctamente por parte de un juez a la noción de *orden público* dado el contexto particular de un Estado en un momento determinado. Y finalmente, qué pesa más: una declaración o una conducta previa o una situación posterior.

Creemos que esta es una cuestión que solo puede abordarse apropiadamente por parte de los juristas en la medida en que se tenga el siguiente criterio: a manera de un árbol en el cual la raíz es lo que tradicionalmente se tendría como valores jurídicos, el tallo lo que se tiene como principios y las ramas y hojitas como aquello que se estima comprende el entramado normativo. Un biólogo nos responderá que si a un árbol se le quita la raíz, morirá. Quizás si se le quita una ramita, no. Una parte del tallo, quizás no resultará en su muerte.

Si se compara la importancia de los tres elementos, en concreto, el valor justicia y el valor equidad, que nos recuerdan Franck y Sughrue (1993) es distinto a la *adjudication ex aequo et bono*, si se tienen a los principios *pacta sunt servanda*, *buena fe* y el *estoppel* como parte integral, creemos que una aproximación flexible a la conducta de los Estados y a sus declaraciones y representaciones no riñe con una observancia seria y diligente de dichos valores y principios. En otras palabras: que un Estado en un momento determinado busque dejar sin efectos o actúe en contravía de una acción o una declaración previas,

no necesariamente contraría el sistema axiológico del derecho internacional ni mucho menos su conjunto de principios inmutables, siempre y cuando ellos no se vean violados.

Un ejemplo puede ilustrar esta aseveración: el Estado “X” prometió un retorno de inversión al inversionista “1” del Estado “Y”. Tiempo después, debe dejar sin efecto esa declaración aduciendo, por vía judicial, un detrimento a las finanzas públicas. Aquí debe evaluarse si ha habido o no causación de daño al inversionista “1” y al Estado “Y”. Si no ha habido daño, en principio no habría menoscabo ni de los valores ni de los principios. Quizás el Estado “X” deberá asumir un costo en términos de su reputación. Mas si se ha causado un daño, entonces, pese a que ha habido un cambio de circunstancias (no necesariamente cobijado bajo el alcance de la cláusula *rebus sic stantibus*), el Estado jurídicamente podría dejar sin efecto lo previamente afirmado, siempre y cuando en un momento posterior o repare al lesionado o permita que las cosas vuelvan a su estado originario. Esto sería una especie de excusa temporal o figura intermedia entre el incumplimiento total y la excusa legítima de incumplimiento. Esto funcionaría solo si se observan parámetros de *debida diligencia* por parte de los agentes y representantes de un Estado que se caractericen por un régimen de disciplina y revisión previas lo cual supondría lo siguiente: (i) cualquier declaración o representación o conducta de un Estado frente a otro Estado o Estados debe exteriorizarse únicamente cuando se haya administrado un *test de viabilidad* tanto política como financiera; (ii) si se satisfacen las condiciones de ese *test de viabilidad* y aún así, el Estado debe dejar sin efecto conductas o declaraciones previas, debe prevalecer sobre todo la realización del valor *justicia* y del valor *equidad*<sup>60</sup> y, por consiguiente, al lesionado o se le debe reparar tiempo después o asegurársele que posteriormente, la conducta y declaración o representación previas surtirán plenos efectos.

---

60 Asumimos que la justicia y la equidad son valores jurídicos.

## V. Conclusiones

El *estoppel* tiene un origen anglosajón y allí se han dado numerosas variantes del mismo. A lo largo de una revisión de la jurisprudencia internacional, se puede concluir que la CIJ y sus antecesores no han tenido una posición consistente respecto a su alcance y significado; no obstante ello, se pueden extrapolar algunas notas que pueden resumirse en tres elementos: (i) conductas y declaraciones; (ii) soporte en dichas conductas o declaraciones y (iii) daño o no por haberse apoyado o soportado en ellas. A nivel del derecho económico internacional, la situación es compleja porque a pesar de que en sus orígenes dentro del contexto del derecho internacional, el *estoppel* se limitaba a disputas territoriales, ahora aparece en mayor medida en el ámbito de la inversión extranjera e indirectamente en materia de comercio internacional, aunque algunos tratadistas rebatan esto último. La CNY y en particular su Artículo V-2b, representarían un elemento potencial por virtud del cual se desconocería el *estoppel* y en esa medida otros principios como *pacta sunt servanda*, *buena fe* y valores como la *justicia* y la *equidad*. Creemos que con el fin de que sobre todo los países en vías de desarrollo crezcan a niveles sanos, debe lograrse un balance entre la política de los Estados que debe ser flexible, pero sin desconocer jamás que el sistema de derecho internacional se ilumina y guía, y a la vez está montado sobre un sistema axiológico que es precisamente a partir del cual y con el cual cualquier ejercicio hermenéutico debe acometerse. La flexibilidad no ha de suponer desconocimiento de dicho sistema. Así propugnamos flexibilidad en materia de políticas, pero *rigidez* en materia de observancia de valores y principios.

## Bibliografía

- Andritoi, C. (2011). The Collateral Estoppel Theory in International Law. *AUDJ*, VII, pp. 47-54.
- Aust, A. (2000). *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge.
- Brown, C. (1996). A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law. *University of Miami Law Review*, 50, 369.
- Convención de Nueva York (1958). Recuperado de <http://www.newyorkconvention.org>.
- Corte Internacional de Justicia. (1969). North Continental Shelf/ North Sea Continental Shelf Cases. Recuperado de <http://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>.
- Corte Internacional de Justicia. (1973-1974). Nuclear Test Case/ Nuclear Tests (Australia v. France). Recuperado de Nuclear Test Case/ Nuclear Tests (Australia v. France) Recuperado de <http://www.icj-cij.org/en/case/58>.
- Corte Internacional de Justicia. (1986). Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua/ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Recuperado de <http://www.icj-cij.org/en/case/75/judgments>.
- Corte Internacional de Justicia. (1990). Land, Island and Maritime Frontier Dispute/ Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/ Honduras). Recuperado de <http://www.icj-cij.org/en/case/75/judgments>.
- Corte Internacional de Justicia. (1998) Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon). Recuperado de <http://www.icj-cij.org/en/case/101>.
- Corte Permanente de Justicia Internacional (1933). Legal Status of Eastern Greenland/ Legal Status of Eastern Greenland, Denmark



- v. Norway. Recuperado de [http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_AB/AB\\_53/01\\_Groenland\\_Oriental\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf).
- Corte Permanente de Justicia Internacional. (1923-1930). *Serbians Loans Case/ Case concerning the payment of various Serbian Loans issued in France*. Recuperado de <http://www.icj-cij.org/en/pcij-series-a>.
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. (2017). SC9909-2017 Radicación No.: 11001-02-03-000-2014-01927-00. 60 p.
- D'Amato, A. (1969). Consent, Estoppel and Reasonableness: Three Challenges to Universal International Law. *Virginia Journal of International Law*, 102, 1.
- Franck, T., Sughrue, D. (1993). The International Role of Equity as Fairness. *Georgetown Law Journal*, 81, 563.
- Guevara, J. (2014). Equity in Mercosur: The Use of Estoppel in a Customs Union for and by Countries of the Civil System of Law. *Law and Business Review of the Americas*, 20, 303.
- Ibrahim, A. (1997). The Doctrine of Laches in International Law. *Virginia Law Review*, 83, 647.
- Johnson, L. (2018). A Fundamental Shift in Power: Permitting International Investors to Convert their Economic Expectations into Rights. *UCLA Law Review Discourse*, 65, 106.
- Martínez-Fraga, P., Samra, H. (2012). The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration. *Northwestern Journal of International Law*, 32, 419.
- Mavroidis, P. (2008). No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts. *American Journal of International Law*, 102, 421.
- Mitchell, A., Heaton, D. (2010). The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals. The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function. *Michigan Journal of International Law*, 31, 559.
- Ngugi, J. (2007). Promissory Estoppel: The Life History of an Ideal Legal Transplant. *University of Richmond Law Review Association*, 41, 425.

- Organización Mundial de Comercio. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Recuperado de [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/28-dsu\\_s.htm#3](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm#3).
- Ovchar, A. (2009). Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ. A Principle promoting stability threatens to undermine it. *Bond Law Review*, 21, 1.
- Reinhold, S. (2013). Good Faith in International law. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2, pp. 40-63.
- Téllez, A. (2008). *El problema de la efectividad del derecho internacional público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- The International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of New York. (2004). Lack of Jurisdiction and Forum Non Conveniens as Defenses to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *The American Review of International Arbitration*, 15. 407.
- Wagner, M. (1986). Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice. *California Law Review*, 74, 1777.
- Zeynalova, Y. (2013). The Law on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Is it Broken and How Do We Fix It? *Berkeley Journal of International Law*, 31, 150.

*Cómo citar este artículo:* Téllez, A. (2018). Estoppel y la Convención de Nueva York. Contornos económicos de una aproximación hermenéutico-axiológica. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 4 (10), pp. 101-126.