



## EL CONCEPTO DE TRATADO INTERNACIONAL

*Julio A. BARBERIS*

SUMARIO: 1. *Introducción.*- 2. *El concepto de fuente de derecho.* a) La teoría pura del derecho. b) La teoría de Hart. c) Crítica.- 3. *Las fuentes del derecho internacional.*- 4. *El tratado como fuente de derecho internacional.*- 5. *Las características del tratado internacional.* a) Manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente. b) Manifestación de voluntad tendiente a establecer una regla de derecho en un ordenamiento jurídico. c) Manifestación de voluntad regida directamente por el derecho internacional.- 6. *Conclusiones.*

### 1. *Introducción*

La vida internacional cambia con el transcurso del tiempo y estos cambios se producen cada vez más rápidamente. Se suele hablar, así, de un proceso de aceleración de la historia. Los cambios de la realidad internacional traen consigo modificaciones en la estructura jurídica del orden internacional. Para comprobar estos cambios basta abrir cualquier libro de derecho internacional anterior a la segunda guerra mundial y compararlo con uno actual. Estas modificaciones también influyen en los conceptos fundamentales del derecho internacional. La definición de estos conceptos debe ser revisada constantemente para que ellos sean instrumentos útiles que sirvan para describir la realidad internacional.

El pensamiento jurídico también evoluciona. La teoría general del derecho va acuñando conceptos más precisos y se va enriqueciendo con los aportes de otras ciencias, principalmente con el desarrollo notable de la lógica y con la teoría del lenguaje. Estos nuevos conocimientos permiten describir el orden jurídico internacional con más fidelidad y han permitido resolver numerosos problemas teóricos, al-



gunos de los cuales eran sólo problemas aparentes que se presentaban en la esfera del lenguaje.

Estos cambios permanentes en la vida internacional y el desarrollo de la teoría del Derecho justifican que el jurista reexamine los conceptos clásicos del derecho de gentes a la luz de estos nuevos conocimientos. Uno de estos conceptos clásicos es el tratado. El tratado internacional se presenta bajo múltiples denominaciones: convenio, acuerdo, protocolo, pacto, arreglo, compromiso, convención, etc. A veces, los distintos nombres reflejan los diferentes tipos de documentos diplomáticos en que consta el acuerdo, pero desde el punto de vista del derecho internacional son considerados siempre como tratados, independientemente de la terminología empleada<sup>1</sup>.

En el presente estudio se analiza el concepto de tratado internacional como fuente de derecho.

## 2. El concepto de fuente de Derecho

El problema de la creación de las normas jurídicas es un tema que ha sido objeto de consideración especial por parte de los juristas. Estos han elaborado distintas teorías para describir el fenómeno de la creación del derecho, que es conocido generalmente bajo el nombre de "fuentes del derecho". En los párrafos siguientes se exponen dos concepciones distintas acerca de este tema, que se caracterizan por su originalidad y por ejercer una influencia en la doctrina jurídica actual. Son ellas la teoría pura del derecho y la teoría de Hart.

a) *La teoría pura del Derecho*<sup>2</sup>. En todo orden jurídico hay ciertas normas que otorgan a determinados hechos la calidad de crear derecho, o sea, los erigen en actos generadores de normas (*normerzeugende Tatbestände*), en fuentes de Derecho. Así, por ejemplo, la Constitución de un Estado instituye a la legislación en fuente de derecho al regular la estructura del Parlamento, el procedimiento de sanción de leyes y, en alguna medida, el contenido que han de tener dichas leyes. El hecho de que un número de personas se reúna, discuta sobre un tema determinado y tome una decisión por mayoría de

1. C.P.J.I., Série A/B, No. 41, p. 47. Para las distintas denominaciones utilizadas en la práctica, ver MYERS, "The Names and Scope of Treaties", *The American Journal of International Law*, 1957, p. 574 ss.

2. Ver principalmente KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1946, pp. 110 ss. y 123 ss. y *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Wien, 1960, pp. 196 ss. y 228 ss.



votos no es suficiente, por sí solo, para crear leyes. La calidad de hecho creador de normas que posee la legislación es recibida de una norma constitucional que así lo establece y no es una característica del hecho en sí mismo. Lo mismo ocurre con el contrato. Una ley (el Código civil) otorga al contrato la calidad de hecho generador de normas jurídicas. El Código civil indica quiénes pueden contratar, el procedimiento a seguir para concertar un contrato y los límites dentro de los cuales las partes tienen libertad para contratar. El acuerdo de dos partes sobre una misma declaración de voluntad no es suficiente, por sí solo, para crear una norma jurídica contractual. Esta es creada sólo porque una norma anterior otorga al hecho del contrato la calidad de fuente de derecho.

Cuando una norma erige a cierto hecho en acto creador de derecho o en fuente de derecho, significa que dicha norma regula la creación de nuevas normas jurídicas. En general, la norma que regula la creación de otras normas determina el órgano autorizado para crearlas, el procedimiento a seguir para ello y el contenido que han de tener las nuevas normas, o sea, *quién* crea el derecho, *cómo* lo crea y *qué* contenido tendrá. Pero, pueden darse casos en que una norma sólo determina la autoridad capaz de crear derecho y no fija el procedimiento a seguir ni el contenido de las normas que serán creadas.

Los hechos que reciben de una norma la facultad de engendrar derecho, o sea, de ser fuente de derecho, son muy variados. En casi todos los órdenes jurídicos, la legislación, la costumbre, el contrato, las resoluciones administrativas y la jurisdicción son fuentes de derecho. Pero, un orden jurídico puede atribuir a cualquier otro hecho el poder de engendrar normas jurídicas. Así, todo estudiante de derecho romano recuerda que la Ley de citas dió valor de norma jurídica a la opinión de cinco jurisconsultos de la época clásica. En una monarquía absoluta, la voluntad del Príncipe es la fuente de derecho (*Quod Principi placuit legis habet vigorem*).

La norma jurídica que regula la creación de otra norma es considerada como norma de un estamento superior respecto de la norma creada. Así, la Constitución pertenece a un grado superior respecto de las leyes y, a su vez, éstas ocupan un grado superior respecto de los contratos, de las sentencias judiciales o de las resoluciones administrativas. Una norma inferior siempre encuentra su fundamento de validez en otra norma de orden superior. El conjunto de normas que poseen, en última instancia, un mismo fundamento de validez configura un orden jurídico. El orden jurídico está constituido, pues, por



normas estructuradas jerárquicamente.

Toda norma jurídica positiva ha sido creada según un método jurídicamente regulado y halla su fundamento de validez en otra norma jurídica que es la que ha erigido a ese método en fuente de derecho. Para la teoría pura del derecho, toda norma ha sido creada por una fuente que, a su vez, recibe el carácter de tal de una norma superior. En este proceso de deducción de juridicidad se llega necesariamente a una norma cuya fuente de validez no se halla en una norma anterior porque ella es la primera. Kelsen explica entonces que la primera norma de un orden jurídico positivo halla su fundamento de validez en la norma fundamental (*Grundnorm*), que no es una norma positiva, sino presupuesta, una hipótesis cuya función es precisamente servir de fundamento de validez a la primera norma positiva.

b) *La teoría de Hart*. La teoría pura del derecho enseña que todas las normas jurídicas poseen una estructura análoga que consiste en postular una conducta humana determinada como antecedente de un juicio hipotético, cuyo consecuente es un acto coactivo, una sanción. La concepción de Hart<sup>3</sup>, por el contrario, parte de la idea de que el derecho está constituido por una unión de dos tipos distintos de normas que él denomina reglas primarias y secundarias.

Las reglas primarias son aquellas que establecen determinadas conductas humanas como prohibidas y obligatorias.

Estas reglas son complementadas por las reglas secundarias, que comprenden tres especies distintas.

En primer lugar, hay reglas de reconocimiento que indican la característica o características cuya posesión por las reglas primarias permite que se las reconozca como tales. La función de la regla de reconocimiento es permitir identificar de manera indubitable las reglas primarias de obligación. En un orden jurídico desarrollado, las reglas de reconocimiento son complejas y suministran, por ejemplo, como elemento de identificación el hecho de haber sido aprobadas por el Parlamento, el haber sido respetadas habitualmente durante largo tiempo, etc. Las reglas de reconocimiento indican, pues, cierta marca o característica general de las normas que permite reconocerlas como pertenecientes al grupo. Dicho en otros términos, las reglas de reconocimiento suministran criterios para la identificación de las reglas primarias. En la concepción de Hart, estas características gene-

3. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 17 ss.



rales que sirven de criterios de identificación de las reglas son las llamadas generalmente fuentes de derecho.

Otra especie de reglas secundarias son las reglas de cambio, que son aquellas que facultan a los individuos o a ciertos órganos estatales a introducir nuevas reglas primarias de obligación o dejar sin efecto otras ya establecidas.

Por último, existen las normas de adjudicación. Estas son las que facultan a ciertos órganos a determinar, de modo revestido de autoridad, si una regla primaria ha sido transgredida en un caso concreto. Las reglas de adjudicación establecen también el procedimiento a seguir para comprobar las transgresiones y dictar las sentencias correspondientes.

En resumen, pues, Hart concibe el derecho como una unión de reglas primarias y secundarias. Aquellas son las que establecen las obligaciones, en tanto que éstas comprenden las reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación que, respectivamente, van a permitir reconocer las reglas primarias, modificarlas o precisar en cada caso concreto si han sido respetadas o no. Las reglas primarias se ocupan de conductas humanas, que son establecidas como prohibidas u obligatorias. Las reglas secundarias, por el contrario, se refieren a las reglas primarias e indican cómo éstas pueden ser reconocidas, modificadas o aplicadas en un caso concreto.

La descripción del derecho mediante una unión de reglas primarias y secundarias se ajusta, según Hart, a la estructura actual de los sistemas jurídicos desarrollados. Pero, no condice enteramente con derechos menos estructurados, según se expondrá más adelante.

c) *Crítica.* El análisis de las normas de un orden jurídico que ha realizado Hart demuestra que no es posible reducir todas ellas a un solo tipo homogéneo. La pretensión de la teoría pura del derecho de incluir todas las normas jurídicas en un esquema único trae como consecuencia que ciertas normas, como las del derecho constitucional o las que regulan el procedimiento judicial, deben ser presentadas como meros fragmentos de normas de enunciación compleja. La descripción del derecho, que es una de las funciones esenciales de la ciencia jurídica, no es fiel y la imagen descrita adquiere rasgos artificiales y forzados. Por ello, para la exposición del derecho parece más conveniente valerse de reglas de diversos tipos.

Entre las diferentes reglas que componen el derecho cabe distinguir para los fines de este estudio dos categorías importantes<sup>4</sup>.

4. En cuanto a esta distinción, ver BULYGIN, "Sobre la regla de reconocimiento",



Por una parte, se encuentran aquellas reglas que ordenan conductas, que prescriben algo como permitido, prohibido u obligatorio. Es decir, son reglas de carácter prescriptivo.

Por otra parte, existen reglas que definen un concepto, que suministran una definición. Así, por ejemplo, un artículo del Código civil define qué es “bien inmueble”, otro define qué es una persona mayor de edad, ciertas leyes definen lo que es un “vehículo”, qué se entiende por un “buque”, etc. Estas reglas no prescriben nada, sólo definen ciertos conceptos.

En principio, parecería que una regla no puede ser prescriptiva y conceptual al mismo tiempo, pues ambos tipos son excluyentes entre sí. Una definición no prescribe nada y una regla prescriptiva no suministra ninguna definición.

Según la concepción de Hart, el problema de las fuentes del derecho se encuentra vinculado a las reglas de reconocimiento. Estas indican las marcas o características generales para reconocer las reglas de derecho válido. Estas marcas o características se refieren, en principio, a los órganos encargados de crear las reglas o al procedimiento seguido para ello. Así, una regla de reconocimiento, por ejemplo, permite identificar como reglas válidas las normas creadas mediante contrato, otra permite reconocer las normas creadas por ley o por decretos del Presidente de la República. Estas reglas de reconocimiento son, en rigor de verdad, de carácter conceptual, suministran definiciones. Ellas no ordenan ni prescriben nada<sup>5</sup>.

En la obra de Hart no aparece con claridad si las reglas de reconocimiento son reglas conceptuales. Algunos pasajes de su libro podrían ser invocados para sostener que él considera que estas reglas tienen carácter prescriptivo<sup>6</sup>. Uno de sus comentaristas afirma expresamente que las reglas de reconocimiento prescriben su aplicación a los jueces<sup>7</sup>. Sin embargo, y dejando de lado cuál es el pensamiento preciso

*Derecho, Filosofía y Lenguaje* (Homenaje a Ambrosio L. Gioja), Buenos Aires, 1976, pp. 30 y 31.

5. Cfr. ALCHOURRON-BULYGIN, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971, p. 73. BULYGIN, op. cit., *Derecho, Filosofía y Lenguaje* (Homenaje a Ambrosio L. Gioja), p. 35.

6. Ver, p. ej., HART, op. cit., p. 95.- Es de señalar que la terminología utilizada por Hart varía. A veces, Hart considera la regla de reconocimiento, en singular, como el conjunto de todos los criterios de identificación del derecho válido (p. ej., op. cit., p. 98). En otros casos, admite la existencia de varias reglas de reconocimiento en un mismo orden jurídico (p. ej., op. cit., pp. 92, 99 y 113).

7. RAZ, “The Identity of Legal Systems”, *California Law Review*, 1971, pp. 807 y 808.



de Hart, hay que concluir que las reglas de reconocimiento son reglas conceptuales que suministran los criterios para la identificación de las normas válidas.

Otro aspecto del pensamiento de Hart que merece ser considerado es su afirmación de que las reglas de reconocimiento se presentan sólo en derechos suficientemente desarrollados y no en los derechos primitivos<sup>8</sup>. Es preciso señalar primeramente que una cuestión es la existencia o no de reglas de reconocimiento en un derecho determinado y otra cuestión es la función de reconocer las normas pertenecientes a ese derecho. Los miembros de una comunidad, sus funcionarios, sus jueces, se ven precisados siempre a averiguar cuáles son las reglas de derecho válido en la comunidad en que viven, se trate de un sistema jurídicamente desarrollado o de un derecho primitivo. Las reglas de reconocimiento, según Hart, son un "lujo" que ofrecen los sistemas desarrollados para permitir identificar las reglas de derecho válidas<sup>9</sup>. El autor no niega que un derecho primitivo los miembros y las autoridades de esa comunidad proceden habitualmente a reconocer las normas de derecho válidas que los rigen, sólo afirma que no se valen para ello de reglas de reconocimiento.

No es el caso de detenerse aquí a analizar el problema de si existe o no en todo derecho primitivo una regla de reconocimiento o norma básica. Sin embargo, conviene examinar esta distinción efectuada por Hart entre órdenes jurídicamente adelantados o desarrollados y los derechos primitivos. En los primeros habría una regla de reconocimiento que permite identificar todas las normas primarias de derecho válidas. Esta regla puede suministrar diversos criterios de identificación. En este caso, media una determinada jerarquía entre los criterios de identificación de las fuentes de producción de derecho, uno de los cuales es el supremo. En cierto sentido, esta regla de reconocimiento aparece como la regla "última" del sistema pues sirve para determinar la validez de las demás. En contraposición a estos ordenamientos desarrollados, habría otros en que no hay reglas de reconocimiento.

En la práctica, esta división no es tan tajante como lo señala Hart. Este reconoce que un derecho primitivo puede evolucionar hacia una forma de derecho desarrollada y de hecho así ha ocurrido en numerosos casos. Pero esta evolución no se produce instantáneamente, sino

8. HART, *op. cit.*, p. 228 ss.

9. HART, *op. cit.*, p. 229.





de una manera gradual en el tiempo. Por ello, en un momento dado es posible hallar conjuntos de normas que tienen alguna regla de adjudicación y alguna regla de reconocimiento, aunque de alcance restringido. En lo que hace a la regla de reconocimiento, es posible que ella sea incompleta y suministre un criterio para identificar sólo algunas normas del conjunto.

Las consideraciones efectuadas hasta aquí permiten llegar a las conclusiones siguientes:

i) En los órdenes jurídicos existen reglas de carácter conceptual que suministran la característica o características de las reglas de derecho válidas y permiten identificarlas como tales. Estas reglas dan una definición y no son prescriptivas.

ii) La regla de reconocimiento puede ser completa y brindar criterios para identificar todas las normas válidas, o puede ser incompleta y servir sólo para identificar una parte del conjunto de normas válidas.

### 3. Las fuentes del derecho internacional

Estas distintas concepciones acerca de las "fuentes del derecho" han sido aplicadas en el derecho internacional.

En lo referente a la teoría pura del derecho, el estudio de las fuentes del derecho de gentes ha sido emprendido, entre otros, por Kelsen<sup>10</sup> y por Guggenheim<sup>11</sup>. Para esta teoría, toda norma jurídica internacional es creada en virtud de una fuente de derecho y toda fuente jurídica recibe el carácter de tal de una norma internacional anterior. En este sentido, es preciso distinguir siempre entre el procedimiento de creación de la norma y la norma creada.

Según esta concepción, la norma fundamental (*Grundnorm*) tiene por función instituir a la costumbre en fuente de derecho internacional. En la costumbre se debe distinguir, por una parte, el procedimiento consuetudinario de creación de normas y la norma consuetudinaria ya creada. A su vez, una de estas normas consuetudinarias, co-

10. KELSEN, "Contribution à la théorie du traité international", *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1936, p. 253 ss.; "Théorie du droit international coutumier", *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1939, p. 253 ss.; *El contrato y el tratado*, México, 1943; *Principles of International Law*, New York, 1952, p. 303 ss.

11. GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, 2a. ed., Genève, 1967, t. I, p. 93 ss.





nocida generalmente con la expresión *pacta sunt servanda*, es la que erige a los tratados en fuente de derecho internacional. Aquí también es preciso distinguir entre el procedimiento convencional de creación de normas y la norma convencional producto de dicho proceso. Las sentencias judiciales o arbitrales encuentran su fundamento de validez en un tratado, que es el que establece el tribunal internacional, fija el procedimiento a seguir y el derecho aplicable.

El derecho internacional, según la teoría pura del derecho, aparece como un orden jurídico jerárquicamente estructurado en el que toda norma es creada por un método o fuente de derecho. Cada una de las fuentes es erigida como tal por una norma jurídica de orden superior. La primera fuente de derecho positivo, la costumbre, es erigida como fuente por la norma fundamental.

En contraposición a la teoría del derecho se presenta la concepción de Hart<sup>12</sup>. Este autor expresa que el derecho internacional es un derecho primitivo y consiste sólo en un conjunto de reglas primarias de obligación que no están estructuradas como sistema por ninguna regla de reconocimiento. El derecho de gentes carece de reglas de reconocimiento, o sea, que sus normas no pueden ser identificadas mediante el recurso a una característica o marca general. Hart sostiene que la validez de las normas internacionales se decide simplemente por la circunstancia de "si son aceptadas y funcionan como tales"<sup>13</sup>. Para la concepción de este autor, pues, el derecho internacional no tiene fuentes<sup>14</sup>.

Las dos teorías expuestas se oponen enteramente entre sí. Mientras la primera afirma que toda norma jurídica internacional es creada por una fuente de derecho, la otra niega que haya fuentes en el derecho internacional.

Además de estas dos concepciones, resulta interesante analizar también aquí la tesis de Ago<sup>15</sup>. Este autor expresa que el positivismo jurídico parte de la premisa de que todo el derecho es producto de determinados hechos y que sólo es derecho porque ha sido creado de esa manera. Ago considera que "derecho positivo" es todo aquel que

12. HART, *op. cit.*, p. 208 ss. y especialmente p. 226 ss.

13. "if they are accepted and function as such" (HART, *op. cit.*, p. 230).

14. Cfr. asimismo GIHL, "The Legal Character and Sources of International Law", *Scandinavian Studies in Law*, vol. I, 1957, p. 51 ss.

15. AGO, *Scienza giuridica e Diritto internazionale*, Milano, 1950; "Diritto positivo e diritto internazionale", *Scritti di Diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Milano, 1957, vol. I, p. 1 ss.



ha sido elaborado como producto de un proceso de creación, por una fuente jurídica, previsto en una norma anterior. Según su opinión, el positivismo reduce todo el derecho a derecho positivo. Esta idea, sin embargo, no se ajustaría a la realidad internacional pues existirían normas jurídicas que no provienen de una fuente, sino que se han formado espontáneamente. Así, por ejemplo, el derecho consuetudinario no habría sido creado mediante un procedimiento determinado por una norma, sino que se trataría de un "derecho espontáneo". La pretensión de que hay un procedimiento consuetudinario de creación de derecho sería sólo una elaboración intelectual tendiente a justificar una de las premisas del positivismo jurídico.

En el orden jurídico internacional existirían, pues, normas establecidas o creadas por una fuente de derecho (derecho positivo) y otras no creadas de esta manera (derecho espontáneo). Las primeras podrían ser identificadas recurriendo precisamente a su método de creación, en tanto que para identificar la existencia de las segundas habría que recurrir empíricamente a "una comprobación de su operar efectivo como normas de derecho en el seno de la sociedad en cuestión" <sup>16</sup>.

Ago incluye las normas convencionales entre las normas de derecho positivo, o sea, las creadas por una fuente, en tanto que el derecho consuetudinario y el derecho no escrito, en general, forman parte del derecho espontáneo.

#### 4. *El tratado como fuente de derecho internacional*

Todo aquel que se propone describir el derecho de gentes actual y analiza con ese fin la práctica en los distintos ámbitos internacionales, podrá fácilmente comprobar que los tratados cumplen una función de primordial importancia. Basta para ello observar los varios centenares de volúmenes que contiene la colección de los tratados registrados en las Naciones Unidas <sup>17</sup>.

Cuando dos o más Estados se ponen de acuerdo sobre un objeto determinado y desean darle valor jurídicamente vinculatorio a dicho acuerdo, celebran un tratado. Cuando una Parte en un litigio interna-

16. "una constatazione del loro effettivo operare come norme di diritto in seno alla società considerata" ("Diritto positivo e diritto internazionale", *Scritti di Diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. I, p. 44).

17. Sobre la importancia de los tratados en la vida internacional, ver PARRY, "Of Treaties", *Multum non multa* (Festschrift für Kurt Lipstein), Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p. 221 ss.



cional pretende ante el Juez que la otra Parte está obligada a asumir cierta conducta por haberse comprometido a ello, aquélla trata de demostrar que ha habido un tratado entre ambas y aporta las pruebas en ese sentido. Lo mismo ocurre en una negociación diplomática: cuando un Estado hace una propuesta que la otra Parte juzga conveniente, ésta se apresura a aceptarla de modo que quede configurado un acuerdo. Cuando un árbitro internacional debe dictar una sentencia, averigua primeramente si hubo un convenio entre las Partes litigantes en el cual pueda fundar su decisión. En fin, si se analiza la práctica internacional a través de la correspondencia diplomática, las conferencias internacionales, la labor de las Naciones Unidas y de las demás organizaciones internacionales, las sentencias judiciales y arbitrales, y las memorias y alegatos de las Partes ante los tribunales internacionales se puede deducir que en el derecho internacional se consideran como jurídicamente válidas las normas que son conocidas bajo el nombre genérico de tratados.

Esta primera visión de la práctica internacional mueve al estudioso a aceptar las concepciones de Kelsen y de Ago que afirman que el tratado es una fuente de derecho de gentes o, dicho en otros términos, que hay una regla de reconocimiento relativa a los tratados en el derecho internacional.

Si se admite esta tesis, el paso siguiente que hay que dar es averiguar cuáles son las características comunes de los tratados, pues de esa manera se puede enunciar la regla de reconocimiento correspondiente. Y es precisamente en este momento cuando el jurista comienza a ser ganado por cierto escepticismo pues los convenios son muy diversos y ofrecen una multitud de matices. Si se acude a la jurisprudencia, se advierte que junto a los convenios concertados según los procedimientos habituales, se ha considerado que poseen también carácter convencional actos tales como la participación de dos Estados en la adopción de una resolución del Consejo de la antigua Sociedad de las Naciones<sup>18</sup>, un manifiesto de la Cámara de Cuentas de un Reino<sup>19</sup> o de un cierto *modus vivendi* tácito<sup>20</sup>. Todo esto hace que no sea tarea fácil hallar los elementos que son comunes a los tratados. La cuestión se torna aún más dificultosa cuando se advierte que hay también actos que tendrían sólo una base convencional, pero que no

18. *C.P.J.I.*, Série A/B, No. 42, p. 116.

19. *C.P.J.I.*, Série A/B, No. 46, p. 145.

20. *C.I.J.*, Recueil 1982, pp. 70 y 71.



serían tratados<sup>21</sup>. Por eso, un examen de la práctica internacional ha llevado al juez Jessup a afirmar que “la idea de que el término ‘tratado’ tiene un sentido claro y uniforme es una ficción”<sup>22</sup>.

Es muy posible, pues, que esta visión un tanto caótica de la realidad internacional lleve al jurista a aceptar la tesis de Hart de que el derecho de gentes carece de reglas de reconocimiento, o sea, que no hay fuentes en el derecho internacional. Siguiendo a Hart, habría que concluir entonces que no existe ningún elemento común a las normas que llamamos “tratados” y que la única solución para saber si ellos son o no son reglas de derecho válido es esperar y ver, en cada caso particular, si rigen efectivamente en la práctica<sup>23</sup>.

Si bien la tarea de identificar las características comunes de los tratados parece que conduce a un resultado negativo, merece ser emprendida aún una vez más. El objeto del presente estudio consiste precisamente en tratar de averiguar si existe una regla de reconocimiento referente a los tratados en el orden internacional. Si esta regla existe, no se encontrará enunciada en términos de lenguaje; deberá entonces ser aprehendida de la práctica internacional y deberá ser enunciada en un lenguaje preciso.

##### 5. *Las características del tratado internacional*

La regla de reconocimiento es aquella de la cual se valen los miembros de una comunidad para identificar las normas del derecho válido. Esta regla indica ciertas características o pautas que son comunes a todas las normas jurídicas válidas o a una categoría de ellas. En general, se trata de ciertas características relativas a la forma en que las normas han sido creadas. Estas características deben ser comprobables en la práctica.

Se analizan a continuación algunas pautas que, a nuestro modo de ver, pueden ser consideradas como comunes a todo tratado internacional.

- a) Manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente

Numerosos autores incluyen en la definición de tratado el hecho

21. *C.I.J.*, Recueil 1962, p. 504 (voto disidente de los jueces Spender y Fitzmaurice).

22. *C.I.J.*, Recueil 1962, p. 402.

23. HART, *op. cit.*, p. 229.



de que se concierta entre sujetos de derecho internacional<sup>24</sup>. Un sujeto internacional es todo aquel cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación<sup>25</sup>. La calidad de sujeto que posee una entidad no depende de la cantidad de derechos y obligaciones de que esa entidad es titular. La designación es válida tanto para quien sólo goza de un derecho adjudicado por una norma consuetudinaria como para un Estado soberano. Por ello, del hecho de que una entidad es titular de modo directo y efectivo de un derecho o de una obligación en el orden internacional puede deducirse que dicha entidad es un sujeto de derecho de gentes. Pero, de la circunstancia de que alguien es sujeto de derecho de gentes no puede deducirse que posee capacidad para concertar un tratado.

Es posible, pues, que haya sujetos de derecho internacional que no tengan capacidad suficiente para celebrar un tratado. Por ejemplo, en tiempo de guerra, una persona particular, que no forma parte de las fuerzas armadas, puede estar obligada directamente por el derecho de gentes, o sea, puede ser sujeto internacional<sup>26</sup> y, sin embargo, no puede concertar un tratado internacional.

Por lo expuesto, es preciso concluir que el tratado es concertado válidamente por dos o más sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente para ello<sup>27</sup>. La mera indicación de que se trata de sujetos internacionales no está de acuerdo con la práctica internacional actual.

Esta primera característica permite distinguir los tratados internacionales de los acuerdos suscritos entre un sujeto de derecho de gen-

24. Ver, entre otros, GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, 2a. ed., Genève, 1967, t. I, p. 119. ROUSSEAU, *Droit International Public*, Paris, 1970, t. I, p. 62. VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, Berlin, 1976, p. 270.

25. Cfr. BARBERIS, "La personalidad jurídica internacional", *Völkerrecht als Rechtsordnung - Internationale Gerichtsbarkeit - Menschenrechte* (Festschrift für H. Mosler), Berlin-Heidelberg-New York, 1983, p. 34.

26. Cfr. las sentencias en los casos Friedrich Flick (*Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. VI, pp. 1188 y 1191-1192); LG. Farbenindustrie (*Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. VIII, p. 1136); Alfried Krupp (*Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. IX, p. 1375) y en los casos de Erich Heyer y del gas Zyklon B (*Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. I, p. 88 ss. y vol. I, p. 93 ss.).

Cfr. en doctrina: LAUTERPACHT, "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes", *The British Year Book of International Law*, 1944, p. 64. GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, Genève, 1954, t. II, p. 30 ss.

27. Cfr. KUNZ, "The Meaning and the Range of the Norm Pacta sunt servanda", *The American Journal of International Law*, 1945, p. 183.



tes y otro que no lo es o que carece de la capacidad suficiente para ello.

De acuerdo con este criterio, los convenios celebrados por las organizaciones internacionales no gubernamentales con los Estados o con organismos intergubernamentales no son tratados. Tampoco lo son los acuerdos celebrados entre el Estado y las Iglesias evangélicas (*Staatskirchenverträge*), principalmente en la República Federal de Alemania<sup>28</sup>. No son tampoco tratados los convenios que suscribe la Soberana Orden Militar de Malta con asociaciones privadas de beneficencia, ni los acuerdos que suscriben entre sí los distintos órganos de la Cruz Roja Internacional.

Se ha planteado alguna vez la cuestión acerca de si los acuerdos concertados con aborígenes en siglos pasados son o no son tratados internacionales. Estos acuerdos pueden ser relevantes aún hoy día para decidir un litigio internacional. No es posible incluir a los pueblos aborígenes en una categoría única. Hay que considerar la época en que tuvo lugar el acuerdo, el pueblo con quien fue concertado y sus modalidades. En la opinión consultiva sobre el Sahara occidental, el Tribunal Internacional de Justicia expresó que, según la práctica estatal de fines del siglo XIX, los territorios habitados por tribus o pueblos que poseían una organización social y política no eran *terra nullius*. Esto implica reconocer que esas tribus o pueblos habían adquirido por ocupación o por otro modo internacional válido un derecho respecto del territorio en que vivían. El Tribunal reconoció igualmente que los acuerdos de cesión de territorios celebrados por los jefes de esos pueblos tenían efecto en derecho internacional<sup>29</sup>.

En los países socialistas se ha desarrollado últimamente la práctica de suscribir acuerdos entre los partidos políticos<sup>30</sup>. Un ejemplo en este sentido es el concertado el 3.VIII.1968 entre los partidos comunistas de la Unión Soviética, Bulgaria, Hungría, Polonia, la República Democrática de Alemania y Checoslovaquia<sup>31</sup>, y que sirvió de fun-

28. Cfr. BARBERIS, "Sujetos del Derecho internacional vinculados a la actividad religiosa", *Anuario de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, vol. I, 1981, pp. 31 y 32.

29. C.I.J., Recueil 1975., p. 39. Cfr. también: la sentencia arbitral del 6.VI.1904 entre Brasil y Gran Bretaña (*Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, p. 22); C.I.J., Mémoires, Plaidoiries et Documents, Sahara occidental, vol. III, pp. 28 ss. y 48-51. En el caso de la bahía de Delagoa, entre Portugal y Gran Bretaña (24.VIII.1875), ambos Estados fundaron su derecho en convenios suscritos con jefes indígenas (LA PRADELLE-POLITIS, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Paris, 1954, t. III, p. 596 ss.).

30. Sobre esta cuestión, ver SCHWEISFURTH, "Zur völkerrechtlichen Bedeutung internationaler Vereinbarungen regierender politischer (kommunistischen) Parteien", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1976, p. 586 ss.

31. Ver el texto en *Internationales Recht und Diplomatie*, 1971, p. 172 ss.



damento para la invasión soviética a este último país días más tarde. Desde el punto de vista del derecho de gentes, no es posible considerar que los partidos comunistas en ciertos países han adquirido personalidad internacional y poseen capacidad para celebrar tratados entre ellos. Los acuerdos entre partidos pueden ser considerados como tratados internacionales si se interpreta, según la realidad vigente, que el partido es un órgano del Estado. En este caso, el tratado concertado entre partidos comunistas será un tratado internacional común celebrado entre Estados. Si no se admite este criterio, los acuerdos entre partidos comunistas no se hallan dentro del ámbito de derecho de gentes.

No están comprendidos tampoco en la esfera del derecho internacional los acuerdos que pudieren celebrar los Gobiernos por sí mismos y no en representación de los Estados. No hay aquí un tratado internacional porque un Gobierno no es un sujeto del derecho de gentes, sino simplemente un órgano de un sujeto internacional. Los sujetos son los Estados y, por lo tanto, sólo puede haber un tratado entre ellos<sup>32</sup>.

En cuanto a los acuerdos concertados entre Estados y empresas extranjeras que son llamados "convenios cuasi-internacionales" (*quasi-völkerrechtliche Verträge*), un análisis de la práctica y de la jurisprudencia conduce a la conclusión que las empresas poseen, según el derecho de gentes actual, la capacidad suficiente para concertar estos acuerdos. Los convenios "cuasi-internacionales" están incluidos, pues, en el concepto de tratado internacional<sup>33</sup>.

El tratado internacional consiste fundamentalmente en una manifestación de voluntad común de las Partes contratantes. Conviene subrayar que se habla aquí de una *manifestación* de voluntad. No se trata del acto psicológico de querer algo interiormente, sino de una exteriorización de esa voluntad. Los modos en que las Partes manifiestan su voluntad son muy diversos. Pueden hacerlo por escrito,

32. Ver, en sentido contrario, la sentencia del Tribunal constitucional alemán del 29. VII.1952 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, t. I, p. 351 ss.). El Tribunal debía analizar el llamado acuerdo de Petersberg (22.XI.1949) suscripto entre el entonces Canciller alemán K. Adenauer y la Alta Comisión de los Aliados. El Tribunal consideró que el Canciller alemán representaba sólo al Gobierno alemán, pero no a la República Federal de Alemania pero que, no obstante ello, se trataba de un acuerdo internacional entre el Gobierno alemán y la Alta Comisión de los Aliados (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, t. I, p. 363).

33. Cfr. BOCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt am Main, 1971, p. 303 ss.; FISCHER, *Die internationale Konzession*, Wien-New York, 1974, pp. 447 y 451.- Ver la jurisprudencia sobre el tema en BARBERIS, *Fuentes del Derecho Internacional*, La Plata, 1973, pp. 175-226.





oralmente<sup>34</sup> e incluso por signos<sup>35</sup>. Puede ocurrir también que una Parte exteriorice su voluntad de manera implícita, es decir, que realice un acto que implica necesariamente estar de acuerdo con la manifestación de voluntad expresada por la otra Parte<sup>36</sup>.

En la formación del tratado se da una manifestación de voluntad común de las Partes contratantes. Esto significa que el acto de voluntad de cada una de dichas Partes tiene el mismo contenido, que quieren lo mismo. La manifestación de voluntad de los sujetos se dirige hacia el mismo objeto, coinciden en aquello que quieren<sup>37</sup>. Hay algo que es querido por dos o más Partes y éstas son conscientes de ese querer colectivo o común.

Este elemento permite distinguir el tratado internacional de otros casos en que dos sujetos de derecho de gentes adoptan determinadas conductas sólo en base a reciprocidad, sin que exista un convenio entre ellos<sup>38</sup>. Así, por ejemplo, un Estado puede dictar ciertas medidas legislativas respecto de los nacionales de un Estado extranjero que se encuentran en su territorio debido a que este último ha dictado medidas semejantes en favor de los nacionales del primero. En este caso, se trata de dos legislaciones paralelas, pero no de un tratado. Esta práctica es relativamente común en el orden internacional y tiene lugar tanto entre Estados como entre organizaciones internacionales<sup>39</sup>.

b) Manifestación de voluntad tendiente a establecer una regla de derecho en un ordenamiento jurídico

La existencia de una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho de gentes con capacidad debida no es sufi-

34. Cfr. *C.P.J.I.*, Série A, No. 5, p. 28; Série A/B, No. 53, pp. 69 y 71; Série A/B, No. 53, p. 91 (voto disidente de Anzilotti). Ver también las consideraciones del árbitro en la sentencia sobre la isla de Lamu (17.VIII.1889), LA FONTAINE, *Pasicrisie Internationale*, Berne, 1902, p. 337.

35. Por ejemplo, el acuerdo de un "cese de fuego" entre dos ejércitos mediante signos con banderas.

36. Cfr. *C.P.J.I.*, Série A, No. 15, p. 24; *C.I.J.*, Recueil, 1951, p. 78 y la sentencia arbitral del 22.XII.1963, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, pp. 63 y 66.

37. Cfr. KELSEN, *El contrato y el tratado*, México, 1943, p. 21. VIRALLY, "Sur la notion d'accord", *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Bern, 1980, p. 165.

38. Cfr. SIMMA, *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, Berlin, 1972, p. 77 ss.

39. En cuanto a la práctica entre organizaciones internacionales, ver KARUNATILLEKE, "Essai d'une classification des accords conclus par les Organisations internationales entre elles ou avec des Etats", *Revue Générale de Droit International Public*, 1971, p. 30 ss.



ciente para definir un tratado internacional. Es necesario además hacer referencia al contenido de aquella manifestación de voluntad.

Para aclarar las ideas conviene tomar algunos ejemplos del derecho privado. Supongamos que dos personas deciden celebrar un contrato de compra y venta. Con ese fin redactan un documento en el que consta su intención, pero no indican lo que el uno vende y el otro compra, ni hacen ninguna referencia a su precio. Ambas partes se limitan a expresar que "han resuelto celebrar un contrato de compra y venta". Pues bien, dicho documento, pese a que las partes lo llamen "contrato de compra y venta", no será tal pues en él no consta que se vende nada. Igualmente, si una persona redacta un documento en el que se limita a dar una serie de buenos consejos a sus hijos, eso no será un "testamento" aunque su autor así lo denomine. El testamento debe contener, para ser tal, disposiciones para después de la muerte del autor sobre cuestiones de familia o acerca de sus propios bienes.

En el orden internacional, ocurre una situación semejante. En principio, un acuerdo entre Partes es un tratado si éstas manifiestan su voluntad común de producir una modificación jurídica respecto de la situación existente. Esto sucede primeramente cuando en un tratado se establece una conducta determinada como prohibida, permitida u obligatoria, o sea, cuando se atribuye una obligación, o se otorga una competencia o una facultad, o se adjudica un derecho. Pero también ocurre cuando se precisa, se altera o se extingue un derecho, una obligación o una facultad. La expresión *modificación jurídica* comprende muy diversos casos imaginables como, por ejemplo, el reconocimiento de una obligación hasta ese momento en disputa, la renuncia a un derecho, la reglamentación de su ejercicio, la interpretación de una obligación, etc. En resumen, el tratado internacional contiene una norma o prescripción, esto es, un enunciado modalizado deónticamente, que de alguna manera modifica la situación jurídica existente.

Por esta razón no tienen el carácter de tratado internacional las declaraciones de dos o más Estados en que, por ejemplo, "manifiestan que hoy es un día de gloria para nuestros países", o "consideran de capital importancia la eliminación del analfabetismo", o "formulan votos para el restablecimiento de una paz duradera en la región", o "exteriorizan su satisfacción por la actitud asumida por el Estado S", etc.<sup>40</sup>

40. KELSEN considera las expresiones de este tipo como jurídicamente irrelevantes (*Reine Rechtslehre*, p. 54).



Precisamente en la Conferencia celebrada en Bonn en junio de 1979 para elaborar una convención sobre la conservación de animales migratorios se planteó un interesante debate sobre este tema. El artículo 2, inciso 1, del proyecto de tratado en discusión disponía que los Estados en cuyos territorios vive una especie migratoria deben conservarla y cuidarla por medio de acciones concertadas entre ellos<sup>41</sup>. Un cierto número de Estados no quería admitir en la convención ningún texto que significara una obligación jurídica a su cargo y propuso modificaciones en tal sentido. Así, el artículo 2, inciso 1, fue reemplazado por una fórmula que dice: “las Partes Contratantes reconocen la importancia de la conservación de las especies migratorias”<sup>42</sup>. La delegación de un país sostuvo que no era posible introducir en un tratado internacional fórmulas de ese tipo pues no tenían ningún contenido jurídico, que carecían de seriedad y propuso su supresión<sup>43</sup>. Dijo entonces que era lo mismo que si en el Código penal de un país se reemplazara el artículo que castiga el homicidio con x años de prisión por otro que expresara “es importante no cometer homicidio”. Sin embargo, las razones políticas prevalecieron y la convención de Bonn contiene varios artículos que no son propios de una “convención” internacional.

En el ámbito internacional ocurre con relativa frecuencia que un Estado, en determinadas circunstancias, persigue como fin político la concertación de un tratado internacional sobre un tema específico, pero no puede o no quiere llegar a un acuerdo con la otra o las otras Partes. Entonces opta por negociar un texto que contenga expresiones como las mencionadas anteriormente y luego encarga a sus funcionarios, a la prensa y a los demás medios de comunicación a su servicio que destaquen que “se ha suscripto un tratado internacional y se ha logrado un amplio acuerdo plenamente satisfactorio para ambas Partes”. Lo mismo ocurre también con esas “declaraciones conjuntas” que se suelen firmar con motivo de la visita oficial a un país del Presidente, del Primer Ministro o del Ministro de Asuntos Exteriores de otro Estado<sup>44</sup>.

En la práctica convencional, a veces no resulta tarea fácil precisar

41. *Übereinkommen zur Erhaltung der wandernden wildlebenden Tierarten*, Bonn, 1979, p. 64.

42. *Op. cit.*, p. 8.

43. *Op. cit.*, p. 53.

44. Ver también sobre este tema IKLE, *How Nations Negotiate*, New York-Evanston-London, 1964, p. 15 ss.



en ciertos casos si las Partes contratantes han establecido disposiciones con carácter normativo. Así, en algunos tratados sobre cooperación cultural, científica o técnica es común hallar expresiones tales como "acordarán todas las facilidades posibles", "estimularán el intercambio de técnicos", "estudiarán las medidas para que puedan hacerse proyectos comunes", "estimularán la cooperación", etc. Estas expresiones tienen el sentido de una obligación y, si bien puede resultar difícil determinar si el Estado obligado ha dado cumplimiento en un caso concreto a lo estipulado, ha de considerarse que tienen carácter normativo propio de un tratado internacional<sup>45</sup>. Pero, cuando una convención contiene meras cláusulas potestativas, esto es, cuyo cumplimiento queda enteramente librado a la voluntad del obligado, no puede hablarse de la existencia de un tratado internacional.

Se ha expresado ya que el tratado internacional presupone una manifestación de voluntad tendiente a modificar la situación jurídica existente. Obsérvese que no se indica aquí que dicha manifestación de voluntad tiende a modificar la situación jurídica de las Partes contratantes entre sí, sino que se utiliza la expresión general "situación jurídica existente". Ello implica que puede tratarse tanto de la situación jurídica de las Partes contratantes como de la de otro sujeto del derecho de gentes. En efecto, un tratado o alguna de sus cláusulas pueden limitarse a otorgar ciertos derechos o facultades a un tercer Estado o a una organización internacional, o pueden imponerles obligaciones. Estas cláusulas poseen verdaderamente carácter convencional aunque no modifiquen la situación jurídica existente de las Partes contratantes entre sí. Pueden citarse como ejemplo en este sentido los artículos 4, 5, 6 y 7 del tratado entre la Argentina y el Brasil del 27.VIII.1828 que da origen a la República Oriental del Uruguay<sup>46</sup>.

La cuestión de saber si un tratado prescribe siempre una obligación, otorga un derecho o confiere una facultad, fue objeto de reiteradas consideraciones en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y en la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados<sup>47</sup>. Después de haberse analizado el tema desde 1950, la

45. Cfr. WIDDOWS, "What is an Agreement in International Law?", *The British Year Book of International Law*, 1979, p. 139.

46. PARRY, *The Consolidated Treaty Series*, vol. 79, pp. 4 y 5.

47. Sobre el estudio de este tema en la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Viena, ver ROTTER, "Die Abgrenzung zwischen völkerrechtlicher Vertrag und ausserrechtlicher zwischenstaatlicher Abmachung", *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, München-Salzburg, 1971, p. 427 ss. WIDDOWS, *op.cit.*, *The British Year Book of International Law*, 1979, p. 126 ss.



la Conferencia de Viena no dio una respuesta precisa a esta cuestión. En efecto, el texto final de la Convención define el tratado como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional" (art. 2, inc. 1, a). La Conferencia consideró que la cuestión referente al contenido normativo de los tratados quedaba resuelta con esta definición, pues al expresar "acuerdo ... regido por el derecho internacional" remitía a la solución que daba el derecho internacional general. La Conferencia pensaba, y con razón, que era el derecho internacional general el que determinaba si sólo los tratados con contenido normativo eran tales o si podía haber otros con contenido distinto. Pero la Conferencia no investigó cuál era la solución que daba a esta cuestión el derecho internacional general y no dio ninguna respuesta concreta a nuestro interrogante. Se limitó a hacer una remisión al derecho internacional general.

Según lo expuesto hasta aquí en el análisis de esta segunda característica del tratado, se puede afirmar que éste consiste en una manifestación de voluntad tendiente a modificar la situación jurídica existente. Ahora bien, el orden jurídico internacional no consta sólo de prescripciones normativas, sino que contiene además otros enunciados. En el párrafo 2, c), de este estudio se ha expresado ya que las definiciones también forman parte de un orden jurídico. En las convenciones internacionales es relativamente frecuente hallar definiciones<sup>48</sup>. Estas integran el sistema jurídico internacional y pueden constituir también el contenido de un tratado internacional. Un texto que sólo contenga definiciones puede ser considerado un tratado internacional.

Se llega, entonces, a la conclusión que un tratado internacional presupone una manifestación de voluntad tendiente a modificar la situación jurídica existente o a definir ciertos conceptos. Se trata, pues, de proposiciones normativas o de proposiciones definitorias. Ambas categorías pueden ser comprendidas bajo el nombre de *reglas de derecho*. De este modo, se puede expresar que el tratado internacional presupone una manifestación de voluntad tendiente a establecer una regla de derecho.

Otra cuestión que merece ser examinada es la de saber en cuál orden jurídico el tratado internacional tiende a establecer una regla de

48. Ver, p. ej., el art. 2 de la convención para la prevención y la sanción del genocidio (9.XII.1948); el art. 7 de la Convención de Ginebra sobre el mar territorial y la zona contigua (29.IV.1958); el art. 1 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (18.IV.1961); el art. 1 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares (24.IV.1963); el art. 2, inc. 1, b, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (23.V.1969).



derecho. Los juristas se han ocupado muy pocas veces de esta cuestión y los que lo han hecho llegan a la conclusión de que el tratado internacional tiende a establecer una nueva regla de derecho en el orden internacional<sup>49</sup>. Pero, un análisis detallado de la práctica internacional nos muestra que los Estados se valen de los tratados para establecer reglas de derecho no sólo en el plano internacional, sino también en los órdenes jurídicos internos. Por ejemplo, un tratado internacional puede definir un concepto del derecho civil de los países contratantes. Otro tratado puede introducir en el derecho interno de los Estados una legislación o una reglamentación uniformes<sup>50</sup>. Los Estados suelen crear también mediante un tratado sociedades o personas jurídicas que carecen de subjetividad internacional y que actúan sólo en los órdenes jurídicos internos. Por ejemplo, Brasil y Paraguay crearon mediante el tratado internacional del 26.IV.1973 la entidad binacional Itaipú<sup>51</sup>. Esta entidad tuvo a su cargo el proyecto y la construcción de la gigantesca usina hidroeléctrica que se halla en el río Paraná. Dicha entidad se rige por un estatuto propio que es parte del tratado, pero posee personalidad jurídica sólo en el derecho brasileño y en el paraguayo. Un ejemplo similar es la entidad binacional Yacyretá creada mediante un tratado internacional suscripto entre el Paraguay y la Argentina (3.XII.1973) para construir otra presa hidroeléctrica en el río Paraná. Por último, conviene mencionar también que los tratados de derecho internacional privado contienen sólo reglas relativas al derecho interno de los Estados. Estas convenciones introducen en el orden jurídico de cada Estado contratante normas uniformes sobre conflictos de leyes, pero no establecen ninguna regla de derecho en el plano internacional. Por ejemplo, el tratado de derecho civil internacional de Montevideo (12.II.1889), vigente entre la Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay<sup>52</sup>, contiene sólo disposiciones relativas a conflictos de leyes en materia de domicilio, capacidad, patria potestad, tutela, curatela, sucesiones, filiación, pero no crea derechos, ni obligaciones, ni facultades, ni introduce definiciones en el plano internacional.

49. Ver, en este sentido, MONCAYO-VINUESA-GUTIERREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1977, t. I, pp. 96-97.

50. Ver, p. ej., el Reglamento para la pesca en el río de Tornea, acordado entre Finlandia y Suecia el 10.V.1927 (*League of Nations-Treaty Series*, vol. LXX, p. 215 ss.) y el tratado franco-español sobre la pesca en el Bidasoa del 14.VII.1959 (*Journal officiel de la République Française*, 9.III.1965, p. 1893).

51. *United Nations-Treaty Series*, vol. 923, p. 57 ss.

52. Entre la Argentina, Paraguay y Uruguay rige otro tratado sobre derecho civil internacional suscripto en Montevideo el 19.III.1940.



La práctica convencional mencionada demuestra que existen tratados internacionales que establecen reglas de derecho en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Hay también otras convenciones que establecen reglas de derecho en los órdenes jurídicos internos de otros sujetos de derecho de gentes. Por lo tanto, se puede concluir que el tratado presupone una manifestación de voluntad tendiente a establecer una regla de derecho en cualquier ordenamiento jurídico, pero no sólo en el orden jurídico internacional<sup>53</sup>.

c) Manifestación de voluntad regida directamente por el derecho internacional

Otra característica típica del tratado internacional es que está regido *directamente* por el derecho de gentes. Esto permite distinguir el tratado internacional de otros convenios o acuerdos suscritos principalmente entre Estados miembros de un Estado federal y que se rigen en forma subsidiaria o por analogía por el derecho de gentes. En algunos Estados federales se considera que la Constitución se aplica a las relaciones interprovinciales o intercantonales, pero que en ausencia de normas expresas de aquélla, se aplica subsidiariamente el derecho internacional. Así ocurre en algunos temas como los tratados sobre límites o sobre aprovechamiento de ríos interestatales. En estas hipótesis, el derecho de gentes no es aplicado directamente al tratado, sino que lo es en la medida en que el derecho constitucional del Estado lo permite y en tanto no contradiga alguna de sus normas<sup>54</sup>.

La cuestión más importante que se plantea respecto de esta característica es acerca de los convenios celebrados por sujetos de derecho de gentes con la capacidad suficiente, pero que están regidos por otro orden jurídico, distinto del internacional o que no están sujetos a derecho alguno.

53. Se podrá objetar a esta conclusión que aún en la hipótesis de que un tratado internacional sólo establezca obligaciones y derechos en un orden jurídico interno, siempre puede haber una responsabilidad internacional de una Parte contratante frente a la otra en el caso de incumplimiento. Por ejemplo, si las autoridades judiciales de un Estado no aplican las normas de derecho internacional privado acordadas en un tratado, esa conducta puede dar origen a una responsabilidad internacional. Ello es cierto, pero no invalida lo afirmado en el texto en el sentido de que en ese tratado la manifestación de voluntad de las Partes contratantes tendía sólo a crear derechos y obligaciones en un orden jurídico interno. Obsérvese que la responsabilidad que puede surgir en caso de incumplimiento se funda en otras normas del derecho internacional general, pero no en la regla creada por la manifestación de voluntad común de las Partes contratantes. En el caso de hipótesis, las Partes sólo han tendido a establecer una regla de derecho en los ordenamientos jurídicos internos.

54. KUNZ, "International Law by Analogy", *The American Journal of International Law*, 1951, p. 329 ss.





La primera pregunta que corresponde plantearse es si dos o más sujetos de un ordenamiento jurídico pueden convenir entre sí que una determinada relación se regirá por otro derecho. La respuesta a esta cuestión depende del contenido del orden jurídico, en qué medida éste permite a sus sujetos "salir de" dicho orden y regirse por otras normas. En cuanto al orden internacional, sus sujetos pueden convenir que un tratado entre ellos esté sometido a otra ley siempre que dicho tratado no sea contrario al *jus cogens*. Por ejemplo, dos sujetos de derecho de gentes no pueden concertar un acuerdo para fomentar la prostitución y someter dicho acuerdo al derecho de un país que permite tal actividad. Excepto esta limitación, dos sujetos internacionales pueden sustraer sus acuerdos del derecho de gentes y someterlos a otro ordenamiento. Por ejemplo, un Estado puede suscribir con otro Estado un contrato de compra y venta de un terreno y someterlo al derecho local, un Estado puede acordar con otro que la explotación de un río internacional estará sujeta al derecho de un país determinado, etc.<sup>55</sup>

La segunda cuestión que se presenta en esta materia y que ha dado lugar a una interesante bibliografía<sup>56</sup>, es la que consiste en saber si dos sujetos del derecho de gentes pueden convenir algo sin someterlo a un orden jurídico. En el ámbito privado, una persona puede convenir distintas cosas sin estar sujeta al Derecho. Así, un padre puede prometer a su hijo un viaje si obtiene ciertas calificaciones en la Universidad; dos amigos pueden convenir hacer algo conjuntamente-

55. Ver los ejemplos citados por MANN, "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", *The British Year Book of International Law*, 1959, p. 38, y "Die Verträge der Völkerrechtssubjekte und die Parteiautonomie", *Ius et Lex* (Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller), Basel, 1959, p. 471.

56. WENGLER, "Die Abgrenzung zwischen völkerrechtlichen und nichtvölkerrechtlichen Normen im internationalen Verkehr", *Festschrift til Frede Castberg*, 1963, p. 332 ss.; MUNCH, "Unverbindliche Abmachungen im zwischenstaatlichen Bereich", *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye, 1968, p. 214 ss.; MUNCH, "Non-binding Agreements", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1969, p. 1 ss.; ROTTER, "Die Abgrenzung zwischen völkerrechtlichem Vertrag und ausserrechtlicher zwischen staatlicher Abmachung", *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, München-Salzburg, 1971, p. 413 ss.; WENGLER, "Rechtsvertrag, Konsensus und Absichtserklärung im Völkerrecht", *Juristenzeitung*, 1976, p. 193 ss.; SCHACHTER, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", *The American Journal of International Law*, 1977, p. 296 ss.; LAUTERPACHT, "Gentleman's Agreements", *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung* (Festschrift für F.A. Mann), München, 1977, p. 381 ss.; EISEMANN, "Le Gentlemen's agreement comme source du droit international", *Journal du Droit International*, 1979, p. 326 ss.; VIRALLY, "Sur la notion d'accord", *Festschrift für Rudolf Bindstedler*, Bern, 1980, p. 159 ss.- Ver también WENGLER, "Public International Law Paradoxes of a Legal Order", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1977-V, p. 34 ss.



te durante un fin de semana; los miembros de una asociación religiosa pueden acordar realizar en común un acto de devoción, etc. En resumen, el acuerdo o el convenio no es una figura exclusiva del Derecho. Se puede hablar también de acuerdos en el plano religioso, en la familia, entre amigos, todo los cuales no están sometidos al Derecho.

En el plano internacional ocurre algo semejante y es posible imaginar que dos Estados acuerden asumir recíprocamente determinadas conductas sin que ellas puedan ser jurídicamente exigibles. El único límite que los Estados tienen en esta actividad es que no pueden concertar entre sí algo contrario al *jus cogens* amparándose en la excusa de que se trata de un convenio no obligatorio o no regido por el derecho de gentes. El *jus cogens* no permite a los Estados que deroguen sus normas mediante un tratado y que pacten fuera del orden jurídico algo que es contrario a aquél.

Los ejemplos de acuerdos no obligatorios que se suelen mencionar y analizar con más frecuencia son, entre otros, la Conferencia de Yalta y el Acta final de la Conferencia Europea de Seguridad y Cooperación (Helsinki, 1975). El ámbito económico internacional brinda también ejemplos muy interesantes<sup>57</sup>. Para no repetir ejemplos ya conocidos, conviene citar aquí el caso del tratado de la Cuenca del Plata. La Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron el 23 de abril de 1969 un tratado cuyo fin principal es "el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata y de sus áreas de influencia". Para lograr este objetivo, los Estados contratantes acordaron "la realización de estudios, programas y obras, así como la formulación de entendimientos operativos o instrumentos jurídicos que estimen necesarios" (art. 1). El examen de los trabajos preparatorios del tratado aclara suficientemente el lenguaje utilizado. Los representantes de algunos países tenían la idea de que los Estados no tendrían que asumir obligaciones jurídicas en dicho tratado. Uno de ellos sostuvo en un momento que sería lamentable que, por un rigor jurídico, se impidiera la realización del proceso de integración de la Cuenca<sup>58</sup>. En este orden de ideas, se decidió entonces que los Estados podrían concertar entre sí tanto acuerdos jurídicos como "entendimientos operativos". Según los trabajos preparatorios, esta expresión "entendimientos operativos" significa un acuerdo desprovisto de

57. Ver en este sentido ROESSLER, "Law, De Facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations", *German Yearbook of International Law*, 1978, p. 40 ss.

58. *Comité Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata*, Acta No. 61 (27.II.1969), p. 34.



obligatoriedad jurídica<sup>59</sup>. En el caso del tratado de la Cuenca del Plata ocurre, pues, que las Partes contratantes han acordado lograr los objetivos indicados en él mediante convenios jurídicamente obligatorios y mediante otros acuerdos no obligatorios.

Para determinar, en un caso concreto, si se trata de un tratado obligatorio o de un acuerdo no obligatorio se ha de tener especialmente en cuenta la voluntad de las Partes contratantes expresada en el texto acordado. En principio, y salvo las reglas de *jus cogens* mencionadas, las Partes pueden determinar si el convenio que conciertan se someterá al derecho internacional. Pero si un acuerdo, pese a la declaración de las Partes en el sentido de que se trata de un convenio no obligatorio, es respetado por ellas en la práctica posterior como si fuera un tratado jurídicamente vinculatorio, dicho acuerdo puede convertirse en tal debido a esta práctica que implica una modificación de lo convenido originariamente. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando en un acuerdo un Estado toma represalias respecto del otro cada vez que éste comete una infracción y estos actos son interpretados por este último como sanción por el incumplimiento de una obligación.

Dentro de la característica que examinamos puede plantearse también la pregunta acerca de si son tratados internacionales los acuerdos regidos sólo parcialmente, o sea, en ciertos aspectos, por el derecho de gentes. Es posible que un acuerdo entre dos sujetos internacionales estipule que ciertas obligaciones se regirán por el derecho de gentes, otras por el derecho de una de las Partes contratantes y algunas otras por el orden jurídico de un tercer país<sup>60</sup>. Si bien el convenio se sujeta parcialmente a distintos órdenes jurídicos, hay que distinguir entre el derecho en virtud del cual el convenio es celebrado y los órdenes jurídicos que son aplicables como derecho material a ciertos aspectos del convenio. Lo que aquí importa es precisar si las Partes contratantes han celebrado el acuerdo en virtud del derecho de gentes y, utilizando la libertad que este orden jurídico brinda a las Partes, éstas han decidido aplicar a ciertos aspectos del convenio el derecho de uno o varios países. Si así fuere, se estará en presencia de un tratado internacional. Si, por el contrario, las Partes han celebrado

59. Cfr. *Comité Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata*, Acta No. 61, p. 30: "Trataremos de tener esquemas operativos con todos los países y con cada cual, pero no queremos una obligación jurídica...".

60. Esto suele ocurrir en los acuerdos cuasi-internacionales. Ver WEIL, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, 1974, pp. 319-320.



el convenio en el marco de un orden jurídico estatal y, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad reconocido por dicho orden, ellas resuelven aplicar a ciertos aspectos del acuerdo el derecho internacional, dicho acuerdo no será un tratado internacional. El derecho de gentes no es aplicado en este caso *directamente*, sino por disposición o por autorización de un orden jurídico interno. Es necesario, pues, distinguir entre el derecho que regula la celebración del convenio y las normas jurídicas que se aplican a ciertos aspectos del convenio por disposición o por autorización de aquél.

## 6. Conclusiones

El análisis que antecede permite llegar a las siguientes conclusiones finales:

a) En el derecho internacional existe una regla de carácter conceptual que suministra las características de los tratados internacionales y permite identificarlos como reglas de derecho válido.

b) El tratado internacional se caracteriza por ser creado mediante una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho de gentes con capacidad suficiente, tendiente a establecer una regla de derecho en un ordenamiento jurídico y que está regida directamente por el derecho internacional.