

CAPÍTULO VII

ESTRUCTURA, SENTIDO Y FUNDAMENTO DE LA NORMA *PACTA SUNT SERVANDA*

1. Fundamentos de la norma *pacta sunt servanda* 97
2. Estructura y sentido de la norma *pacta sunt servanda* 99
3. Más allá de la santidad de lo pactado 101

CAPÍTULO VII

ESTRUCTURA, SENTIDO Y FUNDAMENTO DE LA NORMA PACTA SUNT SERVANDA

SUMARIO: 1. *Fundamentos de la norma pacta sunt servanda.* 2. *Estructura y sentido de la norma pacta sunt servanda.* 3. *Más allá de la santidad de lo pactado.*

1. *Fundamentos de la norma pacta sunt servanda*

Se suele fundamentar el Derecho Internacional en la norma *pacta sunt servanda*. Una fundamentación de esta especie adolece de falta de radicalidad. No vamos a negar que el respeto de los tratados es condición de la existencia de un orden internacional. Pero un tratado no se respeta por el solo hecho de que es tratado, ni el pacto puede servir de fundamento último al Derecho Internacional. Si el hombre y las naciones son entidades abiertas, no conformadas por la naturaleza hasta el final, tienen que autodeterminarse en base al espíritu y sobre un orden jurídico. Responsable de sus hechos, culpable de sus transgresiones al orden jurídico, digno en cuanto persona, el hombre posee *a nativitate* el derecho a la libertad existencial, el derecho de autoconformación y los derechos esenciales a la persona. El hombre en estado de proyecto social da origen a la norma jurídica. Si el jurista no sabe leer en la óptica integral del hombre, no va a ver el Derecho, sino su sombra en la letra de los códigos o de los tratados. Además de ser un ser axiotrópico, el hombre es un programa existencial valioso, un proyecto de poder y deber, una posibilidad de poder hacer y poder existir en el mundo, una libertad justamente delimitada por las otras libertades. Toda esta realidad de Derecho emergente, toda esta dimensión jurídica del hombre acaece antes de que las normas cristalicen. Hay un poder hacer y un poder existir intencionalmente referidos a la justicia —no a la arbitrariedad— que estructuran el Derecho. Antes de que los pactos sean obligatorios está la posibilidad de poder hacerlos y de poder exigirlos intencional-

mente referida a la justicia internacional. En la dimensión jurídica y ecuménica del hombre y de las naciones fundamentamos nosotros el Derecho Internacional.

La estabilidad del orden jurídico internacional está basada, en buena parte, en el respeto de los tratados. Es imperativo de convivencia pacífica restablecer la confianza en la disciplina jurídica de las relaciones internacionales. Por los tratados se previenen disensiones. Las cláusulas pueden impedir el surgimiento de controversias. Y en caso de que surjan, los tratados reglamentan su solución pacífica. Cuando pierden eficacia los tratados, la decisión queda confiada a las armas. Está muy bien que se restablezca la función vital y moral que le corresponde a la norma *pacta sunt servanda* (hay que cumplir lo pactado) en las relaciones jurídicas interestatales. Vale la pena establecer y fortificar instituciones internacionales que garanticen el fiel cumplimiento de los tratados. Hasta ahora, la desconfianza gravita como peso deprimente sobre el Derecho Internacional. La segura convivencia de los pueblos se logra a base de verdad, de justicia, de constancia y de fidelidad en la observancia de los pactos internacionales.

Si se pretende alejar los incentivos para recurrir a la violencia no basta la norma *pacta sunt servanda*. La crisis de la fidelidad y de la recíproca confianza, refleja una grave crisis de índole moral. El maquiavelismo político y jurídico pretende divorciar al Derecho de la moral. En el ámbito de las relaciones internacionales opera un utilitarismo desenfrenado e intolerante. La llamada voluntad de poder de las naciones no reconoce límites a su arbitrariedad. Las fórmulas positivas de los tratados son consideradas válidas, no por estar basadas en la justicia, sino simplemente por ser positivas. El positivismo jurídico imperante no advierte la relación esencial entre la categoría de lo justo y de lo jurídico. Nada de raro tiene esa ignorancia de los positivistas en torno al Derecho natural que fundamenta el Derecho positivo. Lo único que quieren ver es el "dato positivo". Todo es cuestión de "tratados negociados, firmados, ratificados, y regularmente violados". Sus ojos permanecen cerrados para la visión ética y crítica de la realidad concreta de los tratados. No advierten que un tratado puede llevar en su seno el germen de su destrucción por falta de justicia interior.

¿Cómo fundamentar una jurisdicción superestatal sobre supuestos positivistas? Si el cumplimiento de los tratados no obedece a razones de justicia intrínseca, sólo resta la autotutela, esto es, la guerra. La norma *pacta sunt servanda* no tiene un fundamento

exclusivamente jurídico-positivo. Tampoco se justifica hablando de un mero postulado. Se nos quiere hacer creer que la *Grundnorm* es un axioma que vale en cuanto es y no en cuanto se justifica. El agnosticismo ético no satisface las exigencias de la naturaleza moral y jurídica del hombre. Para explicar el Derecho positivo hay que salir del Derecho positivo. Recurrir al Derecho Natural no significa separarse del Derecho. Cuando se amplía la investigación se puede llegar a la razón de ser y a la legitimación moral del Derecho. Tratados y convenciones internacionales declinan cuando escasea la fuerza de razón y la ética interior que vivifica. "*In tota iurisprudencia nihil est quod minus legaliter tractari possit quam ipsa principia*", afirmó Winkler en frase lapidaria. El Derecho —y los tratados no son una excepción— tiene su génesis en un mundo que está más allá de la esfera del Derecho positivo. A este mundo emergente denominé la dimensión jurídica del hombre.

Resulta grotesco calificar a los ideales como quimeras o utopías sin valor. Los ideales no están fuera de la historia ni están desvinculados de la naturaleza humana. Son concretas posibilidades de realización con acento axiológico. Preguntarse por qué los tratados deben ser respetados, equivale a salirse del positivismo para ingresar en la razonabilidad de la normatividad. La *ratio obligandi* tiene un fundamento moral. La voluntad de los Estados, si no tiene por objeto la justicia, no constituye el Derecho Internacional. No confundamos las simples imposiciones al vencido con los tratados que responden a las exigencias de la justicia. Antes de que se manifieste la voluntad del Estado en un pacto o tratado hay contenidos justos o injustos. Al cambiarse las situaciones de hecho, un tratado puede tornarse injusto.

Las relaciones internacionales en su integridad no pueden satisfacerse con decretar, como lo hacen Anzilotti y Kelsen, que la norma *pacta sunt servanda* es un mero postulado y, como tal, injustificable. El fundamento último de la norma *pacta sunt servanda* ha de ser buscado en la virtud moral de la justicia y en la dimensión jurídica del hombre.

2. Estructura y sentido de la norma *pacta sunt servanda*

En la antigüedad se habló del fundamento religioso de la inviolabilidad de los tratados. Se pensaba en la sacralidad de la norma *pacta sunt servanda*. Los tratados debían respetarse porque Dios mismo es testigo, garante y juez de las obligaciones contraídas. El

feudalismo y la caballería, en la Edad Media, invocaban la lealtad y el honor.

En la Edad Moderna se omite el carácter sagrado de la norma *pacta sunt servanda* y se aducen consideraciones jurídicas subjetivas y voluntaristas: costumbre, consentimiento, autolimitación y voluntad común. Cuando se habla de *costumbre* se olvida que la misma expresa una manera de realizarse los sucesos, pero nunca la razón de que deban realizarse de un cierto modo y no de otro. Recordemos que no basta la *inveterata consuetudo*, se requiere la *opinio iuris ac necessitatis*. Cuando se aduce que un tratado obliga por *el consentimiento* del que pacta, se aplaza y complica la solución. ¿Por qué obliga y vincula un tratado? ¿Por qué el Derecho Internacional limita y disciplina las voluntades de los Estados? Estas preguntas no encuentran respuesta en la teoría del consentimiento indiscriminado de un Estado. Aunque el consentimiento sea una condición de la existencia del acuerdo positivo, no puede considerársele como *causa* primordial de la norma *pacta sunt servanda*. Hay obligaciones y derechos naturales que se imponen independientemente del consentimiento. El Estado puede aceptar tratados porque los estima justos o porque los considera como un mal menor. Al restablecerse la igualdad de fuerzas cesa la necesidad de haberlo consentido contra Derecho. Cuando se invoca la *autolimitación* de la voluntad de los Estados como fundamento del orden internacional, se acepta, implícitamente, que esa voluntad puede deshacer lo que hizo. Más que a fundamentar el orden internacional, yo diría que la tesis de la autolimitación tiende a derruirlo. Cuando se sostiene que la *voluntad común* de los Estados (*Gemeinwille*) es la fuente superior de la norma *pacta sunt servanda* se cae en incongruencia. Por una parte, se aduce la fusión de voluntades individuales; por otra parte, se abre la puerta a que las mismas voluntades vacíen la *Gemeinwille* (voluntad común), o se anulan las voluntades al vincularse permanentemente a la voluntad común.

Para explicar la estructura de la norma *pacta sunt servanda* se han formulado teorías de orientación objetivista basadas en valores: persona, solidaridad, bien común, orden objetivo, derecho de naturaleza. *La persona*, realidad moral trascendente, impone el deber de respetar la personalidad del Estado. De otra suerte se violarían el honor y dignidad estatal. La independencia y la integridad de un Estado no pueden ser violadas por un tratado. Las obligaciones están limitadas por la justicia intrínseca. *La solidari-*

dad, que liga a los Estados, también se ofrece como base de la exigencia de *pacta sunt servanda*. Trátese de una conciencia, de un sentimiento que fundamenta la cooperación entre pueblos necesaria y naturalmente asociados. Violar los compromisos es atentar contra la solidaridad. Respetar los pactos es corroborar la solidaridad. Todo ello puede ser cierto, pero habría que justificar, previamente, la exigencia de la solidaridad. La solidaridad entendida como un utilitarismo colectivo, a la manera de Duguit, no puede ser razón última de la obligatoriedad de los tratados. El *bien común* de la *civitas maxima gentium* es la más alta expresión de solidaridad y el principio de respeto a la norma *pacta sunt servanda*. Si los pactos carecen de obligatoriedad, habría que renunciar a todo ordenamiento jurídico. Y si se renuncia al orden jurídico se acaba la posibilidad de establecer el bien público internacional. El *orden objetivo* valoriza las proyectadas relaciones interestatales. La finalidad objetiva, en cuanto valiosa, prevalece sobre la voluntad subjetiva orientada. Si la obligación de los tratados se deduce de un principio que preexiste a los tratados, es preciso apoyarse en el *Derecho Natural*. Entiendo por Derecho Natural el conjunto de principios o normas, intrínsecamente justos, cognoscibles por la sola razón natural y congruentes con la cabal naturaleza humana, individual y socialmente considerada, que regulan y limitan la libre actividad de los particulares para la consecución armónica de los fines individuales y colectivos. El Derecho Natural trasciende la voluntad de los Estados particulares.

La necesidad de obrar según justicia se deduce de la naturaleza racional del ser humano. Si nos olvidamos del Derecho Natural como fundamental exigencia de la justicia, el contractualismo se deshace y el orden internacional se derrumba. El doble imperativo de la justicia: *alterum non laedere* y *suum cuique tribuere* fundamenta la norma *pacta sunt servanda*. Violar un tratado es violar la justicia internacional y lesionar a otro Estado. Guardar la fe a la palabra dada es imperativo moral que se impone al interés particular. Apelar a la justicia es apelar al Derecho Natural. Y apelar al Derecho Natural es apelar a la dimensión jurídica del hombre antes de que las normas cristalicen.

3. Más allá de la santidad de lo pactado

Del hecho de que la mayor parte del Derecho Internacional positivo de hoy día deriva de los convenios entre los Estados (pactos,

convenciones, protocolos, actas generales), no cabe deducir que el principio básico del Derecho Internacional sea “la santidad de lo pactado”. Desde los tiempos de Vitoria y de Grocio, el Derecho Internacional se ha venido ocupando de la norma *pacta sunt servanda*. No obstante, falta, a nuestro juicio, mayor radicalidad, más honda penetración en el estudio de la fuerza obligatoria de la norma *pacta sunt servanda*, de la vinculación jurídica interestatal que implica, el inicio de su vigencia y de su desaparición.

La producción de deberes jurídicamente vinculantes, entre los Estados, reposa, próximamente, sobre la máxima *pacta sunt servanda*. Pero esta máxima, a su vez, se apoya en el Derecho Natural. Y el Derecho Natural surge de la dimensión jurídico-ecuménica del hombre.

Un convenio jurídico interestatal supone capacidad jurídica de los Estados pactantes, licitud del objeto pactado y libre decisión. No obstante decir que lo pactado obliga. Es menester dejar la palabra a la ética social internacional. Se impone, además, la necesidad de una jurisdicción internacional para eliminar las injusticias de los tratados ilícitos y de los tratados obtenidos por coacción. Es inválido, por ejemplo, el tratado de paz firmado *a fortiori* por un Estado vencido en una guerra injusta. Pero se requiere la jurisdicción internacional para evitar el peligro de que cada Estado se considere injustamente tratado —peligro subjetivista— y tenga por nulo e ineficaz el tratado que firmó. La jurisdicción internacional obligatoria evita guerras.

Un convenio termina, normalmente, por el cumplimiento del término pactado, por la realización de los fines previstos o por la rescisión consentida. Cuando una de las partes infringe el convenio, la otra parte queda relevada de su obligación. Pero, ¿quién determina la infracción del convenio? Nuevamente se pone de manifiesto la importancia de la jurisdicción internacional forzosa. Mientras la fuerza vinculante de los convenios deriva de la voluntad de los pactantes, el Derecho Internacional deriva su obligatoriedad del Derecho Natural. Toda normatividad presupone un *valor* que debe realizarse a través de las leyes, contratos, sentencias o jurisprudencia de un tribunal. Además del Derecho Natural y del positivo, hay unos principios generales de Derecho deducidos inmediatamente de la idea de Derecho. *La fuerza obligatoria de todo el Derecho Internacional no se apoya en la norma pacta sunt servanda, sino en el hombre socialmente considerado, dotado de razón y axiotropismo, con vocación para la socio-síntesis pacífica y*

*amorosa y no para el caos. Es lo que llamo la dimensión jurídico-ecuménica del hombre. Desde esta dimensión el Derecho Internacional es un auténtico Derecho y no un simple sistema de promesas entre Estados iguales y coordinados. La santidad de lo pactado no puede rebasar el fundamento voluntarista. La dimensión jurídica y ecuménica del hombre sirve de principio objetivo general al Derecho Internacional. La norma *pacta sunt servanda* sólo puede ser aplicable al Derecho convencional y supone, para que sirva de base objetiva, al Derecho Natural. Si la consideramos como una norma fundamental hipotética —caso de H. Kelsen—, le damos un carácter provisional y la subordinamos a la prueba (toda hipótesis debe ser probada). Si la convertimos en una norma consuetudinaria del Derecho Internacional —caso de J. L. Kunz—, caemos en un contrasentido porque la costumbre es fruto de una voluntad y la voluntad, por sí misma, carece de fuerza obligatoria. Además, menester es recordarlo, la costumbre jurídica internacional obliga aun a los no pactantes. Las normas jurídicas del Derecho Internacional no son puras creaciones lógicas abstractas. El principio básico de la dimensión jurídico-ecuménica del hombre no desdeña, como Kelsen, la experiencia ni se sustenta en el relativismo de una hipótesis. La soberanía impersonal del Derecho sería mero capricho o fantaseo sin el fundamento real de un poder hacer y un poder exigir intencionalmente referidos a la justicia y radicados en un ser axiográfico que es un programa existencial valioso, un proyecto de poder y deber, una libertad justamente delimitada por las otras libertades. Los hombres y la comunidad internacional se autodeterminan en base al espíritu y sobre un orden jurídico. El hombre en estado de proyecto social da origen a la norma jurídica. Si el iusinternacionalista no sabe leer en la óptica integral del hombre, no va a ver el Derecho, sino su sombra en la norma *pacta sunt servanda* y en la letra de los tratados, costumbres, sentencias y jurisprudencia de los tribunales.*