



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

“LOS DESACUERDOS TEÓRICOS EN LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES”

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA

SALVADOR GUERRERO NAVARRO

DIRECTOR DE TESIS: DR. GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA ADÁN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX.,

FEBRERO DE 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

“[...] los libros siempre hablan de otros libros y cada historia cuenta una historia que ya se ha contado.”

Umberto Eco, Apéndice de *El nombre de la rosa*.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo 1. El Interpretativismo de Dworkin	4
1.1. Punto de partida: la teoría analítica	5
1.2. Los desacuerdos teóricos en el derecho	8
1.3. El aguijón semántico	14
1.4. Conceptos interpretativos	19
1.5. Fases de la interpretación de Dworkin	28
1.6. La naturaleza de las normas jurídicas: reglas y principios	31
1.7. La réplica de Hart	34
Capítulo 2. La interpretación de tratados internacionales	38
2.1. La interpretación de tratados antes de la Convención de Viena	38
2.2. El paradigma de la Convención de Viena	44
2.2.1. La voluntad estatal (buena fe)	46
2.2.2. Interpretación literal	46
2.2.3. Interpretación sistemática	51
2.2.4. Interpretación teleológica	59
2.2.5. Medios complementarios (artículo 32)	60

2.2.6 El artículo 33 de la Convención de Viena	67
Capítulo 3. La interpretación de tratados internacionales y los desacuerdos teóricos	77
3.1. El Derecho Internacional como concepto interpretativo	78
3.2. Un nuevo punto de partida: el aguijón semántico y la Convención de Viena	84
3.3. La evidencia de los desacuerdos teóricos.....	91
3.4. Casi un epílogo. Reflexiones finales	105
Conclusiones	108
Fuentes de consulta.....	110

INTRODUCCIÓN

En una de sus obras principales, Ronald Dworkin afirmó que en el derecho existen desacuerdos teóricos sobre las proposiciones que conforman al sistema jurídico. Las consecuencias de esta aseveración implican que los operadores jurídicos debaten ante los tribunales cuáles son los fundamentos del derecho, en los que involucran interpretaciones constructivas sobre la mejor manera de entenderlo.

Dentro de las proposiciones jurídicas más importantes están las de índole moral o político. En consecuencia, afirmar la existencia de desacuerdos teóricos es reconocer que en la práctica del derecho necesariamente se realizan evaluaciones morales. Dicha conexión es vista por la teoría positivista como un error, ya que la tarea de la teoría del derecho debería ser explicativa y moralmente neutral, sin que se tomen en consideración aspectos morales o políticos, que son contingentes. Precisamente, una de las críticas más importantes a la teoría de Dworkin es que al explicar los fundamentos del derecho de un lugar, en tanto espacio geográfico determinado, pierde su carácter general y abstracto, por lo que no es posible adaptarla a todos los sistemas jurídicos.

El presente trabajo surge como respuesta a este argumento. El planteamiento que se pretende resolver es si la teoría interpretativista de Dworkin también es aplicable al derecho internacional público. Una cuestión tan abierta y vaga, podría contestarse rápidamente de forma afirmativa, en tanto el derecho internacional forma parte del fenómeno jurídico.

Pero las consecuencias de trasladar el pensamiento de Dworkin podrían cuestionar los fundamentos del derecho internacional, como la noción de voluntad estatal para la construcción de obligaciones internacionales.

Las precisiones metodológicas ayudarán a definir un campo acertado del derecho internacional. En primer lugar, podrían destacarse varios aspectos de la teoría de Dworkin como la presencia de principios, la presencia de la teoría del hecho evidente, o incluso la discrecionalidad judicial. Sin embargo, la abstracción generalizada más amplia de su teoría, podría encontrarse en los desacuerdos teóricos, ya que ubicar su existencia desencadena la presencia del aguijón semántico y la aplicación de conceptos interpretativos. Estos conceptos son parte del programa de Dworkin del derecho como integridad.

En segundo lugar, no se pretende abarcar todo el derecho internacional. Por una parte se ceñirá a delimitar los desacuerdos teóricos en el ámbito de la interpretación de tratados internacionales. Esto excluye la interpretación de otras normas como la costumbre, los precedentes judiciales, o el *soft law*. Y por otra parte, se limitará a observar el ejercicio hermenéutico de los tribunales internacionales. Principalmente por la Corte Internacional de Justicia. De manera paralela se mostrarán algunos ejemplos de otros tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Internacional de Derecho del Mar. La remisión a estos tribunales será para dar una muestra representativa de la existencia de desacuerdos teóricos en otros contextos normativos.

Uno de los objetivos secundarios de este trabajo es explicar, desde un punto de vista distinto, el principio de voluntad de los Estados. Para ello, será abordado un amplio estudio sobre la regla de interpretación de tratados internacionales, en el que se ha encumbrado la voluntad de los Estados. La explicación de este fenómeno es por razones históricas, ya que el derecho internacional ha descansado en la voluntariedad para que el sistema de naciones funcione. Pero esta visión se ha modificado, y esta investigación propone

incorporar a la voluntad estatal en virtud de una interpretación constructiva del derecho.

Esta inversión metodológica puede explicar al derecho internacional de mejor forma. En lugar de privilegiar la interpretación como parte de la voluntad estatal, se propone recoger a la voluntad de los Estados en tanto sea una manera de construir un concepto interpretativo que demuestre la mejor idea del derecho.

Esta investigación está dividida en tres capítulos. El primero es el marco teórico, en el que se exponen las principales tesis de Dworkin y algunas críticas para tener en cuenta al momento de designar al derecho internacional como concepto interpretativo.

El segundo capítulo es un estudio monográfico sobre la interpretación de tratados internacionales. La primera parte aborda cuáles eran los cánones interpretativos en 1535. La segunda parte reconstruye los métodos de interpretación previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y sus desarrollos de la Comisión de Derecho Internacional y de la Corte Internacional de Justicia.

Finalmente, el tercer capítulo es la aplicación de las principales ideas de la teoría de Dworkin. El planteamiento inicia con una invitación a ver al derecho internacional como concepto interpretativo y posteriormente a ver a la voluntad de los Estados como parte del agujón semántico del derecho. La última parte se exponen dos casos resueltos por la Corte Internacional de Justicia en los que se incluyen las nociones de concepto interpretativo, agujón semántico y principios. De esa manera se comprueba la existencia de desacuerdos teóricos presentes en los tribunales internacionales al momento de interpretar un tratado.

CAPÍTULO 1. EL INTERPRETATIVISMO DE DWORKIN

El propósito del presente capítulo es explicar la teoría interpretativista de Ronald Dworkin y en específico desarrollar la idea de los desacuerdos teóricos en el derecho. La forma en que se expondrá será iniciar con los postulados de la teoría positivista. Posteriormente, se analizarán los argumentos de Dworkin sobre la existencia de los desacuerdos teóricos en el derecho.

La idea de los desacuerdos teóricos en el derecho son importantes para la teoría de Dworkin, ya que en apariencia ningún operador jurídico discrepa sobre el derecho. Incluso, si alguien llegara a tener alguna diferencia, es visto como una mentira, porque es evidente que el derecho está dado por hechos históricos. De acuerdo a este tipo de visiones, sólo es posible tener dudas cuando existen conceptos vagos o no claros. A esta noción, en el que las personas disienten sobre los significados vagos y no sobre el núcleo de los conceptos, se le denomina agujón semántico.

Luego, será presentada la idea de los principios interpretativos. En este apartado se destacará la idea de la intención del legislador como estados mentales. Esta idea, que parece tentadora para la teoría del derecho porque remite a una respuesta inequívoca, tiene diversas consecuencias negativas para un operador jurídico. Aunque no hay que descartar tan rápido la idea de la intención, porque a decir de Dworkin, puede ser un buen método en tanto evoque al derecho como integridad.

En otro apartado será presentada la diferencia entre reglas y principios, ya que a consideración de Dworkin, es el mejor fundamento para argumentar en contra de las teorías positivistas. Para este estudio, los principios son relevantes porque forman parte de los procesos interpretativos de un concepto.

Finalmente, este capítulo termina con dos réplicas de Hart a la teoría de Dworkin. La primera es el método que impide tener una teoría general del derecho, y la segunda, es la ausencia del aguijón semántico en la teoría positivista. Estos son los puntos de discusión que en el tercer capítulo serán retomados para demostrar que existen desacuerdos teóricos en el derecho internacional.

1.1. PUNTO DE PARTIDA: LA TEORÍA ANALÍTICA

La teoría analítica del derecho ¹ tiene como finalidad establecer las condiciones suficientes y necesarias para la construcción del concepto de derecho.² El principal expositor de esta teoría fue H.L. Hart, quien en su libro “El concepto de Derecho” indicó que la vaguedad y amplitud de la palabra derecho impedía elaborar una definición del fenómeno jurídico.³

El postulado de Hart era crear un concepto de derecho lo suficientemente amplio para abarcar a todos los sistemas jurídicos, de tal manera que describiera las características comunes tanto del derecho en el Imperio Romano, como en Estados Unidos del siglo XX. Al realizar un análisis conceptual pretendía elaborar una teoría moralmente neutra y sólo descriptiva. De esta manera, impediría que nociones contingentes de justicia o política se incluyeran en el concepto, porque ellas varían en cada época y lugar.⁴

La teoría analítica supuso una ruptura en la filosofía del derecho, ya que por un lado se realizó análisis conceptual y por otro teoría normativa. Este último tipo

¹ A lo largo de este trabajo serán utilizados los términos “positivismo jurídico” o “teoría analítica” como sinónimos para describir la postura de Hart.

² Cfr. Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. Juan Vega Gómez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 27.

³ Hart, H. L., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 18 – ss.

⁴ Cfr. Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 11 – 12.

de teorías realizan estudios sobre el contenido de las normas jurídicas, de tal manera que se pregunta sobre su pertinencia o justificación moral, política o económica.

Para Dworkin, la división fue errónea debido a que cada una de las teorías fue dominada por alguna postura que incluso resultaban contradictorias. En las teorías conceptuales predominó el positivismo y en las normativas el utilitarismo. En su concepción, una teoría general del derecho debía incluir a la vez una teoría conceptual y una normativa.⁵

Las teorías positivas, en las que se encuentra la jurisprudencia analítica de Hart, postulan que las normas jurídicas tienen ciertas características que pueden diferenciarlas de otro tipo de prácticas sociales, como la moral o la religión. En su análisis, Hart reconoce que el derecho contiene pautas de conducta que guían la conducta humana, pero que en sociedades modernas el sistema normativo tiende a complejizarse.

Para Hart existirían tres problemáticas derivadas de la gran cantidad de normas que imponen obligaciones jurídicas.⁶ La primera es la falta de certeza, debido a que muchas normas jurídicas podrían confundirse con hábitos o reglas de convivencia. El segundo problema es el carácter estático del derecho. El tercer problema es la difusa presión social para hacer cumplir las normas jurídicas, de tal manera que es necesario contar con reglas claras para conocer qué autoridad es la encargada de aplicar el derecho.

A las normas jurídicas que imponen obligaciones Hart las nombró reglas primarias, y a las que solucionan las tres problemáticas descritas, normas secundarias. Estas normas son: de reconocimiento, que otorga certeza a cuáles normas son parte del derecho; de cambio, las que indican el método para reformar

⁵ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª ed., trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989, p. 32.

⁶ Hart, H. L., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 115 – 120.

las normas; y de adjudicación, las que facultan a alguna persona a juzgar a quien haya incumplido con el derecho.

Con ello, Hart llegó a la conclusión siguiente: “los rasgos distintivos del derecho son proveer mediante reglas secundarias a la identificación, cambio y ejecución de sus estándares y la pretensión general de prioridad sobre otros estándares”.⁷

Para Dworkin, el positivismo parte de tres postulados: la tesis del *pedigree*, el de discrecionalidad y de la obligación jurídica.⁸ El primero implica que el derecho está integrado de normas jurídicas que guían la conducta de las personas. Dichas normas pueden ser distinguidas de otras por criterios que no involucran su contenido, sino por algún otro rasgo, como la manera en que fueron creadas. Como ejemplo, para Raz, la totalidad del derecho surge de hechos sociales, los cuales no necesitan elementos argumentativos o valoración moral para ser derecho.⁹

Bajo esta perspectiva, es posible comprobar que una norma existe si es publicada en el periódico oficial de un Estado o si la mayoría de diputados en un Congreso aprobaron una ley. A consideración de Dworkin, esta prueba de *pedigree* es la que Hart caracteriza como regla de reconocimiento.

El segundo postulado del positivismo afirma que el derecho se reduce a las normas jurídicas, por lo que si un caso no se ajusta a ellas por ser vagas, un funcionario puede decidir. Esto es llamado discreción, y la decisión que tome será para crear una nueva norma, o ampliar el contenido de una norma existente.

El tercer postulado refiere a que alguien con una obligación jurídica puede exigir su cumplimiento, o bien, se le puede prohibir una conducta, porque su supuesto está contemplado en una norma jurídica. Por ello, ante la ausencia de

⁷ Hart, H.L.A., Post scriptum al concepto de derecho, op. cit., p. 24.

⁸ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 65 – 66.

⁹ Cfr. Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 228.

una norma, no existe obligación jurídica. En consecuencia, si un juez decide que una persona tiene una obligación es porque se encuentra respaldado por el material jurídico preexistente.

A lo largo de sus escritos, Dworkin se encargó de criticar los postulados del positivismo, ya que desde su punto de vista esta doctrina no era interesante para el trabajo de los abogados o jueces, y tampoco resultaba útil para las tareas que desarrollaban.¹⁰

1.2. LOS DESACUERDOS TEÓRICOS EN EL DERECHO

En su célebre obra *Law's Empire*, Ronald Dworkin identificó que ante los tribunales existen al menos tres tipos de desacuerdos entre los operadores jurídicos: de hecho, morales y de derecho.¹¹ Sobre los primeros desacuerdos, la forma en que pueden solucionarse es a través de un método empírico. Esto puede explicarse a partir de las diferencias entre las partes de una controversia cuando discrepan sobre las circunstancias en que ocurrió determinado hecho. Dworkin afirma que estos desacuerdos pueden surgir, por ejemplo, al cuestionar si una ley fue publicada.

En todas las áreas del derecho son relevantes los desacuerdos sobre los hechos, ya que de ello se encarga la teoría de la prueba. La comprobación empírica puede ser tan sencilla como demostrar a partir del visado en un pasaporte que una persona se encontraba fuera del país, o bien, una prueba tan compleja como la verificación de la paternidad a partir del ADN. Pero ellos no son relevantes para la teoría del derecho porque pueden solucionarse a partir de los avances científicos y tecnológicos de cada época y lugar.

¹⁰ Cfr. Vega Gómez, Juan, *Ensayos de Filosofía Jurídica Analítica*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 40 – 41.

¹¹ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2ª ed., trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2012, pp. 16 – 17.

En segundo lugar, los desacuerdos morales o de fidelidad política son aquellos en los que los operadores jurídicos disienten sobre lo bueno o malo de una acción, de tal forma que podrían preguntarse sobre la justicia de una decisión. Este tipo de dilemas, que son sumamente relevantes, no siempre encuentran cabida en los argumentos que se esgrimen en un tribunal.

Y en tercer lugar, los desacuerdos sobre el derecho están relacionados con los fundamentos del derecho. Al respecto, Dworkin afirma que las personas realizan afirmaciones sobre lo que permite, autoriza o niega el derecho. Como ejemplo de este tipo de aseveraciones es si la ley asigna que a cierta persona (el familiar de una víctima fallecida en un accidente de tráfico) le corresponde una indemnización.

A las afirmaciones sobre lo que el derecho autoriza, permite o niega, Dworkin les asigna el nombre de *propositions of law*,¹² que podríamos traducir como proposiciones sobre el derecho. En lógica se utiliza el término proposición para nombrar a una formulación lingüística que es susceptible de ser verdadera o falsa,¹³ y este es el sentido en que Dworkin utiliza la frase.

Existen algunas proposiciones más importantes a las que denomina *grounds of law*, esto es, los fundamentos de derecho, en los cuales los operadores jurídicos disienten sobre lo que el derecho realmente es. Para Brian Leiter, los fundamentos del derecho son los criterios de validez que debe satisfacer una proposición para ser considerada derecho.¹⁴

¹² Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Oxford University Press, 1986, p. 4.

¹³ Cfr. Copi, Irving M., *Lógica simbólica*, 2ª ed., trad. Andrés Sestier Boulier, México, Compañía Editorial Continental, 2007, p. 16.

¹⁴ Leiter, Brian, "Explaining Theoretical Disagreement", *University Chicago Review*, No. 76, 2009, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=journal_articles, p. 1216.

Para explicar este tipo de desacuerdos, Dworkin utiliza varios casos de tribunales del *common law*.¹⁵ El primero es el caso Elmer Palmer, en el cual el señor Elmer envenenó a su abuelo en Nueva York en 1882, de quien era heredero de toda su fortuna. Su crimen se debió a que su abuelo se había casado de nuevo y temía que lo dejara sin bienes en su testamento. Una vez que se descubrió el crimen, el señor Elmer fue sentenciado penalmente, pero en la vía civil las hijas de su abuelo demandaron ser las legítimas herederas.

La legislación sobre testamentos del estado de Nueva York no contenía ninguna previsión sobre los casos en que el heredero asesinara al *de cuius*, por lo que el abogado del señor Elmer indicó que debido a que el testamento era plenamente válido, cualquier modificación sería contraria a la legislación y se impondría una voluntad distinta a la que fue plasmada en el testamento.

El juez Gray, que votó en la minoría que apoyó a Elmer, argumentó a favor de un tipo de teoría que erróneamente se le denomina “literal”, al tomar las palabras de la legislación fuera de contexto. A su consideración, el texto de la ley era muy claro en que debía heredar la persona que fuera señalada en el testamento. No obstante, hay otras razones por las que el juez Gray se inclinó por esta postura, ya que no sólo era leer literalmente el código, sino impedir que se cambiara la voluntad de quien hace un testamento, aunque sus designios parecieran irracionales, como heredar a su asesino. De igual forma, la privación de la herencia sin que existiera una ley que lo estableciera constituiría un doble castigo para Elmer, quien ya se encontraba en la cárcel.

Por otra parte, en opinión de la mayoría se dio énfasis en la voluntad de los legisladores, por lo que sería absurdo pensar que los redactores de las leyes hubiesen querido que las personas dejaran su herencia a sus asesinos. Esta respuesta sobre la voluntad del legislador, que será abordado posteriormente, para Dworkin constituye una respuesta débil al problema, ya que simplemente la

¹⁵ Cfr. Dworkin, Ronald, El imperio de la justicia, op. cit., pp. 25 – 35.

legislación no era capaz de dar una respuesta a lo que pensaba el legislador sobre este tema.

Otro argumento de la mayoría se centró en hacer respetar los principios generales del derecho, es decir, que la ley y las decisiones de los jueces no deben apartarse de los principios de justicia que están presentes en el sistema jurídico. De ahí que el principio que nadie puede aprovecharse de su propio dolo sea necesario para leerse a la par de la legislación para que le fuera negada la herencia al señor Elmer.

El ejemplo anterior demuestra que ninguno de los jueces tenía un desacuerdo sobre los hechos que generaron la controversia, o si la ley era errónea, sino que ambas opiniones tenían la convicción de seguir la legislación y sólo disputaban sobre lo que el derecho realmente era.

Ahora bien, el segundo caso que analiza Dworkin llamado *snail darter*, versa sobre la protección a una especie de pez endémica que corría peligro por la construcción de un dique. En esta controversia el Secretario del Interior de Estados Unidos, detuvo la construcción de la obra con fundamento en la legislación de protección a especies en peligro.

En los argumentos presentados ante el tribunal se cuestionó la teoría de la intención del legislador porque el Congreso autorizó los fondos para la construcción del dique, de la misma forma que había aprobado la ley de protección de especies. Esta legislación le otorgaba cierta discreción al Secretario del Interior para elaborar las listas de especies protegidas y emprender acciones que permitieran su conservación.

En el tribunal se argumentó que el Congreso de Estados Unidos habría preferido la construcción del dique sobre la conservación del *snail darter*, ya que había destinado los fondos específicos para la obra. En contraste, la protección del pez no era una decisión del Congreso, ya que no recaía en la decisión expresa de los legisladores.

En este caso, la opinión de la mayoría entendió que era relevante la voluntad del legislador, pero no se debía especular sobre lo que el legislador habría decidido en un caso concreto, pese a que no estuviera contemplado por la ley. En la decisión final del tribunal se optó por aplicar el estatuto de forma literal y mantener la decisión del Secretario del Interior, aunque las consecuencias no fueran las esperadas por el Congreso.

El tercer caso en el Dworkin que ejemplifica los desacuerdos teóricos en el derecho es el McLoughlin, que trata sobre una señora en Inglaterra que sufrió un ataque nervioso luego de ver a sus hijos y a su esposo en estado grave por un accidente automovilístico. En casos anteriores, los tribunales británicos habían decidido que las aseguradoras otorgaran una indemnización por daños emocionales a los familiares de las víctimas de un accidente cuando se encontraran en el lugar de los hechos o hubiera pasado poco tiempo. Pero en el caso McLoughlin habían pasado varias horas entre el accidente y la llegada de la familiar.

El tribunal de apelación decidió que la señora McLoughlin no era acreedora a recibir una indemnización, ya que eso sentaría un precedente que desbordaría a los tribunales de demandas infundadas. Pero la instancia superior, la Cámara de los Lores, revocó la sentencia y mandó a instaurar un nuevo juicio en el que no se apartara de la doctrina del precedente. Si bien podrían existir razones de índole política para dejar de aplicar decisiones anteriores, como el posible cúmulo de demandas infundadas, este caso no lo ameritaba. Al final la Cámara de los Lores decidió que los jueces ordinarios podrían distinguir cuando existieran demandas fraudulentas.

El último caso al que hace referencia Dworkin es el Brown, en el cual se prohibió la segregación racial en las escuelas de Estados Unidos. Después de la Guerra Civil norteamericana, en la que se abolió la esclavitud, la Suprema Corte emitió el fallo del caso *Plessy Vs. Ferguson*. Esta sentencia aceptó que los

Estados podrían dar cumplimiento al principio de igualdad si aseguraban iguales instalaciones para afroamericanos y blancos, aunque estuvieran separadas.

Luego de ello, en 1954 la Suprema Corte norteamericana en el caso Brown se apartó de su decisión anterior al reconocer que la cláusula “protección equitativa” de la Constitución norteamericana no permitía la separación racial. Para ello se apoyó en evidencia sociológica y reconoció que la sentencia Plessy pudo estar equivocada. Los detractores de esta decisión indicaron que la segregación racial era inmoral, pero no inconstitucional, por lo que *de facto* la Suprema Corte había hecho una reforma legal.

Las anteriores decisiones dan cuenta de los desacuerdos teóricos en el derecho, ya que establecen con claridad cuando los jueces consideran que hay criterios de validez diferenciados para considerar una proposición como parte del derecho.

Con los casos descritos, Dworkin plantea dos problemáticas sobre criterios de aplicación de diversas fuentes del derecho. El primero es el problema de seguir la doctrina de la voluntad del legislador para conocer el contenido de una ley. Por un parte, en el caso Elmer los jueces decidieron negar la herencia al nieto que asesinó a su abuelo, en virtud del principio que indica que nadie puede aprovecharse de su propio dolo. En ese caso, los jueces hicieron una alusión a la voluntad del legislador, al reconocer que sería irracional que la ley aceptara que la gente heredara de quien han matado.

Por otra parte, en el caso *snail darter* la Corte rechazó que el legislador previera todas las consecuencias de la legislación que aprobara, por lo que debía aplicar las leyes sin importar las intenciones posteriores del Congreso respecto a un caso en concreto.

La segunda problemática planteada es la pertinencia de aplicar la doctrina del precedente, en McLoughlin las razones políticas no eran suficientes para apartarse de las decisiones de los tribunales, en tanto que los jueces en el caso

Brown deliberadamente modificaron el criterio previamente establecido y se apartaron de un fallo anterior. En los siguientes apartados se expondrán los argumentos por los cuales Dworkin explica estas discrepancias.

1.3. EL AGUIJÓN SEMÁNTICO

A criterio de Dworkin, la práctica judicial está plagada de la perspectiva del hecho evidente, es decir, que no existe un desacuerdo entre abogados y jueces respecto a los fundamentos del derecho, ya que al parecer siempre están de acuerdo sobre los parámetros de validez del derecho. Esto implica que no hay discrepancias teóricas, ya que, por ejemplo, todas las personas entenderían claramente que una ley es válida por su forma de creación.

La perspectiva del hecho evidente refleja que los jueces reconocen como obvio lo que dice el derecho, y si discrepan es sólo porque mienten y prefieren sus preferencias políticas o ideológicas sobre la ley. De igual manera, podrían discrepar sólo ante la existencia de un caso dudoso porque la ley no es clara.¹⁶

Bajo esta perspectiva, los operadores jurídicos estarían más interesados por la fidelidad a las normas jurídicas que a las discrepancias en los fundamentos del derecho. Esto se explica porque los tribunales están obligados a acatar la ley, y si una decisión no señalara en qué norma se respalda, su decisión no sería jurídica. Por ello nadie negaría que los jueces deben aplicar la ley sin modificarla.

Para dar un ejemplo cercano a la perspectiva del hecho evidente en el sistema jurídico mexicano será utilizada la Contradicción de Tesis 293/2011 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁷ (en adelante Suprema Corte). Si bien esta resolución no es de un tribunal internacional, el

¹⁶ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 19.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, resolución del 3 de septiembre de 2013.

contenido es sumamente relevante para conocer la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, de tal manera que podría clarificar la perspectiva del hecho evidente para el estudio del derecho internacional.

Uno de los puntos de estudio en esta resolución fue aclarar la jerarquía normativa de los derechos humanos de fuente internacional, dentro del sistema jurídico mexicano. Al respecto, el pleno de la Suprema Corte argumentó que el artículo 1º constitucional contenía una remisión expresa a los derechos humanos contenidos en el texto de la Constitución, así como a los reconocidos en tratados internacionales, de tal forma que ambos actuaban en conjunto como un parámetro de validez normativa para todos los actos de las autoridades del Estado. Sirva de referencia la siguiente determinación del engrose correspondiente:

“[...] el catálogo de derechos humanos comprende tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución como aquéllos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En este orden de ideas, la supremacía constitucional se predica de *todos los derechos humanos* incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo. Esta conclusión se refuerza con el mandato expreso del Poder Reformador de permitir que los derechos humanos de fuente internacional puedan ser empleados como parámetro de validez del resto de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico mexicano, dentro de las cuales se incluyeron expresamente los propios instrumentos internacionales.¹⁸

De igual forma, en la resolución se acordó que de existir una restricción expresa a un derecho humano en el texto constitucional, prevalecería esta última previsión. Esa parte de la decisión fue tomada por una mayoría de diez ministros, aunque varios formularon votos concurrentes en las que se percibe una discrepancia respecto a los alcances de las restricciones.

Votaron a favor las ministras y los ministros siguientes: Gutiérrez Ortiz Mena, Luna Ramos, Franco González, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo,

¹⁸ *Ídem*, p. 48.

Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero, Pérez Dayán y Silva Meza.
Votó en contra el Ministro Cossío Díaz.

Al respecto, el artículo 1º constitucional refiere que el ejercicio de los derechos humanos: “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Los ministros Ortiz y Zaldívar, y la ministra Sánchez Cordero, refirieron que las restricciones únicamente eran las del artículo 29 ante la declaratoria de un estado de excepción. Por otra parte, los ministros Aguilar, Pardo y Franco indicaron que las restricciones a las que aludía el artículo 1º de la Constitución eran todas aquellas contenidas en el texto constitucional en virtud del principio de supremacía constitucional.

El ministro Zaldívar fue ponente en dicho asunto y modificó el proyecto original en el que establecía el bloque de constitucional con los derechos humanos de fuente constitucional e internacional, con la finalidad de agregar la parte de las restricciones expresas. En su voto concurrente se advierte la visión del hecho evidente, ya que considera que lo importante de esa decisión fue consolidar los derechos humanos de fuente internacional y establecerlos como parámetro de validez.

En este orden de ideas, el ministro Zaldívar dio cuenta de la existencia de visiones antagónicas al interior de la Suprema Corte de la siguiente forma:

“Aunque en los términos antes descritos la decisión parecía sencilla, en realidad conllevaba el enfrentamiento de dos formas distintas de entender el derecho: uno según el cual los derechos humanos contenidos en el texto constitucional serían los únicos que se ubicarían en la cúspide de nuestro sistema normativo; y otro que entiende que la protección de los derechos de las personas no depende de las características del instrumento normativo que los reconoce y que sostiene que, desde el punto de vista material, puede

haber normas constitucionales fuera del documento al que formalmente denominamos 'Constitución'".¹⁹

Lo anterior puede explicar la perspectiva del hecho evidente debido a que el Pleno de la Suprema Corte advirtió claramente la existencia de un bloque de constitucionalidad, de tal forma que se superó una visión anacrónica. Sin embargo, las diferentes interpretaciones de las restricciones sólo serían problemáticas de ideología política, por lo que los jueces probablemente estarían mintiendo al no ver que evidentemente las restricciones expresadas de la constitución son las que sólo alude el artículo 29.

En opinión de Dworkin, las teorías del derecho han estado dominadas por la perspectiva del hecho evidente. Las diversas posturas en torno a la naturaleza del derecho se han agrupado en lo que denomina teorías semánticas.²⁰ Estas teorías, que tienen sus principales exponentes en el positivismo, el naturalismo y el realismo, para la mayoría de los filósofos del derecho tienen un mismo criterio de validez.

Lo anterior implica que dentro de cada una de esas posturas no existe una distinción entre las formas en que denomina a un objeto. Como ejemplo, el positivismo tiene como parámetro de validez una comprobación empírica que determina lo que corresponde al derecho. De esta forma, la publicación de un tratado internacional en el diario oficial es un hecho que demuestra la existencia del derecho.

En consecuencia, el positivismo como teoría semántica del derecho refiere que todos los positivistas concuerdan que la palabra ley es exactamente igual para los jueces o abogados. Para desarrollar esta parte del pensamiento positivista, Dworkin se enfoca en la tesis del significado central y el periférico. Un ejemplo paradigmático es la palabra casa, en la que toda la comunidad lingüística estaría

¹⁹ Voto Aclaratorio y Concurrente que Formula el Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea en Relación con la Contradicción de Tesis 293/2011, Resuelta por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. V.

²⁰ Cfr. Dworkin, Ronald, El imperio de la justicia, op. cit., pp. 35 – 45.

de acuerdo en que un inmueble en el que vive una familia es la forma típica de una casa; pero denominar al Palacio de Buckingham una casa podría representar un caso dudoso.

Incorporar la tesis del significado central en el derecho resulta incorrecto, ya que los desacuerdos teóricos se basan principalmente en cuestionar el núcleo de los conceptos. Tanto en el caso Brown como en el caso McLoughlin se ponía en cuestión la viabilidad de seguir los precedentes judiciales, no una cuestión dudosa o periférica de aquello que se presume que es derecho.

Con base en lo anterior es posible explicar el aguijón semántico. Al respecto, las teorías semánticas creen que deben establecer con claridad los parámetros en los que la comunidad lingüística debe estar de acuerdo para distinguir un concepto. Así, sólo habrá discusión para los casos dudosos, como en las características para nombrar un libro, ya que todas las personas estarían de acuerdo que el ejemplar de Moby Dick es un libro, pero no así un par de hojas que podrían denominarse un panfleto.

Respecto al positivismo, el aguijón semántico ha provocado que la jurisprudencia analítica postule que la filosofía del derecho sólo revise la validez de los conceptos sin realizar valoraciones de índole moral, ya que la moral cambia radicalmente el significado de lo que cada persona valora como bueno o malo. Como se explicará en el siguiente apartado, para Dworkin esta aseveración es incorrecta, porque el derecho es un concepto interpretativo que convive con la política y la moral, e invariablemente se tomará una postura ideológica al momento de analizar conceptos jurídicos.²¹

²¹ Cfr. Vega Gómez, Juan, *op. cit.*, pp. 46 – 48.

1.4. CONCEPTOS INTERPRETATIVOS

Dworkin distingue tres tipos de conceptos: criteriosales, naturales e interpretativos.²² Los criteriosales son conceptos que sirven para identificar ejemplos a partir de un test. Este tipo de conceptos sirven para tener una visión compartida para nombrar algo, por ejemplo, todas las personas reconocen a un triángulo equilátero como una figura geométrica que tiene tres lados de la misma longitud. En este caso los criterios son precisos.

Pero también los conceptos criteriosales pueden tener estándares vagos o imprecisos. Los conceptos de libro o calvo corresponden a este campo, ya que existen casos claros en los que las personas están de acuerdo, pero otros en los que cada ejemplo será diferente para cada persona. Si alguien indica que un cuadernillo de pocas hojas no es un libro, mientras que para otra ese mismo ejemplo sí corresponde al concepto, se tendrá un desacuerdo sobre los criterios que constituyen el concepto libro. De igual manera, para denominar a un calvo, los criterios de identificación de cada ejemplo serán motivo de discusión entre los integrantes de una comunidad lingüística.

Los conceptos naturales son aquellos que denominan objetos conforme a una identidad que está presente en la naturaleza. Este tipo de conceptos están vinculados a descubrimientos científicos o a entendimientos de la comunidad científica, como la composición química de un elemento o la carga genética de una especie animal.

A menudo puede confundirse un concepto criterial y natural. Un ejemplo es el concepto león. Mientras que en una conversación una persona puede referir que el león es un animal que cumpla una serie de características como su fisionomía o el lugar en el que habita, otra persona puede describir su comportamiento. De esta forma, en cada momento de designar a una criatura

²² Cfr. Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 198 – 203.

como león, podrán decir si corresponde o no a las características de un concepto distinto. Pero en el caso de un concepto natural, será suficiente con que se presenten las pruebas de la estructura de ADN para comprobar que un ejemplar es un león. No obstante, en el caso de utilizar un concepto criterial y utilizar diferentes test, indica Dworkin que estamos frente a un auténtico desacuerdo.

Por otra parte, en los conceptos interpretativos las personas que participan en una práctica social identifican los valores o disvalores, de tal forma que comprenden el concepto. Pero tienen diferencias sobre cómo debe identificarse. Respecto a la manera en que las personas tienen diferencias en el uso y caracterización de los conceptos interpretativos, Dworkin afirma que se tratan de los desacuerdos teóricos.

Bajo la perspectiva de Dworkin es necesario tener una nueva visión en el derecho para desentrañar los desacuerdos teóricos. En primer lugar debe eliminarse el agujón semántico, de tal forma que los operados jurídicos estén conscientes que los fundamentos del derecho debaten el núcleo de los conceptos.

En segundo lugar, los participantes deben tomar una actitud interpretativa.²³ Dworkin lo señala a partir de un ejemplo imaginario: en una comunidad surgen varias reglas de cortesía como el quitarse el sombrero ante la nobleza. A lo largo del tiempo esta práctica se vuelve mecánica, sin que las personas reparen en ella. Una actitud interpretativa consiste en dos supuestos: que los participantes de la práctica adviertan que esta conducta tiene un valor, como el respeto, y que estas prácticas pueden ser calificadas, modeladas o limitadas por el valor que representan.

Sin una actitud interpretativa, los participantes de la práctica sólo tendrán dos opciones cuando adviertan su existencia: la rebelión o la conformidad. Pero con una actitud interpretativa, quienes están presentes en la práctica podrán modelar su conducta y decisiones para advertir el sentido de la práctica.

²³ Cfr. Dworkin, Ronald, El imperio de la justicia, op. cit., pp. 45 – 46.

En el ejemplo de la cortesía, es posible que el respeto sea el valor representado por la práctica. En este caso el respeto es guiado a la nobleza porque es la clase más alta de la sociedad. Pero esta práctica puede cambiar con una actitud interpretativa al convenir en que la práctica de quitarse el sombrero demuestra respeto, pero no sólo a la nobleza, sino a las mujeres. Así, la regla de quitarse el sombrero en presencia de una mujer tendrá el mismo valor, pero se modificará la manera en que se caracteriza el valor del respeto.

Lo anterior sirve como guía para considerar al derecho como un concepto interpretativo, ya que la práctica jurídica guarda semejanza con el ejemplo de la cortesía. Para ello es necesario contar con una teoría de la interpretación.

Para lograr una adecuada teoría de la interpretación en el derecho, Dworkin se separa de las nociones tradicionales que acentúan la intención o fidelidad en el procedimiento interpretativo, de tal forma que la interpretación es una construcción que busca el mejor significado de una práctica.

Una de las prácticas sociales cotidianas en las que se debe interpretar es la conversación. En ella, las personas que interactúan deben interpretar una serie de sonidos, gestos o símbolos para poder desentrañar el significado de su interlocutor. En esta práctica social es muy relevante el sentido que el emisor le otorga al mensaje.

A diferencia de la conversación, existen al menos otras dos interpretaciones: la científica y la creativa. Como se indicó, los conceptos naturales dependen de determinaciones científicas, por lo que su interpretación es la acumulación de datos para ser traducido en características determinantes de un objeto. La interpretación creativa es la construcción de la mejor forma de caracterizar un concepto.²⁴

²⁴ *Ibidem*, pp. 47 – 49.

En esta última forma de interpretar se encuentran las prácticas sociales como el derecho y el arte. Por lo que respecta al arte hay una noción de la interpretación que se enfoca en encontrar un sentido a una obra, aunque esto resulta una metáfora porque los objetos como una pintura o una pieza musical no tienen vida propia.

Es usual que al referirse a una obra, los críticos de arte se refieran a ella como una metáfora en la que conversara con el espectador al emitir varios mensajes. Para una obra pictórica, como “Los fusilamientos” de Goya, se han referido a los mensajes que emite de la siguiente forma: *“[e]l valor, el miedo, la resignación o la desesperación de los que aún están vivos se une conmovedoramente a la quietud sombría de los muertos en primer término”*.²⁵

No obstante, la objeción a este tipo de labor interpretativa es sencilla y los filósofos han decidido modificarla a la intención del autor. A lo largo de muchos años los críticos y creadores de arte se han dedicado a descubrir la intención de los autores para interpretar sus obras. De esa forma, al montar de nueva cuenta una obra de Shakespeare o al hacer una adaptación cinematográfica de una obra literaria, es común retomar la idea de la intención del autor.

Un argumento sencillo para defender este argumento es la existencia de una respuesta unívoca, ya que la interpretación resultaría certera debido a una cuestión histórica. Bastaría encontrar una carta o un diagnóstico médico para cambiar la interpretación de la obra de Francisco de Goya. Como ejemplo de esta teoría de la intención como estado mental, puede verse en la manera en que se le ha dado significado a la serie de cuadros que pintó Goya al final de su vida.

La serie conocida como “pintura negra”, realizada entre 1819 y 1823, tuvo como trasfondo un capítulo de depresión. Las diversas pinturas fueron realizadas

²⁵ Mena Márquez, Manuela B., “3 de mayo de 1808 en Madrid: los fusilamientos de patriotas madrileños, El [Goya]”, Museo Nacional del Prado, <https://www.museodelprado.es/recurso/3-de-mayo-de-1808-en-madrid-los-fusilamientos-de/f0f52ca5-546a-44c4-8da0-f3c2603340b5>

sobre los muros de su casa, en el que se caracteriza por incluir personajes deformes y en tonos oscuros.²⁶ Una interpretación de la obra a partir de la intención o estado mental del artista es la siguiente:

“Estas telas negras son como una denuncia de los ingredientes estructurales del estado depresivo de Goya, como recordatorios vividos y vivos del dolor moral o dolor de vivir, el horror; la desesperanza, la soledad, la anhedonia, las ilustraciones alegóricas de la ruina, la culpa y la enfermedad, los tres grandes personajes del mundo depresivo [...]”²⁷

Esta visión sobre la interpretación tiene bastante éxito porque en las creaciones artísticas todos los autores tienen intenciones de una u otra forma.²⁸ Uno de los contraargumentos para esta perspectiva es la falta de coincidencia sobre aquello que es considerado como la intención del autor. Por una parte podría existir un claro compromiso político o histórico en la elaboración de una obra pictórica, como en el caso de Goya. O bien, tal vez haya una motivación inconsciente para plasmar algún elemento. Es por ello que Dworkin cuestiona la intención del autor y afirma que la interpretación creativa es constructiva, ya que otorga el mejor significado a una obra.

En el caso del derecho, también es sumamente extendida la teoría de la intención del legislador. Dworkin, en la exposición del caso *Snail darter*, aclara que para que esta teoría tuviera sentido habría que preguntarle a cada legislador lo que pensaba, que en muchas ocasiones quienes votan no tenían un sentido especial o ni siquiera conocían el contenido de las leyes que votan.

Dworkin realiza un ejercicio hipotético para conocer el papel de las intenciones en el derecho. Supone la existencia de un juez con capacidades sobrehumanas que reconozca el valor de la teoría de la intención del orador. Este

²⁶ Alonso-Fernández, Francisco, *El enigma Goya. La personalidad de Goya y su pintura tenebrosa*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 211.

²⁷ *Ibidem*, p. 213.

²⁸ Cfr. Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, *op. cit.*, pp. 164 – 165.

juez es llamado Hermes.²⁹ El primer obstáculo es determinar el sujeto del que debe conocer sus intenciones. En el proceso legislativo se trata de órganos colegiados, por lo que debe conocer los estados mentales de todas las personas que lo integran. Pero se pregunta si también debe involucrar a aquellos legisladores que votaron en contra de la decisión. También la decisión se complica porque a lo largo del tiempo los legisladores que sucedieron a los que aprobaron la ley, permitieron su existencia. Por lo que debería conocer los estados mentales de esa intención negativa de permitir que subsistiera la reglamentación.

El juez Hermes también deberá elegir las intenciones que le ayuden a decidir el caso. Porque se dará cuenta que el voto a favor de una legislación no siempre está determinado por el contenido normativo. En los órganos parlamentarios, el apoyo a la aprobación de una ley, puede darse por motivos partidistas, intercambios políticos o intereses particulares.

Después de este proceso, si el juez Hermes decide que sólo utilizará las intenciones relevantes sobre el contenido normativo, deberá valorar qué criterio utilizará. Puede ser que en la mayoría que aprobó la ley existan diferentes opiniones sobre la justicia o beneficio económico. Por una parte, los legisladores de la ley sobre protección de especies tienen una visión conservacionista, mientras que otra parte de quienes votaron a favor creen que es importante la conservación de especies sólo cuando sea redituable para el beneficio de una comunidad.

Ante este dilema, el juez Hermes tiene varios caminos. Uno de ellos es buscar un criterio mayoritario, y tener en cuenta cuántos legisladores tienen convicciones diferentes. O bien, puede crear una intención representativa “que supone un promedio mítico o un legislador representativo cuya opinión se acerque más a aquella de la mayoría de los legisladores, a pesar de no ser igual a ninguna de ellas”.³⁰

²⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., pp. 223 – 232.

³⁰ *Ibidem*, p. 228.

Aunado a estas complicaciones, cabe preguntarse qué tiempo de intenciones son las que deben tomarse en cuenta. Por una parte hay intenciones o estados mentales inconscientes. Pero aún en las conscientes es posible debatirse entre esperanzas o expectativas. Dworkin afirma que en la redacción de una legislación, quienes la aprueban tienen esperanzas en que aquello que no está en el texto final, se interprete de una u otra forma. Y finalmente, al aceptar que no todo lo que está presente en el texto resolverá las controversias que se susciten, los operadores jurídicos suelen realizar afirmaciones contrafácticas.

En el caso Palmer, los jueces preguntaron que pensaban los legisladores sobre el asesinato de una persona que estaba designada como su heredero. La respuesta más sencilla –y acertada-, es que no pensaron nada. Justamente por eso no se incluyó en la legislación un supuesto de esa naturaleza. Pero aún, la pregunta podría formularse como “¿hubieran modificado la ley de haberse presentado un caso?” Posiblemente cualquier pregunta contrafáctica sería arbitraria.

De lo anterior se desprende que la doctrina de la intención del legislador es problemática. Aunque no debe descartarse completamente. Como será expuesto a continuación, si se consideran las intenciones del legislador como parte de un programa interpretativo, será un elemento deseable para construir un mejor concepto jurídico.

En Estados Unidos, al final del siglo XX se dio una polémica a partir de diversos casos, como el *Roe Vs. Wade*, en el que se declaró inconstitucional la penalización del aborto en los primeros meses de gestación; o sobre la aplicación de la pena muerte como un trato cruel. El ala conservadora de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, cuyo representante era el Juez Scalia, encumbró la llamada teoría originalista en reacción a las interpretaciones novedosas.

Esta corriente afirma que la Constitución debe interpretarse con fidelidad al texto, en función de la voluntad de los constituyentes. Dicha aseveración parece

sencilla, ya que la respuesta estará dada por las palabras que componen el texto constitucional. Al respecto Dworkin ³¹ refiere que no hay desacuerdo sobre las inscripciones que componen la Constitución, es decir, no hay dudas sobre los caracteres, palabras o signos. Sin embargo, las palabras por sí mismas necesitan de cierto contexto para que indiquen algo.

Dworkin afirma, por ejemplo, que la Constitución de Estados Unidos prevé que el Presidente debe tener al menos treinta y cinco años de edad. Pero las palabras por sí mismas no aclaran si se refiere a la edad cronológica o emocional. Aunque parezca burdo o irrazonable, esta interpretación es posible. Para evitar confusiones de esta índole, la propuesta de buscar el sentido que le dieron los legisladores al momento de elaborar la Constitución parece una vía idónea.

Otra forma de abordar los fundamentos de la teoría originalista es a partir del caso Brown, ya citado. En esta decisión, la Suprema Corte de Estados Unidos decidió que las leyes de segregación racial eran inconstitucionales por no apearse al principio de igualdad ante la ley. Los originalistas podrían argüir que ese fallo no estaba apegado al texto de la Constitución porque no hay ninguna prohibición expresa. Además, la fidelidad debía realizarse a la voluntad de los legisladores, y en ese sentido, al momento en que fue incluida la cláusula de igualdad en la Carta Magna, la segregación estaba permitida.

Este argumento es muy parecido a las controversias sobre la inconstitucionalidad de las leyes que penaban la sodomía consensuada entre adultos, o la prohibición de las bodas entre personas del mismo sexo. Debido a que los redactores de la Constitución no habrían previsto esos supuestos, y en general el contexto normativo tendría leyes que castigaban la homosexualidad, se concluía que esas leyes eran constitucionales.

³¹ Cfr. Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 138 – 147.

La respuesta de Dworkin a los originalistas fue reconocer que la fidelidad a la Constitución puede ser un buen método de interpretación. Sin embargo, es necesario dividir la intención semántica y la intención política o de expectativa. La primera implica que la Constitución debe leerse conforme a un hecho concreto y fechado. Esto supone que el texto debe entenderse en el momento histórico en que se formuló.

La segunda forma de leer la Constitución es desde las intenciones políticas o las expectativas de los legisladores. Usualmente, los textos constitucionales tienen fórmulas abstractas, que no involucran un momento histórico para ser aplicadas. Estas abstracciones y generalizaciones dan paso a principios como el de igualdad ante la ley, debido proceso o supremacía constitucional. De esa manera, las legislaturas utilizan principios abstractos para que puedan aplicarse en un futuro conforme cambie el contexto.

Es posible que los resultados de una decisión que se base en esos principios, no sea del agrado de un amplio sector de la población. Pero ello será por las expectativas que puede generar, porque estarán implícitas las convicciones políticas, religiosas o morales de cada persona.

Una forma de entender el tipo de interpretación fiel es a partir de un ejemplo puesto por Dworkin. El dueño de una empresa encarga al director de recursos humanos que contrate a la persona mejor capacitada para un puesto. Luego de ello, le comenta que la persona que cumple con todas las cualidades es su hijo. En ese supuesto, si se contrata a otra persona, que se ajusta a las capacidades requeridas y es la mejor entre todas las opciones, estará obedeciendo su orden, ya que se dio una pauta abstracta. Aunque el dueño de la empresa posiblemente esté en contra de la decisión, ya que su expectativa era que contrataran a su hijo.

Por ello, cada teoría de la interpretación, ya sea en el campo artístico, político o legal es un acercamiento al mejor significado de cada práctica. Aquella persona que prefiere otorgar un significado nostálgico a “Los fusilamientos” de

Goya estará apelando a la mejor estética que su teoría de la interpretación le otorga.

Dicho argumento es igual en el ejemplo imaginario de la cortesía. Si se cree que el concepto interpretativo relevante es el respeto, las personas que forman parte de la comunidad le darán un mayor valor a la práctica de quitarse el sombrero cuando estén frente a la realeza.

A manera de resumen, Stavropoulos explica que las ideas de Dworkin han sido clasificadas dentro del interpretativismo jurídico. En términos generales esta corriente del pensamiento legal ofrece una explicación filosófica a cómo la práctica institucional modifica los derechos y obligaciones de las personas. Así, la interpretación se convierte en una herramienta que identifica los principios que están presentes en una controversia y da cuenta del impacto que tienen en los derechos de las personas.³²

1.5. FASES DE LA INTERPRETACIÓN DE DWORKIN

La propuesta de Dworkin es el derecho como integridad. Esto supone que los jueces deben tener en cuenta que toda la práctica legal ha sido creada por un autor que tiene una concepción acertada de justicia;³³ es decir, que los jueces deben tomar en cuenta todo el material jurídico existente para tener una mejor comprensión de los principios morales. Al respecto refiere lo siguiente:

Según el derecho como integridad, las [proposiciones del derecho] son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad.³⁴

³² Cfr. Stavropoulos, Nicos, "Legal interpretativism", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 10, enero-diciembre de 2016, México, p. 25.

³³ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 164.

³⁴ Idem.

Para ejemplificar esta noción, Dworkin relata la redacción de una novela en cadena.³⁵ Se imagina la elaboración de una obra por varios autores a lo largo del tiempo, por lo que el autor posterior deberá considerar todo lo que han escrito anteriormente para continuar. En este ejercicio, los autores posteriores no podrán realizar una creación totalmente libre, ya que posiblemente la obra perderá su integridad y carecerá de valores morales unificados. De igual manera, los autores posteriores deberán cuidar que su redacción esté apegada a sus ideas sobre estética.

Al respecto indica que en la obra “Un cuento de navidad” de Dickens, existirían dos interpretaciones opuestas de Scrooge, el personaje principal. Por una parte podría advertirse que este personaje es malvado porque su naturaleza es irredimible. Y por otra parte puede deducirse su maldad porque la sociedad lo ha orillado a ser así.

Ahora bien, en el ejemplo de la novela en cadena, si un autor es invitado a escribir sólo el final de la novela será muy complicado adoptar la primera interpretación, ya que el personaje ha sido visitado por los espíritus y se ha redimido en su actuación. Por ello, de escribir que Scooge es malo por naturaleza, la integridad de la novela se vería seriamente comprometida. Pero si el autor escribiera las primeras partes de la novela, después de la escena inicial, podría elegir entre las dos interpretaciones sugeridas. La elección será una combinación de incorporar la unidad de la novela, así como de su mejor interpretación moral y estética.

De lo anterior es posible hacer un paralelismo con la tarea de los tribunales. Las decisiones judiciales usan los principios de justicia y equidad al momento de resolver un caso, pero no de forma arbitraria, sino en consideración a que deben interpretar la práctica legal previa para lograr integridad.

³⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 166 – 176.

En el caso de McLoughlin, por ejemplo, los jueces realizaron una interpretación sobre la manera en que se habían decidido los casos de indemnización por daños morales. Las proposiciones del derecho que hizo que la Cámara de los Lores aceptara que procedía la indemnización de la señora McLoughlin, se basó en que se debía seguir la práctica judicial, y que en el futuro los jueces podrían distinguir entre demandas fraudulentas y legítimas.

En este punto Dworkin elabora la tesis del juez Hércules. Este juez hipotético tendría capacidades sobrehumanas, quien aceptaría el derecho como integridad y sería capaz la mejor respuesta a cada caso.³⁶

Ahora bien, una teoría de la interpretación acorde con la actitud interpretativa necesitaría de tres etapas para adaptarse a las prácticas sociales. La primera es la fase preinterpretativa “donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica”.³⁷

La segunda etapa es la interpretativa, en la cual el intérprete establece la justificación de los valores, sin que sea necesario tomar en consideración todas las características de la práctica, de tal forma que distinga con claridad el objeto de su interpretación. Finalmente, la etapa posinterpretativa o reformadora, en la que podrá darse una mejor justificación de la práctica a partir del concepto interpretativo que mejor se ajuste a la comunidad.

Con fundamento en las fases anteriores, Dworkin propone su concepto interpretativo derecho, que puede otorgar el mejor significado de una práctica social. En la perspectiva de este autor, la mejor interpretación del derecho lo suficientemente abstracta para la práctica legal de varios países es justificar la coerción en los casos que los derechos y obligaciones que provengan de

³⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 173 – ss.

³⁷ *Ibidem*, p. 57.

decisiones políticas anteriores lo amerite. Esta noción es la que identifica como *rule of law*.³⁸

1.6. LA NATURALEZA DE LAS NORMAS JURÍDICAS: REGLAS Y PRINCIPIOS

Para Dworkin, las normas jurídicas son de tres tipos: reglas, principios y directrices. Como primer acercamiento, es posible afirmar que las normas son aquellas disposiciones precisas que regulan una conducta. Por su parte, los principios y las directrices son estándares que aseguran las consecuencias deseables de una decisión.³⁹

Los principios tienen una exigencia moral, como la justicia o equidad; y las directrices alguna consecuencia de índole política, económica o social. Dworkin acepta que la distinción entre principios y directrices puede ser inútil, ya que suelen confundirse. Esto se debe a que una teoría moral podría considerar como exigencia de justicia las condiciones que aseguren el libre mercado. En consecuencia, resulta relevante la distinción entre reglas y principios.

La diferencia entre ambas es de orden lógico y tiene dos manifestaciones. La primera es la manera en que se expresan; las reglas son claras y los principios son más generales. Esto refiere a que las reglas describen con precisión las conductas, por lo que la consecuencia jurídica se cumple o no se cumple, es decir, es una regla de todo o nada. Si una regla indica que los cheques deben contener la firma del emisor o su representante legal, no existe duda sobre la conducta que debe seguirse para su validez. Por su parte, los principios no se aplican de manera tajante cuando se cumple un supuesto, sino que cada juzgador los tomará en consideración cuando las circunstancias lo ameriten.

³⁸ Dworkin, Ronald, *Law's empire*, *op. cit.*, p. 93.

³⁹ *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 72 – 79.

La segunda manifestación implica que los principios tienen cierto peso en la decisión de un tribunal. En casos donde existan dos principios que entren en conflicto, se deberá preferir el que tenga mayor peso relativo. En contraste, si dos reglas están en conflicto una es válida y la otra sale del sistema jurídico.⁴⁰

Para comprobar el uso de los principios, Dworkin recurre a varios casos de tribunales anglosajones. Uno de esos casos es el de Elmer Palmer, ya citado, en el cual una persona mató a su abuelo para quedarse con su herencia. En este caso, el tribunal civil decidió retirarle la herencia al señor Palmer en virtud del principio en que nadie puede beneficiarse de su propio dolo.

No obstante, el sistema jurídico tiene numerosos ejemplos en los que la legislación permite a las personas beneficiarse de su propio dolo. Cabe citar las normas de prescripción positiva, en el que una persona puede adquirir la propiedad de un bien por el paso del tiempo. En este supuesto incluso se permite que la persona haya utilizado la violencia para apropiarse de una cosa.

Otro ejemplo en el ámbito penal es la prescripción de los delitos. En la mayoría de los sistemas jurídicos, la acción penal prescribe por el paso del tiempo. Si una persona utilizara medios fraudulentos para ocultarse, podría evadir una sanción penal. Estos dos ejemplos podrían poner en duda que el principio por el cual “nadie puede beneficiarse de su propio dolo” fuera una norma jurídica, ya que es evidente que no se cumple siempre. Tampoco podría afirmarse que los ejemplos supongan una excepción a esa norma, porque existirían más supuestos en el ámbito fiscal, administrativo o internacional en los que las personas se benefician a partir del dolo.

Los positivistas no negarían el carácter jurídico a los principios, debido a que supondría que los tribunales utilizan fuentes que no están previstas en el derecho. De esta forma, uno de los supuestos positivistas, que implica que el

⁴⁰ Cfr. Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 54 – 55.

derecho se compone de normas con características comunes, y en el cual las personas tienen obligaciones jurídicas si existen en una de estas normas, no se cumpliría.

Para Dworkin, la existencia de principios en el derecho supone la mejor prueba en contra de las posturas positivistas. Lo anterior porque los positivistas insisten en que existe una característica que define las normas jurídicas y las distingue respecto a otro tipo de normas. En el caso de Hart, existe una norma de reconocimiento que hace jurídicas a aquellas normas que sean aceptadas por la comunidad, o se constituyan por un método válido de creación.

Pero los principios no tienen esa lógica. Los principios o directrices varían conforme a las circunstancias y demostrar su aplicación frente a un tribunal resulta una tarea ardua. Dworkin lo explica de la siguiente forma:

“Para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes.”⁴¹

Lo anterior demuestra que una norma de reconocimiento única debería prever todas las maneras en las que un principio funciona. Esa norma debería explicar todos los principios y enumerarlos, por lo que resulta imposible su existencia. Por lo tanto, no es posible determinar cuáles son las características de las normas jurídicas mediante una fórmula sencilla. De aceptar lo anterior, además se desprendería que los jueces aplican normas *ex post facto* para la resolución de casos y, en consecuencia, la tesis de la obligación jurídica colapsaría.

La existencia de principios en el derecho no sólo constituye una prueba contra el positivismo. También es posible utilizar los principios dentro del proceso de interpretación. En la segunda etapa de la interpretación, en la cual debe

⁴¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 95.

establecerse la justificación de los valores, el intérprete puede utilizar los principios para advertir las diferentes respuestas a un caso.

Por ejemplo, en el ejercicio hipotético del juez Hércules ante un caso difícil, el juzgador tendría la habilidad de considerar todas las posibles soluciones basado en principios jurídicos que previamente ha extraído de la práctica. De esta manera, los principios son el puente entre las etapas de interpretación, porque su aplicación puede justificar de mejor manera los conceptos interpretativos de una comunidad jurídica.

1.7. LA RÉPLICA DE HART

Hart preparó durante varios años un *post scriptum* a su libro “El concepto de derecho”, en el que incluiría una respuesta a varios argumentos que sus críticos formularon, especialmente Dworkin. Sin embargo, Hart falleció en 1994 , sin culminar sus escritos, pero Joseph Raz publicó sus notas, en lo que se ha aceptado como la respuesta al debate Hart-Dworkin.⁴²

En seguimiento a Shapiro, en filosofía los debates no suelen ser formales, por lo que no siempre existe un orden lógico y cronológico coherente. Por una parte, para tener un auténtico desacuerdo es necesario establecer posturas distintas sobre una misma cuestión, y por otra parte las opiniones de los autores cambian en sus obras. En el caso de Hart y Dworkin, tuvieron numerosos debates sobre puntos álgidos de la teoría jurídica, como la función del derecho, la discrecionalidad judicial, o la vaguedad de los conceptos, pero esencialmente discrepaban en la relación de la moral y el derecho.⁴³

⁴² Ver estudio introductorio de Rolando Tamayo en: Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*

⁴³ Shapiro, Scott J., “The ‘Hart-Dworkin’ debate: A short guide for the perplexed”, *Public Law And Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper No. 77 March 2007, University of Michigan Law School, Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=968657>

En el presente apartado serán rescatadas dos réplicas: la particularidad del método de Dworkin, y el aguijón semántico de las teorías positivistas. Ambas críticas serán expuestas en el tercer capítulo para demostrar que la interpretación en el derecho internacional participa del método interpretativista y que la Convención de Viena está sujeta al aguijón semántico.

Sobre el método de Dworkin, Hart indica que no es universal, puesto que sólo refiere a los fenómenos jurídicos del derecho anglosajón. La premisa inicial de Dworkin es afirmar que el positivismo no puede ser descriptivo ni moralmente neutral, ya que el derecho es evaluativo. Esto porque el derecho es un concepto interpretativo que invariablemente está sujeto a la evaluación moral de los participantes de la práctica jurídica.

Ante ello, Hart indica que su postura busca una comprensión de todos los sistemas jurídicos, y que la evaluación moral e interpretativa son ajenas a un concepto amplio. En sus palabras “[l]a descripción puede mantenerse en descripción, aun cuando lo que se describa sea una evaluación”.⁴⁴ Para Hart, la propuesta de Dworkin es parcial porque sólo toma en cuenta el sistema jurídico estadounidense del siglo XX, de tal manera que no puede explicar todo el derecho.

La respuesta de Dworkin a este argumento es elaborada.⁴⁵ Afirma que su propuesta de derecho como integridad pretende abarcar cualquier sistema jurídico, pero dependerá del grado de abstracción con que se tome. Si bien en *Law's Empire* defiende que desarrollará una teoría de las prácticas jurídicas de una comunidad política específica, el derecho como integridad puede ser una abstracción que llegue a generalizarse.

⁴⁴ Hart, H.L.A., Post scriptum al concepto de derecho, op. cit., p. 18.

⁴⁵ Cfr. Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit., pp. 250 – 251. En este texto Dworkin contesta a los argumentos de Raz sobre su visión “parroquial” del derecho. Conscientes de ello, es posible afirmar que esta discusión se desprende también de los desacuerdos metodológicos con Hart.

Aunque acepta que en la explicación interpretativa se lleve a una teoría parroquial, porque el derecho como integridad dependerá de la valoración moral y política que se realice en cada momento y lugar. Concluye de la siguiente forma: “[d]e ese modo, la mejor respuesta a la cuestión de si mi teoría del derecho pretende ser universal o parroquial es: ambas cosas”.⁴⁶

Una de las hipótesis particulares de este trabajo es afirmar que la teoría interpretativa de Dworkin puede trasladarse al ámbito del derecho internacional público. Esta cuestión será abordada con mayor precisión en el tercer capítulo, pero la afirmación de Dworkin sobre el carácter universal de su teoría, resulta una invitación a realizar este ejercicio.

Respecto al aguijón semántico, Hart indicó dos argumentos.⁴⁷ El primero es que existe una diferencia entre el significado de un concepto y la aplicación de éste. De esa manera, el concepto justicia podría ser único, pero los criterios para aplicarlo dependen de cada tiempo y lugar, por lo que es controvertible.

El segundo argumento de Hart es que Dworkin confunde el concepto derecho con las proposiciones del derecho. Por una parte el concepto derecho alude a lo que el derecho es, mientras que las proposiciones del derecho es aquello que:

“permite, requiere o faculta a las personas hacer. De esa manera, aun si el significado de tales proposiciones de derecho fuera determinado por definiciones o por sus condiciones de verdad, esto no conduce a la conclusión de que el verdadero significado de la palabra ‘derecho’ haga que el derecho dependa de ciertos criterios específicos”.⁴⁸

Sobre ambos argumentos habrá que remitir a la división que realiza Dworkin sobre conceptos criterios e interpretativos (*supra*). Y agregar que en la fase preinterpretativa de Dworkin, también se identifican rasgos característicos de

⁴⁶ *Ibidem*, p. 251.

⁴⁷ Cfr. Hart, H.L.A., Post scriptum al concepto de derecho, op. cit., pp. 20 – 21.

⁴⁸ *Idem*.

la práctica social en casos paradigmáticos, al igual que los casos claros de los conceptos criteriales.⁴⁹ Pero se diferencian en que el criterial busca rasgos comunes para señalar ejemplos, en tanto que los conceptos interpretativos son constructivos del mejor significado de un valor.

En el caso del derecho, Dworkin afirma que existe un concepto sociológico del derecho que es criterial, porque auxilia a la sociología a distinguir los tipos de control social. Y también existe el concepto doctrinal de derecho, que es interpretativo.⁵⁰

En el derecho internacional este segundo argumento equivale a aceptar que su existencia depende de criterios que caractericen sus normas como jurídicas. Esta regla de *pedigree* pondría en duda su existencia, como el mismo Hart lo indica. Por esa razón, dentro del tercer capítulo se incluirá una propuesta del derecho internacional como concepto interpretativo, y no como concepto criterial.

La trascendencia de este punto para el presente trabajo es revelar que la interpretación de tratados internacionales está sujeta al aguijón semántico de las teorías positivistas. Esto se demuestra porque en el ejercicio hermenéutico de los tratados se recurren a criterios para demostrar la aplicación de un concepto. Pero en este trabajo se afirmará que los conceptos contenidos en tratados internacionales son interpretativos, por lo que no requieren de criterios de aplicación, sino de construir el mejor significado con fundamento en la mejor interpretación política o moral.

⁴⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, *op. cit.*, p. 203. Y en sentido similar, Endicott, Timothy A. O., “Hebert Hart and the Semantic Sting”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 48.

⁵⁰ Dworkin, Ronald, “A new philosophy for international law”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 41, No. 1, Winter 2013, p. 11.

CAPÍTULO 2. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

El propósito de este capítulo es demostrar que la práctica de la interpretación de tratados internacionales ha tenido como fundamento buscar la voluntad de los Estados. Esta afirmación tendría por objeto señalar que en la interpretación de tratados ha sido utilizada una teoría semántica que favorece la teoría del hecho evidente y el aguijón semántico.

La forma en como se demostrará lo anterior es a partir del análisis de los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante Convención de Viena), los cuales han sido el principal referente normativo. Este capítulo iniciará con la revisión de la interpretación de tratados previamente a la adopción de la Convención de Viena, en el que se verá que existían otras prácticas que no tomaban en cuenta la voluntad de los Estados. Posteriormente se revisará cada apartado de los citados artículos y en particular la forma en que han sido utilizados por la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional.

2.1. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS ANTES DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

Ante la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969, la doctrina y las decisiones judiciales centraron su atención en este instrumento internacional. En este apartado se hará una reconstrucción de la interpretación de tratados internacionales previamente a la Convención de Viena con la finalidad de establecer la existencia de varios puntos de vista sobre la práctica que posteriormente recogió la Comisión de Derecho Internacional.

Dos teóricos clásicos que dieron cuenta de la interpretación en el derecho internacional fueron Hugo Grocio y Emerich de Vattel. Ambos descansaron sus reflexiones en torno a la voluntad de los Estados. Vattel es el principal expositor de la máxima *in claris non fit interpretario*, es decir, que ante la claridad de los términos de una ley no es necesario interpretarlo.

Lo anterior era consecuente con la tradición de que la aplicación y la interpretación eran actividades distintas, llevadas a cabo por diferentes personas. Por su parte, para Grocio era relevante conocer la voluntad de los creadores de los acuerdos a partir de lo que se plasmaba en el texto, o bien por conjeturas válidas que podrían ser derivadas del texto.⁵¹

Ahora bien, las controversias derivadas de la interpretación de tratados entre Estados han sido constantes en cualquier etapa del derecho internacional. Derivado de las inquietudes sobre la solución pacífica de controversias, los Estados lograron ciertos acuerdos en las Conferencias de Paz de La Haya, en 1889 y 1907. Pero en estas reuniones no lograron acordar el establecimiento de un tribunal permanente.⁵²

Hasta el fin de la Primera Guerra Mundial se creó la Corte Permanente de Justicia Internacional, la cual es posible catalogar como el primer tribunal con jurisdicción general para solucionar las controversias entre Estados. En el artículo 36 de su Estatuto se estableció que la Corte Permanente de Justicia Internacional tenía competencia para resolver las disputas relativas a la interpretación de un

⁵¹ Cfr. Estrada Adán, Guillermo E., La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015, pp. 22 – 23.

⁵² Cfr. Sepúlveda, César, El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 81 – 86.

tratado.⁵³ Este artículo permaneció intacto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, instancia que le sucedió.

La Corte Permanente de Justicia Internacional retomó la doctrina de la voluntad estatal para interpretar tratados. Como ejemplo de lo anterior, en una opinión consultiva sobre la competencia de la Organización Internacional del Trabajo en materia agrícola,⁵⁴ indicó que el texto de los tratados no podía ser interpretado de forma aislada, por lo que era necesario leerse en conjunto con el contexto en el cual se inscribía.

En su resolución, el tribunal indicó que debía ceñirse a lo que estrictamente habían pactado los Estados en el texto del tratado, ya que éstos ceden parte de su soberanía a los organismos internacionales. Y en consecuencia, podrían extender sus facultades para disminuir el margen de acción estatal.

Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia, que fue el tribunal que se instauró posteriormente, continuó con la doctrina de la voluntad estatal, y consolidó los principios que sirvieron para la adopción de la Convención de Viena. Muestra de ello fue su opinión consultiva sobre las facultades del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General para la admisión de nuevos Estados.

En su determinación refirió que el artículo 4 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas era lo suficientemente claro al enumerar las características que debían tener los nuevos Estados miembros, de tal forma que

⁵³ “[...] The Members of the League of Nations and the States mentioned in the Annex to the Covenant may, either when signing or ratifying the Protocol to which the present Statute is adjoined, or at a later moment, declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other Member or State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all or any of the classes of legal disputes concerning:
(a) the Interpretation of a treaty [...]”

⁵⁴ Competence of the ILO to Regulate Agricultural Labour, P.C.I.J. (1922), Series B, Nos. 2 and 3, p. 23.

ante la claridad del texto no era necesario considerar los trabajos preparatorios u otros elementos ajenos al sentido corriente de los términos del tratado.⁵⁵

En 1945 finalizó la Segunda Guerra Mundial y fue creada la Organización de las Naciones Unidas (en adelante también llamada ONU) con el propósito de asegurar la paz internacional. Dentro de las misiones que fueron confiadas a este organismo fue codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional, a través de la Asamblea General. Para ello, se instituyó la Comisión de Derecho Internacional (en adelante también llamada CDI), la cual es un órgano conformado por 34 juristas a la que le son confiados diversos temas para su estudio y desarrollo.⁵⁶

Desde su primer periodo de sesiones, en 1949, a sugerencia del Secretario General de la ONU, la Comisión de Derecho Internacional enlistó diversos temas para su estudio, entre los que se instruyó el derecho de los tratados. El propósito fue la codificación de la costumbre, es decir, plasmar en un instrumento internacional las normas consuetudinarias que ya existían.⁵⁷

Derivado de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, se propuso la creación de una Convención sobre Derecho de los Tratados, que sería adoptada en 1969. Para este tema la CDI nombró cuatro relatores: Brierly, Lauterpacht, Fitzmaurice y Waldock, en uno de los esfuerzos más importantes de codificación en la historia.⁵⁸

⁵⁵ Cfr. Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1948, p. 63.

⁵⁶ *Statute of the International Law Commission*, artículos 1 y 2. Carta de la Organización de las Naciones Unidas, artículo 13.1.a.

⁵⁷ International Law Commission, Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary General, A/CN.4/1/Rev.1, 1949, pp. 51 y 52.

⁵⁸ Cfr. Estrada, Guillermo, *Interpretación judicial internacional*, México, Fontamara-Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 161.

Si bien la propia Convención indica claramente sus alcances parciales, ya que sólo rige para los acuerdos por escrito celebrados entre Estados, es vista usualmente como un referente de la práctica internacional. La Corte Internacional de Justicia ha declarado que algunas normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados constituyen costumbre internacional. Precisamente los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, que contienen las normas sobre interpretación de los tratados, han sido consideradas normas consuetudinarias en referencia a tratados celebrados con anterioridad al momento en que entró en vigor esta Convención.⁵⁹

No obstante, para la CDI no lo eran. Al momento de la adopción de la Convención de Viena muchas disposiciones no eran consuetudinarias. Entre ellas se encuentran las reglas de interpretación. Al respecto, se conocían ciertos principios o cánones de interpretación; incluso el Instituto de Derecho Internacional había adoptado una resolución que contenía seis principios. De tal manera que se reconoció que los tratados habían sido interpretados a través de ciertos métodos, pero la discusión se centró en la obligatoriedad de estos principios.⁶⁰

Fitzmaurice elaboró seis principios de interpretación basado en la jurisprudencia internacional: actualidad, sentido ordinario, integración, efectividad, práctica subsecuente y contemporaneidad.⁶¹ El principio de actualidad implicaba que los tratados debían ser interpretados en primer lugar con el texto que fuera plasmado.

El principio de sentido natural u ordinario refería que debía darse el significado corriente a cada frase de acuerdo al contexto en que haya sido adoptado el tratado. Sólo en caso de tener una interpretación absurda o irracional

⁵⁹ Cfr. Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 237.

⁶⁰ Cfr. Sorensen, Max (editor), *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 229.

⁶¹ Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission, 1964, vol. II, pp. 55 y 56.

podría acudir a los trabajos preparatorios para entender el sentido que se le haya querido dar al término.

Respecto al principio de integración, los tratados deben interpretarse en su conjunto, lo que incluye todo el texto, incluso los anexos o apartados; como se advierte, este principio fue incluido como parte de la interpretación sistemática en el articulado final de la Convención de Viena.

Sobre el principio de efectividad, que en su término en latín *ut res magis valeat quam pereat*, refiere a atribuirle al texto un significado que produzca mayores efectos. Lo anterior en tanto sea compatible con su objeto y fin. Dicho principio no fue incluido en el texto final.

La práctica subsecuente, representaba la evidencia de la conducta de los Estados respecto a un texto. De acuerdo al relator, si la práctica contradecía el texto no podría tratarse de una interpretación, sino de una revisión de los términos en que fue elaborado un tratado. Este principio terminó por incluirse como parte de la interpretación contextual.

El último principio es el de contemporaneidad, el cual implicaba interpretar el tratado conforme al sentido que tenía en el momento de la adopción del texto. Dicho principio fue utilizado por tribunales arbitrales, debido a que aseguraba que se utilizara el derecho vigente que había sido utilizado por las partes al suscribir el tratado, lo que no daba pie a modificar los términos en que se expresaba la voluntad de las partes.⁶²

Contrario al principio de contemporaneidad, está el método de interpretación evolutiva, que supone tomar en cuenta el entorno normativo del momento en que se aplica la norma.⁶³ Sin embargo, puede advertirse la prevalencia del principio de contemporaneidad respecto al de interpretación

⁶² Cfr. Sorensen, Max (editor), *op. cit.*, p. 231.

⁶³ Cfr. Bjorge, Eirik, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 142 – ss.

evolutiva, debido a que el momento en que es elaborado el tratado es el más cercano a la expresión de voluntad.

2.2. EL PARADIGMA DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

Para Gutiérrez Baylón, “[l]a Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 comienza en un mito y termina en un dogma”.⁶⁴ La anterior frase refiere a que el esfuerzo de codificar todas las cuestiones relativas a los tratados, llevó a que los actores internacionales aceptaran con pocas críticas el instrumento que había realizado la Comisión de Derecho Internacional. Por ello, varios órganos aceptaron su fuerza no sólo por ser un tratado vinculante para los Estados que la suscribieron, sino que aseguraron que sus disposiciones eran normas consuetudinarias.

Algunas instituciones como la aplicación provisional de tratados, el *ius cogens* o la prohibición de violar el objeto y fin de los tratados antes de su entrada en vigor, podrían estar en tela de juicio para ser consideradas normas consuetudinarias al momento de adoptar la Convención de Viena.⁶⁵

Sobre la interpretación, finalmente quedó asentado en la Sección Tercera de dicha Convención. Como se indicó anteriormente, la doctrina reconocía ciertos cánones de interpretación, pero no existía acuerdo para saber si eran obligatorios. En la redacción de los artículos 31, 32 y 33 intentaron armonizar tres visiones. La primera es de aquellos que resaltan al texto del tratado como la expresión auténtica de las intenciones de los Estados. La segunda perspectiva es poner el énfasis en las intenciones de las partes como un elemento subjetivo diferente al

⁶⁴ Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, “Codificación contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Conmemoración crítica a cuarenta años de su adopción)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 252, Julio-Diciembre 2009, p. 133.

⁶⁵ *Cfr. Ídem*, pp. 137 y ss.

texto; en ella los trabajos preparatorios cobran mayor relevancia el tratado mismo. Y la tercera visión es preferir a las finalidades del tratado.⁶⁶

Se decidió nombrar a la Sección que incluye los tres artículos “Regla general” de interpretación, y no reglas de interpretación, debido a que debía entenderse que el ejercicio interpretativo es uno solo, sin que estuviera fragmentado.⁶⁷

Después de la Convención de Viena, fue adoptada la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Este instrumento, con mayor amplitud de sujetos, retoma en términos muy parecidos a su predecesora.

Respecto a sus artículos 31 a 33, son idénticos a la Convención adoptada en 1969. De conformidad con el Relator, “constituyen la expresión exacta en el plano convencional y a los fines de la interpretación, de los caracteres asociados al mecanismo del acuerdo de voluntades, cualesquiera que sean las partes de ese acuerdo”.⁶⁸

En los comentarios a este tratado, el Relator indicó que en la interpretación de los tratados constitutivos de organismos internacionales solía tener mayor peso los elementos teleológicos. No obstante, debido a que la cuestión no había sido retomada por la Comisión de Derecho Internacional o en la Conferencia de derecho de los tratados, decidió no retomarlo en la redacción final.⁶⁹

⁶⁶ Cfr. International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 218.

⁶⁷ Cfr. *Idem*, p. 220.

⁶⁸ Comisión de Derecho Internacional, Cuarto informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, por el Sr. Paul Reuter, Relator Especial, Documento A/CN.4/286, 21 de marzo de 1975, p. 46.

⁶⁹ Cfr. *Ibidem*.

2.2.1. La voluntad estatal (buena fe)

La regla de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena indica que el ejercicio interpretativo debe hacerse de buena fe. Esta previsión es acorde con el principio *pacta sunt servanda* que se encuentra en la propia convención en su artículo 24.⁷⁰ Es decir, los tratados deben cumplirse de buena fe, por lo que es consecuente que su interpretación sea bajo la misma premisa.⁷¹ Una consecuencia de esta regla sería que no deben ser considerados los errores de redacción en perjuicio de una parte.⁷²

2.2.2. Interpretación literal

De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, la interpretación debe realizarse “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado [...]”. Este primer tipo de interpretación que refiere al sentido está en clara conexión el ámbito de aplicación de la Convención de Viena, que son los acuerdos por escrito y se excluye cualquier otra forma de expresión.

De acuerdo a la Comisión de Derecho Internacional, el texto es uno de los elementos más importantes bajo el esquema de la soberanía estatal, ya que recoge la expresión de la voluntad de las partes que se obligaron en un tratado.⁷³

En este orden de ideas, los textos están conformados por palabras, las cuales están dotadas de un sentido. Buena parte de la hermenéutica contemporánea abrega de los cimientos medievales, por lo que la interpretación

⁷⁰ “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

⁷¹ Cfr. International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 219.

⁷² Cfr. Sorensen, Max (editor), *op. cit.*, p. 230.

⁷³ Cfr. International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 220.

de un texto jurídico es similar a la realizada por los comentaristas de los evangelios. Dentro de la tradición cristiana el intérprete es la persona encargada de descifrar este sentido.

Una lectura de la Biblia nunca debía ser dejada al arbitrio de los estudiantes, sino que debía ser dirigida por alguien que comprendiera el sentido del texto. Hugo de San Víctor, un clérigo del siglo XII, en su obra *Didascalicon*, plasmó la manera en que debe ser realizada la lectura de textos sagrados. Una de sus enseñanzas es la forma en que los estudiantes deben acercarse a la Biblia, que narra de la siguiente forma:

“La *historia* es la narración de los hechos, que está contenida en el primer significado del texto [sentido literal]; *alegoría* es cuando, a través de lo que se dice que se ha hecho, se quiere decir alguna otra cosa hecha en el pasado, el presente o el futuro; *tropología* es cuando, a través de lo que se dice que se hace, se quiere decir algo que debe hacerse.”⁷⁴

Resulta impresionante la precisión con la que un texto del siglo XI refiere al contenido del actual artículo 31 de la Convención de Viena. El primer significado del texto es el de la historia de la narración. Para esta tradición, la verdad es revelada por dios a partir de las palabras; de ahí que en la génesis sea el verbo la forma en que es creado el mundo. Por ello, el ejercicio interpretativo busca la verdad a partir de las palabras.⁷⁵

La forma en que está redactado el artículo 31 de la Convención de Viena refiere a un sentido unívoco de las palabras. Al respecto, el sentido corriente de las palabras puede derivarse de los usos del lenguaje. En primer momento es un análisis de vocabulario o lexicológico que puede satisfacerse mediante

⁷⁴ Citado en Illich, Ivan, *En el viñedo del texto. Etología de la lectura: un comentario al “Didascalicon” de Hugo de San Víctor*, trad. Marta I. González García, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 70.

⁷⁵ “[...] porque así como conocemos la verdad de las cosas a través de la verdad de las palabras, del mismo modo, a la inversa, cuando conocemos la verdad de las cosas podemos conocer más fácilmente la verdad de las palabras”. Citado en una nota al pie: *Ídem*, p. 65.

definiciones. El segundo momento es contemplar el sistema de reglas que son utilizadas en el lenguaje, que son la morfología, la sintaxis y la pragmática.⁷⁶

La Convención de Viena hace referencia al sentido corriente de los términos, lo que presume la utilización del lenguaje diario. La frase está contrastada con el lenguaje no corriente o que no se utiliza comúnmente por una comunidad lingüística, como los términos técnicos y los neologismos.⁷⁷

El derecho es una disciplina que cuenta con un lenguaje especializado, por lo que no es común que las normas jurídicas se expresen de la misma forma que el lenguaje cotidiano. Al respecto, es importante reconocer que las normas jurídicas están redactadas en abstracto por su carácter prescriptivo. Debido a que el lenguaje corriente es vago o ambiguo, no puede describir con precisión todas las situaciones que se necesitan regular. Por ello, el legislador inventa palabras para precisar aquello que el lenguaje común no puede hacer.⁷⁸

Esta innovación se da en el plano semántico y no sintáctico, incluso se sirve de las formas del lenguaje común, es decir, que utiliza las mismas palabras, estilos o redacción con el que se expresa la comunidad lingüística, pero le da otro significado. El legislador se debate en un dilema: utilizar palabras que entiendan las personas a las que van dirigidas o bien crear términos para ser más preciso.

La forma en que los redactores de la Convención de Viena solucionaron la interpretación literal que escapaba al uso común fue a partir de la inclusión del artículo 31.4, el cual indica lo siguiente: “Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.” Desde Vattel, se había planteado

⁷⁶ Cfr. Linderfalk, Ulf, *On The Interpretation of Treaties, The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, The Netherlands, Springer, 2007, p. 62.

⁷⁷ Cfr. *Idem*, p. 64.

⁷⁸ Cfr. Wróblewsky, Jerzy, “Los lenguajes del discurso jurídico”, Trad. Ana María del Gesso Cabrera, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Año V, Número 14, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Mayo-Agosto de 1990, p. 361.

la posibilidad de utilizar palabras propias de las técnicas o las artes, de tal forma que se debía remitir a los maestros del arte o las personas conocedoras.⁷⁹ En consecuencia, bajo la concepción de la Convención de Viena, la interpretación literal podría hacer alusión al uso común o al especializado.

Un ejemplo de los usos cotidianos o especializados de una palabra se presentó en la opinión consultiva 22 resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), en la que determinó la titularidad de derechos humanos de personas colectivas. La Corte interpretó la expresión “persona” que utiliza el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual indica lo siguiente: “Para efectos de la presente Convención, persona es todo ser humano”.

En opinión de la Corte Interamericana, la titularidad de los derechos humanos en el marco de este tratado se ciñe sólo a los seres humanos, ya que ese fue el sentido especial que dieron las partes. Lo anterior en concordancia con lo que indica el artículo 31.4 de la Convención de Viena.⁸⁰

En otro caso, la Corte Interamericana interpretó el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para determinar el alcance del derecho a la vida.⁸¹ En su decisión, la Corte Interamericana refirió que el término concepción debía ser interpretado conforme al sentido corriente de sus términos.

⁷⁹ Cfr. Vattel, E., *Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural, Aplicados a la Conducta, y a los Negocios de las Naciones y de los Soberanos*, Trad. Lucas Miguel Otarena, Impreso por Casa de Masson y hijo (sic), 1824, Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1101/9.pdf>, p. 251.

⁸⁰ Cfr. Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 37 y 38.

⁸¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 176 a 187.

Este ejercicio hermenéutico puede dar cuenta de la manera en que las comunidades lingüísticas determinan el sentido de una palabra.

La Corte Interamericana advirtió que la concepción era un término que en la literatura científica tenía dos acepciones. El primero era la sola unión del óvulo y el espermatozoide, y el segundo la implantación del cigoto en el útero materno. Como prueba, la Corte utilizó diversos artículos científicos y el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Sobre la utilización del diccionario resulta claro que es el lugar en el cual se encuentra reflejado el uso común que le da la comunidad lingüística a una palabra. Pero el contexto científico podría no reflejar el “sentido corriente”. Por esa razón, el uso corriente no era suficiente para conocer el sentido literal y la Corte Interamericana necesitó del lenguaje especializado para conocer el alcance del término. Finalmente, la Corte Interamericana decidió utilizar la palabra concepción para nombrar al momento en que ocurre la implantación, ya que antes de ello, no es posible que el embrión sobreviva.

Por su parte, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha indicado que el sentido corriente no se reduce a una definición de diccionario, por lo que también debe determinarse de acuerdo a los otros métodos, es decir, conforme al contexto y el objeto y fin. De esa manera, el ejercicio interpretativo no debe dividirse mecánicamente en las fases que indica el artículo 31.⁸²

⁸² *Cfr.* Informe del Órgano de Apelación, China – Medidas que afectan los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, WT/DS363/AB/R, 21 de diciembre de 2009, párr. 348.

2.2.3. Interpretación sistemática

En el estudio del lenguaje se advierten varias problemáticas derivadas del sentido de las palabras. La disciplina encargada de estudiar el significado de las palabras es la semántica. Existen al menos dos dificultades: en primer lugar está la polisemia, que implica los múltiples sentidos de una palabra, y en segundo lugar la sinonimia, que es nombrar un mismo concepto con varias palabras.⁸³

Por ejemplo, la palabra “poder” puede significar una facultad o capacidad, o bien el organismo de un Estado. Así, al indicar que alguien tiene el poder de legislar, se entiende que se tiene la facultad de emitir leyes. Por otro lado, el “poder legislativo” hace referencia al Parlamento, que es el órgano que tiene esa facultad.⁸⁴

Sobre la sinonimia, un ejemplo dentro de la disciplina jurídica son los tratados internacionales. La Convención de Viena define a un tratado como “*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”. En consecuencia, si se nombra a un tratado como pacto, convención, convenio o protocolo, se hace referencia al mismo concepto, en tanto cumpla con las características que refiere la Convención de Viena.

Por lo tanto, la polisemia y la sinonimia pueden obstaculizar la obtención de un sentido definido y concreto de las palabras si se les toma de manera aislada. Pero dentro de un contexto semántico las palabras cobran sentido y puede conocerse lo que significa. También el contexto no sólo abarca la semántica, sino

⁸³ Kristeva, Julia, *El lenguaje, ese desconocido. Introducción a la lingüística*, trad. María de Antoranz, Madrid, Editorial Fundamentos, 1998, p. 38.

⁸⁴ Ejemplo tomado de: Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 59 y 60.

que puede incidir en la retórica, ya que en ciertos contextos culturales, las palabras tienen un valor estilístico que puede denotar otro significado.⁸⁵

Sobre la regulación del contexto en la interpretación de tratados, el artículo 31.2 y 31.3 de la Convención de Viena indica lo siguiente:

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos;

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Lo anterior podría implicar que el contexto al que hace alusión la Convención de Viena no es sólo el valor semántico o retórico que dota a las palabras de un sentido, sino que abarca a otro tipo de instrumentos. Esto podría ser un claro ejemplo del artículo 31.4 de la Convención de Viena, ya que se le otorga un sentido especial al término contexto.

La frase con la que inicia el artículo 31.2, sugiere que el contexto comprende el texto, esto es, el significado contextual desde el punto de vista semántico y retórico. Luego de ello indica que también abarca el preámbulo y los anexos. El preámbulo refiere al texto previo de la parte normativa.

⁸⁵ Cfr. Kristeva, Julia, *loc. cit.*

Y por anexos es entendida aquella parte del tratado que contiene especificaciones, listas, u otro tipo de disposiciones complementarias al texto del tratado. En materia comercial es común encontrar textos con anexos de índole técnico para aclarar la forma en que serán aplicadas las reglas. Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte se incluyen anexos de distinta índole, como regulación específica para la desgravación arancelaria de industrias como la textil (Anexo 300-B), automotriz (300-A), o tubos de rayos catódicos de televisión a color (Anexo 308.8).

El párrafo 2 del artículo 31 indica que el contexto incluye dos tipos de documentos: acuerdos o instrumentos, los cuales hayan sido elaborados con motivo de la celebración del tratado. Sobre los acuerdos, la Comisión de Derecho Internacional ha indicado que no necesariamente debe ser un tratado, sino puede tomar otra forma más flexible. Tal es el caso de las declaraciones. De igual manera, sobre los instrumentos, en la Convención de Viena se aclara que puede realizarse por una parte o más, y que los demás Estados hayan aceptado como integrante del tratado. Lo anterior implica que estos instrumentos no sean tomados en cuenta como un acto unilateral.⁸⁶

Por su parte, el párrafo 3 del artículo 31 prevé tres supuestos que deben tomarse en cuenta como parte del contexto: acuerdo ulterior, práctica ulterior y toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a la relación entre las partes. Sobre los acuerdos y la práctica ulterior, en el proyecto de la Convención de Viena, la CDI decidió incluirlas porque constituyen un parámetro objetivo de la voluntad de los Estados.⁸⁷

Posteriormente, en el año 2012, la CDI designó a Georg Nolte relator especial para realizar un estudio sobre “Los acuerdos ulteriores y la práctica

⁸⁶ Cfr. International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 221.

⁸⁷ Cfr. *Ibidem*.

ulterior en relación con la interpretación de los tratados”.⁸⁸ En el estado actual de los trabajos de la Comisión, se ha entendido que los acuerdos y práctica ulteriores constituyen métodos auténticos de la regla general de interpretación de los tratados.

Los acuerdos ulteriores, al igual que los acuerdos con motivo de la celebración del tratado (artículo 31.2.a), pueden adoptar cualquier forma que quieran los Estados. Es decir, estos acuerdos no necesariamente deben ser tratados o tener un procedimiento formal para su creación. De acuerdo a la CDI, los acuerdos ulteriores tienen las mismas consecuencias jurídicas para la interpretación que la práctica ulterior. Sin embargo, la forma de acreditar su existencia y aplicación podría diferir. Por ello, los acuerdos ulteriores son reflejo auténtico de la voluntad de las partes, en tanto que la práctica ulterior es una prueba objetiva del sentido de un tratado.

En consecuencia, los acuerdos constituyen “*ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado”.⁸⁹ Por su parte, la práctica es más complicada de acreditar, porque sólo sería válida cuando consta que es voluntad de los Estados que esa práctica constituye la manera de entender una disposición convencional.

La diferencia con lo establecido entre el párrafo 3 y el 2 del artículo 31 es el carácter ulterior de los métodos de interpretación, respecto aquellos que son “con motivo de la celebración de un tratado”. Al respecto, el artículo 10 de la Convención de Viena indica que un tratado será definitivo y auténtico cuando se firme el texto final. En el mismo sentido, el artículo 2 de la misma Convención realiza una diferencia entre Estado negociador, contratante y parte. El primero ha participado en la negociación y adopción del texto, el segundo se ha obligado al

⁸⁸ Actualmente no se ha concluido la labor en este tema, por lo que si bien varias conclusiones ya han sido aprobadas por la CDI, aún no se ha completado.

⁸⁹ Comisión de Derecho Internacional, Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, A/CN.4/660, 19 de marzo de 2013, p. 33.

tratado aunque no esté en vigor, y el tercero es aquel que está obligado por un tratado en vigor.

De lo anterior es posible concluir que los métodos de interpretación del párrafo 2 del artículo 31 son aquellos que se han elaborado en conjunto a la negociación del tratado, y los párrafo 3 los que se presentan posteriormente a la autenticación del texto.⁹⁰ En tratados multilaterales esta distinción podría ser fundamental, ya que no necesariamente todos los Estados parte negociaron el tratado. De tal manera que la práctica ulterior de los Estados que posteriormente consienten en obligarse, podría modificar el contexto para los efectos de la interpretación.

Por otra parte, el artículo 31.3.c, indica que habrá de tomarse en cuenta “Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. A esto la CDI le ha nombrado principio de integración sistémica.

Esta disposición, que resulta bastante vaga, realiza una remisión a formas indeterminadas de normas jurídicas, sin que se precise cuáles son las normas ni las consecuencias de tomarlas en cuenta con motivo de la interpretación de una norma convencional. Este enigma podría sugerir el fin a una discusión teórica de principios del siglo XX, derivado del carácter jurídico -o coercitivo- de las normas internacionales.

Debido al auge del positivismo, le fue negado el sentido jurídico al derecho debido a que carecía de un órgano centralizado de creación y aplicación de normas. A diferencia del derecho interno, en el que la constitución del Estado indica con claridad a quién le corresponde emitir las normas (congreso) y a quién aplicarlas (jueces); en el derecho internacional existen muchos organismos y foros que pueden crear normas válidamente. Además, la carencia de un órgano que

⁹⁰ Cfr. *Ídem*, p. 39.

aplicara una sanción podría derivar en que el derecho internacional no fuera coercitivo.⁹¹

Sin embargo, más allá de la discusión sobre la existencia de sanciones en el derecho internacional, la expansión de las materias y sujetos que rige el derecho internacional ha puesto en duda la coherencia de las normas internacionales. Este fenómeno ha sido llamado fragmentación. Uno de los efectos de la fragmentación es la instauración de regímenes autónomos que se apartan de un “derecho internacional general”, que tienen sus propios principios y normas como el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional comercial.

Dicho fenómeno fue estudiado por la CDI, e indicó que la cláusula prevista en el artículo 31.3.c, puede utilizarse para integrar todo el sistema jurídico. Sobre su importancia refirió lo siguiente:

“[...] esa disposición funciona como una "llave maestra" de la casa del derecho internacional. Si existe un problema sistémico -una incoherencia, un conflicto o un solapamiento entre dos o más normas- y no se puede solucionar por otros medios interpretativos, siempre se puede recurrir a ese artículo para proceder con fundamento.”⁹²

De conformidad con la CDI, la norma en cuestión plantea cuatro discusiones.⁹³ La primera refiere a que el artículo hace una remisión a toda forma de derecho internacional, por lo que a consideración de la CDI “a los efectos de la interpretación, se deben tener en cuenta las normas de derecho, y no principios o consideraciones más generales que pueden no haberse establecido firmemente como normas.”⁹⁴

⁹¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. Florencio Acosta, México, Ediciones Coyoacán, 2012, pp. 144 a 150.

⁹² Cfr. Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, p. 243.

⁹³ *Ídem*, p. 247.

⁹⁴ Cfr. *Ibidem*.

Lo anterior podría suponer que la CDI rechaza la aplicación de normas distintas a las jurídicas, lo que estaría en concordancia con algunos postulados del positivismo jurídico. Al respecto es importante considerar que en términos generales el positivismo afirma que las normas de derecho provienen de hechos sociales que su existencia puede comprobarse empíricamente. Además, la existencia de esas normas no dependen de una evaluación moral.⁹⁵

La afirmación realizada por la Comisión de Derecho Internacional caracteriza el postulado de la obligación jurídica del positivismo. Sobre esto, Dworkin afirma que para los positivistas sólo existen obligaciones cuando aparece una norma que lo establece. De esta manera, los principios interpretativos no podrían utilizarse porque son la manifestación de una norma *ex post facto*.⁹⁶

De igual manera, esta consideración en términos de Dworkin, implicaría que deben abandonarse las discusiones sobre la moral o la política, es decir, que aquellos desacuerdos que no sean sobre los hechos que caracterizan a una norma jurídica, deben quedar fuera del derecho. El desprecio de la CDI a tener en cuenta principios morales o políticos para los efectos de la interpretación entra en tensión con el marco teórico del presente trabajo, ya que no consideraría conceptos interpretativos que no estén expresamente en una norma jurídica.

La segunda discusión del artículo 31.3.c de la Convención de Viena es que abarca a todas las normas de derecho internacional general. En este particular la CDI aclara que la costumbre internacional y los principios de derecho internacional suelen ser *lex generalis* para la interpretación de tratados y se aplican en conjunto.⁹⁷ Existen dos presunciones para aplicar el “contexto normativo” (es decir, los principios y la costumbre): una positiva, para acudir al contexto normativo en

⁹⁵ Cfr. Finnis, John, *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 99.

⁹⁶ Ver explicación en el apartado 1.6 de esta investigación.

⁹⁷ Cfr. Comisión de Derecho Internacional, Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, p. 267.

cuestiones que el tratado no resuelva; y una presunción negativa, que es desapegarse de la costumbre y los principios, en los casos que el tratado mantenga obligaciones distintas.⁹⁸ Esto refiere claramente a seguir la lógica de la voluntad de las partes por la vía convencional.

La tercera discusión versa sobre si estas normas a tomarse en cuenta para la interpretación de los tratados deben ser “aplicables entre las partes”. En esta cuestión habría dos extremos. Por una parte, en el marco del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio, un grupo especial decidió que sólo podía utilizar otros tratados para interpretar los acuerdos de la OMC si todos los Estados partes lo eran también de aquel que se debía apoyar. Esta interpretación causaría que los tratados multilaterales se transformaran en islas que impedirían la remisión a otras normas.⁹⁹

La CDI también propone que pueda remitirse a otro tratado cuando las partes en una controversia también sean Estado parte del otro instrumento internacional. Esto podría conducir a interpretaciones divergentes, ya que podrían suscitarse controversias similares entre distintas partes de un mismo tratado multilateral, pero que tienen un contexto normativo diverso. Sin embargo, estas diferencias permitirían considerar la voluntad estatal, ya que se tendrían en cuenta las reservas, acuerdos *inter se*, o bien acuerdos ulteriores entre las partes.¹⁰⁰

La cuarta discusión dentro de la CDI es la falta de una regla temporal en el artículo 31.3.c. A consideración de la Comisión no existe una regla para establecer cuáles son las normas a tomarse en cuenta, si son aquellas que existían en el entorno normativo de la celebración del tratado, o bien al momento de la aplicación. Como se indicó en apartados anteriores, en los proyectos de la Convención de Viena existía una propuesta para incluir la interpretación contextual, esto es, recurrir al momento en que fue concluido el tratado.

⁹⁸ Cfr. *Ídem*, pp. 269 y 270.

⁹⁹ Cfr. *Ídem*, p. 273.

¹⁰⁰ Cfr. *Ídem*, p. 274.

Sobre esta cuestión existen dos posturas: tomar en consideración el momento de la conclusión del tratado, o bien el momento en que se aplicará. La CDI pone énfasis en la doctrina del derecho intemporal, en el cual se toman en cuenta cualquiera de los dos momentos de la siguiente forma: “La doctrina del derecho intertemporal recuerda fundamentalmente estos dos fundamentos, de los cuales uno apunta al pasado como guía para determinar la intención de las partes, y el otro apunta al presente por exactamente el mismo motivo.”¹⁰¹ La respuesta a utilizar alguna de las dos opciones es si el tratado utiliza un término sujeto a evolución, o bien si los términos son muy generales y pueden adaptarse a lo largo del tiempo.¹⁰²

2.2.4. Interpretación teleológica

La regla general de interpretación de la Convención de Viena indica que los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de un tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Como fue indicado, esta regla fue concebida en su unidad y no a partir de pasos que hayan de sucederse. Aunque, existe cierta estructura lógica para aplicarse en el orden que indica el artículo 31.

La regla de interpretar un tratado conforme a su objeto y fin suele llamarse interpretación teleológica, y está relacionado con la *ratio legis*, es decir, los propósitos o fin último de las obligaciones contraídas. En la doctrina se acepta la distinción entre la interpretación teleológica objetiva y subjetiva. La primera está referida a la finalidad que le otorga la comunidad jurídica, mientras que la subjetiva es entendida al propósito que le dan las partes. En el derecho internacional existe

¹⁰¹ Cfr. *Ídem*, p. 277.

¹⁰² Cfr. *Ídem*, pp. 278 y 279.

una clara tendencia a considerar la finalidad que se deriva de la voluntad de los Estados parte.¹⁰³

La Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre reservas a la Convención sobre Genocidio tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los fines de un tratado. En este asunto, la CIJ analizó si eran válidas las reservas a la Convención sobre el Genocidio, así como las consecuencias jurídicas cuando un Estado negaba las reservas. Al respecto, la Corte indicó que el propósito de ese tratado era salvaguardar la existencia de ciertos grupos. Como evidencia, la CIJ utilizó una resolución de la Asamblea General de la ONU, así como el preámbulo de la Convención sobre el Genocidio.

A su entender, la razón de ser (*raison d'être*) de la Convención era condenar un crimen bajo el derecho internacional, por lo que los Estados se encontraban obligados a castigar el genocidio con independencia de ser partes. Además, a diferencia de los tratados tradicionales que otorgan derechos y obligaciones recíprocas entre Estados, la Convención sobre el Genocidio protege a sujetos bajo la jurisdicción del Estado, de tal forma que la aceptación de una reserva por parte un tercer Estado no modifica las obligaciones convencionales.¹⁰⁴

2.2.5. Medios complementarios (artículo 32)

El artículo 32 de la Convención de Viena hace referencia a los medios complementarios de interpretación, el cual indica lo siguiente:

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del

¹⁰³ Cfr. Linderfalk, Ulf, *op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁴ Cfr. *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, pp. 22 y 23.

artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

La norma citada fue titulada “medios de interpretación complementarios” porque a consideración de la CDI constituyen sólo medios que auxilian a la regla general contenida en el artículo 31. La explicación a esta estructura corresponde a que el texto se considera la principal fuente de obligaciones entre los Estados y sólo de forma excepcional es posible acudir a otro tipo de mecanismos.¹⁰⁵

Es por ello que los métodos de interpretación que se alejen de la interpretación literal, sólo pueden justificarse en ciertas circunstancias, las cuales son especificadas de la siguiente forma: confirmar el sentido de la interpretación realizada con la regla general, que el ejercicio hermenéutico con la regla general del artículo 31 tenga por resultado un sentido ambiguo u oscuro, o bien que ese resultado sea absurdo o irrazonable.

El origen de estos elementos se encuentran desde la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que realizó un ejercicio interpretativo sobre la Convención de Washington en la opinión consultiva sobre “empleo de las mujeres durante la noche”. En esta decisión, la Corte Permanente tuvo que interpretar si la prohibición al trabajo nocturno de las mujeres era absoluto, e incluía al trabajo de supervisión, o bien, sólo era aplicable para el trabajo manual.

Al revisar el artículo 3 de la Convención de Washington, dicho tribunal advirtió que no existía ambigüedad u oscuridad en el texto, al establecerse que las mujeres sin distinción de edad no podrían trabajar en la industria durante la noche. A consideración de la Corte Permanente, para llegar a una conclusión contraria,

¹⁰⁵ Cfr. International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 223.

era necesario tener una base de interpretación válida, de acuerdo al sentido natural de las palabras.¹⁰⁶

El tribunal refirió que las palabras “personas” o “mujeres” no eran utilizadas en un sentido especial en el tratado. De igual forma, la Parte XIII del Pacto de Versalles, en el que se describen los sujetos que regula la Organización Internacional del Trabajo, no existía una referencia específica a los trabajadores manuales.

Dentro de su argumentación fueron utilizados los trabajos preparatorios, en el que se comprobó que en la redacción del tratado los términos fueron redactados uniformemente, de tal manera que no era posible determinar un sentido especial al tratado. La Corte Permanente de Justicia Internacional concluyó que los trabajos preparatorios confirmaban el ejercicio interpretativo acorde con el sentido natural de las palabras.¹⁰⁷

Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia indicó en su opinión consultiva sobre la admisión de nuevos estados a la ONU (*supra*), que no era necesario observar los trabajos preparatorios para interpretar la Carta de la ONU, ya que el significado del texto era claro.¹⁰⁸

En el tercer reporte sobre derecho de los tratados de la CDI,¹⁰⁹ Humphrey Waldock realizó una propuesta para incluir como medios complementarios de interpretación a las circunstancias y los trabajos preparatorios. En su explicación,

¹⁰⁶ “[...] it is necessary to find some valid ground for interpreting the provision otherwise than in accordance with the natural sense of the words”. Permanent Court of International Justice, Interpretation of the Convention of 1919 concerning employment of woman during the night, Series A.B., Advisory opinion of November 15th, 1932, p. 373.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 380.

¹⁰⁸ *Cfr.* Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1948, p. 63.

¹⁰⁹ Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission, 1964, vol. II, pp. 58 y 59.

el relator indicó que los medios complementarios tenían tres funciones: la primera era confirmar el sentido ordinario del texto, la segunda determinar un sentido cuando los términos fueran ambiguos u oscuros, y la tercera la de establecer el uso especial de un término.

Como puede advertirse, el texto final conservó la primera y segunda característica y abandonó la tercera, que quedó finalmente en el artículo 31.4. Este cambio parece atender a que el sentido especial de un término debe estar plasmado claramente en el texto, como ya fue explicado anteriormente en la exposición del artículo 31.

Sobre los trabajos preparatorios, se indicaron algunas objeciones para no ser una fuente principal de la interpretación. El principal argumento fue que no siempre reflejan la voluntad estatal. En tal caso sólo debían utilizarse si constituían evidencia suficiente para sustentar el sentido de los términos.

También, en los tratados multilaterales, no todos los Estados parte son Estados negociadores. Esto implica que en una conferencia en la cual se realiza la negociación de un tratado, una vez que entre en vigor otros Estados pueden adherirse. Para la CDI los trabajos preparatorios serían una buena vía para conocer la voluntad de las partes sólo si fueron negociadores.

Otro argumento en contra era que en tratados bilaterales, las negociaciones solían realizarse en secreto, por lo que los trabajos preparatorios sólo estaban a disposición de las partes. En consecuencia podría obstaculizarse el acceso a estos documentos.

Ahora bien, es posible realizar una división de cuatro elementos para analizar el contenido del artículo 32: el resultado de la interpretación realizado por medio del artículo 31, los trabajos preparatorios, las circunstancias en las que fue realizado el tratado, y los otros medios complementarios.

Respecto al primer elemento, los medios complementarios pueden utilizarse en tres supuestos: confirmar el sentido de la interpretación realizada por medio de la regla general de interpretación del artículo 31, o si dicha interpretación es ambigua u oscura, o bien, si es absurda o irrazonable.

Después de la adopción de la Convención de Viena, la Corte Internacional de Justicia ha reiterado que no es necesario acudir a los trabajos preparatorios si el texto del tratado es claro. Sólo ha recurrido a este tipo de documentos cuando lo ha considerado necesario, como la ambigüedad del texto, la contradicción o incluso la falta de una disposición.¹¹⁰

Como ejemplo de utilizar los medios complementarios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia González y otras (“Campo Algodonero”), Vs. México, utilizó el artículo 32 de la Convención de Viena para interpretar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención Belem do Para).

Como parte de las excepciones preliminares interpuestas por el Estado mexicano, se alegó que la Corte Interamericana carecía de competencia *ratione materiae* para pronunciarse por violaciones a la Convención Belem do Para. El razonamiento era que la Corte Interamericana sólo tenía competencia sobre los tratados que expresamente los Estados se sometían. Además, la cláusula de jurisdicción voluntaria, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, prevé que la Corte sólo pueda conocer de asuntos contenciosos bajo una declaración o convención especial.

De igual forma, en un caso anterior, la Corte Interamericana se había declarado incompetente para conocer sobre presuntas violaciones a los

¹¹⁰ Cfr. Ris, Marin, “Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 14 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 111 (1991), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol14/iss1/6>, pp. 130 y 131.

Convenios de Ginebra, ya que aquellos instrumentos no le reconocían jurisdicción al tribunal interamericano.

En ese sentido, México argumentó que el artículo 12 de la Convención Belem do Para, no incluía una remisión expresa a la Corte Interamericana, por lo que debía declararse incompetente. Dicho artículo indica lo siguiente:

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, la Corte Interamericana al interpretar este artículo indicó que utilizaría las reglas establecidas en la Convención de Viena. La interpretación realizada conforme al sentido corriente, de forma sistemática y el objeto y fin del tratado, indicó que el artículo 12 de la Convención Belem do Para sí le otorgaba competencia.

Desde el ejercicio realizado, la Convención Belem do Para realizaba una remisión a las reglas de la Convención Americana para los trámites de peticiones individuales. El texto no excluía a ninguna norma, de tal manera que se encontraban comprendidos de los artículos 44 a 51, que se refieren al trámite de los casos ante la Comisión Interamericana, así como su sometimiento a la Corte Interamericana.

Respecto a los medios complementarios de interpretación, la Corte Interamericana utilizó los trabajos preparatorios de la Convención Belem do Para, y aclaró lo siguiente: “En el presente caso, no sería necesario hacerlo teniendo en cuenta lo analizado hasta el momento. Sin perjuicio de ello, el Tribunal estudiará los trabajos preparatorios para responder a los alegatos presentados por el

Estado.”¹¹¹ De la frase anterior puede desprenderse que la Corte Interamericana utilizó los trabajos preparatorios para confirmar el sentido de la interpretación realizada con el artículo 31.

Al utilizar los trabajos preparatorios, se vio que la mayoría de países que negociaron el tratado querían incluir una cláusula que le diera competencia a la Corte Interamericana, pero no alcanzó la mayoría calificada necesaria para incluirse en el texto final.¹¹²

El segundo elemento, los trabajos preparatorios, son todos aquellos elementos que fueron utilizados para la celebración de un tratado.¹¹³ Esta noción es claramente amplia, ya que no existe una sola forma de realizar un tratado. Con motivo de tratados bilaterales es posible que las partes utilicen canales menos formales para iniciar las negociaciones, pero en tratados multilaterales, los Estados pueden utilizar vías más complejas y lentas.

Como ejemplo de ello son las conferencias en el seno de la ONU. En este tipo de negociaciones, podría estar a discusión un estudio encargado a la Comisión de Derecho Internacional, por lo que este estudio y las posiciones de los Estados son parte de los trabajos preparatorios para dicho acuerdo. La Convención de Viena, o la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar son ejemplos de estos procedimientos más complejos.

El tercer elemento son las circunstancias en que fue realizado el tratado. Por circunstancias podría entenderse de manera amplia a toda situación con motivo de la celebración de un tratado. Incluso, podría remitirse al contexto, como lo refiere la regla plasmada en el artículo 31.2.

¹¹¹ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 68.

¹¹² *Ibidem*, párr. 69 – 73.

¹¹³ *Cfr.* Linderfalk, Ulf, *op. cit.*, p. 242.

Sobre el momento, el término utilizado en el artículo 32 puede resultar ambiguo, ya que en la Convención de Viena existen varios momentos en los que puede confundirse. Al menos podrían identificarse dos: la autenticación del texto, es decir, cuando el tratado termina de negociarse y se abre a firma, o bien, cuando el tratado entra en vigor. En el caso de tratados bilaterales este momento puede coincidir, pero en tratados multilaterales el lapso entre ambos puede ser mucho mayor, y cambiar el entorno normativo, o las circunstancias por las que un Estado manifiesta su voluntad para obligarse al tratado.¹¹⁴ Al respecto, resulta indispensable apuntar que las circunstancias remiten de forma indudable a un momento histórico.

El cuarto elemento son los otros medios complementarios. En general se considera que pueden utilizarse normas interpretativas del derecho consuetudinario como las siguientes: *per analogiam*, *per argumentum a fortiori*, *per argumentum e contrario*, *eiusdem generis*, *lex posterior derogat legi priori*, *lex in dubio mitis*, etcétera.¹¹⁵

2.2.6 El artículo 33 de la Convención de Viena

En el caso de las concesiones palestinas de Mavrommatis, la Corte Permanente de Justicia Internacional interpretó el alcance del término “control público”. Esta controversia versó sobre el incumplimiento de la ejecución de unas concesiones de obra pública a un nacional griego, por parte de Gran Bretaña.¹¹⁶

¹¹⁴ Linderfalk considera tres intervalos, basado en diferentes lapsos entre la negociación a la entrada en vigor para todos los Estados parte, *Cfr. Ibidem*, p. 279.

¹¹⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 247. Villiger, Mark E., “The rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The ‘Crucible’ Intended by the International Law Commission”, en Cannizzaro, Enzo, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Published to Oxford Scholarship Online: 2011.

¹¹⁶ El caso fue resuelto en 1924. En esa época los territorios palestinos eran un protectorado del Reino Unido de la Gran Bretaña. En el acuerdo de protectorado se preveía la existencia de una autoridad que ejercía la administración de los servicios públicos.

Al respecto, este tribunal internacional advirtió que el texto en inglés otorgaba pocas facultades a la Administración Palestina, ya que se refería como “*public control*” al conjunto de actividades para gestionar los servicios públicos. Por otra parte, el texto en francés podría entenderse de manera amplia, de tal forma que la frase “*contrôle public*” podría interpretarse como tomar todas las decisiones que involucraran servicios públicos, incluso revocar las concesiones. En su decisión, el tribunal indicó lo siguiente:

The Court is of opinion that, where two versions possessing equal authority exist one of which appears to have a wider bearing than the other, it is bound to adopt the more limited interpretation which can be made to harmonise (*sic*) with both versions and which, as far as it goes, is doubtless in accordance with the common intention of the Parties. In the present case this conclusion is indicated with especial force because the question concerns an instrument laying down the obligations of Great Britain in her capacity as Mandatory for Palestine and because the original draft of this instrument was probably made in English.¹¹⁷

De acuerdo a lo anterior, la Corte Permanente de Justicia Internacional optó por una interpretación que armonizara de mejor forma las dos versiones, ya que en principio ambos idiomas tendrían el mismo valor. Luego de ello, podría desprenderse que utilizó el contexto normativo porque el instrumento por el que se crea el protectorado, fue posiblemente redactado en inglés.

Este caso fue una de las bases de la CDI para la redacción del artículo 33 de la Convención de Viena, el cual refiere lo siguiente:

33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

¹¹⁷ Permanent Court of International Justice, SERIES A – No. 2, August 30th, 1924, THE MAVROMMATIS PALESTINE CONCESSIONS, p. 19.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Al momento de la adopción de la Convención de Viena, la CDI advirtió que los tratados se realizaban en varios idiomas, de tal manera que era posible una discrepancia entre las versiones. Sin embargo, no cualquier versión podría ser tomada en cuenta para efecto de la interpretación, sino que era indispensable que se tratara de un texto oficial. Para ello, la CDI decidió que los textos auténticos eran aquellos que los Estados expresamente le dieran ese carácter.¹¹⁸

El artículo 9 de la Convención de Viena prevé que después de negociar el texto los Estados consienten en adoptar el texto definitivo, que resulta la expresión escrita sobre las obligaciones que se contraen.¹¹⁹ Y el artículo 10 reconoce el proceso de autenticación, que es el mecanismo por el cual los Estados deciden cuál es el texto verdadero o auténtico mediante la rúbrica o firma de los negociadores. La autenticación del tratado ocurre después de cerrar la negociación del tratado con la finalidad de no incorporar nuevos elementos, de tal forma que inmediatamente después se proceda a manifestarse la voluntad de cumplir con el tratado.

En el proceso de autenticar el texto, los Estados pueden decidir los idiomas que darán fe. La regla de interpretación prevista en el artículo 33 indica que se le da el mismo valor a todos los idiomas auténticos. Como excepción es la voluntad de los Estados, es decir, que el tratado contenga alguna previsión por la

¹¹⁸ Cfr. International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 224.

¹¹⁹ Cfr. Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, México, Porrúa, 2010, pp. 51 – 52.

cual se prefiera uno de los idiomas, o bien que en caso de disputa, un idioma haga fe.

A consideración de la CDI, la existencia de diferentes idiomas no implica un método diferente de interpretación.¹²⁰ La presunción de otorgar el mismo significado a las diferentes variantes del texto se deriva de otorgarle unidad al texto, puesto que conforma la expresión auténtica de la voluntad. Además, si un término es ambiguo u oscuro en un idioma, y en otro no, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32, el intérprete tendría elementos suficientes para sortear la discrepancia entre versiones.¹²¹

De esta aseveración es posible desprender la unidad del significado de un tratado mediante la interpretación sistemática, teleológica y los trabajos preparatorios, de conformidad con el artículo 33.4. No obstante, en seguimiento a Linderfalk, de la frase “se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”, se desprenden tres cuestiones a discutir. En primer lugar qué implica reconciliar, en segundo lugar cuál es el mejor método para reconciliar, y en tercer lugar la importancia del objeto y fin del tratado.¹²²

A comparación de las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, el artículo 33 ha sido utilizado en pocas ocasiones. En esos casos sólo se ha examinado cuando existe una discrepancia evidente entre las versiones de un tratado. Por esa razón se mostrarán dos casos de regímenes especiales del derecho internacional para explicar las formas en que se ha aplicado el artículo 33 de la Convención de Viena. Estos dos casos muestran

¹²⁰ “The existence of more than one authentic text clearly introduces a new element –comparison of the texts- into the interpretation of the treaty. But it does not involve a different system of interpretation”, International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, p. 225.

¹²¹ Cfr. Idem.

¹²² Cfr. Linderfalk, Ulf, *op. cit.*, p. 360.

diferentes tipos de discrepancias: la falta de coincidencia de términos entre comunidades lingüísticas y el sentido diferenciado de dos textos.

El Tribunal Internacional de Derecho del Mar (en adelante “Tribunal del Mar”), en su opinión consultiva sobre responsabilidades y obligaciones de los Estados respecto a Actividades en el Área ¹²³ (en adelante “opinión consultiva sobre fondos marinos), tuvo la oportunidad de aplicar las disposiciones del artículo 33 de la Convención de Viena.

Este caso inició por una consulta del Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, respecto a las responsabilidades de los Estados y los particulares en la Zona.¹²⁴ En particular, se preguntó al Tribunal del Mar sobre las obligaciones y responsabilidades de los Estados cuando los particulares causaran un daño, así como las medidas necesarias para reparar.

Una vez que fijó su jurisdicción para emitir la opinión consultiva, el Tribunal del Mar estableció como consideración previa que utilizaría las reglas de los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena para interpretar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Lo anterior porque la consideró costumbre internacional. Para fundamentar su determinación citó numerosos casos de la Corte Internacional de Justicia. Además, indicó que utilizaría estas reglas para interpretar las regulaciones de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos, en analogía a lo resuelto por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la independencia de Kosovo. En aquel fallo fue utilizada la Convención de Viena para interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad.

¹²³ Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, pp. 28 – 31.

¹²⁴ De acuerdo al artículo 1.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Zona son los fondos marinos en los que ningún Estado ejerce su jurisdicción. La explotación y exploración están sujetos a la regulación de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos.

En su decisión, el Tribunal del Mar advirtió que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar había sido adoptada en seis idiomas: árabe, chino, inglés, francés, ruso y español. De conformidad con el artículo 320 de dicha Convención, los seis textos son considerados igualmente auténticos. En consecuencia, ninguno de los idiomas citados tendría preferencia sobre los demás.

El Tribunal del Mar utilizó el artículo 33.4 de la Convención de Viena, en el cual si existían discrepancias entre las diferentes versiones derivado de la aplicación de los métodos de interpretación de los artículos 31 y 32, debía reconciliarse los términos conforme al objeto y fin del tratado.

En la Parte XI de la Convención sobre el Derecho del Mar, que regula la Zona, se utiliza en varias ocasiones el término “responsabilidad”. En español, y en general los demás idiomas, se utiliza la palabra responsabilidad para nombrar una obligación y su consecuencia. Como ejemplo de ello, en el ámbito civil podría indicarse que una persona tiene la responsabilidad de dar alimentos a sus descendientes. Lo anterior equivale a que una persona es acreedor alimentario. Incluso sin que se actualizara el supuesto de violentar esta norma, existe una obligación, en la cual el acreedor es responsable de cumplir. En inglés se utiliza la palabra *responsibility* para denominar a este uso.

Por otra parte, la palabra responsabilidad se utiliza para describir las consecuencias de incumplir con una obligación. En este sentido, la falta de pago en un contrato de arrendamiento genera responsabilidad para una de las partes del contrato. Para esta noción en inglés se utiliza el término *liability*, que implica una obligación secundaria.

Bajo este segundo supuesto, la Comisión de Derecho Internacional realizó el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. En él, se prevé que la consecuencia son las obligaciones derivadas del incumplimiento de una obligación. Por ello, el Tribunal del Mar indicó que el empleo del término *responsibility* podría crear confusiones.

El texto en español de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar utiliza responsabilidad de forma indistinta. De igual forma en francés *responsabilité*, así como los términos respectivos en árabe, chino y ruso. No obstante, el Tribunal del Mar decidió que en cada apartado utilizaría el término *responsibility* para las obligaciones de los Estados y el término *liability* para las consecuencias. Y en el análisis de las medidas apropiadas para resarcir los daños ambientales, utilizaría la palabra *responsibility* como sinónimo de obligación, con el propósito de unificar el significado de las diversas versiones.

Otro caso relevante sobre la discrepancias de versiones es el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante también “Protocolo Facultativo”). Este tratado fue adoptado en chino, español, francés, inglés y ruso, por lo que de acuerdo al artículo 14, son igualmente auténticos.

Dicho instrumento establece el sistema de peticiones individuales para que una persona pueda alegar la violación de alguno de sus derechos humanos ante el Comité de Derechos Humanos, con la finalidad de que este órgano examine su situación y en caso de encontrar un hecho violatorio, emitir una recomendación al Estado.

Una de las reglas procesales para admitir una petición ante el Comité de Derechos Humanos es evitar la duplicación de procedimientos internacionales. En la versión inglesa, el artículo 5.2 del Protocolo indica que no será considerada una petición si está bajo el examen de otro procedimiento o investigación internacional. Esta disposición indica lo siguiente:

The Committee shall not consider any communication from an individual unless it has ascertain that: [...] The same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement.

La versión en francés tiene un sentido similar, (*La même question n'est pas déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de*

règlement). Las versiones en ruso y chino tiene sentidos similares. Sin embargo, en la versión española, el texto indica que el Comité no examinará una cuestión si “El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales”.

Como es posible advertir, los dos primeros casos indican el fenómeno de litispendencia, es decir, que no resulta posible analizar un asunto si es del conocimiento de otro procedimiento internacional. En casos europeos, el Comité de Derechos Humanos había admitido peticiones luego de que la Corte Europea de Derechos Humanos emitiera sus fallos.

Pero la versión española hace referencia a la excepción de cosa juzgada. Eso implica que una vez que un mecanismo internacional de solución de controversias analizó un caso, el Comité de Derechos Humanos no podría conocer de la controversia.

Algunos Estados como España o Suecia interpusieron reservas al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con el propósito de entender la excepción prevista en el artículo 5.2.a, como litispendencia y cosa juzgada.¹²⁵ A estos Estados el Comité de Derechos Humanos ha condicionado que interpongan la excepción correspondiente en el momento procesal oportuno, ya que en caso de no hacerlo se interpretará que renuncian a ella.¹²⁶

La primera vez que un Estado interpuso la excepción de cosa juzgada por la disparidad de versiones fue en el caso *Rafael Rodríguez Castañeda Vs. México*. La controversia se debió a que la presunta víctima en su carácter de periodista solicitó el acceso a las boletas electorales del proceso por el cual se eligió al

¹²⁵ Ver el estado de firmas del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_en (Consultado el 1 de marzo de 2017).

¹²⁶ Cfr. Ayala Corao, Carlos, M., México ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La admisión de los casos decididos por otros órganos internacionales, México, Porrúa, 2015, pp. 39 – 46.

Presidente de México en el año 2006. Las instancias electorales negaron su solicitud.

Este caso fue presentado en primer lugar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien emitió medidas provisionales para evitar la destrucción de las boletas electorales. Luego de ello, decidió no admitir el caso por considerar que no se caracterizaban posibles hechos violatorios de algún derecho humano reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Posterior a la decisión de la Comisión Interamericana, se presentó la petición ante el Comité de Derechos Humanos, ya que a consideración de la presunta víctima el Estado había violado su derecho a la libertad de expresión, en su vertiente de recibir información. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, el Estado argumentó que el caso ya había sido examinado por otro órgano internacional, y que de conformidad con el artículo 5.2.a, del Protocolo Facultativo, debía de declararse inadmisibile por el Comité de Derechos Humanos.

El peticionario presentó observaciones a este argumento, y arguyó que si la discrepancia entre versiones no podría resolverse conforme a las reglas de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, debía armonizarse conforme al objeto y fin del tratado. De esta manera indicó que la petición debía ser admitida en virtud del principio de efecto útil y pro persona.

En su resolución, el Comité de Derechos Humanos mencionó en un párrafo que el texto en español “ha sido sometido”, debía interpretarse como “está siendo examinado”, ya que era el sentido que mejor se reconciliaba conforme a los demás idiomas, de acuerdo al artículo 33.4 de la Convención de Viena.¹²⁷

¹²⁷ Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 2202/2012, CCPR/C/108/D/2201/2012, 18 de julio de 2013, párr. 6.3.

Puede deducirse que el Comité de Derechos Humanos atendió a un criterio mayoritario, ya que si cuatro de los cinco textos auténticos tendrían un mismo sentido, se sigue que la mejor forma de conciliar la interpretación es acogerse a la que dictan estos textos. En su decisión, el Comité de Derechos Humanos omitió analizar el objetivo y fin del tratado, y sólo mencionó que era admisible.

Sobre el fondo del asunto, el Comité de Derechos Humanos estimó que la negación de acceder a las boletas electorales era una restricción legítima de la libertad de expresión. Esta restricción tendría como finalidad garantizar la integridad del proceso electoral, además de que el Estado ofrecía un sistema que le permitía conocer los resultados de las elecciones sin tener que acceder directamente a las boletas. En consecuencia, no se configuró una violación a la libertad de expresión.

CAPÍTULO 3. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES Y LOS DESACUERDOS TEÓRICOS

El derecho internacional claramente está sujeto a desacuerdos teóricos y resulta evidente por su sistema de fuentes. En seguimiento a Estrada, contestar a la pregunta “¿qué es el derecho internacional?” podría llevar a diversas respuestas, ya que este sistema normativo carece de un órgano centralizado de creación normativo. Por ello, “no es posible saber con precisión en qué piensan los juristas cuando hablan de derecho internacional, ni tampoco cuando lo usan”.¹²⁸

Por ejemplo, en los tribunales no hay consenso sobre la existencia de normas consuetudinarias, o la aparición de *ius cogens*. También hay debates sobre el grado de obligatoriedad de una resolución de la Asamblea General de la ONU, o los alcances de una sentencia de un tribunal internacional para Estados que no son parte de una controversia. La diversidad de fuentes y la manera en cómo se aplica el derecho internacional constituyen verdaderos desacuerdos teóricos, por lo que la tarea de los tribunales internacionales se ha vuelto determinante para dar significado a la práctica jurídica.

Este capítulo desarrolla la aplicación de las ideas principales de la teoría de Dworkin a la interpretación de tratados internacionales. Este estudio está dividido en tres apartados. El primero es una reflexión sobre el derecho internacional como concepto interpretativo. El segundo apartado es una revisión a la idea de voluntad estatal como parte del agujón semántico. En esta parte de la exposición se invita a retomar la idea de la voluntad como un concepto interpretativo, el cual podría modificar radicalmente la visión de la interpretación internacional. Finalmente, el

¹²⁸ Estrada, Guillermo, Interpretación judicial internacional, op. cit., p. 150.

tercer apartado demuestra a partir de dos casos representativos, la evidencia de los desacuerdos teóricos en el derecho internacional.

3.1. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO CONCEPTO INTERPRETATIVO

Como recuerda Finnis, una de las precisiones metodológicas de Hart a la jurisprudencia analítica es detallar los casos focales respecto a los dudosos o marginales.¹²⁹ Al respecto, Hart aclaró que los casos dudosos del derecho son el derecho primitivo y el derecho internacional, ya que no es claro si estos tipos de sociedades tienen normas con carácter jurídico.¹³⁰

Por lo que respecta al derecho internacional, las posturas positivistas dudan de su aspecto jurídico por la falta de un órgano centralizado de creación normativa, así como de un órgano encargado de la sanción. Esto puede traducirse como falta de coerción.

La manera en que se ha resuelto este problema ha sido diverso. Sólo para ejemplificarlo, Kelsen aduce la existencia del derecho a la guerra y las represalias como forma de coerción, por lo que el derecho internacional no dejaría de ser parte del “orden coactivo de la conducta humana”.¹³¹

En el caso de Hart, el capítulo X de su libro “El concepto de Derecho” no contiene alguna referencia explícita a la existencia de una norma de reconocimiento en el derecho internacional. Pero algunos estudios que siguen su

¹²⁹ Cfr. Finnis, John M., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 40.

¹³⁰ Hart, H. L., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 19.

¹³¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 392 – ss.

teoría han explicado que es posible desprender una regla secundaria que determine las características de las normas jurídicas internacionales.¹³²

Pero esta visión, que refiere al derecho internacional como un caso dudoso del concepto derecho conforma lo que Dworkin denomina “aguijón semántico”. Como fue referido, las teorías semánticas del derecho suponen que toda la comunidad lingüística está de acuerdo en el significado central de los conceptos y sólo disienten en casos dudosos. Esta perspectiva, denominada “del hecho evidente”, afirma que los conceptos son claros por sí mismos y los jueces mienten por convicciones políticas o ideológicas cuando están en desacuerdo. Por lo tanto, una visión que afirme que el derecho internacional es un caso dudoso del fenómeno jurídico, es una teoría semántica.

Las teorías positivistas redujeron las preguntas filosóficas del derecho internacional a una duda existencial. Debido a que la filosofía positivista buscaba las condiciones suficientes y necesarias para designar al derecho, y los casos claros eran el derecho nacional de origen estatal, el derecho internacional se le dejó de lado. Por ejemplo, el modelo simple de Austin refería que el derecho era aquello que obligaba el soberano. Por esa razón, al no haber soberano en el derecho internacional, la teoría dejaba de tener sentido.¹³³

Como apunta Dworkin, las problemáticas de la concepción del derecho internacional se derivan de confundir el concepto sociológico del derecho con el doctrinal.¹³⁴ En el primer capítulo se detalló que existen conceptos criteriosales, que sirven para enumerar las características que debe cumplir un ejemplo para poder aplicar el concepto.

¹³² Cfr. Payandeh, Mehrdad, “The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, no. 4, 2011, pp. 989 – 993.

¹³³ Cfr. Dworkin, Ronald, “A new philosophy for international law”, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 11.

De esa forma, los sociólogos pueden diferenciar al derecho respecto a otros medios de control social. Bajo esta premisa, los desacuerdos pueden darse por diferir entre las características que compone un concepto. Así, los criterios que conforman el concepto casa pueden variar; para una persona lo relaciona con su forma arquitectónica y otra cree que es por su función de habitar. Cuando surge un ejemplo, como el palacio de Buckingham, las personas podrán diferir en si es posible nombrarla casa.

Por otra parte existen los conceptos interpretativos. En ellos la comunidad lingüística está de acuerdo con su significado, pero disienten sobre su asignación, ya que son valorativos. Además, los conceptos interpretativos son constructivos porque los participantes de la práctica social pueden incidir en su modificación. En el arte, los participantes de la práctica pueden otorgarle un significado a una obra pictórica respecto a la mejor idea de estética que puedan construir. De la misma forma, el derecho es un concepto interpretativo que puede construir el mejor concepto conforme a principios políticos o morales.

Dworkin refiere que el concepto interpretativo de derecho que sea lo suficientemente abstracto para abarcar todos los sistemas jurídicos es el Estado de Derecho (*rule of law*). Esto significa que el derecho debe justificar el uso de la coerción cuando no sea moralmente reprochable. Pero esta noción no es suficiente para el derecho internacional porque no existe un órgano centralizado que obligue a todos los Estados a cumplir con una obligación. Este obstáculo fue debatido de dos formas por Dworkin, por lo que en los siguientes párrafos serán reconstruidos sus argumentos.

La primera propuesta de Dworkin fue en un texto de 2013. En él expuso que el principio interpretativo para el derecho internacional debe proveer de legitimidad a las entidades soberanas para continuar con el esquema de soberanía estatal. A esto le llamó "*the principle of salience*".¹³⁵ Para efectos de este trabajo es posible

¹³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 19.

traducir este término como el principio de legitimidad, o como el principio de supremacía internacional.

Las razones para explicar este principio están en el modelo adoptado por el derecho internacional. Previo a la Segunda Guerra Mundial, el orden internacional fue dominado por la noción derivada de la Paz de Westfalia, la cual se arraigó en la concepción de soberanía estatal. Este modelo aceptaba la convivencia pacífica entre naciones soberanas, que no podrían ser sometidas entre ellas. Además, los soberanos sólo podrían limitar su poder a partir de actos voluntarios.¹³⁶

Pero a partir de la instauración de la Paz de San Francisco, y con la creación de la ONU, los Estados se encuentran sujetos a exigencias morales que escapan de la lógica voluntarista. Un ejemplo de ello es el principio de no intervención. Con una concepción voluntarista, la prohibición de un Estado a ingresar con fuerzas armadas a otro territorio sin su autorización debería ser un hecho calificado como ilícito. Sin embargo, una de las exigencias morales de una sociedad a su gobierno es ayudar a otras personas en caso de guerra, genocidio o desastres naturales. Esas exigencias conforman una parte de la legitimidad que poseen los gobiernos en el mundo.

La estrategia interpretativa del derecho internacional debe abarcar la mejor interpretación moral. Por ello, el programa propuesto por Dworkin implica lo siguiente:

“The correct interpretation of an international document, like the UN Charter, is the interpretation that makes the best sense of the text, given the underlying aim of international law, which is taken to be the creation of an international order that protects political communities from external aggression, protects citizens of those communities from domestic barbarism, facilitates coordination when this essential, and provides some measure of participation by people in their own governance across the world. These goals must be interpreted

¹³⁶ Cfr. Ibidem, p. 16.

together: they must be understood in such a way as to make them compatible".¹³⁷

De esto se deriva el principio de legitimidad, ya que los Estados están sujetos a cumplir estas exigencias morales. Porque además, existen algunos temas en los que un Estado no puede llevar a cabo acciones eficaces sin la coordinación con otros, como los retos en materia ambiental. En consecuencia, el cumplimiento del derecho internacional está determinado por la legitimidad de los gobiernos ante sus ciudadanos.

La segunda propuesta de Dworkin sobre el concepto interpretativo del derecho internacional es que la autoridad de la comunidad internacional descansa en la idea de la protección de los derechos humanos.¹³⁸ Recientemente en la Corte Suprema de Estados Unidos hubo un debate entre los jueces sobre la pertinencia de citar jurisprudencia de otros tribunales internacionales o nacionales. El caso versó sobre la aplicación de la pena de muerte a un menor de 12 años; la decisión final fue que la medida era un trato cruel, prohibido por la constitución estadounidense. Dentro de su resolución fueron citados casos de la Corte Europea de Derechos Humanos.¹³⁹

El juez Scalia, de la ala conservadora de la Corte Suprema de Estados Unidos, argumentó que era irrelevante citar a otros tribunales u organismos internacionales, ya que no tenían nada que ver con la interpretación de la constitución de Estados Unidos. Desde el punto de vista originalista, sólo sería deseable conocer las intenciones (estados mentales) de los redactores de la constitución, para conocer cómo fallarían en un caso.¹⁴⁰ En consecuencia, los razonamientos de otros tribunales no servirían como evidencia histórica de lo que pensaban los constituyentes.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁸ Cfr. Dworkin, Ronald, "From justice in robes to justices for hedgehogs", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 9, enero-diciembre de 2015, p. 17.

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 5.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 6.

Desde la perspectiva de Dworkin, citar a tribunales internacionales en la resolución de un caso forma parte de la unidad interpretativa de un principio moral relevante. En este sentido, al juzgar un asunto en Estados Unidos, se explora el derecho estadounidense, pero debe explorarse la manera en que otros miembros de la comunidad internacional han reaccionado a casos similares. De esta forma, quedan integrados los valores que persigue la comunidad internacional en su conjunto.¹⁴¹

La forma de asumir el mismo principio de interpretación integradora en el derecho internacional es a través de la cláusula prevista en el artículo 31.3.c., la cual indica que para la interpretación de los tratados deberá tomarse en cuenta “Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Como fue explicado anteriormente, la Comisión de Derecho Internacional ha denominado a este apartado como el principio de integración sistémica.

Esta “llave maestra” del derecho internacional puede solucionar las discrepancias entre normas jurídicas. Pero a diferencia de la CDI, que arraiga su aplicación a disposiciones normativas que sean consensuadas por los Estados,¹⁴² la propuesta interpretativista es tomar las disposiciones de un tratado como conceptos interpretativos para construir el mejor significado.

De esa forma, algunas cuestiones como las facultades del Consejo de Seguridad en el marco de ataques a la paz y seguridad internacional, o las obligaciones de los Estados en actividades extractivas en aguas internacionales, serán armonizadas conforme a un principio lo suficientemente abstracto para interpretarlas. Posiblemente el principio de legitimidad resulte insuficiente para tratar todas las controversias en el orden internacional, pero la búsqueda de un

¹⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 19.

¹⁴² Cfr. Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, p. 247.

principio amplio es la tarea del jurista internacional que ha aceptado al derecho como integridad.¹⁴³

3.2. UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA: EL AGUIJÓN SEMÁNTICO Y LA CONVENCIÓN DE VIENA

Derivado del estudio del capítulo anterior, la Convención de Viena es una muestra del agujón semántico en el derecho internacional. La forma en que la Comisión de Derecho Internacional elaboró los métodos interpretativos demuestran que existe un significado claro en una disposición y conforme existan casos dudosos, se utilizarán otros métodos de mayor complejidad, pero que aseguren la existencia –incluso mínima- de la fidelidad a la voluntad estatal.

El artículo 31 de la Convención de Viena registra una regla general de interpretación, como una unidad metodológica. La conclusión de este método parece llevar a un significado único. La combinación de la interpretación literal, contextual y teleológica demuestra que es evidente un único sentido presente en el texto, por lo que puede derivarse la existencia de la doctrina del hecho evidente.

De igual forma, si tomamos al artículo 32 de manera amplia y aceptamos que ahí se incluyen todos los demás medios de interpretación, como podrían ser las fases de interpretación de Dworkin, estaríamos frente a una concepción de las teorías semánticas del derecho. Esto implicaría que la actitud interpretativa y las fases por las cuales se discuten los principios interpretativos únicamente son casos marginales, que son activados cuando la interpretación del artículo 31 falla.

La concepción de desentrañar un sentido subjetivo al texto de un tratado puede derivarse de la tendencia de equiparar los tratados a un contrato.¹⁴⁴ Esto ha

¹⁴³ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 173.

traído como consecuencia privilegiar la voluntad de las partes como premisa para la interpretación internacional. Si se equipara los contratos a las voluntades de dos personas, es casi como pensar que es una conversación, en la que es indispensable conocer lo que piensa el interlocutor.

Con fundamento en lo anterior, es posible modificar la perspectiva del hecho evidente que permea en la Convención de Viena, y eliminar el aguijón semántico, si se analiza la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia con una actitud interpretativa. Para ello, será expuesto el caso Avena y otros nacionales mexicanos.

Retomemos las ideas Dworkin sobre el peso de la voluntad del legislador. La premisa descansa en que imaginemos un juez Hermes, quien es el encargado de dar voz a la legislatura que emite una ley. La voluntad del congreso está conformada de distintos representantes, quienes tienen voluntades particulares, por lo que posiblemente el juez Hermes se apoyara en un criterio mayoritario para extraer una voluntad común respecto a una misma cuestión jurídica.

Sin embargo, habrá cuestiones sobre justicia o moralidad que no se encuentran explícitas en el texto, pero que algunos legisladores habrían deseado que estuvieran. Además, las intenciones como estados mentales podrían acarrear contradicciones en el mismo legislador, ya que no todos los principios morales que conviven en el interior de una persona son coherentes. Y otra problemática es la existencia de intenciones implícitas o explícitas.¹⁴⁵

Las anteriores complicaciones surgen en el contexto del proceso legislativo en el derecho interno, en el cual son individuos quienes votan por una ley. Pero este mismo proceso llevado al derecho internacional adquiere otra complejidad.

¹⁴⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, trad. Eduardo García Máynez, México, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 22 – ss.

¹⁴⁵ Ver el apartado 1.4 de esta investigación. Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 223 – 232.

Por ello, una ley se asemeja a un tratado porque sus disposiciones normativas pueden ser generales y abstractas.

Los tratados, de acuerdo a la Convención de Viena, son acuerdos por escrito elaborados entre Estados, regidos por el derecho internacional, mismos que pueden estar en uno o más instrumentos y sin que importe su denominación particular.¹⁴⁶ En el proceso para elaborar un tratado, los gobiernos de los Estados mandan representantes para realizar la negociación del texto. Usualmente son funcionarios estatales, pero en ocasiones son expertos en los temas que serán discutidos.¹⁴⁷

Posiblemente en tratados bilaterales sea sencillo identificar las intenciones de las partes que están involucradas en la negociación, ya que está arraigada la visión de concesiones recíprocas entre Estados. Pero en la celebración de tratados multilaterales, la voluntad de los Estados se difumina más. La noción de voluntad de los Estados es un concepto sumamente amplio, ya que en el campo del derecho de los tratados no es claro a qué entidad se refiere.

Podría inferirse que la voluntad del Estado es una abstracción en la que se interpreta al Estado como una persona con una intención inequívoca. Pero también podría advertirse que es la suma de intenciones de funcionarios estatales con capacidad para comprometer las obligaciones de toda la entidad política. Así, el juez Hermes necesitaría corroborar el estado mental de los funcionarios de la Cancillería que acudieron a las conferencias para realizar un tratado (ya que suelen dejar constancia de sus participaciones en las actas de las conferencias), del jefe de Estado que firma el tratado, y de los legisladores que aprueban el tratado en el derecho interno.

¹⁴⁶ La Convención de Viena de 1986 es más amplia conforme a los sujetos, y hay autores que han controvertido algunos aspectos de esta definición, como la denominación. *Cfr.* Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁷ *Cfr.* *Ibidem*, p. 44.

Con fundamento en la teoría interpretivista de Dworkin, es posible afirmar que la práctica judicial ha incorporado la intención de los Estados como concepto interpretativo, no como estado mental. A continuación, se pondrá de ejemplo la controversia Avena y otros nacionales mexicanos, resuelta por la Corte Internacional de Justicia. Este caso es representativo de las decisiones en las que fueron utilizados los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena como derecho consuetudinario. Por ello se utilizará para explicar el arraigo a la voluntad estatal, de conformidad con los hallazgos presentados en el segundo capítulo de esta investigación.

En 2003 México demandó a los Estados Unidos de América ante la Corte Internacional de Justicia por violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, al no cumplir con la notificación consular de diversos nacionales mexicanos al momento de su detención. El artículo 36 de dicha convención obliga a los Estados a notificar cuando un nacional de otro Estado parte es detenido. Esta disposición indica lo siguiente:

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

[...]

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

A criterio de México, la notificación consular constituía una acción indispensable para que cada mexicano ejerciera sus derechos de defensa de manera adecuada en el proceso que le fuera iniciado. A su consideración, la notificación consular debía realizarse *ipso facto*, antes de que fuera tomada la

primera declaración, puesto de esa manera se garantizaría que los detenidos conocieran todos sus derechos.

Por su parte, Estados Unidos indicó que la frase “*without delay*” (sin retraso), debía entenderse de una manera laxa, ya que no existía evidencia de que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares indicara un tiempo preciso. Por esa razón insistió en que ni del texto ni de los trabajos preparatorios, se desprendía que la notificación consular debía realizarse antes de tomar la declaración. En consecuencia sugirió que se interpretara el lapso del artículo 31 de este tratado, como el más rápido posible de acuerdo a las circunstancias, de tal forma que no constituyera un retraso deliberado.¹⁴⁸

Además, Estados Unidos refirió que el objeto y fin de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, conforme a su preámbulo, no era la concesión de derecho a las personas, sino facilitar las funciones de las oficinas consulares. De tal manera que la notificación consular no podría constituir un fundamento para el debido proceso en materia penal.

Para resolver esta diferencia, la Corte Internacional de Justicia utilizó los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena para interpretar el tratado en cuestión, ya que a su consideración, la regla general de interpretación constituye una norma consuetudinaria. Sobre la interpretación literal, la Corte Internacional de Justicia no encontró un significado especial al término “sin retraso”, debido a que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no lo definía, y en las definiciones de diccionario existía diversidad sobre el término.

El objeto y fin del tratado era que los oficiales de los consulados tuvieran la posibilidad de comunicarse libremente con los nacionales que estuvieran detenidos y poder organizar su representación legal. Sin embargo, a consideración de la Corte, no existían elementos en el tratado que permitieran suponer que el

¹⁴⁸ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, para. 81.

objetivo y fin era representar a la persona detenida dentro del proceso penal. Por ello, no sería razonable que el plazo para prestar asistencia consular fuera antes de realizar la primera declaración.

Y sobre los trabajos preparatorios, la Corte Internacional de Justicia tomó nota que en las discusiones del proyecto¹⁴⁹ el Relator incluyó la frase “*without undue delay*” (sin demora indebida). Sólo Alemania presentó una sugerencia para modificar el texto en el que se incluía que el plazo fuera dentro de un mes. Y el representante de Gran Bretaña sugirió que la notificación se realizara en las siguientes 48 horas a la detención. Debido a que no existió consenso, se eliminó la palabra “*undue*” (indebida). De ello, la Corte Internacional de Justicia afirmó que no podría derivarse que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares indicara que la notificación consular se realizara en el tiempo que indicó México.

No obstante, la Corte refirió que si bien no podría indicarse que la notificación se realizara inmediatamente después del arresto, la Convención sí establecía una obligación de informar de sus derechos a la persona arrestada tan pronto como fuera posible. Con ello, la Corte Internacional de Justicia determinó la responsabilidad de Estados Unidos al analizar el caso del señor Juárez, quien fue informado del derecho a la notificación consular 40 horas después del arresto.¹⁵⁰

Este caso puede revisarse desde el interpretativismo si se considera a la voluntad estatal sólo como un elemento para obtener la mejor interpretación de la práctica jurídica. En su decisión, la Corte Internacional de Justicia recurrió a los trabajos preparatorios de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares para demostrar que no había “nada” que respaldara la opinión de México, por lo que el arraigo al texto parece evidente.

¹⁴⁹ El proyecto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares fue realizado por la Comisión de Derecho Internacional.

¹⁵⁰ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, para. 83 – 91.

Pero este mismo ejercicio interpretativo puede advertirse desde la crítica que realiza Dworkin al originalismo. Como fue expuesto, el originalismo supone conocer la intención de los legisladores al momento de aprobar una ley, de tal forma que los jueces busquen el significado que en ese momento tenía. De aceptar que sólo es relevante lo que está plasmado en el texto de un tratado, la interpretación realizada por medio del artículo 32 de la Convención de Viena conforme al originalismo implica aceptar que es relevante conocer los motivos y el estado mental de quienes redactaron un tratado, para conocer el significado que los Estados querían darle a la disposición.

Dworkin afirma que es relevante conocer el momento y la intención del legislador, ya que podrían encontrarse argumentos válidos para otorgarle sentido a una práctica legal. Incluso podría elaborarse una teoría de la fidelidad. Pero la fidelidad al texto puede verse desde dos perspectivas: como hecho histórico o como compromiso interpretativo. La primera supone que debemos preguntar a los creadores del texto sobre cómo habrían reaccionado a un hecho histórico preciso. En el caso Avena esta afirmación equivale a preguntar a todas las personas presentes en la redacción de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, qué habrían decidido sobre las 40 horas sin asistencia consular del señor Juárez.

La posibilidad anterior, que parece absurda, podría derivarse de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia. Pero la segunda posibilidad es considerar que los redactores de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares decidieron incorporar el término *without delay* como un concepto abstracto, para que en un futuro los jueces decidieran si cada caso se presentara sin demora.

Como se advierte, en el caso Avena la voluntad estatal fue utilizada como un concepto metafísico y no como un concepto interpretativo. Esto implicó que ante el “silencio” de quienes realizaron el tratado respecto al lapso en que debe

ser notificado el consulado del Estado que envía, no podrían desentrañarse los Estados mentales de quienes realizaron el tratado.

Una visión opuesta es la de considerar a la voluntad estatal como concepto interpretativo. De esa manera puede aceptarse que es importante reconocer las intenciones de quienes participaron en la elaboración del tratado, pero únicamente para tener elementos que ayuden a tener un mejor significado de los conceptos, como *without delay*.

Si se toma el concepto constructivo el derecho de Dworkin, de *Rule of law*, posiblemente deba justificarse el tiempo en el que deba notificarse al Estado que envía de la detención de un nacional en función de una buena justificación moral.

En suma, si se toma la fidelidad a la voluntad del Estado como un elemento para configurar el mejor significado de una práctica interpretativa, será posible eliminar el agujón semántico al que están sujetas las teorías del derecho predominantes. Este caso sólo es una muestra de cómo las explicaciones del derecho, como el originalismo o el iuspositivismo impactan en la manera en que se interpretan los textos jurídicos.

3.3. LA EVIDENCIA DE LOS DESACUERDOS TEÓRICOS

Ahora bien, además del arraigo de la voluntad estatal en la interpretación de tratados, que fue abordado en la sección anterior; esta investigación tiene como finalidad explicar otros elementos de la teoría interpretativa de Dworkin en el derecho internacional, como la teoría del hecho evidente, el agujón semántico y el uso e conceptos interpretativos.

Para ello serán expuestos dos casos de la Corte Internacional de Justicia: *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, entre Georgia y Rusia, y *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, entre Costa Rica y Nicaragua.

Los criterios de selección de los casos fueron dos. El primero por la temporalidad, ya que ambas sentencias se emitieron en fechas cercanas: 2011 y 2009. Y el segundo criterio fue que en los casos la controversia se basó en la interpretación de un tratado. Para ello la Corte Internacional de Justicia citó los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Esta muestra representativa de un periodo podrá utilizarse para resaltar la evidencia de los desacuerdos teóricos dentro del derecho internacional.

En el caso *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* resuelto por la Corte Internacional de Justicia, Georgia demandó a Rusia por cometer acciones militares contra su población en los territorios de Abkhazia y South Ossetia.

Rusia interpuso varias excepciones preliminares con la finalidad que la Corte Internacional de Justicia no conociera sobre fondo del asunto. La primera excepción fue la relacionada a la ausencia de una controversia, ya que a su consideración el artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante también Convención sobre Discriminación Racial), indica que debe haber una “disputa” cristalizada.¹⁵¹ Dicho artículo indica lo siguiente:

Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla.

A consideración de Rusia, la Convención sobre Discriminación Racial utiliza dos palabras distintas para referirse a una controversia: por una parte “asunto” [*matter*] se utiliza para designar a un estado previo a la controversia y

¹⁵¹ *Cfr.* Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, párrs. 26 – 30.

posteriormente se adopta el término disputa. Por ello era necesario que las partes formalizaran su asunto ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial conforme a la parte II de dicha Convención para que existiera una disputa.

Por su parte, Georgia alegó que no existía una distinción entre las palabras denominadas para la controversia. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia dio la razón a Georgia en este punto, al seguir con su amplia línea jurisprudencial en la que una disputa es un desacuerdo sobre el derecho o un hecho sobre los cuales se tienen intereses distintos entre dos personas.¹⁵² Luego de ello, la CIJ comprobó la existencia de un conflicto a partir de la evidencia que sometieron las partes, que para efectos de esta investigación no resulta relevante.

La segunda excepción preliminar interpuesta por Rusia fue sobre las precondiciones para acceder a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.¹⁵³ Al respecto, el artículo 22 de la Convención sobre Discriminación Racial, ya citado, indica que si un asunto no ha sido resuelto por negociación o por el mecanismo referido en la Convención, es posible acceder a la jurisdicción de la CIJ. A consideración de Rusia este precepto es una precondición, en el cual la palabra “o” debe ser leída como copulativa y no una disyuntiva.

Rusia utilizó una conocida doctrina denominada del efecto útil o *effet utile* en la que se debe optar por otorgar el significado que mejor efecto cause. En consecuencia, la frase que hace alusión a resolver la controversia por otros medios, debía ser interpretada como una condición antes de llegar a un juicio ante la CIJ.

Por su parte, Georgia indicó que el artículo 22 de la citada Convención no preveía una instancia previa a la Corte Internacional de Justicia y que por lo

¹⁵² “A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons”

¹⁵³ *Cfr.* Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, párrs. 115 – ss.

contrario, no existía ninguna obligación o referencia expresa de agotar un mecanismo de solución de controversias. De igual forma refirió que la frase “que no sea resuelta...” es sólo un hecho, ya que una controversia puesta a consideración de la CIJ es aquella que no pudo ser solucionada por otra vía.

La CIJ decidió que una vía correcta era la doctrina del efecto útil¹⁵⁴ basado en múltiples decisiones pasadas. La Corte Internacional de Justicia comparó la versión en inglés y en francés para reforzar que someter un caso a su jurisdicción era una acción posterior a la negociación. En su razonamiento incluyó lo siguiente:

The Court also observes that, in its French version, the above mentioned expression employs the future perfect tense (“[t]out différend ... qui n’aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par la convention”), whereas the simple present tense is used in the English version. The Court notes that the use of the future perfect tense further reinforces the idea that a previous action (an attempt to settle the dispute) must have taken place before another action (referral to the Court) can be pursued. The other three authentic texts of CERD, namely the Chinese, the Russian and the Spanish texts, do not contradict this interpretation.¹⁵⁵

Lo anterior implica que el uso del futuro perfecto en la versión francesa (*n’aura pas été réglé*), respecto al presente simple en inglés (*which is not settled*) si tiene diferente sentido, puesto que en este último idioma no es claro los pasos a seguir. No obstante, la CIJ decidió que sólo reforzaba la idea que había una condición para demandar a un Estado. Cabe aclarar que en español también la frase se encuentra en subjuntivo presente (“que no se resuelva”).

Luego de ello, y después de analizar varios tratados con cláusulas similares en las que se llegó a la conclusión que si existía una condición de resolver la

¹⁵⁴ “the Court notes that Article 22 of CERD qualifies the right to submit “a dispute” to the jurisdiction of the Court by the words “which is not settle” by the means of peaceful resolution specified therein. Those words must be given effect.”

¹⁵⁵ Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, párr. 135.

controversia por otros medios antes de llegar a la Corte, fueron analizados los trabajos preparatorios. En estos documentos se encontró que a los Estados no les agradó la idea de someter sus diferencias ante la CIJ, de tal forma que se incluyó la frase “que no se resuelva” para asegurarse que se iniciara la negociación u otras formas de solución de controversias antes de llegar al tribunal internacional.

Una vez que determinó la existencia de una precondition, la Corte Internacional de Justicia interpretó la palabra negociación. Mientras que para Rusia la negociación consistía en una serie de pasos establecidos en la Convención sobre Discriminación Racial, para Georgia era un concepto más flexible que podría incluir declaraciones informales entre las partes de la controversia.

En general la CIJ aceptó que la negociación es un procedimiento que tiene como finalidad resolver un conflicto, tiene menos formalidades que una reunión diplomática y tampoco es necesario hacer referencia expresa a los tratados respecto a los cuales se está negociando.

Cuando la CIJ revisó la existencia de negociaciones advirtió que las hostilidades militares entre las partes iniciaron la noche del 7 de agosto de 2008 y la demanda fue presentada el 12 de agosto del mismo año. Por ello analizó la prueba recabada y concluyó la existencia de comunicaciones y descalificaciones por parte de ambos gobiernos. Sin embargo nunca se había materializado la negociación entre las partes que haya sido tendiente a solucionar la interpretación o aplicación de la Convención Internacional para Eliminar la Discriminación Racial. En consecuencia, la excepción preliminar fue aceptada y el caso desechado.

Esta decisión fue tomada por una mayoría de diez jueces y votada en contra por seis. En la opinión disidente firmada por cinco de los jueces de la

minoría,¹⁵⁶ fue considerada una perspectiva distinta de la regla establecida en el artículo 22 de la Convención sobre Discriminación Racial.

Desde su punto de vista, la mayoría de la CIJ aceptó la doctrina del efecto útil sin justificarlo y, a su parecer, se apartó del método de interpretación previsto en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados al ignorar el sentido común de los términos. Ante ello, la frase *any dispute which is not settled by* no sugiere que deba existir una fase previa a la CIJ.

De igual forma, al revisar la jurisprudencia de la CIJ, la minoría encontró una falta de consistencia en sus decisiones pasadas y concluyó que no existe una regla general para condicionar el acceso a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia a menos que exista una previsión expresa.

Para reforzar este argumento incluyeron el caso *Oil Platforms* de 2003 y la propia decisión de medidas provisionales del mismo caso *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*; en estas decisiones se llegó a la conclusión que no era necesario ajustarse a mecanismos diplomáticos antes de llegar a la CIJ.

Finalmente, la opinión de la minoría argumentó que la CIJ había sido formalista al interpretar la etapa de negociación porque ella dependía de las circunstancias. Al respecto, refirieron que el periodo en el que surgieron las hostilidades y el día de la presentación de la demanda era muy poco para cumplir las condiciones que la CIJ había indicado. Indicaron que no era realista pensar que podría llegarse a un acuerdo entre Georgia y Rusia debido a las circunstancias hostiles entre los dos Estados.

De las posturas encontradas puede derivarse la existencia de desacuerdos teóricos en el derecho. Ambas partes podrían argumentar que su intención era apegarse al texto del tratado. Incluso, la acusación de la opinión minoritaria sobre

¹⁵⁶ Joint dissenting opinion of President Owada, Judges Simma, Abraham and Donoghue and Judge *ad hoc* Gaja.

no cuestionar el uso del principio del efecto útil, podría derivarse de que la mayoría realmente sabía que ese principio no debía invocarse. Pero que no obstante, cedieron por convicciones políticas ajenas al derecho. Lo anterior es muestra de la perspectiva del hecho evidente.

Pero este caso también puede analizarse conforme a una actitud interpretativa. Resulta sumamente importante destacar que el principio de efecto útil no se encuentra en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena. Incluso este principio fue concebido en un principio por uno de los Relatores de la CDI, pero no se incluyó en su redacción final. Para las posturas positivistas, invocar un principio que se encuentre fuera de las normas jurídicas, entraría en conflicto con la tesis de la obligación jurídica, ya que nadie está obligado a algo que no se encuentra en las normas jurídicas.

La tesis de la obligación jurídica podría trasladarse al derecho internacional convencional como la imposibilidad de aplicar normas que no hayan sido expresamente consentidas por los Estados. Una objeción a este argumento es que el principio de efecto útil es una norma consuetudinaria, por lo que los Estados tácitamente consienten su aplicación.

Pero este argumento posiblemente sea una respuesta débil al planteamiento positivista. Esto porque el efecto útil constituye un principio, que a diferencia de las reglas, puede o no aplicarse dependiendo de las circunstancias. Incluso, en el caso en concreto el principio de efecto útil pudo interpretarse de manera contraria, ya que la consecuencia que provoca mayores efectos jurídicos es que la Corte Internacional de Justicia hubiera conocido del fondo del asunto.

A continuación será expuesto el caso sobre "*Derechos de navegación y otros derechos conexos*", fue resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 2009. En esta controversia Costa Rica demandó a Nicaragua por violentar el Tratado de límites entre estos países, por imponer diversas restricciones a la navegación en el río San Juan.

De conformidad con este tratado, parte del río San Juan constituye la frontera entre estos Estados. Nicaragua ejerce su soberanía sobre el río y Costa Rica tiene “derechos perpetuos de libre navegación”. Desde la década de 1980 el gobierno nicaragüense impuso diversas medidas para controlar el flujo de armas, combatir la inseguridad y evitar la contaminación.

Parte de la controversia fue determinar los derechos de libre navegación que correspondían a Costa Rica. Al respecto, el artículo VI del Tratado de límites

“La República de Nicaragua tendrá exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del río de San Juan desde su salida del Lago, hasta su desembocadura en el Atlántico; pero la República de Costa Rica tendrá en dichas aguas los derechos perpetuos de libre navegación, desde la expresada desembocadura hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo, con objetos de comercio, ya sea con Nicaragua ó al interior de Costa Rica por los ríos de San Carlos ó Sarapiquí, ó cualquiera otra vía procedente de la parte que en la ribera del San Juan se establece corresponder á esta República. Las embarcaciones de uno ú otro país podrán indistintamente atracar en las riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos, á no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos.” (sic)

Costa Rica argumentó que la frase “objetos de comercio” refería a objetos en abstracto, como finalidad. La consecuencia de ello era considerar a las actividades comerciales como parte de los derechos de navegación de Costa Rica, entre las que se encontraba el transporte de pasajeros y el turismo. Por su parte, Nicaragua refirió que los “objetos” aludidos eran mercancías, por lo que los derechos de navegación se limitaban a transportar bienes que fueran parte de un intercambio comercial.¹⁵⁷

Para resolver esta controversia, la Corte Internacional de Justicia refirió que utilizaría los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, ya que reflejaban una norma consuetudinaria. Con esto la Corte zanjó dos problemáticas: el Tratado de límites fue suscrito en 1858, en tanto que la Convención de Viena inició su

¹⁵⁷ Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para 45.

vigencia en 1980, por lo que eliminó la posibilidad de aplicar retroactivamente un tratado; y además, Nicaragua no es parte de la Convención de Viena, por lo que sus disposiciones no son obligatorias. Más adelante se advertirán algunas consecuencias de esta determinación.

Sobre la palabra objetos, el tribunal observó que podría tener un significado concreto, como en inglés *articles* o *goods*, o uno abstracto, que en inglés es *purposes*. Pero el contexto podría variar el sentido. Para decidir cuál de los dos significados era el correcto, la Corte Internacional de Justicia reemplazó la palabra objeto en el texto del tratado y concluyó que la primera posibilidad no sería coherente, mientras que la segunda era comprensible.

Esta coherencia es dada desde el punto de vista gramatical. La CIJ al parecer utilizó el método literal de interpretación, aunque no fue explícito en asegurarlo. Argumentó que el contexto determinaba el sentido de la palabra, pero el contexto debe entenderse como contexto gramatical, no contexto normativo, como lo indica el artículo 31.2 de la Convención de Viena.

Además, la Corte utilizó tres argumentos subsidiarios. El primero fue apoyarse en el contexto del tratado. El artículo VIII del Tratado de límites indica que “Nicaragua se compromete a no concluir otro (contrato) sobre los expresados objetos...”, de tal forma que en ese artículo se hacía referencia a las materias o finalidades enumeradas. Así que al corroborar que el texto hacía referencia a “objetos” como finalidad, era consecuente inferir que las partes entendían el mismo significado en los dos artículos.

El segundo argumento es que un año antes de firmar el Tratado de límites, en 1957, se intentó firmar un acuerdo de paz, el cual nunca entró en vigor. En ese instrumento había una disposición similar, en la que se incluía que las partes podrían trasladar “artículos de comercio”. De ello, la Corte Internacional de Justicia dedujo que de haber querido incorporar la referencia a artículos, habrían dejado la redacción anterior, pero al existir una versión que finalmente reflejaba la intención

de las partes, era posible que la voluntad fuera abarcar “objetos de comercio” como finalidades comerciales.

El tercer argumento fue que en 1887 se realizó una traducción del Tratado de límites al inglés, para someter un conflicto a arbitraje. En esta versión la frase “objetos de comercio” del artículo VI se tradujo como *for the purposes of commerce*. Aunque esta versión no corresponde a la auténtica, debido a que fue presentada por ambas partes, a consideración de la CIJ constituía un reflejo de cómo podría ser entendido el tratado.

Pero la diferencia en la interpretación también involucró la palabra “comercio”. A consideración de Nicaragua debía entenderse en el contexto de 1858, momento en el que fue signado el tratado. En ese tiempo, alegó el Estado de Nicaragua, el comercio era entendido como la actividad de intercambio de mercancías, y no incluía la prestación de servicios. También refirió que en ese momento el río San Juan no era utilizado para actividades como el turismo.

Por otra parte, Costa Rica argumentó que la palabra comercio debía ser entendida en sentido amplio, en el que se incluyera la prestación de servicios. Para ello citó una edición del Diccionario de la Real Academia Española del siglo XIX, en el que se aceptaba que comercio era “comunicación y trato de unas gentes ó pueblos con otros” (sic).

La CIJ no aceptó completamente los argumentos esgrimidos por las partes, ya que el término “objetos de comercio” era ambiguo. Por esa razón, argumentó que la frase debía interpretarse de conformidad con el uso contemporáneo. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia dio cuenta de un dilema en la interpretación de tratados: optar por analizar un término conforme al momento en que se realizó el tratado, o bien, cuando debe aplicarse.

En su razonamiento la Corte aceptó que la interpretación de tratados debe buscar la intención común de las partes, la cual es “por definición” el momento en

que fue concluido el tratado.¹⁵⁸ Dicha conclusión relata con bastante claridad la teoría de las intenciones como estado mental de las personas. En esta tarea, relata Dworkin, el juez Hermes busca el acuerdo común entre los legisladores. En el caso del derecho internacional, el juez Hermes buscaría los estados mentales de quienes suscribieron el tratado.

Antes de concluir que esta forma de proceder pertenece a las teorías semánticas del derecho, resulta indispensable recoger el argumento de la Corte sobre utilizar una interpretación evolutiva o histórica:

On the one hand, the subsequent practice of the parties, within the meaning of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention, can result in a departure from the original intent on the basis of a tacit agreement between the parties. On the other hand, there are situations in which the parties' intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used — or some of them — a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order to respect the parties' common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied.

Sobre aplicar la interpretación evolutiva, la CIJ se basó en la práctica subsecuente, del artículo 31 de la Convención de Viena. Al respecto puede inferirse que la Corte Internacional de Justicia aceptó que es posible crear acuerdos tácitos después de concluir un tratado, de tal manera que la interpretación evolutiva resulte de la voluntad de las partes.

Pero el dilema del momento en que debe buscarse la voluntad del legislador es parecido a la teoría de la intención legislativa. En este particular, Dworkin afirma que no sólo debería buscarse el estado mental de las personas que aprobaron una legislación –o un tratado-, sino que debería buscarse en los

¹⁵⁸ "It is true that the terms used in a treaty must be interpreted in light of what is determined to have been the parties' common intention, which is, by definition, contemporaneous with the treaty's conclusion." Ibidem, para. 63.

estados mentales de todas las personas que posteriormente pudieron modificar la ley, pero no lo hicieron.

Es posible que los subsecuentes gobiernos de Costa Rica y Nicaragua prefirieran no modificar el Tratado de límites por desidia, o porque sabían que intentar modificar el tratado sería la puerta para negociar otros aspectos en los que no estaban dispuestos a ceder.

La salida a esta problemática, fue propuesta por el Relator sobre fragmentación, al proponer la doctrina del derecho intemporal. Como fue indicado en el capítulo anterior, el artículo 31 de la Convención de Viena indica que el contexto puede abarcar acuerdos ulteriores, al mismo tiempo que pueden utilizarse los acuerdos celebrados con motivo de la celebración del tratado. El momento idóneo dependerá de la voluntad de los Estados, tanto para conocer si se requería acudir al pasado, o se utilizaron términos amplios.¹⁵⁹

Dicha afirmación es similar a la observación realizada por Dworkin sobre la fidelidad semántica. Al respecto, como fue expuesto en el primer capítulo, la fidelidad al texto puede retomarse desde dos perspectivas: una histórica y otra interpretativa. La fidelidad histórica es suponer que los redactores de un texto tendrían que resolver un caso específico en el momento en que fue redactado, mientras que la interpretativa sugiere que existen conceptos interpretativos que son suficientemente abiertos para construirlos conforme al mejor concepto moral o político que permita el material jurídico preexistente.

De la interpretación histórica, la CIJ acepta que puede presumirse que las partes dieron su consentimiento para que los términos no evolucionaran. Para resolver en qué casos se utilizará la interpretación histórica o evolutiva, la CIJ crea un principio. Este principio podría traducirse en que la inclusión de términos

¹⁵⁹ *Cfr.* Comisión de Derecho Internacional, Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, p. 277.

genéricos en un tratado de duración continua, debe presumirse que se interpretará de forma evolutiva.¹⁶⁰

Sobre la inclusión de un principio para interpretar un tratado, como fue expuesto, para Dworkin las normas jurídicas se componen de reglas y principios. Los primeros son de aplicación de todo o nada, mientras que los principios son normas que se aplican para mejorar las condiciones de justicia y equidad.

La existencia de principios en el sistema jurídico internacional pone de manifiesto que no existe una “norma de *pedigree*” que agrupe las características de todas las normas jurídicas del derecho internacional. Esto porque los principios dependen de condiciones de justicia para ser aplicados, por lo que no existiría una norma que describa todos los supuestos de aplicación de todos los principios. En el caso de Costa Rica Vs. Nicaragua, los jueces internacionales aplicarían la interpretación evolutiva si de su aplicación se desprende una interpretación moralmente aceptable.

Lo anterior también puede explicarse a partir del ejemplo de la novela en cadena y las etapas de interpretación. Para escribir la novela en cadena, el autor dependerá de la parte que ya está escrita, y deberá adoptar la interpretación que pueda aceptar la integridad de la obra. En el caso de los jueces, deben identificar la práctica jurídica preexistente (etapa preinterpretativa), para dar cuenta de los principios y valores que están en juego.

Si un tratado, como el Tratado de límites, ha sido aplicado en pocas ocasiones y existe poca práctica jurídica, el juez podrá realizar una interpretación más creativa. Por ejemplo, si en esta controversia estuviera en duda los derechos

¹⁶⁰ “[...] where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is “of continuing duration”, the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning.” Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 66.

de vigilancia de Nicaragua, existirían varios puntos de vista. Por una parte, una interpretación que privilegie la integridad territorial de los Estados, permitiría que Nicaragua incorpore fuerzas públicas o militares para vigilar el Río San Juan.

Desde otro punto de vista, una interpretación que tenga como moralmente aceptable la igualdad soberana de los Estados, podría decidir que el río San Juan tiene un estatus especial, de tal manera que el juez aceptará esta zona como neutra.

Ahora bien, después de determinar en qué consiste el derecho de libre navegación, la CIJ, determinó las actividades abarcadas por el tratado. La Corte realizó una división entre naves privadas y públicas. Sobre las privadas, aceptó que las actividades turísticas, en el que se incluía el pasaje de personas, eran parte del derecho de libre navegación de Costa Rica. Implícitamente, el retorno de embarcaciones eran parte de ese derecho.¹⁶¹

Sin embargo, las partes tuvieron diferencias sobre la libre circulación de nacionales costarricenses que viven en la frontera, ya que su navegación no tenía propósitos comerciales. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia decidió que estas comunidades tenían derecho de navegar en el río San Juan para llevar a cabo sus actividades diarias.

Sobre el particular, la CIJ indicó que del texto del Tratado de límites no se desprendía la intención de las partes para restringir la vida de los habitantes de la frontera. En su decisión aceptó que esto no se encontraba explícitamente en el texto, pero debía inferirse del tratado, y en particular de la manera en que había sido trazada la línea fronteriza.

Para las naves oficiales, la Corte Internacional de Justicia reiteró que Costa Rica tenía el derecho de libre navegación con fines comerciales. Esto no incluía la navegación de autoridades que realizaran tareas de seguridad pública. Sin

¹⁶¹ *Ibidem*, para. 73.

embargo, la Corte afirmó que las naves oficiales de Costa Rica podrían navegar por el río San Juan para proveer las necesidades básicas de las comunidades que vivían en la frontera. Esto porque se desprendía de la inferencia realizada para que las comunidades subsistieran.¹⁶²

El juez Skotnikov, en su voto sobre esta controversia, estuvo en desacuerdo con este punto. A su consideración no podría desprenderse del tratado, ni del contexto histórico, que las partes tenían en mente la condición de los pueblos que vivían en la frontera al momento de la celebración.

Refiere que incluso si se aceptara que las partes tenían la intención de no modificar las condiciones de vida de los pueblos asentados en esa zona, los vehículos oficiales costarricenses no deberían tener la libertad de navegar en el río. Lo anterior porque el propósito del tratado era reducir los derechos de navegación de Costa Rica sobre el río San Juan. Además, no existía una práctica preexistente al tratado de navegación de naves oficiales de Costa Rica para auxiliar a las comunidades de la región.¹⁶³

3.4. CASI UN EPÍLOGO. REFLEXIONES FINALES

El 8 de marzo de 2017 apareció la escultura de una niña frente al famoso toro de Wall Street, en Nueva York. La obra de la niña, llamada *Fearless Girl*, fue una instalación con motivo del día internacional de la mujer, en la que se muestra a una menor que desafía al toro. El objetivo de esta escultura es demostrar la lucha por la igualdad de género frente al sistema que ha discriminado históricamente a la mujer.

¹⁶² *Ibidem*, para. 84.

¹⁶³ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, Separate Opinion of Judge Skotnikov, para. 13 – 14.

Por su parte, el toro de Wall Street es posiblemente una de las esculturas más famosas del mundo. Su ubicación es bastante icónica, ya que está en la calle Broadway, precisamente en la entrada del distrito financiero. Por eso el toro se ha convertido en un símbolo de poder de la economía más importante del mundo.

Arturo Di Modica, escultor del toro, se ha manifestado en contra de la niña, ya que desde su perspectiva la obra no es machista y demuestra el valor de los neoyorkinos frente a las adversidades. Usualmente los turistas que pasan por ahí se fotografían con las manos en los cuernos o los testículos del toro, pero desde la instalación de la niña, han ignorado a la bestia. Actualmente hay una polémica sobre la permanencia de la escultura, en la que están involucrados los habitantes de la urbe.¹⁶⁴

¿Cuál es la función de los jueces? Posiblemente deberán escuchar argumentos a favor y en contra de la permanencia de ambas esculturas. Una parte de la comunidad ha cambiado el significado inicial del toro de Wall Street; la escultura ha abandonado a su autor y ahora su entorno se ha apoderado de ella. ¿Cuál es la mejor decisión? Seguramente una Corte deberá apoyar su sentencia en las leyes y precedentes disponibles. Y en caso de tener una laguna, habrán de afirmar su discrecionalidad con argumentos.

Este trabajo se presenta como una interrogante a la labor de los tribunales internacionales. Sus decisiones deben desapegarse al misticismo de las palabras y afirmarse en las realidades de las comunidades. No se plantea dejar al lado su metodología o apego al orden jurídico internacional. El derecho como integridad sólo requiere mostrar lo que ya sucede en los tribunales internacionales: que cada juzgador tiene convicciones morales y políticas, pero que ellas deben servir para dar el mejor significado a la práctica jurídica preexistente.

¹⁶⁴ “Petición para preservar a la niña que desafía al toro de Wall Street”, El país, versión digital. Consultado el 21 de marzo de 2017, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/21/mundo_global/1490101676_794952.html

Tampoco hay que abandonar la Convención de Viena. Sus métodos de interpretación son una buena guía para reconocer la práctica jurídica. Pero su arraigo a una concepción metafísica, como la voluntad estatal, lleva a la ilusión de hablar sobre los mismos parámetros de justicia y equidad. Sin embargo, en un mundo multicultural y dinámico, es imperativo cuestionar las concepciones centrales y básicas de justicia y armonía global.

CONCLUSIONES

Primera. En la práctica de los tribunales, existen diversos desacuerdos: de hechos, de derecho y de fidelidad política. Los desacuerdos de derecho son sobre las preposiciones verdaderas o falsas sobre una cuestión jurídica.

Segunda. Las teorías del derecho han abonado a la visión del hecho evidente, que implica que las personas no tienen desacuerdos sobre el derecho, salvo en casos dudosos. A esta perspectiva, Ronald Dworkin le ha llamado “aguijón semántico”.

Tercera. Para Dworkin, el aguijón semántico ha eliminado la posibilidad de discutir el núcleo de los conceptos jurídicos. Por ello, propone el derecho como integridad, que hace posible discutir el núcleo de los conceptos, mediante la mejor interpretación moral o política.

Cuarta. La regla general de interpretación prevista en la Convención de Viena remite a la voluntad de las partes, de tal manera que en su construcción y práctica han quedado relegados otros métodos interpretativos.

Quinta. Dworkin propuso que el derecho internacional sea un concepto interpretativo. Por una parte remitió al principio de legitimidad, y por otra a la protección de los derechos humanos, como base para las acciones de los Estados en el plano internacional.

Sexta. Con fundamento en la teoría de Dworkin puede analizarse el principio de voluntad estatal. Del estudio del caso Avena quedó demostrado que es buena idea acudir a la voluntad de las partes como parte de un proceso interpretativo, pero no como afirmación histórica, en la que se requiere acudir a la voluntad de los creadores de la norma cada vez que haya una controversia.

Séptima. Con el estudio de dos casos de la Corte Internacional de Justicia se dio cuenta de la importancia de los principios, los conceptos interpretativos y el

aguijón semántico al momento de la decisión de un caso. Con ello, fue aplicada la teoría interpretativa de Dworkin en el derecho internacional.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

Alonso-Fernández, Francisco, *El enigma Goya. La personalidad de Goya y su pintura tenebrosa*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2005.

Ayala Corao, Carlos, M., *México ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La admisión de los casos decididos por otros órganos internacionales*, México, Porrúa, 2015.

Bjorge, Eirik, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Copi, Irving M., *Lógica simbólica*, 2ª ed., trad. Andrés Sestier Boulter, México, Compañía Editorial Continental, 2007.

Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. Juan Vega Gómez, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2ª ed., trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2012.

_____, *Justicia para erizos*, trad. Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

_____, *La justicia con toga*, trad. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid, Marcial Pons, 2007.

_____, *Law's empire*, Cambridge, Oxford University Press, 1986.

_____, *Los derechos en serio*, 2ª ed., trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989.

Endicott, Timothy A. O., “Hebert Hart and the Semantic Sting”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Estrada Adán, Guillermo E., *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015.

_____, *Interpretación judicial internacional*, México, Fontamara-Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

Finnis, John M., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

_____, *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, México, Porrúa, 2010.

Hart, H. L., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

_____, *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

Illich, Ivan, *En el viñedo del texto. Etología de la lectura: un comentario al “Didascalicon” de Hugo de San Víctor*, trad. Marta I. González García, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. Florencio Acosta, México, Ediciones Coyoacán, 2012.

_____, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, trad. Eduardo García Máynez, México, Ediciones Coyoacán, 2007.

_____, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

Kristeva, Julia, *El lenguaje, ese desconocido. Introducción a la lingüística*, trad. María de Antoranz, Madrid, Editorial Fundamentos, 1998.

Linderfalk, Ulf, *On The Interpretation of Treaties, The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, The Netherlands, Springer, 2007.

Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001.

Sepúlveda, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1995.

Sorensen, Max (editor), *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

Vattel, E., *Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural, Aplicados a la Conducta, y a los Negocios de las Naciones y de los Soberanos*, Trad. Lucas Miguel Otarena, Impreso por Casa de Masson y hijo (sic), 1824, Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1101/9.pdf>

Vega Gómez, Juan, *Ensayos de Filosofía Jurídica Analítica*, Madrid, Dykinson, 2014.

Villiger, Mark E., "The rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", en Cannizzaro, Enzo, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Published to Oxford Scholarship Online: 2011.

Hemerografía

Dworkin, Ronald, "A new philosophy for international law", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 41, No. 1, Winter 2013.

_____, "From justice in robes to justices for hedgehogs", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 9, enero-diciembre de 2015.

Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, "Codificación contrafactual de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Conmemoración crítica a cuarenta años de su adopción)", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 252, Julio-Diciembre 2009.

Leiter, Brian, "Explaining Theoretical Disagreement", *University Chicago Review*, No. 76, 2009, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=journal_articles

Payandeh, Mehrdad, "The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart", *The European Journal of International Law*, Vol. 21, no. 4, 2011.

Ris, Marin, "Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", 14 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 111 (1991), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol14/iss1/6>

Stravropoulos, Nicos, "Legal interpretativism", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 10, enero-diciembre de 2016, México.

Wróblewsky, Jerzy, "Los lenguajes del discurso jurídico", Trad. Ana María del Gesso Cabrera, en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas,

Año V, Número 14, México, Universidad Nacional Autónoma de México,
Mayo-Agosto de 1990.

Decisiones jurisdiccionales

Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion:
I.C.J. Reports 1948.

*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial
Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections,
Judgment, I.C.J. Reports 2011.

*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial
Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections,
Judgment, I.C.J. Reports 2011, Joint dissenting opinion of President Owada,
Judges Simma, Abraham and Donoghue and Judge *ad hoc* Gaja.

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America),
Judgment, I.C.J. Reports 2004.

Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 2202/2012,
CCPR/C/108/D/2201/2012, 18 de julio de 2013.

*Competence of the ILO to Regulate Agricultural Labour, P.C.I.J. (1922), Series B,
Nos. 2 and 3.*

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica.
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28
noviembre de 2012. Serie C No. 257..

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009.

Informe del Órgano de Apelación, China – Medidas que afectan los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, WT/DS363/AB/R, 21 de diciembre de 2009.

Permanent Court of International Justice, *Interpretation of the Convention of 1919 concerning employment of woman during the night*, Series A.B., Advisory opinion of November 15th, 1932.

Permanent Court of International Justice, SERIES A – No. 2, August 30th, 1924, THE MAVROMMATIS PALESTINE CONCESSIONS.

Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951.

Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, resolución del 3 de septiembre de 2013.

Voto Aclaratorio y Concurrente que Formula el Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea en Relación con la Contradicción de Tesis 293/2011, Resuelta por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Decisiones de la Comisión de Derecho Internacional

Comisión de Derecho Internacional, *Cuarto informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, por el Sr. Paul Reuter, Relator Especial*, Documento A/CN.4/286, 21 de marzo de 1975.

Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, A/CN.4/660, 19 de marzo de 2013.

International Law Commission, Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary General, A/CN.4/1/Rev.1, 1949.

International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II.

Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II.

Páginas de internet

Mena Márquez, Manuela B., “3 de mayo de 1808 en Madrid: los fusilamientos de patriotas madrileños, El [Goya]”, Museo Nacional del Prado, <https://www.museodelprado.es/recurso/3-de-mayo-de-1808-en-madrid-los-fusilamientos-de/f0f52ca5-546a-44c4-8da0-f3c2603340b5>

Shapiro, Scott J., “The ‘Hart-Dworkin’ debate: A short guide for the perplexed”, *Public Law And Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper No. 77 March 2007, University of Michigan Law School, Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=968657>

“Petición para preservar a la niña que desafiaba al toro de Wall Street”, El país, versión digital. Consultado el 21 de marzo de 2017, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/21/mundo_global/1490101676_794952.html