



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

ISSN: 2145-9355

Fundación Universidad del Norte

TÉLLEZ-NUÑEZ, ANDRÉS

Tratados internacionales, interpretación y búsqueda de significados: Un enfoque complementario*

Revista de Derecho, núm. 54, 2020, Julio-Diciembre, pp. 201-221

Fundación Universidad del Norte

DOI: <https://doi.org/10.14482/dere.54.341.2>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85168441009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

 redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Tratados internacionales, interpretación y búsqueda de significados: Un enfoque complementario*

*International Treaties, Interpretation and Search
of Meaning: A Supplementary Approach*

*Este artículo se preparó en el marco de un proyecto de investigación sobre la efectividad del derecho internacional público y del derecho internacional económico, inscrito en el grupo de investigación en derecho económico de la Pontificia Universidad Javeriana y financiado por él.

A N D R É S T É L L E Z - N Ú Ñ E Z

Abogado y Magíster en Filosofía, Pontificia Universidad Javeriana; LL.M., Universidad de Georgetown; Traductor e Intérprete Oficial licenciado por la República de Colombia; Investigador Visitante de la Escuela de Leyes de la Universidad de Georgetown (2011-2012). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Económico, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

Resumen

En el marco de un proyecto de investigación sobre la efectividad del derecho internacional, este artículo tiene como objetivo proponer una nueva forma de interpretación de los tratados que complemente las normas contenidas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Para lograr dicho objetivo, el artículo propone una hipótesis de trabajo que cuestiona la suficiencia del contractualismo y del originalismo para explicar la juridicidad del derecho internacional de los tratados y, bajo la asunción platónica consistente en que el derecho coincide en la práctica con la política, afirma que el proceso de interpretación y construcción de la norma supondrá llenar de significado los términos y definiciones de un tratado, que no son estáticos, sino dinámicos, pero según las vivencias de los Estados y de conformidad con lineamientos provistos por la razón natural. Mediante la utilización de un método hermenéutico-analítico, el autor concluye que puede existir una nueva forma de interpretar los tratados que esté en relación directa con la vivencia de la norma jurídica internacional y que cuestiona tanto el contractualismo como el originalismo como posturas que explican su fundamento.

PALABRAS CLAVE

Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Económico, tratados, Hermenéutica, Contractualismo, Originalismo.

Abstract

In the context of a research project focused on the study of the effectiveness of international law, the purpose of this article is to put forward a form of interpretation of treaties supplementing the one set forth in Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). In order to accomplish this goal, the article puts forward a working hypothesis that questions the strength of both contractualism and originalism to explain whether treaties are just or not, and, under the assumption that the realm of the law actually coincides with the realm of politics, states that the process of interpretation and construction of the international legal rule shall entail filling with meaning the definitions contained in the treaty (which are not static but rather dynamic) but as per the experience of the States and in accordance to principles laid out by natural reason. By resorting to a hermeneutical method, the author concludes that a new form of interpreting treaties can be proposed that is directly related to how the international norm is lived and that questions both contractualism and originalism as their ultimate foundation.

KEYWORDS

Public International Law, International Economic Law, Treaties, Hermeneutics, Contractualism, Originalism.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores dificultades teóricas y prácticas del derecho internacional público de los tratados (en adelante, DIT) radica en la dificultad derivada de confrontar las dinámicas políticas y económicas con una norma escrita o consuetudinaria, pero en dos momentos del tiempo diferentes. Gahagan (2012, p. 864) lo confirma cuando asevera que por siglos los filósofos del derecho internacional han debatido el origen, los métodos de formación y la fuerza vinculante del derecho internacional. El siguiente ejemplo ilustra el problema de investigación que busca resolverse aquí: en un momento 1 del tiempo, los Estados “A” y “B” suscriben un tratado y se ponen de acuerdo sobre “X”. Sus representantes “w” y “z” interpretan “X” de cierta forma y en un contexto espacial y temporal particular; años después, en un momento 2 del tiempo, los representantes “f” y “g” de los Estados “A” y “B” buscan interpretar “X”. ¿Cómo lo hacen? ¿Es posible que ellos entiendan los términos de igual manera que sus antecesores? ¿La juridicidad del tratado se da solo en virtud de ese acuerdo original entre “A” y “B”?

Esta investigación, que es un esfuerzo filosófico-jurídico en cuanto refiere las aproximaciones a la justicia por parte de Platón en la *República* y en las *Leyes*, y de Aristóteles en su *Ética nicomachea* en el libro 5, y las compara con la teoría de la justicia de Rawls (2015) y con la teoría sobre la dignidad humana de Habermas (2010), busca rebatir las posturas (contractualismo y *originalismo*) que afirman que la juridicidad o justicia de un tratado al ser interpretado, se derivan del acuerdo original de los Estados “A” y “B”, y propone una postura respecto del proceso de interpretación basada en un principio de realidad. El lector debe observar que a lo largo de este artículo y con el objetivo de acometer el ejercicio filosófico-jurídico de (de)mostración de la hipótesis y de hacer un aporte al estado de la cuestión, se busca *complementar* las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CV/69), específicamente en sus artículos 31 a 33 y aquellas particulares estipuladas en tratados de libre comercio e inversión¹.

Si se abordan las normas jurídicas del DIT con un lente hermenéutico², es decir, a través de la búsqueda constante de significado no solo de textos, sino también de las conductas de los ple-

¹ Sobre esas disposiciones legales, cuyo estudio no se lleva a cabo aquí, se recomienda la lectura del texto *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*, editado por Fitmaurice, Elias y Merkouris en 2010.

² Hermenéutica, en sentido amplio, tiene que ver tanto con la interpretación de un texto como con la averiguación de significados. A lo largo de este trabajo la expresión ‘texto’ significa el instrumento escrito y las conductas de los Estados. El lector podrá observar que a la vez que el método de investigación es hermenéutico-analítico, en el segundo capítulo se hace también una referencia a la hermenéutica como modo de descubrir el sentido de un texto. Los textos complementarios sobre la disciplina hermenéutica que el lector puede consultar y que sugiero son *Verdad y método* de Hans-Georg Gadamer y *Del texto a la acción* de Paul Ricoeur.

nipotenciarios y de los Estados, se plantean entonces algunas soluciones teóricas que ayudan a los redactores de reglas internacionales vinculantes y a los diseñadores de la política exterior de los Estados a enfrentarse con el problema atrás mencionado.

Con este artículo se propone la siguiente hipótesis de trabajo que puede denominarse como “hipótesis de llenado conceptual”, según la cual, al abordarse el DIT hermenéuticamente para explicar cómo lograr una coincidencia entre el *ser* y el *deber ser* de su efectividad, por un lado, se puede observar una erosión del contractualismo —que para efectos de este artículo será sinónimo de consensualismo— y, por otro lado, se puede aseverar que la definición de ciertas nociones básicas que, supuestamente, han de resistir el paso del tiempo y el espacio, también se erosionan y las dinámicas políticas y económicas son, al fin y al cabo, las únicas que las *llenan* de significado.

Así las cosas, la hipótesis de trabajo que pretende defenderse en esta investigación consiste en declarar que no resulta suficientemente contundente afirmar que la voluntad coincidente de los Estados (*Vereinbarung*) o contractualismo es causa suficiente de la juridicidad de los tratados —en el sentido de realización de los valores jurídicos— porque después de un tiempo viene otra serie de voluntades —tanto de representantes como de Estados— que puede interpretar la voluntad original en forma distinta (incluso antijurídica), y ello resulta, ora en un incumplimiento, ora en una violación o un retiro. ¿Cómo hacer que esa voluntad original se interprete correctamente por parte de las voluntades posteriores en aras de que el derecho internacional sea efectivo? Este manuscrito pretende responder esto haciendo un análisis crítico del consensualismo y recurriendo al originalismo, también, críticamente.

Con el objetivo de (de)mostrar dicha hipótesis de trabajo se utilizó un método hermenéutico-analítico que aborda las notas de la reflexión teórica sobre el contractualismo y los procesos de interpretación del DIT, y las confronta con la realidad. Dicho método hermenéutico-analítico utilizado para resolver el problema de investigación y para procurar demostrar la hipótesis de trabajo supone establecer una relación entre (i) la revisión, la lectura, la interpretación y la observación de las dinámicas político-jurídicas comprendidas en ciertos eventos particulares en los que se ha cuestionado la efectividad del derecho internacional, considerando a los Estados como textos vivientes, cuyo significado debe averiguarse y (ii) el contractualismo y el originalismo examinados a la luz de postulados platónico-aristotélicos, que, a su vez, se comparan con algunos elementos teóricos rawlsianos y habermasianos. En efecto, el genocidio ocurrido en Ruanda en 1994, la ocupación de Irak por parte de Estados Unidos en 2003 y la incursión armada por parte de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en Kosovo en 1999 (Téllez, 2008, pp. 187-199) son eventos cuyo examen e interpretación a la luz de las doctrinas arriba mencionadas sirven para (de)mostrar la hipótesis de trabajo aquí contenida en el sentido de que la interpretación de un texto, en este caso, la *Carta de las Naciones Unidas*, que es un tratado constitutivo multilateral, en dichos acontecimientos siempre se vio influenciada por las dinámi-

cas políticas del momento. La observación y estudio de la conducta de los Estados involucrados en esos hechos históricos y el examen acerca de las consecuencias derivadas de ellos reflejadas en las estadísticas en materia de pérdidas de vidas humanas, de reputación de los Estados y del daño y sufrimiento causados, ayudan a (de)mostrar la hipótesis de trabajo aquí propuesta con base en la relación teórica que se ha mencionado. Así, la metodología de investigación implicó una averiguación sobre el significado y consecuencias de episodios concretos (el genocidio de Ruanda en 1994, la ocupación de Kosovo en 1999 y de Irak en 2003)³ y una conexión teórica de esos significados con la interpretación de la *Carta de las Naciones Unidas*, pero a la luz de elementos de análisis platónico-aristotélicos que se contrastan con posturas modernas como la de Rawls (2015) y la de Habermas (2010) con el fin de mostrar que la determinación acerca de la juridicidad o, en sentido más amplio, la justicia de un acuerdo internacional vinculante, aun cuando se verá influenciada por el tiempo, siempre habrá de tener presente un valor como la *dignidad humana* y servirá para complementar e, incluso, cuestionar una explicación que se remonte a la mera voluntad de los contratantes iniciales. Este criterio de interpretación complementa aquellos existentes en la CV/69 y es aplicable, sobre todo para aquellos acuerdos internacionales referidos al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; eventualmente, los tratados comerciales, que también impactan el bienestar de los pueblos a través de la regulación de los mercados, pueden implementar este parámetro de evaluación de significados que aquí se propone y que complementa las reglas que los Estados negociadores han consagrado. No obstante esto, la concentración metodológica en esta investigación tiene lugar sobre tratados cuyo objeto y fin específicos son el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Este artículo está dividido en dos capítulos. El primero describe el proceso de explicación de lo que se califica como *causalismo eficiente* del DIT; allí se revisarán algunas posturas críticas sobre contractualismo o consensualismo. El segundo presenta algunas notas de lo que en el derecho constitucional estadounidense se conoce como 'originalismo' (*originalism*), pero allí se formula la pregunta acerca de si él puede trasplantarse al DIT; en dicha sección se delinean algunos puntos con respecto a la relación entre ese método y la hermenéutica. Ambas partes confrontan aproximaciones teóricas que en el fondo comparan visiones *contractualistas* y *no contractualistas* y visiones *realistas* y *no realistas* del derecho internacional.

³ Téllez (2008) presenta una descripción histórico-legal de lo ocurrido en Ruanda en 1994, en Kosovo en 1999 y en Irak en 2003. Los datos en términos de pérdidas de vidas humanas que complementan dicha descripción pueden consultarse y examinarse en los siguientes sitios, entre otros: (i) *Global Spread of Conflict By Country and Population* del Banco Mundial: <https://datacatalog.worldbank.org/dataset/spread-conflict-data>; (ii) *Global Conflict Tracker* del Council on Foreign Relations (Estados Unidos): <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/?category=us>; (iii) *Wars and International Conflicts* del Pew Research Center: <https://www.pewresearch.org/topics/wars-and-international-conflicts/>; (iv) <https://ourworldindata.org/war-and-peace#counting-world-conflict-deaths-why-do-sources-differ>; (v) <https://www.prio.org/Data/Armed-Conflict/UCDP-PRIO/>.

Los dos capítulos del artículo presentan elementos que permiten (de)mostrar la hipótesis de trabajo a través de la formulación de algunos ejemplos. Vale la pena anotar que este manuscrito se inscribe en una investigación que actualmente se lleva a cabo sobre la relación entre moral y derecho internacional y efectividad y eficacia⁴ del mismo.

2. HACIA LA DETERMINACIÓN DE UN CAUSALISMO EFICIENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO DE LOS TRATADOS

Este primer capítulo busca describir el proceso de formación y fundamento del DIT, pero con una aproximación causal. Así, se pregunta cuál es la causa eficiente de dicho ordenamiento, pero con un lente hermenéutico, lo que quiere decir que hay un énfasis permanente en la utilización de palabras y textos atados a conductas y en el esfuerzo por delinear su significado.

Las preguntas que pueden ambientar la discusión que ahora se presentan son las siguientes: ¿por qué hay tratados? ¿Cuál es el fundamento de su obligatoriedad? ¿Es él únicamente una voluntad originaria u original? ¿Qué importancia tiene la noción de justicia ahí? ¿Qué puede hacerse cuando, en virtud de ciertas dinámicas, el significado que se atribuyó a una noción en un momento *w* del tiempo quizás cambie o deba cambiar en un momento *z*?

Antes de hablar de un causalismo eficiente es necesario plantear los siguientes dos niveles de análisis respecto del llamado contractualismo: el primer nivel está constituido por los elementos que lo subyacen, y el segundo nivel está constituido por lo que puede caracterizarse como un *proceso de erosión*, este que ampliamente puede describirse como la falta de fuerza del contractualismo para explicar en forma suficiente y convincente el problema de la efectividad del derecho internacional; estos niveles, que se explicarán a continuación, pueden sintetizarse de la siguiente forma: antes que decidir si el consensualismo o contractualismo —términos que a efectos de esta investigación se consideran sinónimos en su sentido lato— explican el fundamento del DIT en forma suficiente, hay que determinar qué se encuentra detrás de un postura convencionalista en lo que respecta a lo que es hallado o tenido como justo por los intervinientes, particularmente los negociadores y redactores de normas jurídicas de derecho internacional. Una vez se identifiquen en forma sucinta algunas posturas sobre ello, se describe la erosión del consensualismo como herramienta teórica para explicar la efectividad del derecho internacional o, en otras palabras, se describe cómo parece cada vez menos útil para lograr explicarla.

⁴ En esta investigación la expresión ‘eficacia’ significa que una norma jurídica de derecho internacional sirve para la realización de los principios y valores del derecho internacional; la expresión ‘efectividad’ significa que la norma *realiza* esos mismos principios y valores.

2.1 Elementos subyacentes de un causalismo eficiente

Una forma apropiada de describir este nivel se da oponiendo dos visiones sobre la justicia. Por un lado, puede utilizarse una aproximación que ate la concepción iusnaturalista de lo justo y de lo bueno aparente (Platón) con la concepción de lo justo como virtud (Aristóteles); por otro lado, puede utilizarse una aproximación que separe lo justo de lo bueno y que recurra a una crítica del utilitarismo o el intuicionismo como formas de percibir aquello que es justo (Rawls, 2015 y Haksar, 1972). La postura aristotélica que sucede las nociones platónicas de justicia, de bien y de moralidad contenidas en la *República* y en las *Leyes* (Cairns, 1942, p. 364; Hall, 1956, p. 183; Stalley, 1983, pp. 23 y ss., que cita a Ostwald (1977), y Woozley, 1950/2010, p. 376), ve la justicia como una virtud y se concentra no tanto en el ser, sino en el hacer *justo* (*Ética nicomaquea*, 2.1105a 1-20 y 9.1168a 1-5). Esto resulta de importancia capital en una aproximación hermenéutica al DIT. La postura rawlsiana, en cambio, hace prevalecer lo justo sobre lo bueno y opone intuicionismo y utilitarismo, afirmando que aunque el primero no resulta suficiente, no se descarta para saber qué es justo. Al fin y al cabo, una postura rawlsiana remite a una elección racional, es decir, a aquella que busca una maximización de beneficios a través de cálculos racionales (Rawls, 2015, pp. 34-44; Lovett, 2011, p. 31; Beitz, 1975, p. 361)⁵.

Un ejemplo puede ayudar a ambientar esta discusión: ¿por qué resulta ser el principio *pacta sunt servanda*, establecido en el artículo 26 de la CV/69, en el contexto del DIT, un principio cardinal (Beitz, 1975, p. 364)⁶, además, para explicar su efectividad? ¿Qué hace que los que confeccionan normas de derecho internacional público en el marco de los tratados lo tengan como un pivote? ¿Es ese un principio intrínsecamente justo? ¿O lo es porque los Estados negociadores lo tienen como tal o más bien porque institucionalmente así se ha consagrado?

2.2 Un proceso de erosión del contractualismo. Posturas críticas

Una aproximación eminentemente convencional o consensual a los principios normativos del DIT y al DIT *per se* parece no exigir mayor esfuerzo para poder entenderla. A fin de cuentas, puede simplemente aseverarse que tales principios se encuentran consagrados en tal o cual instrumento y afirmar que esa sola es la razón de su obligatoriedad y, por ende, que no debe haber mayor indagación. Sin embargo, el esfuerzo principal de esta investigación precisamente consiste en describir algunos elementos teóricos que cuestionen esa postura. Esta parte del artículo describe en forma

⁵ Taylor (2003, p. 247) afirma que H.L.A Hart calificó la postura rawlsiana como “dogmática” y que Brian Barry, a quien también cita, la consideró “extrema”.

⁶ Por ejemplo, Beitz (1975, p.386), que también estudia el *principio de no intervención*, confirma la hipótesis de trabajo que aquí quiere demostrarse cuando afirma que el significado y aplicación de ese principio dependerán de las circunstancias y el contexto.

sucinta las siguientes aproximaciones teóricas a ese problema y las posturas académicas actualmente existentes sobre la materia, que sirven para sustentar la hipótesis de trabajo porque critican el contractualismo como fundamento del DIT: (i) aproximación *diplomática*, o sea una postura que queda comprendida dentro del llamado *derecho de la diplomacia*; (ii) aproximación *consuetudinaria realista*, o sea una postura que describe el papel real del derecho consuetudinario; (iii) aproximación del *consensualismo soberano*, o sea, una postura que pregona la impureza del consentimiento de los Estados y lo critica; (iv) aproximaciones *híbridas* sobre el contractualismo.

Aproximación diplomática

La aproximación diplomática puede explicarse a partir de las complicaciones que empiezan a surgir cuando se comparan a su vez los siguientes dos niveles: un primer nivel que está constituido por lo que está dentro del texto escrito de un tratado; un segundo nivel que está constituido por las palabras de un funcionario gubernamental respecto de ese mismo texto. Se puede utilizar la *Carta de las Naciones Unidas* como ejemplo. Una cosa, por supuesto, es su texto, y otra distinta la utilización (¿retórica?) de dicho texto por los representantes de los Estados. ¿Qué ocurre cuando un funcionario diplomático utiliza palabras que sus destinatarios, al final, interpretan como amenazas? Algunos como Grant (2016, p. 850) simplemente dirán que para solucionar ese problema debe introducirse la expresión *comity* y que todo se resuelve apelando al *derecho de la diplomacia*.

Aproximación consuetudinaria-realista

Verdier & Voeten (2014, p. 392), críticos modernos del derecho consuetudinario, afirman que el mismo poco afecta el comportamiento de los Estados y lo describen, más bien, como un *equilibrio cooperativo* que es fruto de una elección racional previa en una sucesión continua y posterior de *dilemas del prisionero*. Así, al paso que los Estados pueden derivar beneficios mutuos del cumplimiento de una norma consuetudinaria, también se encuentra la dificultad consistente en que habrá algunos Estados que encuentren incentivos para desertar o para convertirse en *free riders*, lo que hace que un equilibrio cooperativo sea más difícil.

La elección racional explica la existencia de una *cooperación estable* a pesar de esos incentivos a través de tres mecanismos: (a) la reciprocidad; (b) la retaliación; (c) la reputación. Jack Goldsmith y Eric Posner, citados por dichos autores, por ejemplo, niegan que el derecho consuetudinario sea universal y lo describen más bien como un *equilibrio temporal cooperativo*. Los Estados que actúan conforme a una costumbre harán que otros los sigan en la medida en que ven el comportamiento como “atractivo” (Verdier & Voeten, 2014, p. 405).

Aproximación del consensualismo soberano

Krisch (2014, p. 2) critica una aproximación consensualista al DIT si ella se basa en el atributo de soberanía de los Estados. ¿Cuán resistente resulta hoy esta postura para explicar el fundamento del derecho internacional? Se puede afirmar que jamás ha existido un consentimiento *puro* y, en el contexto de un sistema westfaliano, como lo pone de presente la tesis de William Nordhaus referida por Krisch (2014), los bienes públicos quedan expuestos a serios problemas. La erosión del consensualismo se da fundamentalmente cuando se revisa el problema de la efectividad del derecho internacional y cualquier teoría que busque desechar el consensualismo debe encontrar elementos fuertes que soporten un reto contra lo que se llama de manera amplia *cooperación* y que considera la regulación de los mercados y la exigencia efectiva y eficaz de las normas como bienes clave, pero que no reconoce la seguridad como un bien público. ¿Esta tesis aboga entonces por una efectividad del derecho internacional que pretende estimar la regulación de los mercados como lo más importante, frente a lo cual la seguridad se encuentra subordinada, pero que inevitablemente se lograría? Quizás esto, al fin y al cabo, viene a coincidir con la tesis según la cual en materia económica, el derecho económico internacional resulta más efectivo que el DIT en materia de seguridad y paz globales (Téllez, 2008).

El derecho internacional, afirma Krisch (2014, p. 38), siempre se ha visto rodeado por tres fenómenos: (a) el de la política; (b) el de la informalidad; (c) el del unilateralismo coexistente con multilateralismo con tendencias maximalistas o minimalistas de ambas expresiones. Los Estados más fuertes siempre han visto el derecho internacional y el aparato institucional como *problemáticos* y *no efectivos*, y, por eso, han acudido a *soluciones informales*. Así, aun cuando el consentimiento resulta central en el derecho internacional formal (Deeks, 2013, p. 9), la tesis de Krisch (2014, p. 38) proclama que parece que resulta insuficiente para enfrentar todos los problemas actuales de la sociedad global. Los Estados poderosos siempre buscarán la forma de no observar los procesos formales y, en ese sentido, reconfigurar y “dejar atrás” (*leave behind*) el derecho internacional que se conoce y que se considera como clásico o tradicional.

Azubuicke (2013, p. 164) no duda en afirmar que bajo una interpretación del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia —que ubica tanto los tratados como las normas de *jus cogens* en el nivel más alto dentro de su jerarquía— no queda más que aseverar que el derecho internacional tiene como premisa el consenso —que no necesariamente el consentimiento de los Estados—, y lo explica dentro del contexto del derecho internacional de la inversión, para terminar diciendo que su ausencia es lo que puede tenerse como razón del obstáculo en la adopción de tratados de inversión; no obstante ello, los que han logrado concluirse han tenido como efecto un comparable incremento de disputas en materia de inversión. Su análisis se centra en la relación aparentemente contradictoria entre el principio *pacta sunt servanda* y la

cláusula *rebus sic stantibus* (Téllez, 2018b, pp. 205-230) y, citando a Michael Dickstein, refiere su anotación en el sentido de que, por lo menos hasta 1981 —aunque el autor de este manuscrito considera que incluso hasta el presente año— basarse en la cláusula *rebus sic stantibus* no ha sido el caso, sobre todo, en tratados de concesión (Azubuike, 2013, p. 185).

En una suerte de planteamiento similar al de Azubuike (2013), Setear (2005, p. 717) divide el proceso de formación de los tratados en las siguientes tres partes: negociación, firma y entrada en vigor, y reafirma la importancia de los tratados y la costumbre como las fuentes más importantes del derecho internacional. Por supuesto que esto como planteamiento teórico ignora las normas internacionales precisas en lo que tiene que ver con la formación de los tratados y que comprenden esquemáticamente la negociación, la adopción, la autenticación, la manifestación del consentimiento en sus diversas formas (*v.gr.*: firma, canje de notas, aceptación, adhesión, ratificación y otras). Este autor confronta las diversas etapas con el derecho internacional consuetudinario, el cual supone una serie de *interacciones altamente estructuradas entre las naciones* con dos dificultades: (a) aquella que se representa y se da si al juzgar valorativamente el comportamiento de los Estados-Nación de manera retrospectiva, ello significa el cumplimiento o no de sus obligaciones internacionales; (b) que Estados Unidos, por ejemplo, emplea el derecho internacional consuetudinario para efectuar su política internacional. Harrison (2013, p. 435), por su parte, afirma que dado que la costumbre supone un proceso evolucionario, entonces tenderá a cambiar de conformidad con las tendencias de las prácticas de los Estados y la *opinio juris*.

Aproximaciones híbridas sobre el contractualismo

Sobre la *firma* como aparente expresión de un contractualismo, Blix (2002, p. 5) y Swaine (2003, p. 2065) ponen de presente el riesgo que representa para la realización del DIT el no aclarar con suficiente claridad qué efecto tiene ella respecto de un texto que se busca que sea vinculante. Esto plantea complicaciones en cuanto la *firma* cumple diversas funciones en el marco de la suscripción de un tratado (*v.gr.*: adopción y manifestación del consentimiento).

Dodge (2018, p. 1569) recurre a la teoría de Emmerich de Vattel, que divide el derecho internacional en cuatro categorías: (a) el derecho necesario; (b) el derecho voluntario; (c) el derecho convencional; (d) el derecho consuetudinario. Los dos últimos son aquellos que se basan en una manifestación del consentimiento. La aproximación de Emmerich de Vattel, según Dodge (2018), fue abandonada por los redactores de los tratados y jueces durante el siglo XIX, los cuales prefirieron el consentimiento como fundamento del DIT.

Gahagan (2012, p. 858) también expone un estudio sobre la teoría de Emmerich de Vattel, pero con un énfasis en algo clave para el DIT: que un derecho voluntarista universal se presume. Un retorno a Emmerich de Vattel en el derecho internacional moderno supone un regreso a los

principios de derecho natural⁷ relativos a justicia y humanidad sin considerar las diferencias culturales y con énfasis en el *valor del ser humano*; no podemos escapar de nuestra propia humanidad. Estas posturas se reflejan en teorías modernas que, por un lado, buscan la primacía de la dignidad humana y tenerla como fuente de derecho (Habermas, 2010, p. 3 y p. 6) y, por otro lado, intentan explicar la justicia o injusticia en una *posición original* y en la delineación de unos principios que se quiere que sean “originales” (Rawls, 2015 y Lovett, 2011, p.44). La postura rawlsiana en torno a su exportación al contexto de las relaciones internacionales ha sido examinada por Beitz (1975, p. 361) y Barry (1982, p. 232). La tesis de estos autores soporta la (de)mostración de la hipótesis de trabajo aquí propuesta. Por una parte, el estudio de Beitz (1975) sobre la posibilidad de aplicar las tesis rawlsianas a la teoría de las relaciones internacionales, lejos de constituir una crítica frontal, busca contextualizar los *principios originales*, los cálculos de maximización de utilidad (pp. 361 y 364) y la supuesta autocontención de las sociedades (pp. 362 y 363) dentro del deber ser de las relaciones internacionales (p. 372, nota 11) y se erige como una prueba de la íntima conexión entre moralidad y derecho. Por otra parte, el estudio de Barry (1982), que complementa el estudio de Beitz (1975), define la noción de *humanidad* como un “alivio del sufrimiento” (p. 219) y la relaciona, en el ámbito de una averiguación sobre la noción de justicia (p. 226), con el nivel de sacrificio que puede exigirse de las entidades internacionales (pp. 224 y 244).

Debe anotarse que el contractualismo enfrenta una barrera evidente cuando el intérprete debe decidir qué naturaleza jurídica tiene un acuerdo. Sin entrar a detallar disquisiciones sobre tres tipos muy claros de acuerdos internacionales —los tratados, los contratos y los memorandos de entendimiento—, esto puede plantear un problema evidente desde la hermenéutica.

El ejemplo más claro de un problema hermenéutico en torno a la naturaleza jurídica de lo que en sentido amplio se designa como un *contrato*, en cualquiera de sus formas —tratado, contrato propiamente dicho o memorando de entendimiento—, siguiendo a Aust (2000) y a Harrington (2016), por lo menos en un país como Estados Unidos, se ha solucionado con una guía más o menos objetiva de criterios para definir su naturaleza jurídica. Harrington (2016, p. 351) refiere la *Circular 175*, que contiene los criterios más importantes para poder diferenciar los diversos tipos de acuerdos internacionales: (a) cuánto del acuerdo involucra compromisos o riesgos que afecten al Estado-Nación como un todo; (b) si el acuerdo impacta las leyes estatales; (c) si al acuerdo

⁷ Los estudios de Chloros (1958, p. 609), Contreras (2013, p. 507), Fissell (2011, p. 90), Hall (1956, p. 183) y Hatzistavrou (2018, p. 209) sobre derecho natural confirman que la aproximación platónica al derecho natural en las *Leyes* (9.858c) tiene un componente moral íntimamente relacionado con la naturaleza humana. Si Platón no es el fundador, por lo menos es el principal precursor del derecho natural, y él arguye que el derecho y la moral son dos especies del mismo género; Habermas (2010) examina la relación entre derecho y moral en su estudio sobre la dignidad humana que él considera correctamente como fuente y valor del derecho (internacional).

pueden adscribirse efectos sin necesidad de expedir legislación subsecuente por parte del Congreso; (d) la experiencia anterior de los Estados Unidos en materia de acuerdos internacionales; (e) las preferencias del Congreso estadounidense en cuanto a ciertos tipos de acuerdos; (f) el grado de formalidad requerido por el acuerdo internacional; (g) la duración propuesta del acuerdo y su urgencia o no; (h) la práctica internacional general en cuanto a acuerdos similares.

El contractualismo desde la óptica de las normas imperativas de derecho internacional público (*jus cogens*) muestra que las diversas especies de limitaciones a la libertad contractual de los Estados tienen una función muy importante que se ve reflejada, por ejemplo, en máximas tan importantes como *conventio vincit legem* (“los acuerdos conquistan la ley”) e *invito beneficium non datur* (“los beneficios no pueden imponerse a aquellos que no quieren”). Adicionalmente, el uso de normas imperativas del derecho internacional público promueve la eficiencia del sistema legal, sobre todo en circunstancias de asimetría de información que hacen que la prueba de involuntariedad sea difícil o cuando ciertas renunciaciones a ciertos derechos tienden a ser involuntarias (Dajani, 2012, p. 5).

Parry (2013, p. 300) refiere las tesis de Jack Goldsmith y Eric Posner, que afirman que el derecho internacional no crea obligaciones que sean vinculantes y exigibles y que, más bien, aquel es un reflejo de los esfuerzos racionales de los Estados por asegurar y perseguir sus propios intereses. Así, todo habría empezado con Nicolás de Maquiavelo y su énfasis en el atributo de soberanía de los Estados. Al lado de él se encuentran Thomas Hobbes, Emmerich de Vattel y, más recientemente, John Austin, Carl Schmitt y Hans Kelsen en una suerte de superposición del carácter soberano de los Estados sobre el derecho internacional. En otro extremo se encuentran como seguidores de Hugo Grocio autores tales como Hans Kelsen, Louis Henkin y Hersch Lauterpacht; este último afirma que el derecho internacional es un *proyecto moral* y un (crudo) “realismo” sería periférico y destructivo. La postura de Hersch Lauterpacht, siguiendo a Parry (2013, p. 374), puede resumirse en los siguientes puntos: (a) el sometimiento de la totalidad de las relaciones internacionales al derecho internacional; (b) la aceptación del derecho y la ley naturales como fuentes independientes del derecho internacional; (c) la afirmación de la naturaleza social del ser humano; (d) la identidad entre Estados e individuos; (e) el rechazo de una “razón de Estado”; (f) la distinción entre una guerra justa y una guerra injusta y, finalmente, entre otras; (g) el carácter vinculante de las promesas. Mucho del derecho internacional dependerá de (a) la persuasión y (b) el cumplimiento voluntario (Parry, 2013). Una dificultad que surge de su tesis es si ese cumplimiento voluntario se refiere a una voluntad *original* o a una serie de voluntades posteriores.

En los anteriores párrafos se expuso, por una parte, lo que subyace al contractualismo en términos de explicar cómo los negociadores pueden hallar lo que es justo o no, y, por otra parte, el proceso de erosión que el contractualismo ha sufrido, proceso que se explicó a través de algunas aproximaciones modernas que lo cuestionan como un planteamiento contundente para explicar la juridicidad de los tratados internacionales. Al revisar con cuidado cada una de esas

aproximaciones se puede notar cómo limitarse a explicar la existencia del DIT con base en el contractualismo no parece suficiente.

En el segundo capítulo se presentarán las características del denominado *originalismo*, pero tendiendo un puente con la hermenéutica, esto con el fin de responder si es posible importar el *originalismo* al DIT. Lo anterior sirve para soportar la hipótesis de trabajo, que, se insiste, consiste en afirmar que el proceso de interpretación de un tratado supone un “llenado conceptual” en el ámbito del DIT y bajo ciertos criterios específicos que se expondrán y que complementan las reglas contenidas en la CV/69.

3. ¿Originalismo en el proceso hermenéutico dentro del derecho internacional público de los tratados?

Uno de los pivotes de la hipótesis de trabajo radica en el elemento hermenéutico. El lector debe recordar que se busca cuestionar el contractualismo como explicación del DIT, pero hermenéuticamente. Este capítulo se propone ambientar la discusión con el propósito de demostrar la hipótesis de trabajo a través de un estudio doble. Por un lado, se busca presentar las notas más importantes de la teoría hermenéutica y procurar trasplantarla al derecho internacional. Por otro lado, se busca tender un puente entre esa aproximación hermenéutica o clásica o tradicional de la hermenéutica y lo que en el derecho constitucional estadounidense se llama *originalismo*, cuyos estudios, expresiones y críticas ayudan a soportar la hipótesis de trabajo, lo cual, además, constituye el aporte central de este trabajo al estado de la cuestión.

A esos efectos se propone el siguiente ejemplo con el fin de ilustrar la hipótesis de trabajo, pero se reitera que al hacerlo el examen se aparta intencionalmente —dada la particularidad de este ejercicio académico— de las reglas cristalizadas de interpretación de los tratados contenidas en la CV/69: (i) un tratado “X” que busca evitar la proliferación de armas nucleares define o describe la palabra ‘proliferación’ en cierto sentido. El tratado “X” entró en vigor en 1970 y debe ser interpretado y aplicado en 2020; (ii) respecto de ese tratado “X”, uno de sus Estados parte, el Estado “A”, vive una situación política y económica distinta en 2020 que la que vivía en 1970.

Las preguntas que esta indagación busca responder para *complementar* las reglas de interpretación de la CV/69 son las siguientes: (i) ¿la palabra ‘proliferación’ debe entenderse igual en 1970 que en 2020?; (ii) con independencia de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, si se omite la apelación a ese principio o cláusula, ¿es modificable esa definición o debe entenderse igual que cuando se confeccionó el tratado? La hipótesis de trabajo, que se denomina “llenado conceptual”, según ya se había mencionado unos párrafos atrás, puede dar luces acerca de cómo responder estos cuestionamientos, sobre todo, a la luz de un esfuerzo consistente en esgrimir una postura tética sobre la efectividad del derecho internacional público.

3.1 La teoría hermenéutica en cuanto aplicada al DIT

Una fase inicial de la teoría hermenéutica se encuentra cubierta por los trabajos de Friedrich Schleiermacher y de Wilhelm Dilthey, de manera, sobre todo, epistemológica, para luego, en una segunda etapa, exhibir una manera ontológica. Esta última es ajena en gran proporción al ámbito del DIT y, por eso, no se trata aquí. Se afirma que en “gran proporción” porque no obstante ello, para el jurista nunca debe ser ni distante ni aburridora la reflexión sobre el *ser* y *existencia* del DIT y, más particularmente, sobre el ser y el hacer del Estado-Nación moderno.

Friedrich Schleiermacher se preocupó por descubrir el sentido de los textos mediante la extrapolación de “reglas de comprensión válidas universalmente”, lo que puede sintetizarse a través de “dos famosos adagios de la hermenéutica: ‘comprender a un autor mejor de lo que él se comprendió a sí mismo’ y ‘hay hermenéutica donde hay malcomprensión’”. Así existen las siguientes “formas de interpretación”: una “gramatical” y una “psicológica”. La primera tiene que ver con caracteres objetivos, es decir aquellos “lingüísticos”; la otra tiene que ver con “alcanzar su subjetividad”. William Dilthey expresa “la aporía central de una hermenéutica que coloca la comprensión del texto bajo la ley de la comprensión de otro que se expresa en él”, y entonces “la empresa sigue siendo básicamente psicológica, dado que se asigna como meta última de la interpretación, no lo que dice un texto, sino aquel que se expresa en él” (Bengoa Ruiz de Azúa, 1997, pp. 88 y ss.).

¿Qué tanto de estas aproximaciones que resumen los primeros esfuerzos por precisar el alcance y problemas de la hermenéutica puede trasplantarse al entendimiento cabal del DIT dados los contextos político-económicos en los cuales siempre parece moverse? ¿Qué tanto podría, por ejemplo, el presidente de los Estados Unidos entender exactamente no solo lo que plantearon los *padres fundadores* (*Founding Fathers*) de su país —en el ámbito del derecho constitucional estadounidense—, sino también lo que quisieron los negociadores de uno u otro tratado negociado con anterioridad a su mandato?

Por una parte, Harrison (2013, pp. 429-30) centra su examen en tratados de inversión y afirma que no puede asumirse que convenios con textos similares deban ser interpretados de la misma forma. Esta aseveración sustenta la hipótesis de esta investigación. Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia (1971) en *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16*, en el párrafo 53, citado en Damrosch & Murphy (2014), habla de definiciones que no son estáticas, sino evolucionarias y que deben considerar los cambios que han ocurrido con el paso del tiempo. Parte de los elementos de esta opinión consultiva que refleja los haces de esta investigación también sirve para demostrar la hipótesis de trabajo. En efecto, un proceso hermenéutico que busque entender al artífice de la norma legal supondrá necesariamente que el intérprete quedaría influenciado por el tiempo y por el

espacio. Pretender entender al artífice de la norma legal mejor que lo que él se entendió a sí mismo, sería imposible y no realista, tal y como lo afirma William Diltthey cuando habla de una *aporía*. Al intérprete, entonces, le corresponde “construir”, y siempre estará sujeto a las propias dinámicas de su tiempo y espacio.

3.2 ¿Puede exportarse el originalismo al derecho internacional de los tratados?

El *originalismo* es un método de interpretación de un texto legal según el cual a este se le adscriben significados que sus redactores quisieron darle y no aquellos que quieren darle sus intérpretes mucho tiempo después. Barnett & Bernick (2018, p. 3) llevaron a cabo un estudio muy completo sobre el *originalismo*, pero en el contexto del derecho constitucional estadounidense. Su tesis es de innegable ayuda para probar la hipótesis de trabajo de esta investigación, en la medida en que no solo distinguen términos que para un jurista internacional desprevenido pueden resultar sinónimos (específicamente *interpretation* y *construction*), sino que además permiten resolver algunos dilemas que el profesor y teórico de derecho internacional enfrenta al procurar explicar de manera didáctica el problema de la efectividad del derecho internacional público. ¿Cómo se distingue la interpretación (*interpretation*) de la construcción (*construction*)? Siguiendo al *Justice* Thomas M. Cooley, *interpretación*, según Barnett & Bernick (2018), no sería otra cosa que el acto mismo de encontrar el recto sentido de cualesquiera palabras, es decir, el sentido que el autor quiso darle. La construcción (*construction*) es la delineación de conclusiones, lo que se encuentra en el espíritu y no en la letra.

Aun cuando en su estudio dichos autores no refieren los esfuerzos de Friedrich Schleiermacher y Wilhelm Diltthey, sí citan el texto *Legal and Political Hermeneutics* de Francis Lieber, en el cual se distinguen los dos términos. Este último autor define *construction* como “la delineación de conclusiones sobre asuntos que van más allá de la expresión directa del texto, con base en elementos conocidos en el texto y dados por él, conclusiones que se derivan del espíritu y no de la letra del texto”⁸. Las posibilidades de interpretaciones equivocadas suponen, de acuerdo con Francis Lieber, citado por Barnett & Bernick (2018), que quienes redactan las normas de derecho internacional sean lo suficientemente cuidadosos, sin dejar de lado que habrá muchas circunstancias que simplemente son imposibles de anticipar. Para Barnett & Bernick (2018, p.16), acudir a la heurística es común, y ella no es necesariamente buena o mala. La heurística,

⁸ El texto original dice: “drawing of conclusions respecting subjects that lie beyond the direct expression of the text, from elements known from and given in the text, conclusions which are in the spirit, though not within the letter of the text”.

siempre y cuando se adapte de manera apropiada a un ambiente dado de toma de decisiones con el fin de emitir juicios adecuados, puede ser de mayor utilidad que estrategias “muy complejas”.

En cualquier caso, una labor de interpretación y construcción también vendrá permeada por el *principio de buena fe*, sobre todo cuando recae en cabeza de los jueces, que tienen una relación fiduciaria con los redactores de las normas, estas últimas que son una especie de instrucciones, las cuales, según Barnett & Bernick (2018, p. 30 y p. 47), carecen de “precisión lingüística”, no quedándole al juez otra opción que, observando la máxima cristiana acerca de la distinción entre la letra y espíritu de la ley, seguir el espíritu y, para eso, procurar “hablar directamente” con su “diseñador”. Este es el puente entre *originalismo* y hermenéutica.

Si el paso del tiempo y el peso de la historia son obstáculos, y si se ha entendido bien a Barnett & Bernick (2018, p. 16) en su exposición sobre el *originalismo*, ellos mismos afirman que eso se solucionaría a través de una “investigación rigurosa” (heurística). Sin embargo, en relación con el DIT y dadas la velocidad y complejidad de las relaciones internacionales, ¿resulta ello posible? La postura tética de esta investigación se inscribe, más bien, en una aproximación contraria, que es, en cierto sentido, una posición híbrida entre el iusnaturalismo y el contractualismo y que, por ejemplo, en el contexto del derecho constitucional estadounidense, se identifica como “Constitución viva” (*living Constitution*). Así, en efecto, y a pesar del aparente desdén de autores como Rawls (2015, pp. 55-59) en torno a las definiciones, estas pueden variar con el tiempo, pero siempre conservando ciertas notas proporcionadas por la razón natural que tenga como fuente y valor máximos, la *dignidad humana* (Habermas, 2010, p.6), es decir, eliminar en cuanto sea posible el sufrimiento (dolor) físico y psicológico (Barry, 1982, p. 219, p. 224, p. 244), sin pretender que el derecho sea omnipotente (Rawls, 2015).

Puede imaginarse, por ejemplo, que en 2020 la comunidad internacional en el seno de la Organización de Naciones Unidas adopte un tratado multilateral que defina, de nuevo, la expresión ‘terrorismo’. La hipótesis de este trabajo es que esa definición será “llenada conceptualmente” con el tiempo según las dinámicas políticas, sociales y económicas, pero siempre conservando ciertas notas que solo la razón natural —en forma similar a lo defendido por Hugo Grocio, Samuel Puffendorf (Beitz, 1975, p. 372) y Hersch Lauterpatch— puede proporcionar y que están relacionadas directamente con nociones ya heredadas de las aproximaciones platónico-aristotélicas sobre justicia, fuerza, virtud y bien, causación de daño y reparación.

No sobra añadir, finalmente, que Knox (2015, p. 955) presenta otra dimensión del problema de la interpretación hermenéutica de los textos —y se insiste en que no se utilizan los artículos 31 y siguientes de la CV/69— en el contexto constitucional de los Estados Unidos y que en inglés se denomina la *political question doctrine*. Siguiendo a Knox (2015, p. 955), la Corte Suprema de Justicia de ese país ha identificado seis criterios que permiten distinguir asuntos que pueden

ser sometidos a una resolución judicial de aquellos que son meramente políticos: (i) con base en el texto, es demostrable que el asunto pertenece a un departamento político (*political department*); (ii) la ausencia de estándares judiciales para resolver el asunto; (iii) la imposibilidad de decidir sin una política inicial de determinación de un tipo que indique que es un asunto que no puede ser decidido por un juez; (iv) la imposibilidad de que un juez o tribunal asuma una decisión independiente que no interfiera con las actividades de las otras ramas del poder público; (v) una necesidad inusual de expresar una adhesión a una decisión política ya tomada; (vi) la potencialidad de vergüenza (*embarrassment*) dada la existencia de pronunciamientos diversos por parte de múltiples departamentos políticos (*political departments*).

Desligar derecho internacional y política, es decir, el mundo del *deber ser* (*ought*) y del *poder ser* (*might*) resulta un imposible: al final, como lo sugiere Platón en el libro 1 de la *República* (1.351a-d), el derecho, que es lo justo, tiene que ver con el ejercicio del poder. La evidencia empírica⁹ de las últimas décadas en términos de lo que ha sido la actuación de regímenes democráticos y no democráticos en el mundo prueba la hipótesis (Téllez, 2008, pp. 61-63 y 187): los Estados son jueces de sus propias conductas (Téllez, 2018b, p. 210) y cada vez prefieren más los mecanismos de autoayuda y contramedidas que la resolución judicial.

En los anteriores párrafos se procuró tender un puente entre hermenéutica y *originalismo* y resolver la pregunta acerca de si este último puede importarse al DIT. La respuesta, con base en un análisis crítico-hermenéutico de sus notas más importantes en el contexto del derecho constitucional estadounidense, es que no, y que, más bien, en aras de (de)mostrar la hipótesis de trabajo, la explicación realista sobre la efectividad del derecho internacional en el ámbito de los tratados es que el proceso de interpretación y/o construcción deberá tener las normas como seres vivientes a las que debe llenárseles de significado de acuerdo con las dinámicas políticas y con base en criterios que hallan sus antecedentes remotos en posturas platónico-aristotélicas sobre justicia y en aproximaciones modernas como la rawlsiana y habermasiana, que consagran la primacía de lo justo y de la dignidad humana. La evidencia empírica¹⁰ que se refiere a los costos representados en pérdidas de vidas humanas y, en general, a las consecuencias derivadas de las violaciones de los derechos humanos, particularmente el sufrimiento físico (Barry, 1982, p. 219) y psicológico de grandes segmentos de la población global, también permiten soportar la hipótesis de trabajo. En la siguiente parte se presentarán las conclusiones.

⁹ Ver nota número 3 sobre la consulta de fuentes de evidencia empírica que sustentan la hipótesis de trabajo de esta investigación.

¹⁰ Ver nota número 3.

CONCLUSIONES

Una aproximación hermenéutica al derecho internacional público de los tratados en relación con su efectividad plantea los siguientes problemas: (i) los multiniveles de causa eficiente, multiniveles que se explican mediante el recurso a un contrato o acuerdo (contractualismo o consensualismo), pero antes, a una percepción sobre lo justo y lo bueno; (ii) las apreciaciones sobre ese contrato por actores diferentes a aquellos que lo redactaron; (iii) las dinámicas políticas y económicas y los cálculos que involucran una *elección racional* (Beitz, 1975, p. 361), una apreciación de los costos y beneficios involucrados y, finalmente, una percepción emocional que conlleva sesgos y disonancias cognitivas (*behavioral economics*) en las diversas etapas de suscripción de un tratado (v.gr.: la formulación de reservas) (Téllez, 2018a, p. 6).

Esa aproximación hermenéutica que busca adscribir significados justos a los textos de los tratados y a las conductas de los Estados puede usar dos herramientas: (i) una que puede exportarse de las escuelas de interpretación de derecho constitucional estadounidense bajo el nombre de *originalismo*; (ii) otra que resulta ser un híbrido entre las posturas platónicas, aristotélicas y tomistas y otras como las rawlsianas y habermasianas, al aseverar que las definiciones y los textos no son resistentes al paso del tiempo ni a los espacios y que, respecto de su proceso de interpretación y construcción, inevitablemente requerirán de lo que se ha llamado aquí un *llenado conceptual* en cuanto a significados, proceso que siempre, a la manera platónica y aristotélica, no habrá de deslindar jamás lo justo de lo bueno o moral, esto último indicado, al final, por la razón natural y que se concreta en proteger y realizar el valor de la *dignidad* de la persona humana —es decir, entre otras cosas, procurar disminuir al máximo posible su sufrimiento (Barry, 1982, p. 219), o sea, el dolor físico y psicológico— y en proteger al débil y vulnerable en un marco teleológico de búsqueda de la virtud y de la felicidad y en un contexto de cortesía (*comity*) permanente.

Este enfoque hermenéutico que se ha propuesto como hipótesis de trabajo, apoyado además indirectamente por el parágrafo 53 de *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, parece más eficiente y realista que el contenido únicamente en los artículos 31 a 33 de la CV/69 y, además, esa mirada le permite concretar al derecho internacional su función principal, que en palabras de Hersch Lauterpach, citado por Parry (2013), resulta ser (sobre todo) un *proyecto moral*; el DIT es efectivo cuando su interpretación *llena* de significado *justo* sus expresiones y palabras que no son estáticas. Lo justo vendrá dado en la medida en que quien lleve a cabo la interpretación y construcción (*interpretation* y *construction*) a lo largo del tiempo busque la realización de la *dignidad humana*, esta que, en cuanto *fuerza de derecho* y *valor* (Habermas, 2010, p. 6), sí es inmutable, es decir, resistente al espacio y al tiempo.

REFERENCIAS

- Aristóteles ([350 a.C.] 2013). *Ética nicomaquea* (A. Gómez Robledo, trad.). México: Porrúa.
- Aust, A. (2000). *Modern treaty law and practice*. Cambridge: Cambridge.
- Azubuikwe, E.Ch. (2013). The place of treaties in international investment. *Annual Survey of International and Comparative Law*, 19, 155-196.
- Barnett, R. & Bernick, E.D. (2018). The letter and the spirit: a unified theory of originalism. *Georgetown Law Journal*, 107, 1-55.
- Barry, B. (1982). Humanity and justice in global perspective. *Nomos*, 24, 219-252.
- Beitz, Ch. (1975). Justice and international relations. *Philosophy and Public Affairs*, 4(4), 360-89.
- Bengoa Ruiz De Azúa, J. (1997). *De Heidegger a Habermas Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*. Barcelona: Herder.
- Blix, H. (2002). Developing international law and inducing compliance. *Columbia Journal of Transnational Law*, 41, 1-13.
- Cairns, H. (1942). Plato's Theory of Law. *Harvard Law Review*, 56(3), 359-387.
- Chloros, A.G. (1958). What is natural law. *The Modern Law Review*, 21(6), 609-622.
- Contreras, S. (2013). Justo por naturaleza y justo convencional en Platón A propósito de la refutación platónica a la doctrina del homo mensura. *Revista de derecho y ciencia política Pontificia Universidad Bolivariana*, 3(119), 503-532.
- Corte Internacional de Justicia (1971). Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16. Recuperado de: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>
- Dajani, O.M. (2012). Contractualism in the law of treaties. *Michigan Journal of International Law*, 34, 1-85.
- Damrosch, L. et al. (2001). *International Law Cases and Materials*. St. Paul: West Group.
- Damrosch, L. & Murphy, S.D. (2014). *International Law Cases and Materials*. St. Paul: West Academic Publishing.
- Deeks, A. S. (2013). Consent to the use of force and international law supremacy. *Harvard International Law Journal*, 54, 1-60.
- Dodge, W. S. (2018). Symposium: The law of nations and the U.S. Constitution: Article: Customary international law, change and the Constitution. *Georgetown Law Journal*, 106, 1559-1591.
- Fissell, B. (2011). The Justification of Positive Law in Plato. *Am. J. Juris*, 56, 89-114.

- Gahagan, S. M. (2012). Returning to Vattel: A 'Gentleman's Agreement' for the Twenty-first Century. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 37, 847-888.
- Grant, T. (2016). Recent books on international law: Book review: Diplomatic interference and the law. *American Journal of International Law*, 110, 845-854.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 64, 3-25.
- Haksar, V. (1972). Rawls' Theory of Justice. *Analysis*, 32(5), 149-53.
- Hall, J. (1956). Plato's legal philosophy. *Indiana Law Journal*, 31, 171-206.
- Harrington, R. (2016). Understanding the 'other' international agreements. *Law Library Journal*, 108, 343-359.
- Harrison, J. (2013). The International Law Commission and the development of international investment law. *George Washington International Law Review*, 45, 413-442.
- Hatzistavrou, A. (2018). Plato's Legal Positivism in the Laws. *Jurisprudence An International Journal of Legal and Political Thought*, 9(2), 209-235.
- Knox, J. H. (2015). The United States, environmental agreements, and the political question doctrine. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 40, 933-976.
- Krisch, N. (2014). The decay of consent: international law in an age of global public goods. *American Journal of International Law*, 108, 1-40.
- Lovett, F. (2011). *Rawls's A Theory of Justice A Reader's Guide*. Nueva York: Continuum.
- Ostwald, M. (1977). Plato on law and nature. *Interpretations of Plato, Memmosyne Supplement* 50.
- Parry, J. (2013). What is the Grotian tradition in international law? *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 35, 299-377.
- Platón ([360 a.C.] 2007). *Republic* (J. Sachs, trad.). Indianápolis: Focus.
- Platón ([360-348/7 a.C.] 1988). *Laws* (T. Pangle, trad.). Chicago: Chicago University Press.
- Platón ([360-348/7 a.C.] 1991). *Las leyes* (J.M. Pabón y M. Fernández, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Platón. ([360 a.C.] 2012). *La república*. México: Porrúa.
- Rawls, J. (2015). *Teoría de la justicia* (M.D. González, trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Setear, J. (2005). Treaties, custom, iteration, and public choice. *Chicago Journal of International Law*, 5, 715-736.
- Stalley, R.F. (1983). *An Introduction to Plato's Laws*. Indianapolis: Hackett.
- Swaine, E. (2003). Unsigning. *Stanford Law Review*, 55, 2061-2089.

- Taylor, R. (2003). Rawls's defense of the priority of liberty: A Kantian reconstruction. *Philosophy & Public Affairs*, 31(3), 246-71.
- Téllez, A. (2008). *El problema de la efectividad del derecho internacional público*. Bogotá, D.C.: Javegraf Pontificia Universidad Javeriana.
- Téllez, A. (2018a). Interpretación del régimen de reservas en tratados internacionales y sesgos cognitivos – Nuevos enfoques. *Vniversitas*, 67(137), 1-35.
- Téllez, A. (2018b). Vivencia del derecho internacional público y aproximaciones para una conciliación hermenéutica de los Artículos 26 y 62 de la Convención de Viena de 1969. *Dikaion*, 27(2), 205-230.
- Verdier, P. & Voeten, E. (2014). Precedent, compliance, and change in customary international law: an explanatory theory. *American Journal of International Law*, 108, 389-434.
- Woozley, A. (1950/2010). Plato and the Need for Law. *The Philosophical Quarterly*, 60(239), 373-395.