

Estimadas/os investigadoras/es,

Lo que encontrarán a continuación son fragmentos de los dos primeros capítulos (luego de la introducción) de mi tesis doctoral. Mi idea es publicarlos como un único artículo largo, en inglés, en alguna revista de derecho internacional, aunque también es una posibilidad publicarlos como dos artículos separados – me encantaría conocer su opinión al respecto. En cualquier caso, el o los artículos se alejarían de la discusión central de la tesis, sobre la (in)existencia de un derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional, y se enfocarían en las discusiones de interpretación del derecho internacional. La idea es publicar el resto de la tesis como un libro, enfocado, sí, en la discusión sobre participación de la sociedad civil.

La versión completa de los dos capítulos es bastante más larga, pero recorté algunas secciones para que tuviera dimensiones apropiadas para el seminario. Espero que se entienda, pese a los recortes. Por supuesto, si a alguien le interesa leer el resto, no tiene más que pedírmelo.

Gracias de antemano por la lectura y por sus comentarios,

Nahuel (nmaisley@derecho.uba.ar).

CAPÍTULO 2: LOS PROBLEMAS DE LAS APROXIMACIONES CLÁSICAS A LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

En el capítulo anterior vimos que las y los juristas internacionales aún no se han puesto de acuerdo acerca de si existe o no un *derecho* de las organizaciones de la sociedad civil a participar en los procesos de creación de normas internacionales. Mientras que algunos niegan la existencia de cualquier prerrogativa¹, y que otros defienden un derecho en términos bastante abstractos², la posición mayoritaria habla de una “expectativa de participación”, aun no consolidada como un “derecho”³. La cuestión, en suma, parece estar “indeterminada”.

Como vimos, también, resolver esa indeterminación es importante para muchas personas. Este capítulo y el siguiente estudian los métodos de interpretación del derecho internacional, es decir, los procesos por los cuales personas como Zahara Heckscher -la paciente con cáncer que quería hacer oír su voz en las negociaciones del TPP- o Michael Froman -el representante de comercio de los Estados Unidos, a cargo de las negociaciones del TPP-, intentan resolver estas indeterminaciones del derecho internacional y comprender cuáles son los derechos que este les concede y las obligaciones que este les impone a quienes están involucrados en estos procesos.

La interpretación del derecho internacional, entonces, tal como la estudiaré en estos capítulos, tiene una serie de características que asumiré como supuestos en mi razonamiento. Primero, (i) asumiré la existencia de una “intérprete”, que es una persona, y no una institución - es decir, no es un Estado, una organización internacional (OI), o una organización no gubernamental (ONG), aunque sí puede ser, por ejemplo, un funcionario de un Estado, como en el caso de Froman, o una activista de una ONG, como Zahara⁴. Segundo, (ii) nuestra intérprete no es necesariamente una jueza, sino que puede

¹ Véase, por ejemplo, BOYLE & CHINKIN, 2007, p. 57; BROWNLIE, 2003, pp. 287–295; MALANCZUK, 1997, pp. 97, 100; NGUYEN QUOC, DAILLIER, & PELLET, 2002, p. 653; PRONTO, 2008, p. 65; RYNGAERT, 2010, p. 81; SHAW, 2003, p. 163; TULLY, 2007, p. 329.

² Véase, por ejemplo, NIJMAN, 2004, p. 469; NOWROT, 1999, p. 625; SZAZI, 2012, pp. 142–169; WILLETTS, 2000, p. 205, 2011, p. 163

³ Véase, por ejemplo, CHARNOVITZ, 2006, pp. 368–372; ILA, 2012; KLEINLEIN, 2011, p. 48; LINDBLOM, 2006, p. 526; PETERS, 2009, pp. 221–227; PETERS, FÖRSTER, & KOECHLIN, 2009, p. 545; REBASTI, 2008, p. 67; WOODWARD, 2010, pp. 40, 390

⁴ Esa posición especial que tengan puede implicar ciertas responsabilidades institucionales (por ejemplo, de defender del mejor modo posible los intereses de la institución que representan), y la teoría de la interpretación que desarrollaré aquí deberá ser combinada luego con esas consideraciones institucionales.

asumir, hipotéticamente, cualquier rol que la haga interesarse en la cuestión. Lo que voy a esbozar no es, entonces, una “teoría de la adjudicación”, sino simplemente una “teoría de la interpretación”. La teoría no incorpora aspectos institucionales respecto del rol específico de la intérprete, sino que es general, y debe ser en todo caso complementada por razones institucionales aplicables a cada sujeto específico. Tercero, (iii) el interés de nuestra intérprete en resolver la indeterminación no es puramente abstracto, sino que tiene fines prácticos. Aun cuando finalmente decida no cumplir con sus obligaciones, o no exigir el respeto de sus derechos, la intérprete quiere saber qué es lo que mandan las normas respecto de su caso particular, porque entiende que eso es al menos relevante para su decisión respecto de qué curso de acción tomar⁵. Si las y los activistas como Zahara entienden que tienen un derecho a participar, entonces podrán salir a la calle a demandarlo, o buscar algún tribunal al que apelar, o podrán adoptar las vías que consideren apropiadas para exigir que los funcionarios cumplan con él. Si los funcionarios como Froman entienden que no existe ese derecho, en tanto, considerarán si permitir o no la participación de las organizaciones, pero sin las ataduras propias de sentir que están obligados a ello. Lo mismo se aplica a jueces, asesores jurídicos, funcionarios de organizaciones internacionales, diplomáticos, y un largo etcétera de actores con roles en los cuales el derecho internacional es relevante. Finalmente, (iv) asumiré que nuestra intérprete busca identificar el significado del derecho de buena fe, es decir, que no pretende manipular las normas para que funcionen su favor⁶. Esto no quiere decir que deba ubicarse en una posición de neutralidad estéril, ni que su razonamiento no tenga sesgos propios de su posición: solo quiere decir que no manipulará conscientemente los

Pero no creo que esto afecte mi argumento, porque esas cuestiones institucionales no serán oponibles a los demás participantes de la práctica interpretativa, del mismo modo que las razones del tipo “pero esa es solo tu opinión” o “hago esto porque me conviene”. Esto se debe a que estas razones no adoptan una perspectiva interna, interpretativa, del derecho internacional. Para el desarrollo de esta idea, véase la introducción al capítulo 3. Véase también DWORKIN, 1986, p. 86.

⁵ Creo que la propuesta de Ronald Dworkin de imaginar que existe un tribunal internacional con jurisdicción para decidir cualquier caso que se le lleve y con la capacidad de imponer sanciones, para así delinear con precisión la pregunta por la interpretación del derecho internacional (DWORKIN, 2013, p. 14) cristaliza una presuposición como la que aquí sugiero que debemos hacer.

⁶ Alguien podría criticar este presupuesto afirmando que esto vuelve a mi teoría muy marginal, puesto que la mentira y la manipulación del derecho internacional es la práctica más común, y que los sujetos no tienen ningún incentivo para ni siquiera mostrarse honestos en su aproximación a él. Disiento con esta posición. Aunque reconozco que esto en muchas ocasiones ocurre, si el derecho tiene algún rol en guiar las conductas de los diversos sujetos, entonces una aproximación sincera a encontrar su contenido se vuelve indispensable. Véase el viejo adagio de HENKIN, 1979, p. 47 y, por ejemplo, CHAYES & CHAYES, 1995; FRANCK, 1990; GUZMAN, 2008; KINGSBURY, 1998; KOH, 1997.

hechos ni mentirá en cuanto a los valores que asume, y que intentará que sus razones sean universales, aceptables por aquellos con quienes sostiene la disputa interpretativa.

Con esas premisas como punto de partida, este primer capítulo relevará lo que llamaré “las aproximaciones tradicionales” a la pregunta de cómo resolver estas indeterminaciones del derecho internacional, es decir, aquellas que han prevalecido históricamente en la disciplina, y que aún hoy constituyen las respuestas predominantes en la materia. Lo que caracteriza a estas aproximaciones, según argumentaré, es que carecen de una teoría plausible que permita dar cuenta de la existencia de desacuerdos teóricos respecto del derecho. Todas ellas suponen, por el contrario, que cualquier desacuerdo respecto de la identificación o interpretación del derecho internacional es un desacuerdo puramente empírico, es decir, que se puede resolver completamente a través de la constatación de la existencia o inexistencia de ciertos hechos sociales. Por ejemplo, para saber si existe una costumbre internacional que otorgue un derecho de participación a la sociedad civil, bastará con constatar la práctica estatal permitiendo esta participación. Y para interpretar el artículo 25(a) del PIDCyP, será suficiente con comprobar en los diccionarios el significado convencional de la frase “asuntos públicos”, o con indagar en cuáles fueron las intenciones de aquellos que redactaron el tratado.

En este capítulo describiré estas aproximaciones e intentaré señalar sus problemas. Siguiendo a Ronald Dworkin, sostendré que las deficiencias de estas perspectivas -que él llama “del hecho evidente”⁷- se presentan en dos planos. En primer lugar, son problemáticas en un sentido *práctico*, porque son incapaces de efectivamente resolver las indeterminaciones del derecho internacional. Y, en segundo lugar, son defectuosas en un plano *teórico*, porque no pueden dar cuenta del tipo de desacuerdos que se presentan en el derecho internacional.

El capítulo estará dividido en dos secciones: una dedicada a la presentación y el análisis de las aproximaciones tradicionales, y otra presentando algunas conclusiones teóricas respecto de los problemas de estos enfoques. La primera sección, la más extensa, tendrá tres partes, correspondientes a las tres fuentes clásicas del derecho internacional, y a sus respectivas reglas de identificación e interpretación. La segunda, más breve, presentará las bases teóricas que, luego, en el segundo capítulo, utilizaré para identificar una teoría alternativa que resuelva los problemas de las perspectivas tradicionales.

⁷ DWORKIN, 1986, p. 7.

Antes de continuar, una aclaración metodológica. En la tradición de la filosofía del derecho, y (parcialmente, al menos) en la obra del propio Dworkin, esta “perspectiva del hecho evidente” ha sido típicamente asociada con la corriente conocida como “positivismo jurídico”. En esta sección, no obstante, discutiré menos con los grandes teóricos del “positivismo jurídico internacional” y más con posiciones presentes en la práctica cotidiana de la disciplina (a veces sí reconstruidas por teóricos), por dos motivos. Primero, porque las teorías positivistas que defienden posiciones como las de la perspectiva del hecho evidente han alcanzado un nivel de sofisticación mucho menor en derecho internacional que en derecho nacional, quizás por un histórico desinterés de la disciplina hacia la filosofía⁸ o quizás por las características propias del derecho internacional. Y segundo, porque la mayor parte de los teóricos de lo que se conoce como “positivismo jurídico internacional” no han defendido posiciones como las que describo en este capítulo, sino que se han acercado más a una mirada que sí reconoce el desacuerdo teórico, pero lo resuelve de un modo peculiarmente positivista⁹. Estas posiciones se acercan a lo que en derecho nacional se conoce como “positivismo normativo”¹⁰ – una corriente que sostiene que hay razones morales para no incluir consideraciones normativas en los procesos de interpretación del derecho. Estudiaré los argumentos de estos autores en el segundo capítulo de la tesis, junto con una tradición alternativa respecto de la interpretación del derecho internacional, que sí reconoce los desacuerdos normativos y presenta un método coherente para resolverlos.

I. LAS APROXIMACIONES CLÁSICAS Y LA PERSPECTIVA DEL HECHO EVIDENTE

En los sistemas jurídicos nacionales, las normas suelen ser producto de procedimientos legislativos, o en todo caso, de largas tradiciones jurisprudenciales. Las fuentes del derecho internacional, en cambio, “son una compleja maraña de ideas, compromisos y aspiraciones” CHARLESWORTH, 2012, p. 187 en las que las líneas de

⁸ Sobre esta falta de interés, véase, por ejemplo, CASSESE, 2011, p. 252.

⁹ Véase, por ejemplo, BECKETT, 2001, 2008, pp. 76–83; BESSON, 2010, p. 166; D’ASPREMONT, 2011, pp. 142–146; D’ASPREMONT & KAMMERHOFER, 2014, n. 2; KAMMERHOFER, 2014, p. 82; KINGSBURY, 2002, 2009b, pp. 27–31; SOMEK, 2010, pp. 993–995; VON BERNSTORFF, 2010, pp. 268–271; WEIL, 1983

¹⁰ Véase, por ejemplo, BESSON & MARTÍ, 2009, pp. 31–36; CAMPBELL, 1996; CELANO, 2013; MACCORMICK, 1985; MARTÍ, 2008; MURPHY, 2001, 2005; SCHAUER, 1996, 2005; WALDRON, 2001.

división entre lo legal y lo meramente hortatorio son mucho más difusas¹¹. Sin perjuicio de ello, el punto de partida habitual de las y los abogados internacionalistas suele ser el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹². Este artículo dispone que la Corte, “cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas”¹³, debe aplicar tres tipos de normas: “las convenciones internacionales”¹⁴, “la costumbre internacional”¹⁵, y “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”¹⁶. El artículo 38 no da ninguna indicación adicional respecto de la interpretación de estas fuentes, más allá de establecer que “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” sirven “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”¹⁷. Pero, fuera del artículo 38, el derecho internacional sí ha desarrollado ciertas reglas y estándares para identificar e interpretar estas fuentes, a cuyo estudio se abocará a continuación el capítulo. Empezaré por (1) las reglas de interpretación de tratados. Luego, analizaré (2) las reglas de identificación e interpretación de la costumbre. Y, finalmente, consideraré (3) las reglas concernientes a otras fuentes del derecho internacional.

1. LAS MIRADAS CLÁSICAS SOBRE LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS

Las pautas de interpretación de acuerdos internacionales están establecidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT)¹⁸. La regla general, incluida en el artículo 31, sostiene que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al

¹¹ Véase al respecto, por ejemplo, CHARLESWORTH, 2012; CHINKIN, 1989; FASTENRATH, 1993; GOLDMANN, 2010; KINGSBURY, 2009b; WEIL, 1983.

¹² Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38. Para un análisis pormenorizado, véase, por ejemplo, PELLET, 2012.

¹³ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.

¹⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.a.

¹⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.b.

¹⁶ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.c.

¹⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.d.

¹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), 1155 U.N.T.S. 1155 (1980) [de aquí en adelante, CVDT], artículos 31-32. Las reglas no son solo aplicables a las partes de la CVDT sino más generalmente, ya que son consideradas parte del derecho internacional consuetudinario: véase, por ejemplo, CIJ, *Territorial Dispute* (Libya v. Chad), 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3), párrafo 41; CIJ, *Oil Platforms* (Iran v. USA), 1996 I.C.J. 803 (Dec. 12), párrafo 23; CIJ, *Kasikili/Sedudu Island* (Botswana v. Namibia), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13), párrafo 18; CIJ, *LaGrand* (Germany v. USA), 2001 I.C.J. 501, (Jun. 27), párrafo 99; CIJ, *Legality of Use of Force* (Serbia-Montenegro v. Belgium) (Preliminary Objections) 2004 I.C.J. 318 (Dec. 15) párrafo 100.

sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”¹⁹. El mismo artículo explica el significado del término “contexto” y afirma que también deben tenerse en cuenta los acuerdos posteriores respecto de la interpretación del tratado, la práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación del tratado y cualquier otra regla de derecho internacional aplicable entre las partes. El artículo 32, en tanto, establece que cuando el método del artículo anterior deje el significado “ambiguo u oscuro”²⁰ o cuando este “conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”²¹, los intérpretes podrán referirse a “medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración”²². El propósito de la existencia de estas reglas, tal como están redactadas, parecería ser el de proveer a las y los intérpretes herramientas para lograr mayor precisión en la interpretación de los tratados.

No obstante, al elaborar estas reglas, en la década de 1960, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas aclaró que su propósito no fue establecer un método preciso, sino que “se limitó a tratar de aislar y codificar los comparativamente pocos principios generales que parecen constituir reglas generales de interpretación de los tratados”²³. En un párrafo memorable, la Comisión afirmó que:

“[Estos principios son], mayormente, principios de la lógica y el sentido común, valiosos solo como guía para asistir en la apreciación del significado que las partes parecen haberle querido asignar a las expresiones que se emplean en un documento. Su utilidad para el uso en un caso concreto depende de una variedad de consideraciones que deben ser apreciadas por el intérprete del documento; la disposición específica de las palabras y las oraciones, su relación entre sí y con otras partes del documento, la naturaleza general y el tema del documento, las circunstancias en que fue escrito, etcétera. Incluso cuando puede que parezca existir una posible ocasión para su aplicación, esta aplicación no es automática, sino que depende de la convicción del intérprete de que esta es apropiada en las circunstancias particulares del caso. En otras palabras, el recurso a muchos de estos principios es discrecional más que

¹⁹ CVDT, artículo 31.

²⁰ CVDT, artículo 32.a.

²¹ CVDT, artículo 32.b.

²² CVDT, artículo 32.

²³ Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, párrafo 5. La razón para esto era que “cualquier intento de codificar las condiciones de aplicación de estos principios de interpretación -cuya pertinencia en cualquier caso depende del contexto particular y de una apreciación subjetiva de circunstancias variables- sería claramente desaconsejable” (*id.*).

obligatorio, y la interpretación de documentos es de algún modo un arte, y no una ciencia exacta”²⁴.

La propia Comisión reconoció, entonces, algo que parece evidente a la luz de la yuxtaposición de métodos interpretativos incluida en la Convención: que, si bien las reglas de los artículos 31 y 32 deben ser el punto de partida de cualquier lectura de un tratado internacional, estas son insuficientes -por sí solas- para poder determinar unívocamente el contenido de una determinada norma. En cada caso, el intérprete deberá recurrir a otra serie de consideraciones -cuyo contenido no es explicado, sino más bien mistificado por la Comisión- para decidir qué reglas aplica y qué peso le da a cada una, considerando que pueden llevar a resultados contradictorios²⁵.

Históricamente, como es reconocido por la propia CDI²⁶, la literatura internacionalista se ha dividido en tres grandes escuelas respecto de este fin²⁷: primero, la escuela *textualista*; segundo, la escuela *intencionalista*; y tercero, la escuela *teleológica*²⁸. En la próxima sección (1.1) estudiaré la posición de cada una de estas

²⁴ Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, párrafo 4.

²⁵ Véase, por ejemplo, AUST, 2007, p. 185; GARDINER, 2008, pp. 165–176; HOLLIS, 2015, pp. 78, 81; LETSAS, 2007, p. 71; LINDERFALK, 2010, p. 3; VAN DAMME, 2009, p. 213.

²⁶ Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, párrafo 2.

²⁷ La versión más clásica de esta clasificación fue sugerida por Sir Gerald Fitzmaurice, quien fue -además de un académico reconocido- relator de la CDI en materia de interpretación de tratados (véase G. FITZMAURICE, 1951, p. 42). De todos modos, la clasificación se ha vuelto tan central para la disciplina que hasta ha sido aceptada por jueces de la Corte Internacional de Justicia. Véase Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989* (Guinea-Bissau c. Senegal), 1991 I.C.J. 53 (12 de noviembre), Opinión Disidente del Juez Weeramantry, pp. 140-142. Véase también BJORGE, 2014, p. 87; JACOBS, 1969, pp. 318–319; LETSAS, 2007, pp. 58–79; MORSE, 1960, p. 39; VILLIGER, 2009, pp. 421–422.

²⁸ Es importante notar que, además de las tres teorías mencionadas, hay un importante sector de la literatura que defiende lo que podría ser visto como una cuarta opción, que sostiene la indeterminación radical del derecho internacional, y la naturaleza inherentemente política de toda interpretación del derecho (véase, clásica y centralmente, KOSKENNIEMI, 2005, p. 591; véase también HERNÁNDEZ, 2014, pp. 346–348; KENNEDY, 1985, p. 251 y la descripción de D’ASPREMONT, 2011, pp. 90–95). Por lo tanto, estos autores han denunciado el carácter ideológico de las reglas de la CVDT, como elementos que pretende despolitizar algo que es inherentemente político. La discusión de estas teorías excede largamente el objeto y las posibilidades de esta tesis. No obstante, como lo ha reconocido el propio Ronald Dworkin, “tenemos mucho para aprender del ejercicio crítico que proponen estos autores”, pero deberíamos “ser precavidos respecto de aquellos en este movimiento que quieren mostrar al derecho en su peor y no en su mejor luz, para mostrar como cerradas opciones que en realidad están abiertas, yendo así en la dirección de una nueva mistificación que está al servicio de objetivos políticos no explicitados” (DWORKIN, 1986, p. 275). En particular, como sostiene Jean D’Aspremont, las ideas presentadas por estos autores respecto de la indeterminación del derecho ponen a los abogados internacionalistas frente a una opción: “Esta opción puede ser presentada del siguiente modo. Una posibilidad que tienen los abogados (internacionalistas) es elegir vivir en la indeterminación total -esa es la opción a veces llamada relativista y nihilista- y rechazar cualquier racionalidad, porque esta sería necesariamente ilusoria. Otra posibilidad es que enfrenten la indeterminación e intenten desambiguar las normas jurídicas. (...) [No obstante], optar por la

clásicas escuelas -y de sus versiones más recientes²⁹-, y sugeriré que ninguna de ellas ha sido -hasta el momento, al menos- capaz de presentar un mecanismo unívoco y coherente con las reglas de la CVDT para la interpretación de los tratados. A continuación, (1.2) argumentaré que la situación resultante es una yuxtaposición de herramientas sin un marco conceptual unificador, es decir, un punto de llegada muy similar al de partida. Quedará para el capítulo siguiente la propuesta de un método que resuelva estos inconvenientes.

1.1. Las escuelas clásicas de interpretación de tratados

1.1.1. La escuela *textualista*

[*Recortado*: En esta sección, sostengo centralmente que el textualismo no puede superar lo que Dworkin llamó el “aguijón semántico”³⁰. Si fuera cierto que existe un único significado corriente de las palabras de un texto jurídico, entonces o bien (i) todos los abogados estarían de acuerdo en la interpretación de esas palabras -lo que evidentemente no ocurre-, o bien (ii) todos los desacuerdos estarían basados en “la idiotez de que la gente piense que está en desacuerdo porque le asigna diferentes significados al mismo sonido”³¹.]

1.1.2. La escuela *intencionalista*

[*Recortado*: En esta sección, sostengo que las intenciones son insuficientes en sí mismas para proveer una respuesta apropiada a problemas interpretativos, por ejemplo,

desambiguación no implicará, en sí, despolitizar la posición resultante. Si los juristas internacionalistas eligen trabajar para la desambiguación del derecho, estarán frente a una nueva opción política. En efecto, cada modo de desambiguación se reducirá a una decisión política, porque hay intereses políticos asociados con cada modo de desambiguación, especialmente cuando no existe una autoridad que pueda resolver decisivamente el asunto a fines prácticos” (D’ASPREMONT, 2011, pp. 142–143). La teoría antipositivista de interpretación del derecho internacional que defiende en este trabajo no tiene problemas con esta última versión del argumento de la escuela crítica, que se puede asociar con el neoformalismo de D’Aspremont (D’ASPREMONT, 2011, pp. 145–146), pero también con la obra del propio Martti Koskenniemi (véase la “cultura del formalismo” en KOSKENNIEMI, 2002, pp. 502–509), dado que ambas admiten que la única forma de desambiguar el derecho es a través de una interpretación que incluya consideraciones morales y políticas.

²⁹ Véase, por ejemplo, BJORGE, 2014; ÇALI, 2009; D’ASPREMONT, 2011; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, 2007; M. FITZMAURICE, ELIAS, & MERKOURIS, 2010; HERNÁNDEZ, 2014; KOLB, 2006; LETSAS, 2007; LINDERFALK, 2010; MERRILLS, 1969; VAN DAMME, 2009; VENZKE, 2012; WAIBEL, 2011.

³⁰ DWORKIN, 1986, p. 45.

³¹ DWORKIN, 1986, p. 45. Richard Falk presenta un argumento muy similar, aunque un poco menos desarrollado, contra el textualismo. Sostiene Falk: “La propia existencia de una disputa presupone interpretaciones rivales de un texto, y a menos que uno asuma mala fe o estupidez de un lado, hay dudas genuinas acerca del significado del texto. Es engañoso suponer que quien tiene que tomar decisiones puede interpretar claramente un acuerdo internacional poniendo el énfasis primario en el lenguaje textual, dada la controversia entre las partes. Esa suposición exagera o bien la autonomía del lenguaje o la autoridad de los intérpretes, o ambas” (FALK, 1968, p. 346).

porque existen varios niveles simultáneos de intención en el proceso de creación de una norma jurídica.]

1.1.3. La escuela *teleológica*

[*Recortado*: en esta sección discuto con la Escuela de New Haven y sus teorías de interpretación del derecho internacional].

1.2. Conclusión: las escuelas clásicas de interpretación de tratados frente al desacuerdo

El balance final, luego de esta exploración de las aproximaciones clásicas a las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es bastante agríndice. Es cierto que los artículos 31 y 32 de la Convención proveen a los operadores jurídicos una serie de estándares extremadamente útiles para determinar el contenido de una cláusula de un tratado. La CVDT recoge, con acierto, algunos principios que han sido centrales en la práctica de la disciplina durante años, y clarifica que ellos son los que deben ser utilizados para resolver disputas interpretativas respecto de un cierto texto. Pero lo que la Convención no hace -por voluntad expresa de sus redactores- es proveer una forma de resolver qué hacer cuando distintos métodos apunten a distintas soluciones; es decir, cuando la yuxtaposición de herramientas deja de ser una ventaja y pasa a ser un problema. La CDI fue explícita, en la década de 1960, en este sentido: según la Comisión, “la aplicación de los métodos de interpretación del tratado sería una única operación combinada. Todos los elementos, del modo en que estuvieran presentes en cada caso, deberían ser arrojados a un *crisol*, y su interacción daría la interpretación jurídicamente relevante”³².

Lo que este “crisol” refleja, palabras más, palabras menos, es un alto grado de discreción de los operadores jurídicos a cargo de la interpretación del derecho, quienes ponderarán los distintos métodos interpretativos yuxtapuestos en la CVDT del modo que crean conveniente en el caso, sin demasiada guía por parte del derecho internacional. El problema, por supuesto, es que esto no conduce a resolver las indeterminaciones: si se siguiera esta línea de acción, Zahara Heckscher y las ONGs apelarán a un tipo de argumentos, basados en un método interpretativo, y Michael Froman y los funcionarios estatales apelarán a otro tipo de argumentos, basados en otro método, generando una

³² Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274, párrafo 8, énfasis añadido por mí.

especie de diálogo de sordos en el que el derecho internacional no tendría, en los hechos, ninguna utilidad, dado que no existiría acuerdo en cuánto a qué es lo que establece.

Lo que intenté señalar en este apartado no es que este “problema del crisol”, por llamarlo de algún modo, sea irresoluble, sino que las aproximaciones clásicas a la interpretación de los tratados internacionales (es decir, las tres escuelas) no han sido exitosas en resolverlo – o que, en todo caso, lo resuelven de modo arbitrario. En el capítulo siguiente identificaré una aproximación alternativa a la interpretación de los tratados internacionales que -creo- les puede dar a Zahara y a Froman bases más sólidas para resolver sus desacuerdos interpretativos. Pero antes de llegar a eso, veamos si este tipo de problemas se presentan también en relación a la segunda fuente del derecho internacional: la costumbre.

2. LAS REGLAS DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

[*Recortado*: en esta sección discuto los mecanismos de interpretación de la costumbre internacional utilizados por la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional, y concluyo que adolecen de problemas similares que los utilizados para la interpretación de tratados].

3. ¿REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE OTRAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL?

[*Recortado*].

II. CONCLUSIÓN: LOS PROBLEMAS (O EL PROBLEMA) DE LAS APROXIMACIONES CLÁSICAS

En las secciones precedentes intenté mostrar cómo la “perspectiva del hecho evidente” adoptada por cada una de las aproximaciones clásicas a la interpretación del derecho internacional genera problemas *prácticos*, es decir, deficiencias en la resolución de la indeterminación de las normas, y problemas *teóricos*, dificultades para capturar el punto de desacuerdo de muchas disputas interpretativas. En esta sección pretendo “tirar de los hilos” de estos problemas, y sugerir que ambos tipos de deficiencias están conectados por un inconveniente que afecta de raíz a este tipo de miradas respecto de la interpretación del derecho.

El problema es que estas aproximaciones pretenden derivar una conclusión prescriptiva (“los sujetos del derecho internacional deben hacer X”) a partir de premisas

exclusivamente descriptivas (por ejemplo, “los Estados han realizado de forma constante y generalizada la práctica X”, o “existe una convención social que le adscribe al término ‘asuntos públicos’ un sentido X”, o “la intención de los redactores de este tratado fue que los sujetos hicieran X”)³³. Hans Kelsen, siguiendo a David Hume, explicó hace cincuenta años que “de la circunstancia de que algo *es* no se puede seguir que algo *debe ser*; y de que algo *debe ser*, no se puede derivar que algo *es*. La razón para la validez de una norma”, entonces, concluyó Kelsen, “solamente puede ser la validez de otra norma”³⁴. Esa otra norma, en el razonamiento de Kelsen, es una norma “superior”, que autoriza la creación de la norma “inferior” cuya validez estaba en juego. Pero entonces deberá haber otra norma, aún más superior, que determine la validez de aquella que autoriza la creación de la inferior. Y así sucesivamente³⁵.

³³ Alguien podría responder a este argumento sosteniendo que una teoría de la interpretación del derecho no pretende enunciar juicios prescriptivos (del tipo “los sujetos deben hacer X”), sino que se contenta con enunciar juicios descriptivos (“el derecho sostiene X”) que eventualmente los propios sujetos deberán complementar con juicios morales (“corresponde cumplir con el derecho en tal o cual situación”) con los que decidan si efectivamente cumplir con el derecho o no (véase la reconstrucción de un argumento de este tipo, atribuido a Genaro Carrió, aunque en otro contexto, en NINO, 1985, p. 209). El principal problema de esta objeción es que este uso o concepto descriptivo de derecho no refleja fielmente los usos lingüísticos corrientes de abogados, jueces y otros operadores jurídicos. Cuando estas personas argumentan jurídicamente no lo hacen presuponiendo que el derecho no genera razón alguna para la acción, sino más bien todo lo contrario. La perspectiva interna del participante del sistema jurídico, que debe adoptar toda teoría de la interpretación, es entonces incompatible con estas miradas descriptivas, que son más propias de una perspectiva externa, de un observador del sistema jurídico (sobre este punto, véase la primera parte del próximo capítulo). “Solamente un concepto normativo de derecho”, como el que se adopta en el uso jurídico corriente, dice Carlos Nino, “permite explicar por qué, cuando se inquiere por la justificación de una decisión, el aludir a lo que el derecho estipula es generalmente aceptado como una respuesta suficiente, aunque pueda ser controvertible. Si, en cambio, tales proposiciones presupusieran un concepto descriptivo de derecho, ellas no expresarían nunca razones operativas para una decisión sino razones auxiliares, que tendrían que suplementarse con razones adicionales, de carácter operativo, para justificar un curso de acción. Sin embargo, cuando un juez dice, por ejemplo, ‘el derecho dispone tal cosa, por lo tanto, debo decidir concordantemente’, su razonamiento no es considerado generalmente entimemático (por descansar en una premisa oculta como el principio moral de que se debe hacer lo que el derecho dispone) ni es descalificado por incurrir en un *non sequitur*. Esto implica que la fuerza normativa que se transmite a la conclusión yace en la misma premisa que dice que el derecho dispone tal cosa (lo que requiere un concepto normativo de derecho)” (NINO, 1985, pp. 166–167). Para una respuesta más extensa a esta objeción, véase NINO, 1985, pp. 165–170. Véase también NINO, 1996, p. 27.

³⁴ KELSEN, 1967, p. 193. George Letsas explica, aplicando este razonamiento al derecho internacional, que George Letsas, “si nuestra pregunta es por qué un cierto hecho es relevante (por ejemplo, el texto del preámbulo), y respondemos citando otro hecho (por ejemplo, que está incluido en el tratado), entonces habrá una nueva pregunta acerca de qué es lo que hace que ese nuevo hecho sea relevante” (LETSAS, 2010, p. 534).

³⁵ Véase KELSEN, 1967, pp. 193–195, y la explicación en MARMOR, 2016. Para una aplicación de estas ideas al derecho internacional, con conclusiones similares a las que aquí derivó, véase LETSAS, 2010, p. 534.

Para evitar la regresión al infinito, es indispensable encontrar una prescripción no jurídica que le otorgue validez, en algún punto de la cadena, a una norma jurídica³⁶. Para Kelsen, esta prescripción no jurídica es su famosa *Grundnorm*, una norma básica que autoriza a las normas inferiores, pero que no es autorizada por otras normas; su validez, a diferencia del resto, no se deriva, sino que se presupone³⁷. Esta presuposición, entonces, es “normativa”, es decir, presenta una premisa estructurada en torno a un *deber ser* (“debemos presuponer que las normas son válidas”), y no a un *ser* (“las normas son válidas”). La *Grundnorm* de Kelsen no es la única forma de evitar la regresión infinita, sino que es solamente una entre tantas³⁸. En cualquier caso, lo que todas las formulaciones tienen en común, inevitablemente -por la lógica que Kelsen deriva de Hume-, es una estructura normativa, un juicio de valor contenido en ellas, una proposición relacionada con el *deber ser*³⁹.

Volvamos a las aproximaciones tradicionales a la interpretación del derecho internacional. Si el razonamiento de los párrafos precedentes tiene sentido, entonces el desacuerdo interpretativo respecto de una cierta norma de derecho internacional puede, como sugieren las aproximaciones tradicionales, estar ubicado efectivamente en la parte inferior de la cadena de competencia, y ser de tipo empírico⁴⁰. No es implausible que dos intérpretes acuerden en los materiales jurídicos relevantes, y que su desacuerdo esté

³⁶ “Dado que la constitución no le puede adscribir validez a otras normas si no es ella misma válida, y dado que no se puede adscribir validez a sí misma, la constitución no puede por sí misma darles validez a otras normas. Es entonces necesario recurrir a consideraciones externas a la práctica constitucional para justificar el carácter obligatorio de las reglas jurídicas” (NINO, 1996, p. 27).

³⁷ Véase KELSEN, 1967, pp. 193–195.

³⁸ Puede decirse que las teorías políticas predominantes hoy, por ejemplo, sostienen que -muy a grandes rasgos- es la legitimidad democrática la que le otorga validez a las normas. Véase, muy generalmente, por ejemplo, GARGARELLA, 1998; HABERMAS, 1996; MARTÍ, 2006; NINO, 1996. Para una versión sucinta del argumento, véase NINO, 1985, pp. 94–97.

³⁹ “Es inevitable”, entonces, como dice Nino, “recurrir a principios valorativos para determinar qué materiales jurídicos son relevantes para justificar una acción o decisión, de modo que el discurso jurídico queda inmerso en un discurso justificativo más amplio” (NINO, 2014, p. 87). Nada distingue al derecho internacional en este aspecto. George Letsas explica que “cuáles son los hechos relevantes para la interpretación de un tratado debe depender en última instancia de alguna proposición normativa sobre razones o valores morales. La interpretación, en este sentido, es inherentemente un ejercicio que busca establecer la verdad de alguna proposición normativa y solo en forma derivada un ejercicio de descubrir significados o intenciones (es decir, derivada de la verdad de alguna proposición normativa a ese fin). La interpretación es intrínsecamente evaluative” (LETSAS, 2010, pp. 534–535).

⁴⁰ Dworkin llama a los argumentos y afirmaciones de esta parte inferior de la cadena “proposiciones de derecho”, y las define como aquellas que las personas realizan “sobre aquello que el derecho les permite o les niega tener” (DWORKIN, 1986, p. 4). Según Dworkin, los desacuerdos en este nivel presuponen un acuerdo en lo que él llama “fundamentos del derecho”, es decir, las proposiciones que se encuentran más arriba en la cadena o pirámide normativa kelseniana. Véase DWORKIN, 1986, pp. 4–5 y la explicación en SHAPIRO, 2007, pp. 35–37. Para una aplicación al derecho internacional, véase TESÓN, 1990, p. 87.

basado en meras cuestiones de prueba respecto de los hechos existentes. Hasta allí, ningún problema. Pero lo más probable -sobre todo en los casos más debatidos, como el que es objeto de estudio de esta tesis- es que la disputa en realidad refleje un desacuerdo más profundo, ubicado en un punto superior de la cadena de competencia, de tipo normativo⁴¹. Este desacuerdo puede tener que ver directamente con el valor jurídico de una determinada fuente (es decir, si algo es o no es derecho)⁴², o -más habitualmente- con el efecto que una determinada fuente tiene sobre el contenido de la obligación (es decir, qué es exactamente lo que la fuente manda a hacer)⁴³, como consecuencia de la existencia de lagunas (que el sistema jurídico no ofrezca soluciones a un determinado caso⁴⁴), contradicciones (que la solución prevista por una norma sea incompatible con la que dispone otra para el mismo caso⁴⁵), indeterminaciones semánticas (como la vaguedad o la ambigüedad de las palabras⁴⁶), indeterminaciones sintácticas (ambigüedad de las oraciones⁴⁷), o indeterminaciones pragmáticas (vacilaciones acerca de si los términos en cuestión preguntan, o prescriben, o sugieren, o prometen, etc.⁴⁸). Entonces, aun cuando exista acuerdo acerca de la evidencia empírica (por ejemplo, sobre las instancias de práctica y las declaraciones de los Estados al respecto, o sobre las intenciones de los firmantes de un tratado), pueden persistir las dudas sobre los efectos que esa evidencia tiene sobre la obligación jurídica. En todos estos casos, en los que la mera observación de las reglas no provee respuestas claras, los intérpretes deben hacer un ejercicio de

⁴¹ Dworkin llama a estos argumentos “proposiciones acerca de los fundamentos del derecho”, y explica que son aquellas que permiten entender por qué las proposiciones de derecho son verdaderas o falsas. “La proposición de que nadie puede manejar a más de 55 millas por hora en California es verdadera, según muchos, porque una mayoría de los legisladores estatales levantaron sus manos cuando un texto a ese efecto fue sometido a su votación” (DWORKIN, 1986, p. 4).

⁴² Véase SMITH, 2010, p. 641. Por ejemplo, si una resolución del Consejo de Seguridad se adoptó bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, si un determinado intercambio de notas constituye o no un tratado internacional, o si una determinada norma tiene carácter *jus cogens* o no.

⁴³ Véase SMITH, 2010, p. 641.

⁴⁴ Véase NINO, 2014, p. 98.

⁴⁵ Véase NINO, 2014, p. 99.

⁴⁶ Véase NINO, 2014, pp. 95–96 (describiendo la vaguedad “por gradiente”, “combinatoria”, y “por textura abierta”), y NINO, 2014, p. 96 (definiendo la ambigüedad como la situación en la cual una palabra tiene más de un significado).

⁴⁷ Véase NINO, 2014, p. 96 (las oraciones “pueden expresar más de una proposición no sólo cuando alguna de sus oraciones es ambigua, sino también cuando las conexiones sintácticas permiten varias interpretaciones”).

⁴⁸ Véase NINO, 2014, p. 96 (“[e]l aspecto pragmático del lenguaje descansa no en el significado de las oraciones, que constituye su dimensión locucionaria, sino en lo que se hace con la oración en cuestión; o sea, si se afirma, se pregunta, se prescribe, se sugiere, se promete, etc.”).

identificación del derecho vigente que es similar al (o que es, en sí mismo, una instancia del) ejercicio de identificación del derecho en una instancia superior de la cadena de competencias⁴⁹. En otras palabras, deberán realizar un juicio valorativo, que les permita resolver la indeterminación en cuestión.

La omnipresencia de este tipo de indeterminaciones en derecho internacional⁵⁰ es lo que explica tanto los problemas teóricos como los problemas prácticos de las aproximaciones tradicionales. Al adoptar la perspectiva del hecho evidente, estas teorías no logran capturar el verdadero punto de desacuerdo entre los intérpretes (que suele combinar factores empíricos y factores normativos), lo que les impide -lógicamente- proveerles una base sólida para resolver su controversia respecto de la norma en cuestión. El derecho internacional se convierte así en una especie de diálogo de sordos, donde no hay un verdadero intercambio de razones. Ese es el problema de las teorías clásicas respecto de la interpretación de tratados -con las disputas sobre el “sentido corriente” de un término, o las controversias sobre las intenciones de las partes- y ese es, también, el problema de la aproximación clásica a la costumbre internacional -con la CIJ insistiendo en que decide en función de la práctica y la *opinio juris*, sin hacer nunca el estudio de los elementos que ella misma pregona como indispensable-. En muy pocos casos las disputas son verdaderamente sobre esos puntos, aunque simulen serlo.

Estas aproximaciones llevan, entonces, a las y los intérpretes, a discutir sobre problemas normativos sin poder invocar abiertamente razones normativas. El problema, como sugiere Carlos Nino en relación a la dogmática jurídica, “no es que recurran a consideraciones valorativas, sino que lo hagan generalmente de forma encubierta”⁵¹. Además de las dificultades prácticas que esto conlleva (porque la teoría es incapaz de asistir en resolver la disputa), existe un peligro adicional: lo que este ocultamiento implica

⁴⁹ “[S]in recurrir a principios valorativos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua, o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga. Los diferentes criterios de interpretación a que se suele aludir para resolver estos problemas sufren, ellos mismos, de indeterminaciones y, dadas sus propias inconsistencias, (...) no pueden ser aplicados sin una previa opción valorativa” (NINO, 2014, p. 97). Véase también, sobre el mismo punto, NINO, 2014, p. 100.

⁵⁰ “Las disputas más interesantes, no obstante, son teóricas, relacionadas con los fundamentos reales de los principios jurídicos internacionales. La búsqueda de bases apropiadas para las proposiciones jurídicas internacionales es la búsqueda de principios sustantivos apropiados de justicia internacional. Cada pieza de la historia debe ser interpretada, y para ello el intérprete debe apoyarse en un principio de segundo orden. Se sigue que el positivismo, la posición de que el derecho internacional puede ser identificado examinando únicamente ciertos hechos que han ocurrido en el pasado, o, como la llama Dworkin, la ‘aproximación del hecho evidente’ debe ser muy seriamente puesta en cuestión” (TESÓN, 1990, p. 87).

⁵¹ NINO, 2014, p. 107.

es “que las valoraciones en que incurre la teoría jurídica para interpretar el derecho no están sometidas al control de la discusión crítica”⁵².

Nuestra intérprete necesita, entonces, una teoría de la interpretación que logre dar cuenta de los desacuerdos normativos, y que plantee pautas que estructuren el intercambio de razones en torno a estos desacuerdos (y no los oculten debajo de la alfombra de las disputas empíricas). El próximo capítulo estará dedicado a tratar de esbozar una teoría de ese tipo.

⁵² NINO, 2014, p. 107.

CAPÍTULO 3: UNA MIRADA ALTERNATIVA: EL DERECHO INTERNACIONAL COMO ARGUMENTACIÓN CONSTRUCTIVA

En el capítulo anterior describí las “aproximaciones tradicionales” a la interpretación del derecho internacional. El problema de estas aproximaciones, sostuve, es que todas ellas se aferran a lo que Ronald Dworkin llamó la “perspectiva del hecho evidente”⁵³, es decir, la idea de que todos los desacuerdos sobre el derecho son desacuerdos empíricos, que pueden ser resueltos por exclusiva referencia a hechos sociales. En el caso de la interpretación de los tratados, estas teorías ponen el foco o bien en el “sentido corriente” de las palabras incluidas en el texto⁵⁴, o bien en las intenciones de los redactores del acuerdo⁵⁵. La interpretación correcta, según estas aproximaciones, sería la que estuviera apoyada por la evidencia empírica más contundente respecto de ese hecho actual (la convención en el uso de las palabras) o histórico (la intención compartida por los redactores). En el caso de la costumbre, en tanto, la interpretación correcta sería aquella que trajera más pruebas empíricas respecto de la existencia o inexistencia de práctica y *opinio juris* de los Estados⁵⁶. En ambos casos, la aproximación es inductiva, y no debe estar acompañada de ningún soporte teórico, sino que debe limitarse, plenamente, a lo que los hechos indican⁵⁷.

El capítulo anterior estuvo dedicado a identificar dos grandes problemas de estas aproximaciones. Por un lado, señalé que, en términos *prácticos*, son deficientes porque

⁵³ DWORKIN, 1986, pp. 6–11.

⁵⁴ Véase, en general, AUST, 2007, pp. 231–232; BROWNLIE, 2008, p. 630; DÖRR, 2012, pp. 522–523; JONAS & SAUNDERS, 2010, p. 578; O’CONNELL, 1970, p. 253; ORAKHELASHVILI, 2008, pp. 301–392; SOREL & BORÉ EVENO, 2011, p. 804.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, entre autores contemporáneos, BJORGE, 2014, 2015; BOS, 1980, pp. 145–152; M. FITZMAURICE ET AL., 2010, p. 745; LOWE, 2007, p. 117. Para una lista de autores clásicos defendiendo esta posición, véase JACOBS, 1969, n. 4

⁵⁶ Para una exposición de la doctrina clásica, véase, por ejemplo, SENDER & WOOD, 2017 y los informes del Relator Especial Sir Michael Wood ante la CDI: Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/663 (17 de mayo de 2013); Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014); Comisión de Derecho Internacional, *Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/682 (27 de marzo de 2015); Comisión de Derecho Internacional, *Cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, Relator Especial*, U.N. Doc. A/CN.4/695 (8 de marzo de 2016).

⁵⁷ Para una exposición clásica de la aproximación “inductiva” al derecho internacional, véase SCHWARZENBERGER, 1947. Sobre el método inductivo en la identificación de la costumbre internacional, véase TALMON, 2015.

no logran resolver el desacuerdo existente entre los intérpretes. Por ejemplo, en el caso de quien intenta interpretar un tratado basándose en las intenciones de sus redactores, nada indica si debe hacer primar las intenciones de propósitos, más abstractas, o las intenciones de detalle, más concretas⁵⁸. O en el caso de quien intenta interpretar un acuerdo en función del sentido corriente, nada indica qué hacer en caso de la inexistencia de una convención social dominante en la materia (por ejemplo, si hay varias definiciones, todas ellas posibles, de un término)⁵⁹. En el caso de la costumbre, en tanto, sugerí que el método empírico, de tipo inductivo, sostenido por la teoría tradicional, es deficiente porque es incapaz de resolver las indeterminaciones que más urgentemente debería resolver: aquellas en las que existen dudas de si la práctica y la conciencia de obligatoriedad de los Estados son suficientes para constituir una norma consuetudinaria⁶⁰. Lo que ocurre entonces es que los tribunales y la Comisión de Derecho Internacional defienden esta aproximación inductiva en abstracto, pero no la utilizan en la práctica⁶¹.

Por otro lado, en términos *teóricos*, las aproximaciones tradicionales son deficientes porque no capturan adecuadamente el tipo de desacuerdos que se plantean en la interpretación del derecho internacional. Quien discute acerca de la emergencia de una costumbre internacional discute, es cierto, en parte, sobre la cantidad de práctica y *opinio juris* existente en una determinada situación. Pero también discute acerca de la cantidad y la forma de práctica y *opinio juris* que son necesarias para la emergencia de una norma consuetudinaria en un contexto determinado, una pregunta que ya no tiene que ver con la aplicación del derecho, sino con los propios fundamentos del derecho. Lo mismo ocurre con la interpretación de un tratado. Quien duda si interpretar una cierta cláusula en un sentido restringido, ciñéndose, por ejemplo, a lo que fueron las intenciones de sus redactores cincuenta años atrás, o si leerla a la luz de un sistema jurídico internacional en constante evolución, y con un propósito que excede lo que los redactores particulares pudieron considerar en un determinado momento histórico, se está haciendo una pregunta

⁵⁸ Véase, al respecto, por ejemplo, NINO, 2014, p. 93; LETSAS, 2007, pp. 69–72; DWORKIN, 1986, pp. 55–57.

⁵⁹ Véase DWORKIN, 1986, pp. 45–53.

⁶⁰ Véase, desde diversas perspectivas, por ejemplo, BODANSKY, 2014; CHOI & GULATI, 2016; FIDLER, 1996; GEIGER, 2011; KELLY, 2000; KIRGIS, 1987; LEPARD, 2012; MAISLEY & LOSADA REVOL, 2016; TALMON, 2015; TASIOLAS, 1996, 2009; TRACHTMAN, 2016; WOLFKE, 1993.

⁶¹ Véase, por ejemplo, ALVAREZ-JIMÉNEZ, 2011; BODANSKY, 2014; BOYLE & CHINKIN, 2007, pp. 278–285; COHEN, 2015; GEIGER, 2011; LEPARD, 2012; TALMON, 2015.

que no es empírica, sino que es normativa, que tiene que ver con los fundamentos del derecho internacional como un todo.

En este capítulo intentaré argumentar que cualquier teoría de la interpretación del derecho internacional que pretenda superar estas dos deficiencias debe tener como punto de partida la constatación de que las disputas interpretativas reflejan, muchas veces, desacuerdos normativos -y no meramente empíricos- entre los participantes de la disciplina. El derecho internacional es, entonces, una “práctica argumentativa”⁶² en la que los distintos participantes intercambian, además de datos empíricos, *razones*, tratando de convencerse mutuamente de que su visión particular del sistema jurídico internacional, y de los derechos y obligaciones que este impone, es la correcta⁶³.

Esta idea no es novedosa, en absoluto, en derecho internacional⁶⁴. La formulación más difundida de la tesis de que el derecho internacional es, en esencia, una práctica argumentativa es quizás atribuible a Martti Koskenniemi, principal exponente de la escuela crítica del derecho internacional⁶⁵. Para Koskenniemi, esta práctica argumentativa consiste en “persuadir a diferentes audiencias (...) de la corrección jurídica

⁶² “La práctica jurídica, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales”, explica Ronald Dworkin, “es *argumentativa*. Todo actor en la práctica entiende que lo que esta permite o requiere depende de la verdad de ciertas proposiciones que tienen sentido solo gracias a y en los confines de la práctica; la práctica consiste en gran parte en presentar y argumentar respecto de estas proposiciones” (DWORKIN, 1986, p. 13).

⁶³ La única forma de resolver este tipo de desacuerdos a través de la argumentación es apelando a lo que Patrick Capps llama “un punto de vista no arbitrario”, es decir que el significado de la práctica colectiva debe ser concebido en términos de “objetivos que sean prácticamente razonables, más que estar basados en nuestras creencias variadas y subjetivas sobre qué es importante o significativo acerca de dicha actividad” (CAPPS, 2009, p. 5). En otras palabras, los participantes deben apelar a lo que John Rawls llamó, famosamente, “razones públicas” (véase generalmente, RAWLS, 1993).

⁶⁴ Véase, por ejemplo, D’ASPREMONT, 2015; KOSKENNIEMI, 2005, 2007; VENZKE, 2012, 2017.

⁶⁵ Las primeras frases de la entrada sobre “metodología del derecho internacional” en la Enciclopedia Max Planck, redactada por Koskenniemi, son las siguientes: “El derecho internacional es una práctica argumentativa. Se trata de persuadir a las audiencias identificadas, tales como cortes, colegas, políticos, y diversos lectores de los textos jurídicos acerca de la corrección -legalidad, legitimidad, justicia, permisibilidad, validez, etcétera- de la posición que uno defiende. Lo que pasa como método, en otras palabras, tiene que ver con lo que cuenta como argumentos persuasivos en derecho internacional. Clave para esta persuasión es que el argumento sea reconocible como un buen argumento y no, por ejemplo, un punto moral importante, una posición política plausible, o una descripción sociológica convincente de algo. Cualquiera puede, por supuesto, operar el código binario de legalidad/ilegalidad que constituye la sustancia de los argumentos jurídicos internacionales. Pero es el consenso en la profesión -la comunidad invisible de abogados internacionalistas- el que determina, en todo momento, si un argumento en particular es o no es persuasivo. Esto no quiere decir que sería imposible delinear los criterios por los cuales las audiencias profesionales típicamente reconocen argumentos como legalmente persuasivos. La metodología del derecho internacional es mejor vista como refiriéndose a criterios que los argumentos jurídicos deben cumplir típicamente en distintos contextos -incluido el académico- para parecer plausibles. Estos criterios pueden ser agrupados en dos: normatividad y concreción. Un argumento persuasivo es uno que parece tanto normativo como concreto, en el sentido a ser explicado” (KOSKENNIEMI, 2007, párr. 1).

(...) de la posición que uno defiende”⁶⁶. Eso se logra a través de la apelación simultánea a dos valores que deben ser incluidos, ambos, en todo argumento jurídico internacional: la “normatividad” (la apelación a la necesidad de normas vinculantes que limiten el poder, particularmente de los Estados⁶⁷), y la “concretitud” (que esas normas vinculantes tengan origen, precisamente, en el mismo poder que pretenden limitar⁶⁸). “Pero en sí misma”, advierte Koskenniemi, “esta estructura no lleva a ningún lado, sino a la constante oposición, disociación y asociación de puntos respecto de la concreción y normatividad del derecho. No hay finalización alguna a esto. La estructura discursiva es solo una forma de hacer argumentos. No es una forma de llegar a conclusiones”⁶⁹.

El argumento que quiero desarrollar aquí sobre el derecho internacional como argumentación es distinto del de Koskenniemi. La diferencia recae en la distinción, clásicamente desarrollada por H.L.A. Hart, entre la perspectiva interna y la perspectiva externa respecto del derecho⁷⁰. Desde un punto de vista *externo* -como el del sociólogo, o el del historiador- puede observarse al derecho internacional como una competencia entre estas razones en la cual ninguna tiene asegurada la victoria. No hay verdad o falsedad, sino que hay argumentos que compiten eternamente entre sí, apelando a valores aparentemente contradictorios. Desde el punto de vista *interno* del participante de la

⁶⁶ KOSKENNIEMI, 2007, párr. 1.

⁶⁷ “Una técnica jurídica busca fundamentar la persuasión de los argumentos jurídicos en su fuerza vinculante. Esto es, en la forma en que mantienen distancia crítica respecto de e imponen demandas al poder político. Los argumentos tienen fuerza vinculante en la medida en que no solo describen lo que los Estados -u otros actores poderosos- hacen o van a hacer, sino que realmente les requieren que hagan algo que no querrían hacer. Entonces, su fuerza persuasiva yace en su normatividad, aquí opuesta al poder” (KOSKENNIEMI, 2007, párr. 2).

⁶⁸ “Pero argumentar a partir de ideas generales sobre la justicia o sobre las posibilidades técnicas abiertas por las fuentes jurídicas puede aún parecer una aproximación demasiado abstracta o formalista al método jurídico internacional. Dado que el propio punto de la justicia o de las fuentes es crear un campo de normatividad que es independiente del poder internacional, los argumentos basados en ellas pueden parecer insuficientemente respetuosos de la base social sobre la que cualquier norma se debe apoyar. Las reglas creadas a partir de la justicia o de las fuentes pueden parecer alternativamente como demasiado rígidas o demasiado flexibles. En la medida en que son establecidas como directivas generales en un proceso *ex ante*, no cumplen en tener en cuenta circunstancias relevantes y no pueden adaptarse al cambio. Pero su abstracción también puede traducirse en una flexibilidad excesiva: porque se presentan como lenguaje, y el lenguaje es frecuentemente poco claro, las reglas se pueden doblar fácilmente para ajustarse a los prejuicios de quien lo formula. Por lo tanto, junto con los métodos que trabajan para lograr la normatividad del derecho internacional, orientaciones alternativas buscan la persuasión desde su concretitud, desde su capacidad de respuesta a los hechos de la vida internacional” (KOSKENNIEMI, 2007, pp. 14–15).

⁶⁹ KOSKENNIEMI, 2005, p. 68.

⁷⁰ Véase HART, 1994, pp. 89–91. Para una aplicación de la distinción al derecho internacional, en un sentido similar al referido aquí, véase ESPÓSITO, 1999, p. 54. Véase también DWORKIN, 1986, pp. 13–15; NINO, 2014, pp. 47–54. Una distinción similar es identificada por Jürgen Habermas en la obra de Max Weber: HABERMAS, 1996, p. 70.

práctica, en cambio, existen solamente interpretaciones correctas o incorrectas, basadas en las convicciones honestas que cada participante tiene respecto del derecho⁷¹. De lo contrario, si los participantes no apelaran a valores que creen objetivamente verdaderos, no habría verdadera argumentación, sino mera oposición, enfrentamiento, o disputa⁷². Desde la perspectiva del intérprete, la posibilidad de que los valores a los que apela este sistema jurídico (normatividad y concreción, según Koskenniemi) se puedan combinar exitosamente no está en discusión, sino que constituye más bien un presupuesto⁷³: lo que define a la perspectiva interna es precisamente la aceptación de las reglas de juego, el reconocimiento de que el sistema tiene sentido⁷⁴. En mi opinión, entonces, Koskenniemi asume un punto de vista *externo* cuando afirma que la estructura del derecho internacional hace oscilar la argumentación entre extremos de normatividad utópica y concreción apologética. Esto puede ser cierto como tesis descriptiva, externa, pero no dice nada de

⁷¹ El tipo de argumentos que caracterizan al derecho internacional, y al derecho en general, “invitan al desacuerdo, y aunque no será incorrecto responder “pero esa es solo su opinión”, tampoco será útil hacerlo. Usted debe preguntarse a sí mismo si, luego de reflexionar, esa es también su opinión. Si lo es, pensará que mis argumentos y conclusiones son correctos y los otros a los que se enfrenta son incorrectos. Si esta no es su opinión, entonces recae en usted explicar por qué no lo es, y desafiar mis argumentos o convicciones con las suyas. Porque el ejercicio en cuestión es uno de descubrimiento al menos en este sentido: descubrir cuál visión de los asuntos soberanos que discutimos se condice más con las convicciones que cada uno, o todos juntos, tenemos y retenemos acerca de la mejor versión de nuestras prácticas comunes” (DWORKIN, 1986, p. 86).

⁷² Jeremy Waldron explica que “la objetividad no es incompatible con el desacuerdo. Y uno puede ir incluso más allá. Desde ciertas miradas, una presunción de objetividad es necesaria para el desacuerdo: de lo contrario, ¿sobre qué pensaría la gente que está en desacuerdo? Si las posiciones morales fueran puramente subjetivas, entonces habría oposición entre las actitudes de una persona y las de otras, pero no habría nada que esa persona estuviera afirmando y la otra negando, o nada que una persona creyera verdadera y la otra falsa. Sería tonto pensar como una cuestión general que el único punto de hablar acerca de verdad o falsedad objetiva en un cierto campo es facilitar el desacuerdo en ese campo – mantener el argumento vivo, e impedir que la gente no se ponga de acuerdo en base a *de gustibus non disputandum*” (WALDRON, 2004, p. 325; véase también WALDRON, 2005, p. 339). Véase al respecto también, VOYIAKIS, 2009, p. 58: “el escepticismo implica que nuestros desacuerdos sobre, por ejemplo, la moralidad de la invasión a Irak o la permisibilidad del aborto no tienen razón de ser, porque no hay nada respecto de lo cual estemos en verdadero desacuerdo. Si nuestros juicios evaluativos no son más que informes sobre nuestras sensaciones o emociones subjetivas, entonces nuestros debates sobre cuestiones de valores no son más que intercambios respecto de nuestros respectivos estados psicológicos, con nada que eston compartan o dejen de compartir. En efecto, si los escépticos tienen razón, la propia idea de acuerdo o desacuerdo evaluativo está inherentemente confundida, porque cualquiera de estas posiciones requiere una cuestión debatida, un caso sobre el cual las posiciones de las personas puedan converger o diferir”. Una mirada similar presenta Fernando Tesón, quien sugiere que -en la práctica- los Estados intentan justificar sus acciones en base al derecho internacional y no meramente enunciar razones basadas en su autointerés: TESÓN, 1990, p. 86.

⁷³ En la teoría de Dworkin, esta idea se expresa en “la presuposición de que la práctica [en cuestión] no simplemente existe, sino que tiene un valor, que sirve algún interés o propósito o que hace cumplir un cierto principio -en suma, que tiene un propósito- que puede ser enunciado independientemente de simplemente describir las reglas que constituyen la práctica” (DWORKIN, 1986, p. 47).

⁷⁴ La perspectiva interna, según Hart, es la de “un miembro del grupo que acepta [las reglas] y que las usa como guías para su conducta” (HART, 1994, p. 89). Estos miembros son “aquellos que aceptan y cooperan voluntariamente en mantener las reglas, y que por lo tanto ven su propia conducta y la de otros en términos de las reglas” (HART, 1994, p. 91).

la plausibilidad, desde la perspectiva interna, de estructurar exitosamente argumentos que combinen la apelación a la normatividad y a la concreción, ni de que cada participante pueda tener razones por las cuales cree que un cierto balance entre estos valores hace que el sistema sea más coherente que otro.

En la teoría que quiero desarrollar, entonces, el derecho internacional aspira a una cierta sistematicidad, aspira a ser coherente como un todo⁷⁵. Pueden existir desacuerdos acerca de cuál es esa coherencia, de cómo se constituye, y de qué implica para cada caso concreto. Es más, *deben* existir, quizás, tales desacuerdos: allí radica, precisamente, la argumentación⁷⁶. Pero no pueden existir desacuerdos acerca de si el sistema debe ser coherente⁷⁷. Esto no quiere decir que no puedan existir críticas “radicales” al sistema, que denuncien su incoherencia o su completa ilegitimidad. Esos argumentos existen, y hasta podría decirse que tienen cierta razón⁷⁸. Lo único que quiero decir aquí es que esas críticas

⁷⁵ Sobre el ideal de sistematicidad del derecho, véase, generalmente, WALDRON, 2008 (por ejemplo, en la p. 33: “Las normas jurídicas se presentan como ajustándose, o aspirando a encajar juntas como un sistema, con cada decisión y cada nueva norma tomando un lugar en un cuerpo organizado de derecho que es comprensible por la inteligencia humana”). Sobre la conexión entre este ideal y la interpretación, véase WALDRON, 2011b, 2011a. Benedict Kingsbury asocia esta necesidad de coherencia del derecho internacional con la naturaleza *pública* del derecho (y del derecho internacional). Es una especie de restricción pragmática impuesta por la necesidad de poder defender la posición propia frente a los demás de un modo coherente. Véase KINGSBURY, 2009a, pp. 181–183.

⁷⁶ Es precisamente esta aspiración de sistematicidad la que permite que el derecho sea una práctica argumentativa, y no una mera sucesión de órdenes de un gobernante a sus gobernados. Jeremy Waldron explica que “la gente corriente y sus representantes aprovechan esta aspiración de sistematicidad e integridad al estructurar sus propios argumentos jurídicos, invitando a los tribunales que deciden sus casos a considerar cómo la posición que ellos están defendiendo encaja generalmente en una concepción coherente del espíritu del derecho. Estos no son argumentos meramente acerca de lo que el derecho debe ser – hechos, digamos, en modo de lobby. Son argumentos basados en razones, presentando argumentos que compiten acerca de qué es el derecho. Inevitablemente, son controvertidos: una parte dirá que tal proposición no se puede inferir del derecho tal cual es; la otra parte responderá que sí se puede inferir si le asignamos al derecho más coherencia (o coherencia entre más de sus elementos) de la que la gente le ha tendido a otorgar en el pasado. Y así la determinación de si una cierta proposición tiene autoridad jurídica puede ser, frecuentemente, una cuestión contestable. El derecho, en suma, se convierte en una cuestión argumentable” (WALDRON, 2011a, p. 19).

⁷⁷ Jeremy Waldron explica que no llamaríamos “derecho” a una sucesión de órdenes incoherentes emitidas por un gobernante, que lo que llamamos “sistema jurídico” tiene características distintas, marcadas especialmente por el trabajo que llevan a cabo (desde una perspectiva interna) los abogados y jueces: “En los sistemas con los que estamos familiarizados, el derecho se presenta como algo que tiene sentido. Las normas que son suministradas en nuestro sistema jurídico pueden parecer una orden aislada tras otra, pero los abogados y los jueces tratan de ver el derecho como un todo; tratan de discernir algún tipo de coherencia o sistema, integrando ítems particulares en una estructura que tenga sentido intelectual” (WALDRON, 2011a, p. 18).

⁷⁸ Una posible crítica puede tener que ver con el legado colonial que permea a todo el sistema jurídico internacional, como han denunciado las y los académicos afiliados con los TWAIL (aproximaciones del tercer mundo al derecho internacional). Véase, por ejemplo, ANGHIE, 2004, 2008, 2016; CHIMNI, 2018; ESLAVA & PAHUJA, 2011; GATHI, 2011; MICKELSON, 2008; MUTUA, 2000; OKAFOR, 2005; RAJAGOPAL, 2003. Críticas similares, pero más universales, han sido esbozadas por los estudios marxistas del derecho internacional (CHIMNI, 1999; MARKS, 2008; MIÉVILLE, 2006). El feminismo también tiene argumentos considerables para poner en jaque la legitimidad del derecho internacional (véase, por ejemplo,

nunca podrán ser esbozadas desde una perspectiva *interna*, como la que adopto en este trabajo: no serán argumentos jurídicos, de interpretación del derecho, sino argumentos de filosofía política, acerca del deber-ser del derecho. Lo que caracteriza a una teoría de la interpretación del derecho, como la que quiero desarrollar aquí, es precisamente esta perspectiva interna, que presupone un acuerdo mínimo acerca de esta aspiración a la coherencia del sistema jurídico. Cualquiera que quiera *interpretar* (y no solo describir, criticar, comentar) el derecho, asume en esa voluntad un compromiso con la aspiración a la coherencia del sistema jurídico. La práctica argumentativa del derecho internacional, vista desde esta perspectiva interna, consiste entonces en un intercambio de razones entre las y los participantes acerca de cuál lectura de las normas es la que mejor se ajusta a esta aspiración de coherencia del sistema jurídico internacional.

Existe una interesante objeción que he recibido en varias ocasiones al presentar estas ideas⁷⁹. Esa objeción sostiene que son los propios actores del sistema jurídico internacional (funcionarias y funcionarios estatales, juezas y jueces, etc.) los que fomentan y mantienen las indeterminaciones de las normas, de modo tal de tener mayor discreción a la hora de elegir futuros cursos de acción. Si esto fuera cierto, mi reconstrucción de la práctica argumentativa del derecho internacional como una en la cual las y los participantes buscan resolver sus indeterminaciones a través del intercambio de razones sería -al menos- imprecisa: muchas veces, lo que pretenderían los distintos actores no sería argumentar hasta resolver esas dudas respecto del derecho, sino mantener vigentes esas indeterminaciones jurídicas para que los desacuerdos se resuelvan por otras vías. Suponer que nuestra intérprete quiere encontrar una respuesta a la pregunta acerca de la existencia de un derecho a la participación de la sociedad civil, y que no quiere dejar la pregunta abierta -permitiendo que cada quien interprete lo que le plazca-, puede ser, según esta objeción, un error metodológico basado en una incorrecta apreciación del funcionamiento real del sistema jurídico internacional.

CHARLESWORTH, 1994, 1999; CHARLESWORTH, CHINKIN, & WRIGHT, 1991; GROSSMAN, 2012). Diversos filósofos políticos estudiando cuestiones de justicia distributiva también han esbozado críticas al sistema jurídico internacional que, con variada potencia y por razones variadas, invitan a cuestionar la legitimidad del sistema jurídico internacional, en diversos aspectos. Véase, por ejemplo, BEITZ, 1975; CHRISTIANO, 2010; POGGE, 1992, 2005; POGGE, RIMMER, & RUBENSTEIN, 2010; SINGER, 2002.

⁷⁹ Agradezco a Emiliano Buis, Juan Pablo Scarfi, Justina Uriburu y Francisco Quintana por ayudarme a darle forma a esta objeción, y a pensar en cómo responder a ella. Los defectos de los argumentos me corresponden solamente a mí, por supuesto.

Mi respuesta a esta objeción tiene dos partes, concatenadas. Una primera parte consiste en reconocer que la teoría que presento aquí no pretende abarcar todas las operaciones que pueden hacerse con el derecho internacional. El propósito es darle herramientas solamente a aquellas personas que sí quieran *interpretar* el derecho internacional, en el sentido antes descrito: de buena fe, intentando entender qué derechos y obligaciones surgen de las normas, para poder luego determinar sus cursos de acción. Esa es una de las presuposiciones de mi argumento⁸⁰. Para quienes no tengan estos propósitos -y es cierto que hay muchos participantes del sistema jurídico internacional que no los tienen-, la teoría tendrá poca utilidad. Como mencioné anteriormente, esto no quiere decir que haya que pensar a nuestra intérprete como un ente aislado de la realidad, sin intereses y opiniones. Pero sí tiene que tener un mínimo compromiso con las reglas de juego del sistema jurídico – de lo contrario, de nuevo, no será una *intérprete*.

La segunda parte de la respuesta, retomando un punto que hice en el primer capítulo, consiste en sugerir que estas ocasiones en que diversas personas sí desean o necesitan afrontar este proceso interpretativo son muchas, y muy relevantes. El ejemplo que di antes fue el de Zahara Heckscher y Michael Froman, para quienes era importante saber si las y los activistas tenían o no un derecho a participar en las negociaciones del TPP. Y más generalmente, cualquiera que quiera cumplir con las normas -por razones morales, reputacionales, o las que fueran⁸¹- primero debe entender los derechos y obligaciones que de ellas se derivan, lo que en muchos casos requiere interpretarlas (de buena fe – de otro modo no estarían cumpliendo *con las normas*). Si es cierto que “casi todas las naciones observan casi todos los principios de derecho internacional y casi todas sus obligaciones la mayor parte del tiempo”⁸², entonces es cierto que la interpretación del derecho tiene más centralidad de la que la objeción parece adjudicarle.

Este capítulo, entonces, estará dedicado a delinear una teoría, alternativa a las tradicionales, para que nuestra intérprete pueda dilucidar el contenido del derecho internacional en lo que hace a la regulación de la participación de la sociedad civil. En la

⁸⁰ Véase, al respecto, el comienzo del capítulo 2.

⁸¹ La bibliografía está plagada de hipótesis acerca de por qué los Estados y otros sujetos suelen cumplir con el derecho internacional, aun cuando no haya mecanismos coercitivos para exigirselos. Para revisiones de la bibliografía, véase KINGSBURY, 1998; SIMMONS, 1998, 2010; VON STEIN, 2012. Para teorías más concretas, véase, por ejemplo, CHAYES & CHAYES, 1995; FRANCK, 1990; GUZMAN, 2008; KINGSBURY, 1998; KOH, 1997. A veces, las razones son morales (el famoso “*compliance pull*” al que se refería Thomas Franck, con reminiscencias hartianas; véase generalmente, FRANCK, 1990 y HART, 1994), pero hay también motivos estratégicos (por ejemplo, por razones reputacionales).

⁸² HENKIN, 1979, p. 47.

primera parte, presentaré (1.1) los fundamentos y (1.2) el método interpretativo de -lo que llamaré- una aproximación *constructiva* a la interpretación del derecho internacional. De acuerdo con esta mirada, interpretar consiste en “imprimirle un propósito a un objeto o a una práctica, con el fin de hacer de él el mejor ejemplo posible del género al que se considera que pertenece”⁸³. Lo que esta teoría propone es que para determinar si existe o no un derecho a la participación de la sociedad civil, nuestra intérprete debe mirar los elementos empíricos que enfatizaban las aproximaciones tradicionales del capítulo anterior, pero debe hacerlo *a su mejor luz*, tratando de identificar cuál de las posibles versiones de ellos es la que mejor se ajusta al propósito del sistema jurídico internacional. En la segunda parte del capítulo, en tanto, (2) presentaré una serie de críticas aplicables a esta teoría, e intentaré esbozar algunas respuestas. Las críticas no provienen de autores que nieguen el desacuerdo normativo en derecho internacional -como las aproximaciones tradicionales- sino del “positivismo normativo internacional”: una corriente que reconoce la necesidad de argumentación normativa en la teoría de la interpretación, pero que hace un único juicio normativo inicial, aplicable a todas las circunstancias interpretativas, según el cual es mejor resolver las disputas concretas de interpretación por referencia a elementos empíricos.

Asumiendo que mis respuestas a estas críticas tienen algún asidero, en los restantes capítulos de la tesis presentaré una *interpretación constructiva* del derecho internacional vigente que sostiene que existe, en la actualidad, un derecho de la sociedad civil a participar de la creación normativa internacional.

I. DESACUERDO NORMATIVO Y DISCURSO MORAL: UNA APROXIMACIÓN CONSTRUCTIVA A LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Como adelanté en la introducción, en esta sección quiero argumentar que el método interpretativo que mejor conceptualiza el tipo de desacuerdos que existen en la práctica argumentativa del derecho internacional y, por lo tanto, el que genera las mejores condiciones para esa práctica, es el que reconoce y explicita que el discurso normativo del derecho internacional se enmarca en una práctica discursiva más amplia: la del discurso moral. Por lo tanto, las razones que deben esgrimir los participantes del discurso

⁸³ DWORKIN, 1986, p. 52.

del derecho internacional se remiten, en última instancia, a las razones que se producen y validan en la práctica argumentativa del discurso moral.

Antes de continuar, una aclaración terminológica. El término “moral” es utilizado en esta discusión en referencia a una serie de principios respecto de los cuales se puede argumentar racionalmente⁸⁴, y “tales que, si existieran, su existencia estaría dada por su validez o aceptabilidad y no por su reconocimiento efectivo o aceptación real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito”⁸⁵. No se trata entonces de los principios que tienen en común, efectivamente, los miembros de la comunidad internacional, ni los principios que rigen la conducta de un participante aislado. Son construcciones teóricas, susceptibles de argumentación racional, acerca de los cursos de conducta que deberían ser adoptados por los individuos en determinadas situaciones⁸⁶.

Esta mirada que enmarca la interpretación del derecho internacional en el discurso moral se aparta claramente de lo que son las aproximaciones predominantes en la disciplina, como las que reseñé en el capítulo y la sección anterior. No obstante, no es una mirada que esté completamente ausente ni (i) de la bibliografía especializada sobre teoría del derecho internacional, ni (ii) de la práctica histórica y los instrumentos centrales de la disciplina.

En efecto, existe (i) una corriente de académicas y académicos internacionalistas que -no muy orgánicamente, a veces sin demasiado rigor teórico, y desde un lugar algo marginal en la disciplina- ha defendido de modo más o menos explícito la idea de que el discurso interpretativo del derecho internacional debe enmarcarse en la práctica argumentativa del discurso moral⁸⁷. En el derecho internacional del siglo XX⁸⁸, la figura

⁸⁴ Los principios morales se conocen, entonces, a través de lo que se denomina “discurso moral”. Volveré sobre este punto más adelante. Al respecto, véase NINO, 1989, pp. 104–128, 2013, pp. 63–70.

⁸⁵ NINO, 1989, p. 20.

⁸⁶ Pese a esta distinción entre “moral crítica” y “moral positiva o social”, existen conexiones entre ambas ideas, que serán introducidas más adelante. Sobre estas conexiones, véase NINO, 1989, pp. 91–104, 2013, pp. 53–61.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, ÇALI, 2009; CAPPS, 2009, 2012; CASSESE, 2011; KIRGIS, 1987; LAUTERPACHT, 1925, 1932, 1946, 1949; LETSAS, 2007, 2010; PETERS, 2001, 2006, 2013, 2017; ROBERTS, 2001; TASIOLAS, 1996, 2009; VOYIAKIS, 2009.

⁸⁸ Ciertos rastros de esta mirada pueden encontrarse -indudablemente- en autores clásicos, desde Hugo Grocio hasta John Westlake. De hecho, el propio Lauterpacht se referencia en ambos en algunos de los textos más significativos de ambos para construir su propia aproximación (véase LAUTERPACHT, 1946, sobre Grocio, y LAUTERPACHT, 1925, sobre Westlake). No me interesa aquí adentrarme en la discusión

más relevante de esta tradición es quizás Hersch Lauterpacht, quien ya antes de la Segunda Guerra Mundial defendía una “interpretación progresiva” del derecho internacional⁸⁹, argumentando que “la noción con la ayuda de la cual el abogado internacionalista mide y determina la naturaleza de las reglas que constituyen el contenido de su disciplina es necesariamente una *a priori*”⁹⁰, y es -según él- una que debe estar basada no en el ideal de soberanía de los Estados, sino más bien en “el postulado ético y racional, que está gradualmente convirtiéndose en un hecho, de una comunidad internacional de intereses y funciones”⁹¹. En tiempos más recientes⁹², Antonio Cassese ha defendido (un poco tímidamente⁹³) lo que él llamó un “positivismo crítico”, según el cual el intérprete debería “sentirse libre de (...) apreciar críticamente la regla o institución en cuestión (...) a la luz de (...) valores generales compartidos por la comunidad internacional”⁹⁴. Anne Peters también ha defendido una posición similar, resaltando la necesidad de análisis normativo en cualquier instancia de interpretación de derecho internacional⁹⁵. Mónica Pinto ha identificado lógicas de esta naturaleza en la jurisprudencia de la CIJ relativa al uso de la fuerza, y especialmente en el caso del *Canal*

acerca de la conexión entre esas posturas clásicas y las miradas más modernas, sino más bien en los argumentos de estas últimas.

⁸⁹ Para un interesante estudio de los paralelismos entre la metodología adoptada por Lauterpacht y la obra de Ronald Dworkin, véase CAPPs, 2012.

⁹⁰ LAUTERPACHT, 1932, p. 320.

⁹¹ LAUTERPACHT, 1932, p. 317.

⁹² Anne Peters nota que luego del renacimiento de las aproximaciones éticas al derecho internacional que ocurrió de la mano de Hersch Lauterpacht luego de la Segunda Guerra Mundial, “la disciplina estuvo prácticamente vaciada de aproximaciones de ética constructiva”, hasta fines del siglo XX (PETERS, 2013, p. 548).

⁹³ La exposición de estas ideas de Cassese está solamente explicitada en la conclusión de un libro de entrevistas a “grandes maestros” del derecho internacional (CASSESE, 2011), pese a que se podría considerar que estas ideas permean toda su obra.

⁹⁴ CASSESE, 2011, p. 259.

⁹⁵ “El análisis normativo consiste en justificar o criticar las normas existentes, y en realizar propuestas de reformas. También consiste en evaluar la aplicación del derecho y criticar tal práctica. Dada la flexibilidad inherente en cualquier interpretación y aplicación de una regla a los hechos, cualquier evaluación de la práctica jurídica es, en el sentido de una teoría de la ciencia, ‘normativa’, y no meramente un análisis ‘positivo’” (PETERS, 2013, p. 550).

de *Corfú*⁹⁶. Otros autores, algo menos centrales en la disciplina, se han aproximado también a este tipo de posiciones⁹⁷.

Por otro lado, (ii) la práctica histórica y los instrumentos centrales de la disciplina también pueden ser leídos de un modo coherente con una aproximación a la interpretación que inserte la práctica argumentativa del derecho internacional en la práctica más amplia del discurso moral. En el caso de la interpretación de tratados internacionales, la Convención de Viena abre la puerta al razonamiento normativo a través de conceptos como el “objeto y fin” del tratado⁹⁸ y el requerimiento de que se interprete “de buena fe”⁹⁹. La indicación de que se tome en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” también sugiere la necesidad de una mirada más holística respecto de los principios que subyacen al sistema jurídico internacional como un todo. En el caso de la costumbre internacional, también, varios autores han señalado que -pese a su insistencia respecto de la pureza inductiva del análisis- tribunales como la CIJ en la práctica adoptan un método deductivo en el cual consideran los elementos de la realidad a la luz de una cierta mirada normativa respecto del derecho internacional¹⁰⁰.

⁹⁶ Véase PINTO, 2007, pp. 147–152. Pinto sostiene que “la lectura moral del derecho internacional relativa al uso de fuerza (...) expresa una creencia en el derecho como instrumento de convivencia y desarrollo de las sociedades, y para ello la determinación de un juez, de cada juez, es importante. No se trata de retocar los hechos, ni de manipular el derecho, sino de decidir de acuerdo conforme a derecho para fortalecer los pilares del orden que rigen nuestras vidas. Esto requiere, por supuesto, dejar de lado las subjetividades y alejar lo más posible la doble vara en el análisis” (PINTO, 2007, p. 154). El caso específico sobre el que trabaja es Corte Internacional de Justicia, *Caso del Canal de Corfú* (Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania), 1949 I.C.J. 4 (9 de abril).

⁹⁷ Véase, por ejemplo, ÇALI, 2009; CAPPAS, 2009, 2012; KIRGIS, 1987; LETSAS, 2007, 2010; ROBERTS, 2001; TASIOLAS, 1996, 2009; TESÓN, 1998; VOYIAKIS, 2009.

⁹⁸ CVDT, artículo 31.1. “[L]a tarea de individualizar el objeto y fin de un tratado y de interpretar el tratado a la luz de este es -de principio a fin- un ejercicio profundamente evaluativo, no empírico” (LETSAS, 2010, p. 535).

⁹⁹ CVDT, artículo 31.1.

¹⁰⁰ Véase BAKER, 2010, pp. 203–204; BODANSKY, 2014, p. 180; TAMS, 2015, pp. 77–78. En su estudio de 175 determinaciones de normas consuetudinarias, por ejemplo, Choi y Gulati concluyen que “cuando los tribunales analizan normas de costumbre internacional -sea que las identifiquen en el caso o no- generalmente realizan un ejercicio que mira hacia adelante, un ejercicio aspiracional” en lugar de la aproximación empírica, basada solo en la práctica pasada, que pregonan las miradas tradicionales (CHOI & GULATI, 2016, p. 147). En una línea similar, Rudolf Geiger sugiere que lo que la Corte Internacional de Justicia realmente hace al identificar normas de costumbre es partir de principios muy generales, e insertar los datos empíricos en ese marco, “interpretando los principios generales en miras a sus objetivos y funciones, y teniendo en cuenta las peculiaridades del problema a ser decidido” (GEIGER, 2011, p. 693). Stefan Talmon, en tanto, afirma que “los juicios de valor están siempre implícitos en el reconocimiento de la práctica como costumbre. La Corte puede interpretar práctica estatal inconsistente como una violación de la costumbre existente, el comienzo de una nueva costumbre, o la inexistencia de costumbre” (TALMON, 2015, p. 433).

En suma, tanto en el caso de la interpretación de tratados, como en el de la identificación de normas consuetudinarias, las y los participantes del derecho internacional no han sido completamente ajenos a la práctica de razonar a partir de argumentos normativos, morales, para resolver las indeterminaciones de las normas internacionales. En las próximas dos secciones, utilizaré estas bases delineadas por académicos y por la práctica de la disciplina para proponer una aproximación alternativa a las tradicionales respecto de la interpretación del derecho internacional. La primera de ellas estará dedicada a explicar los fundamentos de esta aproximación, mientras que la segunda entrará en mayor detalle en el método general que creo que debe ser seguido al momento de interpretar normas de derecho internacional.

1. LOS FUNDAMENTOS: BASES TEÓRICAS PARA UNA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1.1. La práctica argumentativa del discurso moral como parte indispensable de la interpretación en derecho internacional

Vimos en la sección anterior que la práctica argumentativa del derecho internacional, vista desde la perspectiva interna del participante, consiste en un intercambio de razones acerca de cuál lectura de las normas es la que mejor se ajusta a la aspiración de coherencia del sistema jurídico internacional. Lo que quiero sugerir aquí es que esas razones no pueden aislarse de la práctica argumentativa más amplia del discurso moral, es decir, que es inevitable que los argumentos que den las y los intérpretes del derecho internacional se inserten en una discusión más amplia de argumentos morales.

La razón última para ello es que, como explica Carlos Nino, la moral tiene -como razón justificatoria para la adopción de ciertas conductas- un carácter “imperialista”¹⁰¹.

¹⁰¹ NINO, 2014, p. 82. La razón para ello es que las razones presentadas en el discurso moral deben ser finales, desplazando a otro tipo de consideraciones. Nino explica que “el discurso moral no cumpliría su función de conducir a comportamientos convergentes si los principios de conducta que resulten aceptados a través de él, no tuvieran una cierta jerarquía frente a otras posibles razones para actuar. De lo contrario, la gente podría coincidir en la aceptación libre de principios morales, pero divergir en su comportamiento efectivo debido a diferencias en cuanto a si esos principios se ven o no desplazados por otras razones para justificar una acción o actitud. De este modo, es distintivo de los principios morales el que ellos constituyen razones finales en la justificación de una acción: ninguna razón de otra índole puede prevalecer sobre ellas, y ellas desplazan a cualquier otra razón, cuando son aplicables. Ésta no es una cuestión normativa ni motivacional sino lógica; hace al concepto de principio o razones morales, lo que implica que este concepto es aplicable al caso de cualquier principio que sea defendido como justificación última de una conducta, siempre, claro está, que satisfaga las otras condiciones de un principio moral. Por cierto que puede haber razones prudenciales que justifiquen sin más una acción, pero cuando hay razones morales aplicables al caso, las razones prudenciales divergentes dejan de proveer justificación para la conducta. Hay quienes se sienten tentados a hablar de una justificación moral, otra jurídica, otra prudencial, etc., como si se tratara de justificaciones independientes de las acciones. Esto implicaría una desintegración del razonamiento práctico que frustraría el objeto de la pregunta acerca de la justificación de las acciones: alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídica o prudencialmente, y no

Esto quiere decir que quien participe del discurso moral -es decir, quien intente justificar la corrección de sus acciones frente a terceros-, no podrá argumentar en base a razones que no sean de tipo moral (como las prudenciales, o las de eficiencia), a menos que el propio discurso moral deje un espacio libre para ese tipo de razones, “sea porque se mueva en una dimensión diferente, porque defina un área de indiferencia, o porque sea aplicable algún principio defendible en el discurso moral que permita la justificación propia de dicho subdiscurso”¹⁰². La existencia de discursos justificatorios insulares, entonces, queda supeditada a la indiferencia o la autorización del discurso moral.

La práctica argumentativa de nuestra intérprete del derecho internacional no queda exenta de esta dinámica. Como vimos, debido a la posición interna que ella adopta respecto de este discurso, no puede sino asumir la aspiración a la coherencia del sistema jurídico internacional¹⁰³. Vimos también que esta coherencia debe apoyarse, en última instancia, necesariamente, en razones extrajurídicas, normativas, que cierren la regresión infinita de la pirámide kelseniana. Y vimos, finalmente, que esas razones últimas permean las discusiones interpretativas, debido a la naturaleza normativa de los desacuerdos jurídicos. Lo que el carácter imperialista del discurso moral ahora nos sugiere es que esas decisivas razones extrajurídicas son razones morales, y que por lo tanto el discurso jurídico internacionalista se enmarca, necesariamente, en un sistema justificatorio más amplio, el del discurso moral¹⁰⁴.

Ahora bien, si todo esto es cierto, lo que resta explicar es por qué nuestra intérprete debería prestar alguna atención a la práctica social del derecho internacional y no resolver

saber aún cómo, en definitiva, debe actuar. El razonamiento práctico presupone una jerarquización de razones que evita esa situación: las razones prudenciales justifican acciones sólo cuando no son desplazadas por razones morales; no hay, en cambio, razones jurídicas autónomas, sino que (...) la existencia de ciertas normas jurídicas constituye una razón auxiliar que sólo justifica una decisión cuando se combina con razones morales o prudenciales adecuadas” (NINO, 1989, pp. 111–112).

¹⁰² NINO, 2014, p. 82.

¹⁰³ Como explica Carlos Nino, “las reglas del discurso práctico intersubjetivo son tales que incurrimos en una inconsistencia pragmática solo cuando afirmamos juicios morales y no actuamos en consecuencia. Por el contrario, la referencia al contenido de una práctica social [es decir, la perspectiva que adopta un observador *externo*] -como el sistema jurídico cuando es entendido en términos descriptivos- es perfectamente compatible con una acción que es opuesta a lo que requiere su contenido” (NINO, 1996, p. 27).

¹⁰⁴ “La tesis se puede expresar de la misma manera diciendo que una práctica social -como una constitución, vista como una práctica social- no puede justificar ella misma acciones o decisiones, sino que solo puede constituir un hecho condicionante que determine la aplicabilidad de ciertos principios morales que justifican acciones o decisiones” (NINO, 1996, p. 27).

todo por la mera apelación a principios morales¹⁰⁵. En otras palabras, por qué, ante la pregunta respecto del derecho a la participación, no puede simplemente considerar cuál sería el mejor esquema institucional en términos morales, y -aun cuando este no guarde ninguna relación con las normas vigentes- exigir que sea puesto en práctica¹⁰⁶.

La respuesta, una vez más, tiene que ver con los presupuestos que se generan a partir de la decisión de adoptar una perspectiva interna, interpretativa, respecto del derecho. Al participar en la práctica argumentativa del derecho internacional (y no desecharla de plano, adoptando una postura crítica, por ejemplo), nuestra intérprete se adentra en una práctica que es inherentemente *colectiva*, en la cual el rol que le toca no es el de reformar completamente la práctica, sino que consiste en “contribuir de manera relevante a la obra común, que suele ser el resultado intencional o no intencional de millones de personas a lo largo de mucho tiempo”¹⁰⁷. Por lo tanto, alcanzar los mejores resultados morales requerirá no solo una consideración abstracta de los principios de justicia y las soluciones ideales para el caso, sino una reflexión que tenga en consideración las posiciones históricas y presentes de los demás participantes de la práctica¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Este es el problema que Carlos Nino llamó “la paradoja de la superfluidad del derecho en el razonamiento práctico” (NINO, 2014, p. 133).

¹⁰⁶ Una primera y obvia respuesta puede ser que, una vez más, la incorporación de razones propiamente jurídicas es un presupuesto de haber adoptado una postura *interpretativa* respecto del derecho, desde una perspectiva interna. Pero esta respuesta no es en realidad más que una evasión, porque de ser la única contestación al problema de la superfluidad del derecho, llevaría a que el discurso jurídico y el discurso práctico estén completamente aislados (es decir, a que el derecho no constituya razón para la acción). No obstante, la respuesta final que esbozaré aquí -siguiendo a Nino- comparte algunos presupuestos con esta aproximación.

¹⁰⁷ NINO, 2014, p. 140.

¹⁰⁸ Ronald Dworkin explica este punto con su famosa analogía de la novela en cadena. Los operadores y operadoras jurídicas, al interpretar el derecho, tienen el mismo margen de decisión que el que tienen los autores de una potencial novela en cadena, en la que cada autor debe escribir un capítulo que continúe la historia escrita por sus antecesores. Si bien es innegable que quien escriba estará obligado a crear algo nuevo, eso nuevo necesariamente debe ser coherente con lo que se ha escrito previamente, entablando un diálogo literario con sus antecesores. Por ejemplo, si desaparece un personaje, o se cambia la locación de la historia, se deberá explicar por qué sucede, bajo el riesgo de que la historia pierda toda legitimidad. Véase DWORKIN, 1986, pp. 228–238. Carlos Nino presenta una analogía similar, pero utilizando la construcción centenaria de una catedral. La idea es que el desarrollo de un sistema jurídico y político es una empresa colectiva de larga duración, análoga a la construcción de una catedral, de esas que llevan siglos en erigirse. Cada individuo, como cada arquitecto en el caso de la catedral, tendrá sus propias preferencias en términos morales, políticos y estéticos—según el caso— e intentará aplicarlos a su aporte al emprendimiento colectivo. Para ello, cada uno analizará los aportes previos —el estilo adoptado por los arquitectos anteriores, en el caso de la catedral— y tomará una decisión respecto de cuál es su mejor aporte: una opción será entender que lo realizado está radicalmente mal, y que conviene demoler todo lo hecho y comenzar desde cero, y otra opción será tratar de adaptar y corregir lo que uno cree incorrecto, aprovechando los avances realizados. Ahora bien, optar por la primera opción tiene altos costos y puede ser irresponsable a menos que uno crea que la nada es mejor que lo poco que se construyó hasta el momento. Véase NINO, 1996, pp. 33–37.

Finalmente, hay una razón propiamente moral para que nuestra intérprete considere en su razonamiento las normas internacionales vigentes, y no solamente principios ideales de justicia. Debido al procedimiento que se utiliza para su adopción, las normas jurídicas suelen gozar de una cierta legitimidad y, por lo tanto, suelen existir buenas razones morales para que los sujetos las tengan en cuenta en su razonamiento práctico¹⁰⁹. En el caso de las normas internacionales, esta legitimidad requiere un análisis más pormenorizado que en sistemas nacionales democráticos, puesto que existen significativos déficits en la representación y participación de los sujetos en el procedimiento de toma de decisiones¹¹⁰. Ello puede requerir que nuestra intérprete analice las prácticas con una lupa moral más cuidadosa, y que le dé menos relevancia a la práctica pasada del sistema que a las razones morales abstractas. Pero, en líneas generales, el mero hecho del consentimiento estatal garantiza que las normas internacionales tengan un mínimo de legitimidad que obligue -moralmente- a nuestra intérprete a (al menos) no desecharlas de plano, y a hacer un intento de identificar una versión de ellas que sea coherente con los mejores principios morales que pueda identificar para el caso. Volveré sobre este punto de la legitimidad más adelante en la tesis.

En suma, para resolver la pregunta acerca del derecho a la participación, nuestra intérprete deberá enmarcar sus argumentos en la práctica argumentativa del discurso moral, pero deberá además considerar (al menos *prima facie*) en su reflexión la práctica colectiva relevante, es decir, las normas internacionales en la materia (incluyendo aquellas que establecen reglas de interpretación, y que apuntan a ciertos elementos como relevantes para ese proceso).

2. EL MÉTODO: ETAPAS DE UNA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Considerando estos fundamentos teóricos, nuestra intérprete tendrá una idea más clara del tipo de razones que podrá brindar en la argumentación acerca de qué es lo que establece el derecho internacional respecto de la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones internacionales. Ronald Dworkin ha destilado estas consideraciones en un método interpretativo que tiene, según explica, tres fases¹¹¹. Este método es aplicable al derecho internacional. En una primera fase, *preinterpretativa*, se deben

¹⁰⁹ Véase, muy generalmente, al respecto, HABERMAS, 1996; NINO, 1996

¹¹⁰ Véase, al respecto, la discusión de la sección II.2.2.1 del primer capítulo de esta tesis.

¹¹¹ Carlos Nino sugiere un procedimiento similar, pero dividido en seis pasos (véase NINO, 2014, pp. 90–98).

identificar “las reglas y estándares que se cree que proveen el contenido tentativo de la práctica”¹¹². En este paso, nuestra intérprete debe identificar, para el caso de la costumbre, los elementos de la práctica y la *opinio juris*¹¹³, y para el caso de los tratados, el texto y su sentido corriente, el contexto, y la práctica ulterior de las partes¹¹⁴. Además, deberá considerar las opiniones de la doctrina sobre el punto, y la jurisprudencia que pudiera existir y estar relacionada con la pregunta interpretativa en cuestión¹¹⁵. Luego, en una segunda fase, *interpretativa*, la “intérprete define una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada”¹¹⁶ en la etapa anterior. Este es el paso en el cual nuestra intérprete presentará su visión normativa (es decir, moral) del sistema jurídico internacional y sus propósitos. La tercera fase es la *postinterpretativa*: aquí nuestra intérprete debe “ajustar su sentido de lo que la práctica ‘realmente’ requiere para servir mejor la justificación que aceptó en la fase interpretativa”¹¹⁷. Este método permite, según Dworkin, combinar los dos elementos indispensables en la interpretación jurídica: los datos empíricos respecto de la práctica social (la dimensión del “ajuste”) y una reflexión normativa, moral, política, respecto de la mejor versión posible de esa norma (la dimensión de la “sustancia”).

Lo que quiero sugerir a continuación es que adoptar un método de este tipo permite resolver el tipo de problemas que identifiqué en el capítulo pasado en las aproximaciones tradicionales a la interpretación del derecho internacional, tanto en relación a la costumbre internacional como a los tratados internacionales.

2.1. Discurso moral y costumbre internacional

[Recortado].

¹¹² DWORKIN, 1986, pp. 65–66.

¹¹³ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.b. Para ejemplos (y reflexiones acerca) de aplicaciones de este método a la costumbre internacional, véase, por ejemplo, ROBERTS, 2001; TASIOLAS, 1996, 2009, y la relectura que Patrick Capps hace de la obra de Hersch Lauterpacht sobre reconocimiento de Estados (CAPPS, 2012).

¹¹⁴ CVDT, artículo 31. Para ejemplos (y reflexiones acerca) de aplicaciones de este método a tratados internacionales, véase, por ejemplo, LETSAS, 2007, 2010 y el intento del propio Dworkin de reinterpretar el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas a la luz de su propia concepción de los propósitos del sistema jurídico internacional, en DWORKIN, 2013.

¹¹⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.1.d.

¹¹⁶ DWORKIN, 1986, p. 66.

¹¹⁷ DWORKIN, 1986, p. 66.

2.2. Discurso moral e interpretación de tratados: una reconstrucción de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena

Además de ser una solución para los problemas prácticos del proceso de identificación de la costumbre internacional, el método constructivo tiene también la capacidad de proveer una reconstrucción coherente del método de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El problema que nuestra intérprete enfrentaba frente a los artículos 31 y 32 de la CVDT era que estos le proveían una multiplicidad de herramientas, y pocas indicaciones acerca de cuál de ellas priorizar en caso de que existieran diferencias entre lo que cada una de ellas indicara. La Comisión de Derecho Internacional sugería, con cierta prescindencia, que “la aplicación de los métodos de interpretación del tratado sería una única operación combinada. Todos los elementos, del modo en que estuvieran presentes en cada caso, deberían ser arrojados a un *crisol*, y su interacción daría la interpretación jurídicamente relevante”¹¹⁸.

La incapacidad de las escuelas textualista e intencionalista y de la aproximación *policy-oriented* predominante en la escuela teleológica, para resolver este “problema del crisol”¹¹⁹ contrasta con la respuesta clara que puede proveer el método constructivo a esta cuestión¹²⁰. Los pasos son sencillos. Primero, en la etapa *preinterpretativa*, nuestra

¹¹⁸ Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II, p. 187-274 párrafo 8, énfasis añadido por mí.

¹¹⁹ Véase la discusión del capítulo anterior.

¹²⁰ Para una defensa de esta idea aplicada al caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, véase LETSAS, 2007, 2010. El propio Ronald Dworkin presentó, en su artículo sobre filosofía del derecho internacional, una interpretación de la Carta de las Naciones Unidas que puede ser reconstruida en estos términos. El caso que Dworkin estudia es uno muy discutido a principios de este siglo: el de la legalidad de la intervención de la OTAN en Kosovo, en la ex Yugoslavia, en 1999. En esa ocasión, como es bien sabido, los aliados occidentales bombardearon posiciones del gobierno serbio de Slobodan Milošević con el fin de preservar la integridad de los ciudadanos albano-kosovares que estaban siendo atacados por motivos étnicos. El problema fue que la intervención de la OTAN se realizó sin autorización del Consejo de Seguridad, lo que llevó a autores como Thomas Franck a calificar la acción como una moralmente justificada, pero jurídicamente injustificada (FRANCK, 1999). En su artículo, Dworkin disiente con Franck, y explica que sus diferencias están basadas en una interpretación distinta del artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas (DWORKIN, 2013, p. 23). Mientras que para Franck este artículo debe ser leído a la luz de la prohibición del uso de la fuerza y el ideal de la coexistencia pacífica, para Dworkin debe ser leído considerando “la responsabilidad moral que las naciones tenían al crear [la Organización de las Naciones Unidas, es decir,] la responsabilidad de proteger a las personas de los peligros del sistema westfaliano de soberanía aislada” (DWORKIN, 2013, p. 23). La diferencia entre Dworkin y Franck puede entenderse en función del nivel de abstracción en las intenciones: Franck lee el propósito de un modo más textual, a partir de la Carta, y Dworkin lo lee un escalón más arriba, pensando en los fines más genéricos de la creación de la Organización. En la medida en que ambas interpretaciones sean viables a partir del texto de la Carta — es decir, que exista un desacuerdo razonable al respecto—, la dimensión del “ajuste” deja de ser relevante,

intérprete debe considerar una serie de elementos empíricos indicados en la CVDT, tales como el sentido corriente del texto, su contexto, la práctica ulterior de las partes, y otras reglas relevantes de derecho internacional¹²¹. En este paso, la yuxtaposición de métodos interpretativos no es aún un problema, porque lo único que nuestra intérprete debe hacer es recolectar la información, y establecer -a partir de ella- un rango de respuestas posibles a la pregunta interpretativa. Luego, en la etapa *interpretativa*, nuestra intérprete debe considerar los elementos normativos previstos en la propia CVDT, tales como una aproximación de buena fe a la pregunta interpretativa, y una consideración del objeto y fin del tratado¹²². Estas consideraciones -que, como vimos, se enmarcan necesariamente en el discurso moral- serán las que sirvan de guía para resolver el problema interpretativo. En la tercera etapa, *postinterpretativa*, se encuentra la solución al “problema del crisol”: nuestra intérprete debe elegir aquella interpretación de aquellas disponibles en el rango identificado en la primera etapa (dimensión del ajuste) que sea la más coherente con la apreciación moral del sistema identificada en la segunda etapa (dimensión de la sustancia).

En suma, como en el caso de la costumbre, este método permite identificar adecuadamente el nivel del desacuerdo interpretativo respecto del tratado, y presentar argumentos más convincentes para intentar resolverlo. Este desacuerdo puede darse en el plano empírico -por ejemplo, acerca de si una cierta lectura puede ser razonablemente entendida como “sentido corriente”, o no-, y en ese caso los intérpretes deberán disputar a partir de referencia a hechos sociales, como las convenciones lingüísticas vigentes. Pero también puede darse en el plano normativo, y en ese caso los intérpretes deberán disputar no hechos sociales, sino sus concepciones del propósito del tratado, y del sistema jurídico internacional más generalmente.

II. DESACUERDO NORMATIVO SIN DISCURSO MORAL: ALGUNAS RESPUESTAS A LAS CRÍTICAS DEL POSITIVISMO NORMATIVO A LA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

[*Recortado*: en esta sección discuto con el positivismo normativo internacional y las consecuencias de su teoría para la interpretación del derecho internacional].

y todo pasa a depender de la dimensión de la “sustancia”. En otras palabras, la discusión entre Dworkin y Franck es en esencia una discusión de filosofía política, en la que se discute cuál es la mejor lectura de los propósitos del sistema jurídico internacional.

¹²¹ CVDT, artículo 31.

¹²² CVDT, artículo 31.

REFERENCIAS

- ALVAREZ-JIMÉNEZ, A. (2011). Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000–2009. *International & Comparative Law Quarterly*, 60(3), 681–712.
- ANGHIE, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ANGHIE, A. (2008). TWAIL: Past and future. *Int'l Comm. L. Rev.*, 10, 479.
- ANGHIE, A. (2016). Hacia un Derecho Internacional Poscolonial. *Derecho y Crítica Social*, 2(1), 71–99.
- AUST, A. (2007). *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BAKER, R. (2010). Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates. *European Journal of International Law*, 21(1), 173–204.
- BECKETT, J. (2001). Behind Relative Normativity: Rules and Processes as Prerequisites of Law. *European Journal of International Law*, 12(4), 627–650.
- BECKETT, J. (2008). The Hartian Tradition in International Law. *The Journal Jurisprudence*, 1, 51–83.
- BEITZ, C. (1975). Justice and International Relations. *Philosophy & Public Affairs*, 4(4), 360–389.
- BESSON, S. (2010). Theorizing the Sources of International Law. En S. Besson & J. Tasioulas (Eds.), *The Philosophy of International Law* (pp. 163–185). Oxford: Oxford University Press.
- BESSON, S., & MARTÍ, J. L. (2009). Law and Republicanism: Mapping the Issues. En S. Besson & J. L. Martí (Eds.), *Legal Republicanism: National and International Perspectives* (pp. 3–36). Oxford: Oxford University Press.
- BJORGE, E. (2014). *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford: Oxford University Press.
- BJORGE, E. (2015). The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation, and the Intentions of the Parties. En A. Bianchi, D. Peat, & M. Windsor (Eds.), *Interpretation in International Law* (pp. 189–204). Oxford: Oxford University Press.
- BODANSKY, D. (2014). Does Custom Have A Source? *AJIL Unbound*, 108, 179–183.
- BOS, M. (1980). Theory and Practice of Treaty Interpretation " Part II. *Netherlands International Law Review*, 27(2), 135–170.
- BOYLE, A., & CHINKIN, C. (2007). *The Making of International Law*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- BROWNLIE, I. (2003). *Principles of Public International Law* (6th ed.). Oxford: Oxford University Press.
- BROWNLIE, I. (2008). *Principles of International Law* (7th ed.). Oxford: Oxford University Press.
- ÇALI, B. (2009). On Interpretivism and International Law. *European Journal of International Law*, 20(3), 805–822.
- CAMPBELL, T. (1996). *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth.
- CAPPS, P. (2009). *Human Dignity and the Foundations of International Law*. Oxford and Portland: Hart.
- CAPPS, P. (2012). Lauterpacht's Method. *British Yearbook of International Law*, 82(1), 248–280.
- CASSESE, A. (2011). Final Remarks: By Way of Conclusion. En *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E Jiménez de Aréchaga, R Jennings, L Henkin and O Schachter* (pp. 251–272). London: Hart.
- CELANO, B. (2013). Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law. En J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso, & D. Papayannis (Eds.), *Neutrality and Theory of Law* (pp. 175–202). Dordrecht: Springer.
- CHARLESWORTH, H. (1994). Transforming the United Men's Club: Feminist Futures for the United Nations. *Transnational Law & Contemporary Problems*, 4, 421.
- CHARLESWORTH, H. (1999). The Gender of International Law, Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law. *American Society of International Law Proceedings*, 93, 206–207.
- CHARLESWORTH, H. (2012). Law-Making and Sources. En J. Crawford & M. Koskeniemi (Eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (pp. 187–201). Cambridge: Cambridge University Press.
- CHARLESWORTH, H., CHINKIN, C., & WRIGHT, S. (1991). Feminist Approaches to International Law. *American Journal of International Law*, 85(4), 613–645.
- CHARNOVITZ, S. (2006). Nongovernmental Organizations and International Law. *The American Journal of International Law*, 100(2), 348–372.
- CHAYES, A., & CHAYES, A. H. (1995). *The new sovereignty: Compliance with international regulatory agreements*. Cambridge: Harvard University Press.

- CHIMNI, B. S. (1999). Marxism and international law: A contemporary analysis. *Economic and Political Weekly*, 337–349.
- CHIMNI, B. S. (2018). Customary International Law: A Third World Perspective. *American Journal of International Law*, 112(1), 1–46.
- CHINKIN, C. (1989). The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 38(4), 850–866.
- CHOI, S. J., & GULATI, M. (2016). Customary International Law: How Do Courts Do It? En C. A. Bradley (Ed.), *Custom's Future. International Law in a Changing World* (pp. 117–147). Cambridge: Cambridge University Press.
- CHRISTIANO, T. (2010). Democratic Legitimacy and International Institutions. En J. Tasioulas & S. Besson (Eds.), *The Philosophy of International Law* (pp. 119–137). Oxford: Oxford University Press.
- COHEN, H. G. (2015, diciembre 1). Methodology and Misdirection: Custom and the ICJ. *EJIL Talk!* Recuperado a partir de <https://www.ejiltalk.org/methodology-and-misdirection-a-response-to-stefan-talmon-on-custom-and-the-icj/>
- D'ASPREMONT, J. (2011). *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- D'ASPREMONT, J. (2015). The Multidimensional Process of Interpretation: Content-Determination and Law-Ascertainment Distinguished. En A. Bianchi, D. Peat, & M. Windsor (Eds.), *Interpretation in International Law* (pp. 111–130). Oxford: Oxford University Press.
- D'ASPREMONT, J., & KAMMERHOFER, J. (2014). Introduction: The future of international legal positivism. En J. D'Aspremont & J. Kammerhofer (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (pp. 1–19). Cambridge: Cambridge University Press.
- DÖRR, O. (2012). Article 31. General Rule of Interpretation. En O. Dörr & K. Schmalenbach (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary* (pp. 521–570). Heidelberg: Springer.
- DWORKIN, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge and London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (2013). A New Philosophy for International Law. *Philosophy & Public Affairs*, 41(1), 2–30.
- ESLAVA, L., & PAHUJA, S. (2011). Between resistance and reform: TWAIL and the universality of international law. *Trade L. & Dev.*, 3, 103.
- ESPÓSITO, C. (1999). Soberanía, derecho y política en la sociedad internacional: Ensayo sobre la autonomía relativa del Derecho internacional. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 34, 1–78.
- FALK, R. (1968). On Treaty Interpretation and the New Haven Approach: Achievements and Prospects. *Virginia Journal of International Law*, 8, 323–355.
- FASTENRATH, U. (1993). Relative Normativity in International Law. *European Journal of International Law*, 4, 305–340.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (2007). *Sovereignty and Interpretation of International Norms*. Berlin: Springer.
- FIDLER, D. P. (1996). Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law. *German Yearbook of International Law*, 39, 198.
- FITZMAURICE, G. (1951). Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points. *British Yearbook of International Law*, 28, 1–28.
- FITZMAURICE, M., ELIAS, O., & MERKOURIS, P. (EDS.). (2010). *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff.
- FRANCK, T. (1990). *The Power of Legitimacy among Nations*. Oxford: Oxford University Press.
- FRANCK, T. (1999). Lessons of Kosovo. *The American Journal of International Law*, 93(4), 857–860.
- GARDINER, R. (2008). *Treaty Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- GARGARELLA, R. (1998). Full Representation, Deliberation, and Impartiality. En J. Elster (Ed.), *Deliberative democracy* (pp. 260–280). Cambridge: Cambridge University Press.
- GATHI, J. T. (2011). TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade L. & Dev.*, 3, 26.
- GEIGER, R. (2011). Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal. En U. Fastenrath, R. Geiger, D.-E. Khan, A. Paulus, S. von Schorlemer, & C. Vedder (Eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (pp. 673–694). Oxford: Oxford University Press.

- GOLDMANN, M. (2010). Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority. En *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (pp. 661–711). Springer, Berlin, Heidelberg.
- GROSSMAN, N. (2012). Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts. *Chicago Journal of International Law*, 12, 647–685.
- GUZMAN, A. (2008). *How International Law Works. A Rational Choice Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- HABERMAS, J. (1996). *Between Facts and Norms* (First Paperback Edition, 1998). Cambridge: The MIT Press.
- HART, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. Oxford/New York: Clarendon Press - Oxford University Press.
- HENKIN, L. (1979). *How Nations Behave*. New York: Columbia University Press.
- HERNÁNDEZ, G. (2014). Interpretation. En J. Kammerhofer & J. D’Aspremont (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (pp. 317–348). Cambridge: Cambridge University Press.
- HOLLIS, D. (2015). The Existential Function of Interpretation in International Law. En A. Bianchi, D. Peat, & M. Windsor (Eds.), *Interpretation in International Law* (pp. 78–110). Oxford: Oxford University Press.
- ILA. (2012). *Second Report of the Committee Non-State Actors in International Law: Lawmaking and Participation Rights*. Sofia. Recuperado a partir de <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E1B513C8-FCFF-4F8D-8C047815E1FDF8AE>
- JACOBS, F. G. (1969). Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference. *The International and Comparative Law Quarterly*, 18(2), 318–346.
- JONAS, D. S., & SAUNDERS, T. N. (2010). The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 43, 565–609.
- KAMMERHOFER, J. (2014). Hans Kelsen in today’s international legal scholarship. En J. Kammerhofer & J. D’Aspremont (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (pp. 81–113). Cambridge: Cambridge University Press.
- KELLY, J. P. (2000). The Twilight of Customary International Law. *Virginia Journal of International Law*, 40, 449.
- KELSEN, H. (1967). *Pure Theory of Law*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- KENNEDY, D. (1985). The Turn to Interpretation. *Southern California Law Review*, 58, 251–275.
- KINGSBURY, B. (1998). The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law. *Michigan Journal of International Law*, 19, 345–372.
- KINGSBURY, B. (2002). Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim’s Positive International Law. *European Journal of International Law*, 13(2), 401–436.
- KINGSBURY, B. (2009a). International Law as Inter-Public Law. *Nomos*, 49, 167–204.
- KINGSBURY, B. (2009b). The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, 20(1), 23–57.
- KIRGIS, F. (1987). Custom on a Sliding Scale. *The American Journal of International Law*, 81, 146.
- KLEINLEIN, T. (2011). Non-state actors from an international constitutionalist perspective. Participation matters! En J. D’Aspremont (Ed.), *Participants in the International Legal System. Multiple perspectives on non-state actors in international law* (pp. 41–53). London and New York: Routledge.
- KOH, H. H. (1997). Why Do Nations Obey International Law? *The Yale Law Journal*, 106(8), 2599–2660.
- KOLB, R. (2006). *Interprétation et création du droit international. Esquisse d’une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*. Brussels: Bruylant.
- KOSKENNIEMI, M. (2002). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KOSKENNIEMI, M. (2005). *From Apology to Utopia. The Structure of the International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KOSKENNIEMI, M. (2007). Methodology in International Law. En (R. Wolfrum, Ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press.
- LAUTERPACHT, H. (1925). Westlake and Present Day International Law. *Economica*, 15, 307.
- LAUTERPACHT, H. (1932). The Nature of International Law and General Jurisprudence. *Economica*, (37), 301–320.

- LAUTERPACHT, H. (1946). The Grotian Tradition in International Law. *British Yearbook of International Law*, 23, 1–53.
- LAUTERPACHT, H. (1949). Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties. *British Yearbook of International Law*, 26, 48–85.
- LEPARD, B. D. (2012). *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LETSAS, G. (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- LETSAS, G. (2010). Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer. *European Journal of International Law*, 21(3), 509–541.
- LINDBLOM, A.-K. (2006). *Non-Governmental Organisations in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LINDERFALK, U. (2010). *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht: Springer.
- LOWE, V. (2007). *International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MACCORMICK, N. (1985). A Moralistic Case for A-Moralistic Law? *Valparaiso University Law Review*, 20(1), 1–41.
- MAISLEY, N., & LOSADA REVOL, I. (2016). ¿Dworkin en La Haya? Las reglas de interpretación de la costumbre en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En R. Pezzot & S. González Napolitano (Eds.), *Liber Amicorum Alejandro Turyn*. Buenos Aires: Eudeba.
- MALANCZUK, P. (1997). *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*. New York: Routledge.
- MARKS, S. (ED.). (2008). *International Law on the Left. Re-examining Marxist Legacies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MARMOR, A. (2016). The Pure Theory of Law. En (E. N. Zalta, Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado a partir de <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/lawphil-theory/>
- MARTÍ, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- MARTÍ, J. L. (2008). Sobre la normatividad de la filosofía del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 25, 427–454.
- MERRILLS, J. G. (1969). Two Approaches to Treaty Interpretation. *Australian Year Book of International Law*, 4, 55–82.
- MICKELSON, K. (2008). Taking stock of TWAIL histories. *International Community Law Review*, 10(4), 355–362.
- MIÉVILLE, C. (2006). *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*. Chicago, IL: Haymarket Books.
- MORSE, O. (1960). Schools of Approach to the Interpretation of Treaties. *Catholic University Law Review*, 9, 36.
- MURPHY, L. (2001). The Political Question of the Concept of Law. En J. Coleman (Ed.), *Hart’s Postscript* (pp. 371–409). Oxford: Oxford University Press.
- MURPHY, L. (2005). Concepts of Law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 30, 1–19.
- MUTUA, M. (2000). What is TWAIL? En *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* (Vol. 94, pp. 31–38). Cambridge University Press.
- NGUYEN QUOC, D., DAILLIER, P., & PELLET, A. (2002). *Droit International Public*. Paris: LGDJ.
- NIJMAN, J. E. (2004). *The Concept of International Legal Personality. An Inquiry into the History and Theory of International Law*. Den Haag: T.M.C. Asser Press.
- NINO, C. S. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- NINO, C. S. (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- NINO, C. S. (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven and London: Yale University Press.
- NINO, C. S. (2013). *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- NINO, C. S. (2014). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- NOWROT, K. (1999). Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6(2), 579–645.

- O'CONNELL, D. P. (1970). *International Law*. London: Stevens & Sons.
- OKAFOR, O. C. (2005). Newness, imperialism, and international legal reform in our time: A Twail perspective. *Osgoode Hall LJ*, 43, 171.
- ORAKHELASHVILI, A. (2008). *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- PELLET, A. (2012). Article 38. En A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat, & C. Tams (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary (2nd edition)* (pp. 731–870). Oxford: Oxford University Press.
- PETERS, A. (2001). There is Nothing More Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law. *German Yearbook of International Law*, 44, 25–37.
- PETERS, A. (2006). Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, 19(3), 579–610.
- PETERS, A. (2009). Membership in the Global Constitutional Community. En J. Klabbers, A. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law* (pp. 153–262). Oxford: Oxford University Press.
- PETERS, A. (2013). Realizing Utopia as a Scholarly Endeavour. *European Journal of International Law*, 24(2), 533–552.
- PETERS, A. (2017). International Legal Scholarship Under Challenge. En A. Nollkaemper, J. d'Aspremont, T. Gazzini, & W. Werner (Eds.), *International Law as a Profession* (pp. 117–159). Cambridge: Cambridge University Press.
- PETERS, A., FÖRSTER, T., & KOEHLIN, L. (2009). Towards Non-State Actors as Effective, Legitimate, and Accountable Standard-Setters. En A. Peters, T. Förster, & L. Koechlin (Eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PINTO, M. (2007). L'Emploi de la Force dans la Jurisprudence des Tribunaux Internationaux. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 331, 9–162.
- POGGE, T. (1992). Cosmopolitanism and Sovereignty. *Ethics*, 103(1), 48–75.
- POGGE, T. (2005). Recognized and violated by international law: The human rights of the global poor. *Leiden Journal of International Law*, 18(4), 717–745.
- POGGE, T., RIMMER, M., & RUBENSTEIN, K. (EDS.). (2010). *Incentives for Global Public Health. Patent Law and Access to Essential Medicines*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PRONTO, A. (2008). Some Thoughts on the Making of International Law. *European Journal of International Law*, 19(3), 601–616.
- RAJAGOPAL, B. (2003). *International Law from Below: Development, Social Movements, and Third World Resistance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- RAWLS, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- REBASTI, E. (2008). Beyond consultative status: Which legal framework for enhanced interaction between NGOs and intergovernmental organizations? En P.-M. Dupuy & L. Vierucci (Eds.), *NGOs in International Law: Efficiency in Flexibility?* (pp. 21–70). Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing.
- ROBERTS, A. E. (2001). Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. *The American Journal of International Law*, 95(4), 757–791.
- RYNGAERT, C. (2010). Imposing international duties on Non-State actors and the legitimacy of international law. En M. Noortmann & C. Ryngaert (Eds.), *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law Taking to Law Making?* (pp. 69–90). Farnham, Surrey: Ashgate.
- SCHAUER, F. (1996). Positivism as Pariah. En R. P. George (Ed.), *The Autonomy of Law* (pp. 31–55). Oxford: Oxford University Press.
- SCHAUER, F. (2005). The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson. *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(3), 493–501.
- SCHWARZENBERGER, G. (1947). The Inductive Approach to International Law. *Harvard Law Review*, 60(4), 539–570.
- SENDER, O., & WOOD, M. (2017). A Mystery No Longer? Opinio Juris and Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law. *Israel Law Review*, 50(3), 299–330.
- SHAPIRO, S. (2007). The “Hart–Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. En A. Ripstein (Ed.), *Ronald Dworkin* (pp. 22–55). Cambridge: Cambridge University Press.
- SHAW, M. (2003). *International Law (Fifth.)*. Cambridge: Cambridge University Press.

- SIMMONS, B. (1998). Compliance with International Agreements. *The Annual Review of Political Science*, 1, 75–93.
- SIMMONS, B. (2010). Treaty Compliance and Violation. *Annual Review of Political Science*, 13(1), 273–296.
- SINGER, P. (2002). *One World: The Ethics of Globalization*. New Haven: Yale University Press.
- SMITH, D. (2010). Theoretical Disagreement and the Semantic Sting. *Oxford Journal of Legal Studies*, 30(4), 635–661.
- SOMEK, A. (2010). The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury. *European Journal of International Law*, 20(4), 985–995.
- SOREL, J.-M., & BORÉ EVENO, V. (2011). Article 31. En O. Corten & P. Klein (Eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- SZAZI, E. (2012). *NGOs: Legitimate Subjects of International Law*. Leiden: Leiden University Press.
- TALMON, S. (2015). Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion. *European Journal of International Law*, 26(2), 417–443.
- TAMS, C. J. (2015). Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 14(1), 51–79.
- TASIOULAS, J. (1996). In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case. *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 85–128.
- TASIOULAS, J. (2009). Customary international law and the quest for global justice. En A. Perrau-Saussine & J. B. Murphy (Eds.), *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. (pp. 307–335). Cambridge: Cambridge University Press.
- TESÓN, F. (1990). International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent. *Yale Journal of International Law*, 15(1), 84–120.
- TESÓN, F. (1998). *A Philosophy of International Law*. Oxford: Westview Press.
- TRACHTMAN, J. P. (2016). Customary International Law: How Do Courts Do It? En C. A. Bradley (Ed.), *Custom’s Future. International Law in a Changing World* (pp. 172–204). Cambridge: Cambridge University Press.
- TULLY, S. (2007). *Corporations and International Lawmaking*. Boston and Leiden: Martinus Nijhoff.
- VAN DAMME, I. (2009). *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. Oxford: Oxford University Press.
- VENZKE, I. (2012). *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford: Oxford University Press.
- VENZKE, I. (2017). Sources in Interpretation Theories: The International Law-Making Process. En J. D’Aspremont & S. Besson (Eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (pp. 401–421). Oxford: Oxford University Press.
- VILLIGER, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- VON BERNSTORFF, J. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VON STEIN, J. (2012). The Engines of Compliance. En J. L. Dunoff & M. A. Pollack (Eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (pp. 477–501). Cambridge: Cambridge University Press.
- VOYIAKIS, E. (2009). International Law and the Objectivity of Value. *Leiden Journal of International Law*, 22(1), 51–78.
- WAIBEL, M. (2011). Demystifying the Art of Interpretation. *European Journal of International Law*, 22(2), 571–588.
- WALDRON, J. (2001). Normative (or Ethical) Positivism. En J. Coleman (Ed.), *Hart’s Postscript* (pp. 411–433). Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J. (2004). The Rule of Law as a Theater of Debate. En J. Burley (Ed.), *Dworkin and his Critics: With replies by Dworkin* (pp. 319–336). London: Blackwell.
- WALDRON, J. (2005). *Derecho y desacerdos*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- WALDRON, J. (2008). The Concept and the Rule of Law. *Georgia Law Review*, 43(1), 1–61.
- WALDRON, J. (2011a). The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Nomos*, 50, 3–31.
- WALDRON, J. (2011b). Vagueness and the Guidance of Action. En A. Marmor & S. Soames (Eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (pp. 58–82). Oxford: Oxford University Press.

- WEIL, P. (1983). Towards Relative Normativity? *The American Journal of International Law*, 77, 413–442.
- WILLETTS, P. (2000). From “Consultative Arrangements” to “Partnership”: The Changing Status of NGOs in Diplomacy at the UN. *Global Governance*, 6(2), 191–212.
- WILLETTS, P. (2011). *Non-Governmental Organizations in World Politics. The construction of global governance*. Abingdon and New York: Routledge.
- WOLFKE, K. (1993). Some persistent controversies regarding customary international law. *Netherlands Yearbook of International Law*, 24, 1–16.
- WOODWARD, B. (2010). *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance: Theory and Practice*. Boston and Leiden: Martinus Nijhoff.