

BECERRA, Manuel y ÁVALOS, Roxana, *Derecho de los tratados. Teoría y práctica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, 255 pp.

Este trabajo, muy oportuno entre nosotros, para que un Estado de derecho internacional pueda desarrollarse será comentado en alguno de sus temas con el fin de contribuir críticamente a los temas tratados. Contextualmente, es fundamental la elaboración de doctrina, el recuerdo de ésta, la contribución de textos que contengan las normas jurídicas internacionales, la jurisprudencia, y los sujetos de derecho internacional, incluyendo a los seres humanos, eso es formar una disciplina. En el primer y último ámbito del trabajo académico es donde se enmarca el texto en comentario. Sus funciones son: a) cubrir un área de análisis de la doctrina junto con su aplicación, b) formar personas en las normas jurídicas que integran al Estado de derecho internacional y c) permitir entender el proceso denominado “recepción” de las normas jurídicas internacionales contenidas en tratados internacionales (en México). No ahondaremos más en el tema final, pero dejamos problemas para futuras conversaciones donde el libro aportará: “drones”, Alta Mar, inclusive gobernabilidad marina o cambio climático y biodiversidad.

### *El derecho de los tratados*

En la primera parte del texto se analizan los elementos relevantes sobre tratados: definición, formación e interpretación. Obviamente, este libro describe y analiza a los tratados entre Estados debido al examen de la convención sobre la materia actualmente vigente internacionalmente. Los investigadores estudian el “tratado” desde dos de sus elementos, escrituración y regulación por el derecho internacional. Es posible hoy un tratado sin cumplir dichas características, ciertamente. Sin embargo, dicho tratado o no se registraría por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, o por el derecho internacional, según el

caso.\* Hubiere sido interesante tratar de inmediato la formación de la voluntad analizada posteriormente (“acuerdo” en términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y de gran valor para nuestros estudiantes que imaginan las formas de creación de un tratado internacional, él o los procedimientos a nivel internacional). Desde el punto de vista de las denominaciones equivalentes a tratados, las mismas se concentran en las contenidas en la convención misma, *in extenso*. Resulta necesario compeler a los estudiantes a entenderlas por confusiones en reuniones internacionales donde muchas veces los delegados y las delegadas no entienden estas “denominaciones” de convenciones, no los consideran tratados por no llevar ese rótulo o, más grave aún, consideran el nombre de algún instrumento como carente de la generación de normas jurídicas, derechos y obligaciones internacionales. Como se ha expresado, se mira al fondo y no al nombre.

La “formación del tratado” se trata desde la negociación, es decir, anterior al derecho, pero regulada tímidamente por éste, como la adopción y manifestación de consentimiento. En ello se plantea lo dicho por Kelsen, el derecho (como algunos sistemas biológicos) autogenera sus normas, y a la noción de imputación podemos agregar la idea de “imputación subsecuente”, dado que las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 son normas jurídicas calificadoras de otras normas jurídicas y no necesariamente “situaciones de hecho” (lo que en otra parte se les denomina “normas jurídicas secundarias” o “de creación de normas jurídicas”). En estricto rigor, la convención trata la creación, la “imputación subsecuente” o, en otra disciplina, la “calificación”, pero desde el derecho internacional público.

Ciertamente, se prohíbe negociar cuestiones relacionadas a *ius cogens* cuando sea para un tratado por escrito. *Ius cogens* excluye negociación de un tratado bajo regulación de la Convención de Viena de 1969, al invalidarlo. Queda, sin embargo, la posibilidad de negociación de tratados orales donde dicha negociación es posible. Además, si bien los tratados se inscriben en la Secretaría de la Organización de Naciones Unidas u otra entidad de dicha índole, bien podría no efectuarse la inscripción misma. Sin embargo, contribuimos, dependiendo del tipo de norma jurídica a ser negociada

\* Hay precedentes en Chile, en el territorio chileno se firmaron tratados entre el Estado de Chile y mapuches.

en un tratado internacional contrario a *ius cogens*, podría ser considerado como ilícito internacional del derecho internacional criminal contenido en el Estatuto de Roma. La negociación es posible, la sanción deberíamos determinarla conforme al tipo de ilícito contenido en el tratado negociado, hoy existen límites a la negociación, no todo es negociable. Una cuestión que he planteado antes y lo hago nuevamente, si hay quien quiera generar una conversación sobre el asunto son las normas jurídicas derivadas de la piratería contenidas en la Convención sobre Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. ¿Hay una sanción para los que la cometen?

La “fuerza” es un problema hoy día: ¿cuál y hasta qué punto se la considera violación de la libertad e igualdad de las partes? Sólo agrega a la discusión la denominación, no existe fuerza en su sentido natural y obvio, de otra forma no hay voluntad, sino “presión” (no engaño o confusión, del dolo y el error). Siguen los autores la voluntariedad del derecho internacional y su marco jurídico, no es posible otra cosa. Sin embargo, dan espacio, lo digo aquí con interés académico, para iniciar una nueva conversación, la de las normas jurídicas internacionales (no sólo obligaciones o derechos): voluntarias en origen, pero absolutas en su aplicación, sin excepción y de orden imperativo o prohibitivo. Se agrega la evaluación de los actos de los Estados que traen al menos consecuencias para futuros conflictos como elemento interpretativo, el problema de la violación de la “buena fe” (objetiva o subjetiva), la discusión de una formación del consentimiento generadora de normas jurídicas, derechos y obligaciones.

La interpretación es otro de los temas de interés. Las normas de la convención que el autor y autora comentan como el derecho internacional antes de la codificación observada en la segunda mitad del siglo XX, son costumbre internacional y pública. Resulta difícil entender este elemento. Los Estados, como tales, no ejercen actividades percibidas en sus efectos contando con un ser real ejercidos territorios que gobiernan sino agentes que los representan y otros elementos propios del Estado la generan. Los autores, se centran en entender la voluntad de las partes aun antes de su interpretación. Este problema lo hemos puesto de relieve a propósito del Convenio sobre Diversidad Biológica. Apuntan al proceso de determinar el sentido y alcance de un texto cuya característica es ser obligatorio (de mayor o menor obligatoriedad, mundial, regional o bilateral) y vigente internacionalmente, reiteraremos, para evitar, sólo la idea de que el tratado

es vigente nacionalmente al ser aprobado por los parlamentos. La vigencia y aplicación internacional debe ser debidamente observada.

La interpretación es un tema complejo, se previene la discrepancia de acuerdo con la familia jurídica al sistema jurídico nacional. Al respecto, es una prevención necesaria. En la aplicación de las normas jurídicas, secundarias en la terminología de Herbert Hart, lo primero es determinar cuáles normas jurídicas se aplican. Ciertamente, en materia de interpretación en el contexto en que nos encontramos, cuatro posibilidades son posibles, de acuerdo con el tribunal que conozca del asunto: tribunal internacional aplicando normas jurídicas internacionales (interpretación se hace conforme a normas jurídicas internacionales); tribunal nacional aplicando normas jurídicas nacionales (interpretación conforme las normas jurídicas nacionales); tribunal internacional aplicando normas jurídicas nacionales, hipótesis posible pero extraña; y, finalmente, tribunal nacional aplicando normas jurídicas internacionales. Las anteriores normas jurídicas deben ser consideradas desde la perspectiva de pertenecer a uno o varios tratados (no incluimos costumbre ni principios a fin de no complicar el problema planteado). La primera y la última posibilidad son abordadas en el libro. En la posibilidad de interpretación de tratados internacionales por los tribunales internacionales entre estados el artículo 31 de la convención mencionada y en el comentario indica una cuestión expresada en estas líneas, el que al “aplicar” se debe “interpretar”. Es decir, se observa a la norma jurídica siguiendo las indicaciones de ésta. La aplicación es teórica, es decir, de carácter intelectual y gnoseológico, se debe entender la norma jurídica al menos como aplicable a la materia, luego corresponde su aplicación desde una perspectiva del derecho internacional. El libro hace referencia al carácter consuetudinario de las normas jurídicas sobre interpretación. En relación con los “términos del tratado” resulta muy interesante lo de “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse”. Este “sentido” que debe ser “corriente” resulta un tema a discutir. “Corriente” debe entenderse en contradicción al lenguaje de las personas, al lenguaje “natural”. Se debe mirar que son corrientes en el sentido técnico y no en el lenguaje común. Este lenguaje “técnico” se refiere a los conceptos empleados en el tratado sujeto, en nuestra opinión, con relación a los elementos propios de las normas jurídicas, a saber, el antecedente y el consecuente donde en el primero se establece el “supuesto de hecho” y eso permite comparar, luego, este supuesto con los hechos descritos por las partes o sólo la determinación del

mero sentido de las normas jurídicas solicitadas a interpretación. Se insiste en el “contexto” del tratado y en considerar al tratado interpretado como elemento integrador de la interpretación: “sentido corriente”, “contexto”. Si un tratado es sobre medio ambiente, límites entre Estados e inversión, permitirán entender términos y el sentido corriente en esos tratados así, resolver un conflicto o establecer una nueva “situación jurídica”.

En la segunda parte del libro se observa la “aplicación” por un procedimiento constitucional, de normas jurídicas internacionales. Es un proceso racional de interpretación de normas jurídicas internacionales por parlamentos, tribunales y administración pública (aceptando o rechazando su aplicación). Un segundo proceso, propio de juristas, solución de problemas intersubjetivos en tribunales nacionales, es determinar si los “supuestos de hecho” en tratados explicitan conceptualmente el objeto interpretado con consecuencias jurídicas nacionales. (Diferencias en interpretación de “casa” y “obligación”: el primero común a personas, el segundo común a juristas y filósofos). Finalmente, cabe preguntarse de “situaciones jurídicas” internacionales aplicables en relaciones jurídicas nacionales, pero sin haberse procedido a un análisis de su constitucionalidad en el proceso de incorporación si no se han incorporado por normas jurídicas nacionales. Estas ideas pueden encontrarse en la sección relacionada a la verticalidad y horizontalidad de las normas constitucionales mexicanas. Es posible leer una serie de normas referidas en el texto como propias de la interpretación al establecer un “bloque constitucional”, particularmente el artículo 133 de la Constitución mexicana. La jurisprudencia es tratada de manera adecuada tanto apoyando y ejemplificando. Un texto, se entiende, de lectura necesaria por aquellos que deseen entender sobre los tratados internacionales y derecho constitucional comparado.

Sergio Ramiro **Peña-Neira** \*\*

\*\* Universidad Mayor, Chile; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2637-257X>, [sergio.pena@umayor.cl](mailto:sergio.pena@umayor.cl).