

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO SOBRE EL USO DE LA
FUERZA ARMADA Y SU ARGUMENTACIÓN. ANÁLISIS DE CASOS

Tesis que para obtener el grado de Doctor en Derecho presenta el Maestro
en Derecho José Luis Vallarta Marrón

Tutores:

Dr. Gabino Vázquez Robles (tutor principal)

Dra. María Elena Mansilla y Mejía

Dra. María del Carmen Platas Pacheco



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS
A MIS MENTORES

LA COMPAÑÍA DE JUSÚS
AD MAIOREM DEI GLORIAM

LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM
POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU

*De nuevo para mi bien amada esposa
Alicia Eugenia,
ejemplar compañera, madre y abuela*

*A mis hijos Alicia María, María de la
Concepción y José Francisco*

*A mis nietas
Valeria Maria y Lorena Sofía*

ÍNDICE	2
INTRODUCCIÓN	6
I. Objetivo.	6
II. Diferencias fundamentales entre las familias jurídicas romano-germánicas, neo-romanistas o del código civil y las del “common law”	6
III. Teoría de la argumentación jurídica y Lógica Jurídica.	8
IV. Tesis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	9
V. La argumentación jurídica ante un Juez letrado y ante un jurado popular.	9
VI. Sobrevivencia de los precedentes después de la codificación o el desarrollo del Derecho en el “common law”	10
VII. Método.	11
VIII. Hipótesis	14
CAPÍTULO 1	
LOS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-GERMÁNICO Y DEL COMMON LAW	16
1.1. Las familias jurídicas romano-germánicas	16
1.2. El “common law”.	21
1.3. Desarrollo del “common law” como fenómeno Único e irrepetido.	23
1.4. Lo que no es el “common law”.	35
1.5. El “common law”, la Filosofía y las doctrinas jurídicas.	35
1.5.1. Roger BACON	35
1.5.2. John AUSTIN	38
1.5.3. BLACKSTONE y James COOLIDGE CARTER, y la costumbre, fundamento del common law.	39
1.5.4. John CHIPMAN GRAY y el Derecho como sentencia judicial	40
1.5.5. Oliver Wendell HOLMES, el precursor del realismo jurídico	41
1.5.6. El realismo jurídico de Jerome FRANK y de Karl N. LLEWELLIN	44
1.5.7. Roscoe POUND y las sentencias como decisión concreta y como fuente normativa	46
1.5.8. La tesis ecléctica de Benjamin CARDOZO.	48
1.5.9. Herbert L.A. HART	50
1.6. Los tratados internacionales y el “common law”	52
1.7. Características de las sentencias en los tribunales del “common law” y en los de las familias romano germánicas.	67

1.8. Acercamiento o encuentro de las familias jurídicas analizadas	68
Conclusiones.	72
CAPÍTULO 2	74
LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	
2. Introducción	75
2.1. Teoría de la argumentación jurídica	77
2.2. El silogismo jurídico	83
2.3. Enunciados verdaderos y enunciados falsos	85
2.4. Paso de las premisas a la conclusión	87
2.5. Premisa normativa, premisa fáctica, premisa analógica y conclusión.	88
2.6. La concepción tópica del razonamiento Jurídico	91
2.7. Selección de temas para estudio en algunos teóricos de la argumentación jurídica, representativos de algunas tendencias, épocas y doctrinas	93
2.7.1. Retórica y argumentación	93
2.7.2. Argumentación y argumentación jurídica	98
2.7.3. Principios y reglas de la argumentación.	102
2.7.4. El silogismo y las falacias	107
2.7.5. La justificación (interna y externa)	117
2.7.6. Tipología de los argumentos: apodícticos, dialécticos y retóricos	123
2.7.6.1. Argumentos apodícticos	124
2.7.6.2. Argumentos apodícticos de autoridad	125
2.7.6.3. Argumentos apodícticos por analogía	126
2.7.6.4. Argumentos apodícticos de los principios generales del Derecho.	128
2.7.6.5. Argumentos apodícticos sistemáticos	129
2.7.6.6. Argumentos apodícticos de finalidad	129
2.7.6.7. Argumentos apodícticos de no redundancia	130
2.7.6.8. Argumentos apodícticos históricos	133
2.7.6.9. Argumentos dialécticos	133
2.7.6.10. Argumentos dialécticos de contexto	134
2.7.6.11. Argumentos dialécticos de coherencia	136
2.7.6.12. Argumentos dialécticos pragmáticos	137
2.7.6.13. Argumentos dialécticos de interpretación forzosa.	138
2.7.6.14. Argumentos dialécticos de literalidad	139
2.7.6.15. Argumentos dialécticos de reducción al absurdo.	140
2.7.6.16. Argumentos retóricos	140
2.7.6.17. Argumentos retóricos de equidad	141
2.7.6.18. Argumentos retóricos psicológicos	142

2.7.6.19. Argumentos retóricos morales	142
2.8. Las tres concepciones de la argumentación, la formal, la material y la pragmática	143
2.9. Intento por estructurar elementos que nos sirvan para identificar qué tipo de argumentación se ha dado en algunos debates internacionales, con especial interés en separar la argumentación jurídica de la que no lo es y en denunciar sofismas, falacias o argumentos erísticos.	143
Conclusiones.	145
CAPÍTULO 3	
ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EXPUESTA POR ALGUNOS GOBIERNOS EN ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y POR INTERNACIONALISTAS RESPECTO DE LA ACCIÓN MILITAR EN KOSOVO POR LA ORGANIZACIÓN DEL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE (OTAN)	149
3. Introducción.	149
3.1. La OTAN y la Carta de las Naciones Unidas.	150
3.2. El punto de vista sobre la acción militar de la OTAN, desde la perspectiva del "common law"	152
3.3. Otros argumentos expuestos en la doctrina, en la Unión Europea, en la ONU y en la OTAN	161
3.4. Argumentación a favor de la intervención de la OTAN en Kosovo en el Consejo de Seguridad.	167
3.5. Acción judicial de Yugoslavia en la Corte Internacional de Justicia	169
3.6. Análisis de la argumentación en pro de la intervención de la OTAN en Kosovo, a la luz de la doctrina de ARISTÓTELES	172
3.7. Análisis de las argumentaciones expuestas a la luz de la doctrina de Robert ALEXY	180
3.8. Análisis de la argumentación expuesta a la luz de la doctrina de la Dra. María del Carmen PLATAS PACHECO	185
Conclusiones.	194
CAPÍTULO 4	
LA INVASIÓN DE IRAK DE MARZO DE 2003 Y SU SUPUESTA LEGALIDAD. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS INVASORES	196
4. Introducción y breve relación de los hechos.	196
4.1. Marco jurídico	197
4.2. Análisis de los argumentos esgrimidos por los invasores a la luz de doctrinas sobre argumentación jurídica.	198
4.3. Las argumentaciones a la luz de la doctrina de	217

ARISTÓTELES	
4.4. Las argumentaciones a la luz de la doctrina de ALEXY	217
4.5. Las argumentaciones a la luz de la doctrina de PLATAS	222
PACHECO	
Conclusiones.	222
CONCLUSIONES GENERALES	225
BIBLIOGRAFÍA	229

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: I. Objetivo. II. Diferencias fundamentales entre las familias jurídicas romano-germánicas, neo-romanistas o del código civil y las del “common law”. III. Teoría de la argumentación jurídica y Lógica Jurídica. IV. Tesis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. V. La argumentación jurídica ante un Juez letrado y ante un jurado popular. VI. Sobrevivencia de los precedentes después de la codificación o el desarrollo del Derecho en el “common law”. VII. Método. VIII. Hipótesis.

I. Objetivo

El objetivo del presente trabajo es el análisis de tesis doctrinales representativas de escuelas predominantes en materia de argumentación jurídica. A la luz de esas doctrinas, estudiaremos argumentaciones selectas que han tenido lugar en organizaciones internacionales gubernamentales, o que se encuentran en declaraciones gubernamentales y en la doctrina de algunos internacionalistas. Intentaremos identificar pautas de conducta o diferencias de criterios entre actores internacionales y sus correspondencias con las doctrinas emanadas de sus respectivas familias jurídicas.

II. Diferencias fundamentales entre las familias jurídicas romano-germánicas y del *common law*

Las familias jurídicas romano-germánicas (también llamadas del código civil o neo-romanistas) y las del *common law* son sistemas de Derecho que, según la experiencia profesional y académica del autor de este trabajo, han presentado diferencias para entender las normas jurídicas en la arena internacional y para argumentar sobre la legalidad de acontecimientos mundiales.

Cabe aclarar que no estudiaremos otras familias jurídicas, además de las mencionadas, por considerar que, para los fines del presente trabajo, basta con tomar como punto de partida las dos grandes familias jurídicas surgidas de la cultura occidental.

Siguiendo el análisis de los juristas alemanes Konrad SWEIGERT Y Hein KÖTZ¹, haremos en esta introducción una primera descripción general de las diferentes mentalidades que podemos reconocer en los juristas de uno y otro sistema, a reserva de desarrollar el tema en el capítulo 1. Según esos autores:

El jurista del *common law* contempla los asuntos con una visión concreta y se deja orientar por la experiencia; con base en ella discurre y aplica el resultado de sus reflexiones al siguiente caso que es sometido a su consideración o estudio; no deduce a partir de formulaciones universales y suele encarar los problemas en la medida en que se le presentan; practica la inducción para llegar de los hechos a la ley que los rige; en principio, acepta la obligación de los precedentes judiciales (*stare decisis*); es empirista por naturaleza; ante un problema jurídico se pregunta, ¿qué hicimos anteriormente?; históricamente ha sido influido por la percepción de que la actividad legislativa es necesaria sólo para contrarrestar una perturbación o trastorno de carácter específico; entiende que la fuerza vinculante de la ley escrita es “menor” que la del *common law*, sus jueces perciben su función como una limitación al legislador y su regla de oro es la máxima solvitur ambulando.

Por el contrario, el jurista de las familias neorromanistas es profundamente racionalista y practica la deducción; mediante la lógica descubre leyes universales y las aplica a casos particulares concretos; deposita su fe en los silogismos y, al considerar los precedentes, los somete al imperio de la ley; frente a una cuestión jurídica recurre a la ley, a los principios generales del Derecho y a la Lógica; sus jueces utilizan la subsunción del hecho a la norma y prefieren dar la impresión de que sus fallos emanan del texto de la ley; prefiere la interpretación auténtica de la ley a la judicial; cuenta con códigos sumamente

¹ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, (traducido de la 3ª edición en inglés) Oxford University Press, Colección de Estudios Jurídicos, México, D.F., 2002, pp. 273 y 274.

completos que, entre otras cosas, incorporan la costumbre en la ley, la codifican, y su regla de oro es la sistematización.²

En esta introducción conviene recordar que el razonamiento en el sistema del *common law* y en nuestro sistema romano-germánico es diferente. En el primero, el discurso se da principalmente por vía de precedentes, en tanto que, en el segundo, en el que la legislación es la fuente del Derecho predominante, inspirada o deducida de principios generales, el método se basa en la deducción de la norma de principios generales; en la subsunción del hecho a la norma y en la interpretación de un texto codificado dotado de autoridad.

III. Teoría de la argumentación jurídica y Lógica jurídica

La teoría de la argumentación jurídica se ha confundido en nuestro medio con la Lógica jurídica. Ello es natural, el jurista de la familia romano-germánica, sobre todo en nuestro país, con las variables que se han dado en la historia del pensamiento jurídico, tiende a abrazar la escuela de la exégesis y, a la manera de los juristas franceses de la época inmediata posterior al Código de Napoleón, se inclina a considerar que la ley prevé todas las situaciones imaginables y que, por tanto, la labor del juez, y del jurista en general, se limita a la aplicación del código sin interpretación, o con una interpretación apegada a la letra de la ley. Así, el juez, en su sentencia, aplicando las reglas del silogismo, puede limitarse a expresar la ley en una premisa mayor o normativa; a describir los hechos en una premisa menor o fáctica, para llegar casi automáticamente a una conclusión en forma de fallo judicial. En nuestra época, usando una hipérbole y llevando al extremo las tendencias radicales de esta escuela, podríamos prever el uso de computadoras para preparar argumentaciones o dictar sentencias. Cabe aclarar que esa tendencia cede en nuestros días a escuelas de

² Paráfrasis y énfasis del autor.

pensamiento modernas que, sin desconocer la utilidad de la Lógica jurídica y del silogismo judicial, complementan esa rigidez con doctrinas de argumentación que van más allá del silogismo.

IV. Tesis de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

Una manifestación clara de esa tendencia exegética la encontramos en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice:

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.³

Si por interpretación jurídica de la ley se entiende interpretación literal, la tendencia exegética se confirma.

V. La argumentación jurídica ante un juez letrado y ante un jurado popular

El anterior enfoque es comprensible en un proceso escrito en el que interactúan doctos abogados en representación de sus clientes en un diálogo con un juez letrado. Ahora bien, en un proceso oral en el que hay que convencer a un jurado popular no conocedor del Derecho, la Lógica jurídica podrá convencer al juez, pero no al jurado, normalmente lego en la materia. Por tal motivo, la teoría de la argumentación, sobre todo la proveniente de sistemas que usan el jurado popular, ha evolucionado y se ha apartado, en alguna medida, de la Lógica para recurrir a la retórica como instrumento de persuasión.

³ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, edición de la Secretaría de Gobernación, febrero de 2003, p. 22.

Por otra parte, cuando un jurista está al servicio de su gobierno o argumenta en defensa de un cliente, es ético que su argumentación vaya encaminada a la defensa de una posición previamente determinada, dentro de ciertos límites morales y doctrinales. Es frecuente que los gobiernos adopten posiciones y actúen utilizando criterios meta-jurídicos en aras de la defensa de un interés nacional, no siempre legítimo o, peor aún, en defensa de posiciones partidistas o personales lejanas a la legalidad y a toda legitimidad. Lamentablemente, en ese empeño, muchos juristas abandonan la ética y la ortodoxia y deforman el Derecho Internacional para acomodar intereses espurios. Para ello la argumentación práctica y la retórica mal entendida, así como el uso de precedentes superados, en un abuso de principios del *common law*, les viene como anillo al dedo.

VI. Sobrevivencia de los precedentes después de la codificación o el desarrollo del Derecho Internacional en el *common law*

No pretendemos que los juristas del *common law* actúen siempre con dolo, pues tal posición rayaría en el absurdo. Nuestro estudio intenta confirmar la hipótesis de que, cuando una gran potencia viola obligaciones internacionales, el sistema y el pensamiento del *common law* brindan argumentos basados en precedentes que no toman en cuenta desarrollos jurídicos ulteriores y, sobre todo, codificaciones que acotan y hacen inaplicables ciertos precedentes. Para ello, los juristas del *common law* cuentan con una doctrina, según la cual, el Derecho consuetudinario mantiene su importancia, aún después de ser abrogado por desarrollos posteriores y codificaciones del Derecho. Así pueden sostener, por ejemplo, que al igual que el *common law*, que no fenece en la doctrina británica o de Estados Unidos de América (EUA) cuando es confrontado con una ley que lo contradice, sino que permanece latente durante la vida del Derecho escrito para despertar con todo su vigor cuando la ley es abrogada o sufre

desuetudo, así la costumbre internacional, pueden decir, sin razón, se mantiene latente cuando es confrontada con tratados que la contradicen y revive si esos tratados resultan ineficaces.⁴

La doctrina descrita en el párrafo anterior mantendría latente el derecho subjetivo que antaño tenía el soberano para hacer uso de la fuerza armada según su libre albedrío. Ese derecho cobraría vigencia, según esa tesis, una vez que el tratado que limitó esa antigua atribución soberana [la Carta de las Naciones Unidas (ONU)] perdiera eficacia. Esa doctrina, que rechazamos, nos ayuda a entender el poco pudor que muestran políticos de las grandes potencias que, sin empacho alguno, pretenden cumplir con *the rule of law* cuando ejecutan acciones violatorias de la Carta de la ONU.

VII. Método

Nuestro método será deductivo puesto que en todo momento nos guiaremos, por principios de validez universal, por principios generales del Derecho, por normas imperativas del Derecho Internacional de validez *erga omnes* identificadas en latín como *ius cogens* y por los Propósitos y Principios de la Carta de la ONU.

Nuestro método será inductivo porque con el estudio de casos intentaremos identificar en el ámbito internacional pautas de conducta acordes con lo prescrito en la norma jurídica; prácticas violatorias del Derecho Internacional, y argumentaciones falaces destinadas justificar esas violaciones.

La utilización del método inductivo nos llevó a la selección de los casos que habríamos de analizar para descubrir en ellos pautas de conducta en los

⁴ KELLY, Michael J., *Time Warp to 1945, Resurrection of the reprisal and anticipatory self-defence doctrines in International Law*, (2003) 13 J Transnational Law and Policy 12, compilación por ANTON, Donald K. et al, *International Law, Cases and Materials*, Oxford University Press, South Melbourne, Australia, 2005, pp. 541 y 542.

actores de la escena internacional. Fue nuestro propósito determinar si la familia jurídica a la que pertenecen esos actores condiciona o facilita argumentaciones jurídicas falaces al usar el Derecho como instrumento para justificar políticas violatorias del orden jurídico mundial.

Tuvimos que resolver el problema de la necesidad de limitar el número de casos, pues pretender cubrir todos, aún limitándonos por la noción de “actualidad”, resultó imposible, so pena de alargar este trabajo más allá de lo requerido y razonable. El criterio o método para escoger los casos por analizar fue la importancia del evento mismo, su actualidad y sus consecuencias para el Derecho Internacional Público.

Inicialmente, habíamos escogido tres casos más de los considerados en el presente trabajo.⁵ Dos de ellos, por no ser argumentaciones jurídicas posteriores a violaciones de la Carta de la ONU, ni relativas al uso ilegal de la fuerza armada, resultaron en un análisis de la argumentación jurídica esgrimida a la luz de diversas doctrinas, pero sin relación con los casos sí incluidos en la investigación. Uno de los casos escogidos se eliminó para reducirlos a los dos de mayor actualidad. Al no ser dos de esos casos válidos para el método inductivo utilizado para encontrar patrones comunes o hilo conductor con los incluidos finalmente en este trabajo, optamos por limitarnos a los casos que se explican en los siguientes párrafos, que, en nuestra opinión constituyen ejemplos útiles para fundamentar nuestra hipótesis.

El caso de Kosovo nos pareció relevante porque planteó al mundo un problema humanitario, que sin ser el único ocurrido en tiempos modernos,

⁵ Esos casos fueron el debate en torno a la inclusión del *ius cogens* internacional en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados de 1969, y el debate en la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas en el caso Avena y otros nacionales de México (México vs. EUA).

por haber acontecido en Europa y no en el llamado tercer mundo, sacudió conciencias en los Estados occidentales miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y dio pábulo a argumentaciones jurídicas, a nuestro parecer incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas, pero dignas de estudio. Algunos de esos discursos son típicos de la mentalidad de los Estados del *common law* que tienen considerable predominio en la OTAN.

El caso de la invasión de Irak de 1963 provocó argumentaciones jurídicas de gran interés, porque no se negó que se aplicara la prohibición del uso de la fuerza contenida en la Carta de la ONU, sino se esgrimieron discursos que mostraron falacias en la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. Desafortunadamente, también se mostró la debilidad del Derecho frente a políticas mal intencionadas de las grandes potencias, que en este caso fueron precisamente el Estado cuyo desarrollo histórico dio origen al *common law* y su heredero más notable por su poderío. El gobierno de EUA, en su política de seguridad nacional, planteó la defensa preventiva, que no existe en la Carta de la ONU y que sólo la aceptan quienes sostienen la tesis del *common law* sobre la sobrevivencia del Derecho Internacional consuetudinario a pesar de que existan tratados que lo contradigan o acoten.

Pudimos haber analizado otros casos, por ejemplo: los ataques a EUA del 11 de septiembre de 2001 y la consiguiente invasión de Afganistán, precedida por una resolución del Consejo de Seguridad que dio una infortunada base para una interpretación extensiva del derecho a la legítima defensa, a la que nos referimos brevemente en uno de los capítulos; la guerra de Vietnam sobre cuya legalidad el Derecho Internacional no arroja mayor respuesta, salvo la doctrina del reconocimiento de Estados y la sucesión de ellos, o bien la crisis del Medio Oriente, permanente y de muy

difícil solución, en la que la aplicación del Derecho Internacional ha sido soslayada, por todos los actores. La inclusión de esos y otros casos hubiera dado a este trabajo una dimensión impropia de una tesis de doctorado, por lo que decidimos limitarnos a los dos casos mencionados que calificamos de binomio por ser diferentes, pero con rasgos comunes.

Debemos aceptar que nuestra experiencia y estudios anteriores ya nos habían mostrado los recursos que el pensamiento jurídico del *common law* brinda a un argumentador de mala fe, empeñado en defender una acción bélica e ilegal de su gobierno. No obstante, es nuestra intención fundamentar esa hipótesis con el análisis que figura en los capítulos 3 y 4. Recordemos que nuestro propósito es un análisis doctrinal de la argumentación del Derecho Internacional que hemos presenciado en el ámbito de aplicación del Derecho de Gentes, para determinar si podemos encontrar en los casos seleccionados pautas de conducta comunes que nos sirvan de hilo conductor hacia nuestras conclusiones.

VIII. Hipótesis

La hipótesis que habremos de enfrentar a variables que la contradigan, con la mira de confirmar o abandonar ese supuesto, sostiene, con el carácter provisional de toda hipótesis, que es frecuente encontrar argumentaciones, sobre todo entre juristas del *common law*, que usan precedentes superados por la codificación y el desarrollo del Derecho Internacional o normas que ya no son aplicables por *desuetudo*, o derogación expresa, aduciendo que la costumbre convive con el Derecho codificado y da validez y vida a normas superadas.

Nuestra hipótesis se basa también en la afirmación de que cuando una gran potencia viola el Derecho Internacional, nunca reconoce haberlo violado, simplemente lo ignora y sustituye por “justificaciones” políticas o,

peor aún, lo deforma con interpretaciones supuestamente jurídicas y amañadas para acomodar ese Derecho a sus intereses.

En un primer capítulo, ya lo hemos dicho, haremos una descripción de las familias jurídicas del código civil o romano-germánicas y del *common law*. En el capítulo 2 expondremos de doctrinas selectas en materia de argumentación que consideramos representativas. En los capítulos 3 y 4 analizaremos dos casos, a la luz de los conocimientos adquiridos y ordenados en los capítulos 1 y 2.

CAPÍTULO 1

LOS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-GERMÁNICO Y DEL COMMON LAW

SUMARIO: 1.1. *Las familias jurídicas romano-germánicas.* 1.2. *El “common law”.* 1.3. *Desarrollo del “common law” como fenómeno único e irrepetido.* 1.4. *Lo que no es el “common law”.* 1.5. *El “common law”, la Filosofía y las doctrinas jurídicas.* 1.5.1. *Roger BACON.* 1.5.2. *John AUSTIN.* 1.5.3. *BLACKSTONE y James COOLIDGE CARTER, y la costumbre, fundamento del common law.* 1.5.4. *John CHIPMAN GRAY y el Derecho como sentencia judicial.* 1.5.5. *Oliver Wendell HOLMES, el precursor del realismo jurídico.* 1.5.6. *El realismo jurídico de Jerome FRANK y de Karl N. LLEWELLIN.* 1.5.7. *Roscoe POUND y las sentencias como decisión concreta y como fuente normativa.* 1.5.8. *La tesis ecléctica de Benjamin CARDOZO.* 1.5.9. *Herbert L.A. HART.* 1.6. *Los tratados internacionales y el “common law”.* 1.7. *Características de las sentencias en los tribunales del “common law” y en los de las familias romano germánicas.* 1.8. *Acercamiento o encuentro de las familias jurídicas analizadas. Conclusiones.*

1.1. Las familias jurídicas romano-germánicas

Nuestro propósito no es un conocimiento exhaustivo de las familias jurídicas que estudiaremos, sino adquirir las nociones necesarias para entender las estructuras mentales de los juristas nacidos y educados en uno y otro sistema, con el fin de comprender su forma de razonar al momento de llevar a cabo una argumentación jurídica en el ámbito internacional de nuestro interés.

Podemos decir que no es estrictamente necesario exponer en detalle los rasgos de la familia romano-germánica, en virtud de que pertenecemos a ella y nos iniciamos en el estudio del Derecho dentro de esa escuela. No obstante, consideramos útil recordar algunas de las características

principales de esta familia, para que esos elementos nos permitan la comparación con la manera de pensar de los miembros de la familia del *common law*, al momento de razonar en el ámbito de la argumentación jurídica.

Para los efectos del presente estudio, no consideramos necesario remontarnos a la formación histórica del Derecho Romano durante los períodos: monárquico, republicano, imperial, justiniano, ni a la expansión de ese Derecho en la Europa medieval; su integración y transformación en Derecho canónico, ni su adaptación por los glosadores y otros comentaristas hacia el llamado Derecho común.⁶ Bástenos reconocer que de ese Derecho recibimos la fe en la codificación y en el Derecho legislado.

Tanto los juristas romanos como Santo Tomás DE AQUINO colocaron al Derecho natural como parte del Derecho privado. La tónica fue empleada como método de argumentación jurídica entre los romanos quienes, al través del análisis argumentativo, pusieron énfasis en la solución justa de los casos y problemas concretos y no en la perfección de un sistema jurídico.⁷

El Código de Napoleón de 1804 fue generado por el espíritu de la Revolución Francesa, pero en su concepción se absorbieron de manera selectiva los resultados de un largo período histórico que dotó a Francia de un verdadero y variado mosaico jurídico formado por el Derecho Romano, costumbres y otras tradiciones. Así, el Código unificó y dio solución a la anarquía e incertidumbre legal que existía en Francia por la convivencia de variados sistemas jurídicos. Ciertamente se dieron esfuerzos por unificar el

⁶ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 3ª. Ed., Porrúa, México, 2002, Cap. 2, *Formación histórica del Derecho Romano*, pp. 11-46.

⁷ PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Analogía de la proporcionalidad*, Porrúa, México, . 2003, p.144.

Derecho privado francés, pero, antes de la Revolución, Francia estaba aún muy lejos de lograrlo, de allí el famoso comentario de VOLTAIRE:

¿No es cosa absurda y deplorable que lo considerado como verdad en un poblado resulta falacia en otro? ¿Hay una barbarie peor que la de vivir bajo diferentes leyes?...Cuando se viaja por las provincias, se cambia de sistemas jurídicos con la misma facilidad con que se cambia de caballos.⁸

La unificación se logró gracias al incontenible impulso político de la Revolución y a la autoridad y resolución de NAPOLEÓN. Todas las instituciones feudales del *ancien régime* se arrancaron de raíz y en su lugar se instituyó la visión de la sociedad ilustrada de DIDEROT, VOLTAIRE y ROUSSEAU, según la cual, el ser humano es una criatura racional y responsable que goza, desde el nacimiento, del derecho inalienable a la libertad de conciencia, creencia y actividad económica.

NAPOLEÓN dedicó todas sus energías, desde su posición privilegiada de Primer Cónsul, para lograr la tan ansiada unificación. Para tal efecto, se nombró una Comisión de sólo cuatro notables letrados en Derecho. En cuatro meses, esa Comisión de juristas presentó un proyecto al poder ejecutivo y legislativo ejercidos por los tres Cónsules (léase Napoleón).

Superadas algunas objeciones, el 31 de marzo de 1804, se promulgó el Código Civil de los Franceses. Hacia el final de su vida NAPOLEÓN llegó a afirmar que sus cuarenta victorias habrían de ser eclipsadas por Waterloo, pero que su Código Civil nunca sería olvidado.

El Código de NAPOLEÓN se basó en el dogma de la ley natural, según la cual, la naturaleza posee principios autónomos e independientes, de los cuales cabe inferir un sistema de principios legales. Según el Código, ese sistema, al presentar una forma inteligible y un plan, puede servir como

⁸ VOLTAIRE, *Oeuvres*, VII, 1838, *Dialogues*, p.5, citado por ZWEIGERT y KÖTZ, *op cit* en nota 1, pp.88-89,

fundamento de una vida social ordenada, moral y racional. El borrador original de la Comisión contenía un primer artículo que decía:

“Hay una ley universal e inmutable que representa la fuente de todas las leyes positivas: se trata de la razón natural, la cual gobierna a toda la humanidad”.

En otras secciones del Código, se ordena al juez que encuentre poco clara la ley aplicable que decida como *ministre d'équité*, entendiéndose por *équité*, “el regreso a la ley natural o a las prácticas aceptadas en ausencia de leyes positivas”⁹

El Código Civil evitó el riesgo de incurrir en demasiados detalles. Los redactores del Código sabían que ni el legislador más hábil podría prever todos los problemas, pues la vida real es siempre más variada y rica que la mente de los legisladores más competentes y diestros. Fue necesario dar cabida a las decisiones judiciales, a fin de que la ley pudiera aplicarse a casos individuales no previstos y a la posibilidad de que las normas se adaptaran a las cambiantes circunstancias de la sociedad. Esa visión de PORTALIS, uno de los letrados que redactaron el Código, se encuentra en su *Discours préliminaire* y llevó a algunos autores contemporáneos a afirmar que la dicotomía entre el Derecho codificado de tipo europeo-continental y el Derecho del *common law* no es tan fundamental como la perciben algunos. Tal vez quienes hacen hincapié en las diferencias se concentran en la visión de los exégetas, fanáticos de la separación de poderes ideada por MONTESQUIEU. Esos exégetas propugnaban la idea, que pronto fue superada, de que los jueces no deberían tener poder alguno para interpretar la ley, sino tan sólo para aplicarla mecánicamente. En Francia se ha discutido si las decisiones judiciales son una fuente de Derecho y aún

⁹ ZWEIGERT y KÖTZ, *ibidem* p. 16, p. 97.

predomina la idea de que no lo son; sin embargo, autores de la talla de PLANIOL, JOSSERAND, LAMBERT Y HÉBRAUD, piensan lo contrario.¹⁰

Sin negar las diferencias que existen entre los juristas del *common law* y los de la familia romano-germánica, que habremos de tener presente cuando analicemos casos y diferentes formas de argumentar el Derecho en el ámbito internacional, reconocemos que desde la era del Código de NAPOLEÓN, dejando a un lado la posición extrema de los exégetas, se ha dado ese acercamiento de las familias jurídicas, que se acelera en la actualidad por el Derecho comunitario de la Unión Europea y por la gigantesca codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional que se inició desde la creación de las Naciones Unidas, la cual ha dotado de un Derecho de Gentes escrito a las familias del *common law*.

¿Cómo explicar que el Código de Napoleón, que empezó a aplicarse hace 200 años haya sobrevivido? La visión de PORTALIS descrita en el párrafo anterior; el abandono de las teorías de los exégetas, y la escuela de GÉNY conocida como *école de la libre recherche scientifique*, que analizó los elementos no jurídicos del Derecho, nos pueden brindar una explicación.

En España se dio una permanencia y vitalidad notables de los *fueros* o leyes de diferentes provincias. Las *siete partidas*, texto jurídico del siglo XIII, tuvo una fuerte influencia del Derecho romano y convivieron con los *fueros*. En 1889 se promulgó el Código Civil, aún vigente, que tuvo una considerable influencia tanto del antiguo Derecho castellano como del Código de NAPOLEÓN.¹¹

Respecto de nuestro país, casi resulta innecesaria una mención de la influencia del Código de NAPOLEÓN, dado que, desde que nos iniciamos en el estudio del Derecho Civil, recibimos de nuestros maestros noticia de esa

¹⁰ ZWEIGERT y KÖTZ, *op cit* en nota 1, pp.99-105.

¹¹ SWEIGERT y KÖTZ, *op cit* en nota 1, pp.108-129.

aportación, no obstante, recordemos que en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal es reconocida la influencia del Derecho extranjero¹² y que, a través del proyecto de Don Justo SIERRA, nuestro Código recibió una fuerte influencia napoleónica.¹³

1.2. El *common law*

Como ya mencionamos, el objetivo de la presente sección no es el estudio del *common law* en todos sus aspectos, pues ese difícil empeño rebasa el propósito de nuestro trabajo. El *common law*, como todo sistema jurídico desarrollado, incluye todas las subdivisiones del Derecho y no es nuestro objetivo ese conocimiento total. Sí nos interesan los principios fundamentales para analizar y comprender, posteriormente, la mentalidad de los actores internacionales que provienen de esa cultura jurídica.

La dificultad de entendimiento entre juristas de la familia romano-germánica y los de la familia del *common law* ha sido reconocida; Julio Cesar CUETO RÚA quien señala que la falta de conocimiento mutuo entre juristas de ambos sistemas ha gravitado en la comprensión entre estudiosos del Derecho latinoamericanos y angloamericanos, entrenados con procesos mentales diferentes.¹⁴

El Derecho Romano se expandió por el continente europeo en las Galias durante el Imperio Romano. En la baja Edad Media se consolidó con los glosadores y los post-glosadores y más tarde con las grandes codificaciones europeas.

¹² Código Civil para el Distrito Federal, exposición de motivos, Porrúa, 65ª. Ed, México, 1996, p.10.

¹³ DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Vol. 1º., 15ª. Ed., Porrúa, México, 1986, pp. 81- 84.

¹⁴ CUETO RÚA, Julio César, *El common law, su estructura normativa, su enseñanza*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1956, p. 19.

El párrafo anterior nos sirve y ha servido a múltiples estudiosos del *common law* para destacar que, a pesar de la presencia del colonizador romano en la Gran Bretaña insular, el Derecho indígena inglés, que surge en el siglo XI, nunca fue romanizado y siguió su propio desarrollo. A pesar de no haber sido romanizado como el Derecho del continente, el inglés sí tuvo, no obstante, alguna influencia romana, sobre todo en el Derecho mercantil y en el marítimo, que no pudieron encasillarse por su naturaleza internacional.

Cabe destacar que la influencia del Derecho Romano en el de Inglaterra se dio en la estructura o forma, más no en el fondo. El derecho inglés tomó prestada del Derecho romano la sistematización y la llenó de *common law*.¹⁵ A pesar de esa influencia, se dieron grandes diferencias entre el *common law* y los sistemas romano-germánicos. Tengamos en mente la veneración de los jueces ingleses por el precedente y comparémosla con la orden de JUSTINIANO (529 A.C.) para que los jueces ignoraran las decisiones de otros tribunales. La orden de JUSTINIANO, traducida al inglés por ARTHUR R. HOGUE dice:¹⁶

No judge or arbitrator is to deem himself bound by juristic opinions (consultations) which he considers wrong; still less by the decisions of learned prefects or other judges...Decisions should be based on laws, not on precedents. This rule holds good even if the opinions relied upon are those of the most exalted prefecture or the highest magistracy of any kind.¹⁷

¹⁵ HOGUE, Arthur R. *Origins of the Common law*, Indiana University Press, Bloomington, London, 1966, p. 23.

¹⁶ HOGUE, *ibidem* p. 20, p. 190-191.

¹⁷ Ningún juez o árbitro debe considerarse ligado por opiniones jurídicas (“consultations”) que considere erróneas: menos aún por decisiones de prefectos letrados u otros jueces...Las decisiones deben basarse en la ley, no en precedentes. Esta regla es válida aún si las opiniones son de los más prestigiosos prefectos o de los más altos jueces (traducción del autor).

1.3. Desarrollo del *common law* como fenómeno único e irrepetido

Con comprensible satisfacción nos dice HOGUE, en su obra sobre el Derecho inglés, que el *common law* nació directamente de los hechos, de la vida diaria; que sus reglas son sociales, nunca alejadas de la comunidad que las generó, misma que se transformó de feudal y agrícola en urbana e industrializada y que, gradualmente, según ocurrían los cambios, se adaptó mediante interpretación judicial para responder a nuevas necesidades.¹⁸

Los juristas alemanes Konrad ZWEIGERT Y Hein KÖTZ nos dicen que el abogado de la porción continental de Europa –y nos podemos unir a ellos– se encuentra con que el *common law* ha desarrollado instituciones, procedimientos y tradiciones que no tienen contraparte en las culturas jurídicas romano-germánicas.¹⁹

El *common law* se interesa sobre todo en precedentes, en problemas vivos y en discusiones realistas y no discurre de manera sistemática o abstracta. El *common law* no sufrió convulsiones políticas y sociales como la Revolución Francesa y así, el Derecho inglés, no sufrió modificaciones para sustituir al *ancien régime*. En la medida en que vayamos describiendo las características del *common law*, de sus jueces y abogados, reflexionaremos en qué medida esas características afectan necesariamente la mentalidad y, por ende, la manera de argumentar el Derecho.

En alguna ocasión, un jurista mexicano, interrogado por un colega, respondió que el *common law* era el Derecho consuetudinario inglés. Algo tiene de verdad esa incompleta e improvisada definición, pero veamos que nos dice un británico al respecto. Al referirse al *common law* de los siglos XII

¹⁸ HOGUE, *idem*, p.3.

¹⁹ ZWEIGERT y KÖTZ, *op cit* en nota 1, pp. 194-217.

y XIII, HOGUE lo describe como *the body of rules prescribing social conduct as justiciable in the royal courts of England*.²⁰

Algo que es indispensable aclarar, es la referencia que a veces se hace al *common law* como Derecho no escrito, a pesar de que el mismo se encuentra formalizado en documentos, de manera similar al Derecho legislado. BLACKSTONE nos dice que esa denominación de “no escrito” (*lex non scripta*) con referencia al *common law* se encuentra en el hecho de que su institución original y su autoridad primitiva no revistieron forma escrita como las leyes del Parlamento, sino que su poder obligatorio y su fuerza legal evolucionaron a través de usos inmemoriales y prolongados en el Reino. Sin embargo, nos aclara ese autor que el *common law* sí fue formalizado por escrito, principalmente en los fallos de los tribunales y en las recopilaciones de aquéllos.²¹ No obstante, tengamos presente que se dan necesariamente diferencias en la manera de argumentar cuando se subsume un hecho al artículo de una ley y cuando se trabaja con precedentes en los que una subsunción del hecho se hace a precedentes registrados con un relativo desorden y entremezclados con normas consuetudinarias.

Para ser justos con nuestro compatriota (aquel que definió el *common law* como Derecho consuetudinario inglés), recordemos que autores británicos reconocen que las costumbres, una vez establecidas por la sabiduría y experiencias comunes de la sociedad, son confirmadas por los tribunales, iniciándose así el procedimiento de creación del *common law*.

²⁰ El conjunto de reglas que prescriben una conducta social factible de ser sometida a la justicia de los tribunales reales de Inglaterra (traducción del autor).

²¹ BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, Bancroft-Whitney Co., San Francisco, 1925, editado por William Carey Jones, T. I, pag. 63 citado por CUETO RÚA, *op cit*, nota 14, p.22.

Podemos deducir que la costumbre, una vez completados los requisitos de la *inveterata consuetudo* y la *opinio iuris*, era considerada fuente del Derecho, pero que sólo pasaba a ser *common law* una vez que los tribunales la sancionaban con sus fallos concurrentes. Igualmente, para la mentalidad del *common law*, la ley del Parlamento sólo alcanza su pleno vigor cuando es aplicada por el juez, lo cual provoca que, a partir de esa aplicación judicial, la norma sea citada y aplicada por otros tribunales, no por estar contenida en la legislación del Parlamento, sino por el precedente sentado por el primer juez que la reconoció en su sentencia. Tengamos presente ese razonamiento típico del *common law* cuando nos enfrentemos a argumentaciones sobre tratados internacionales en vigor, pero no sancionados por poder judicial alguno. HOGUE afirma que *coutume* es la palabra más cercana a la expresión *common law* que un jurista francés puede encontrar en su idioma.²²

El *common law* y su veneración por la obligatoriedad del precedente judicial, enunciada en latín como *stare decisis*, dio estabilidad al sistema y fortaleció la seguridad jurídica. La doctrina del *stare decisis* supone que las decisiones de los tribunales son razonables y que lo que fue razonable en un siglo, lo es también en otro, aun cuando se hayan dado cambios políticos y sociales revolucionarios.²³ El más notable juez inglés del siglo XII estableció el siguiente principio:²⁴

²² MAITLAND, F.W. and MONTAGU, F.C., *Sketch of English Legal History*, ed. By J.F. Colby (New York, 1915), p.213 ,citado por HOGUE, *op cit*, nota15 p. 180.

²³ HOGUE, *idem*, pp. 8-9.

²⁴ BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. G.E. Woodbine, 4 vols. (New Heaven, 1915-41), fol. 414b, citado por HOGUE, *idem*, pp. 188-189.

...if any new and unwanted circumstances...shall arise, then if anything analogous has happened before, let the case be adjudged in like manner.²⁵

Esa cautela para decidir casos nuevos, siempre con precedentes análogos, manifestada como un temor a la innovación, se debía a la conciencia de los jueces de que con sus fallos declaraban o creaban Derecho y moldeaban el *common law*.²⁶ Cada sentencia con autoridad de cosa juzgada deviene precedente según la doctrina del *stare decisis* y confirma el Derecho aplicado. Se dice que el *common law* es un Derecho creado por el juez, pero también se dice que el *common law* es un Derecho confirmado o declarado por el juez. Para BLACKSTONE, el *common law* es la costumbre, pues al respecto declaró:²⁷

...el *common law* es la costumbre, es decir, el hecho social de un modo reiterado de actuar y no un conjunto de sentencias judiciales dictadas en una jurisdicción determinada.²⁸

A.R. HOGUE nos da la siguiente definición:²⁹

The *common law* is a body of general rules prescribing social conduct, enforced by the ordinary royal courts, and characterized by the development of its own principles in actual legal controversies, by the procedure of trial by jury, and by the doctrine of supremacy of law³⁰

²⁵ ... si nuevas e imprevistas circunstancias...ocurren, entonces, si nada análogo ha ocurrido antes, el caso debe ser decidido de manera similar (traducción del autor).

²⁶ HOGUE, *idem* p. 190.

²⁷ BLACKSTONE, citado por CUETO RÚA, *op cit*, nota 14, p. 27.

²⁸ CUETO RÚA, *ibidem*, p. 23, p.26.

²⁹ HOGUE, *op cit* en nota 15, p. 179.

³⁰ El *common law* es un cuerpo de normas generales que prescriben una conducta social que es aplicado por los tribunales reales ordinarios y caracterizado por haber desarrollado sus propios principios emanados de controversias jurídicas por ellos

La experiencia profesional y académica del autor del presente trabajo le ha permitido apreciar que agentes gubernamentales de países de la familia jurídica del *common law* y académicos de ese sistema, cuando usan la argumentación jurídica en defensa de una posición política incompatible con un tratado internacional vinculante, suelen recurrir a precedentes, sin importarles que los mismos hayan sido claramente superados por la codificación o el desarrollo del Derecho Internacional patente en tratados internacionales.

Una cuestión que es necesario aclarar para entendernos con juristas del *common law* es la concerniente a la relación entre el Derecho Internacional consuetudinario y los tratados que codifican ese Derecho. Creemos que si la codificación acota o modifica el Derecho Internacional consuetudinario y, si como resultado de esa codificación, hay contradicción entre el tratado y la costumbre precedente, esta última pierde validez para los Estados Partes del tratado y para todos los Estados si con la codificación o el desarrollo del Derecho Internacional se incorpora una norma de *ius cogens* o si el contenido del tratado deviene un nuevo Derecho consuetudinario.

El jurista heredero del Derecho Romano y del Código de NAPOLEÓN busca subsumir el caso a la norma incorporada en el código. Ese jurista tendrá mayor o menor flexibilidad según la escuela hermenéutica que lo obligue, pero siempre se sentirá más seguro en la medida en que la subsunción del caso a la norma se adecue con precisión.

resueltas mediante juicios por jurado y en aplicación de la doctrina de la supremacía de la ley (traducción del autor).

El jurista del *common law* se contentará con encontrar *casos similares* que le permitan aplicar el precedente obligatorio, según la doctrina del *stare decisis*.³¹

Obviamente la forma de argumentar en una y otra escuela tendrá diferencias. El jurista de la familia romano-germánica se habrá de sentir muy en su medio si la sentencia o la argumentación tiene la forma de un silogismo judicial en el que la premisa mayor o normativa sea axiomática porque expresa la ley: la premisa menor o fáctica exprese los hechos comprobados que se subsumen a la ley y en el que la consecuencia o conclusión sea estrictamente lógica. El jurista del *common law* no requerirá de tal precisión, sino que en su búsqueda de precedentes o *casos similares*, si usa algún silogismo, le bastará con que las premisas expresen lo probable.

No debe extrañarnos, pues el tema es complejo, que encontremos diferencias y a veces contradicciones entre los estudiosos del *common law*. El criterio tradicional expuesto por BLACKSTONE es que las sentencias judiciales no crean Derecho sino meramente declaran un Derecho preexistente, pero, ¿dónde está el Derecho preexistente? Para BLACKSTONE éste se encuentra en las costumbres generales del Reino y en las particulares de ciertas jurisdicciones.

Al determinar lo que es la costumbre, juristas de esta familia, por ejemplo, James CARTER, dan a la noción *costumbre* un sentido amplio que permitiría a un juez que no encontrara precedentes basados en costumbres inmemoriales recurrir a valoraciones axiológicas predominantes en una sociedad determinada y positivadas por esa sociedad. La tesis no es exenta de controversia y bien puede replicarse que si valoraciones prevalecientes

³¹ CUETO RÚA, *op cit* en nota 14, p. 23.

en una sociedad son fuentes del Derecho, bien pueden diferenciarse de la costumbre.³²

Insistimos, debemos tener en cuenta esa cultura jurídica que se aferra al pasado al considerar en qué medida juristas y políticos de la familia del *common law* usan los precedentes y la costumbre para interpretar y, a veces deformar, el Derecho Internacional codificado en tratados y otros documentos, sin tomar en cuenta desarrollos actuales que hacen inaplicable el Derecho Internacional consuetudinario de otros siglos.

¿Será por ello que el jurista del *common law* se siente cómodo al aducir en contra lo prescrito en el código la costumbre anterior a ese ordenamiento? Por ejemplo, juristas de esa familia han declarado que la “legítima defensa” reconocida en el artículo 51 de la Carta de la ONU no modificó en un ápice el derecho consuetudinario inmemorial sobre la materia, que estiman válido para determinar el significado de ese artículo³³

De allí podemos concluir que cuando el jurista del *common law* actúa como asesor jurídico de un gobierno y su función es justificar conforme a Derecho una determinada acción gubernamental, su mentalidad le permite, de ser necesario, soslayar el código y usar *precedentes similares*, en busca de una justificación jurídica. Ese razonamiento difícilmente será aceptado por el jurista de la familia romano-germánica. Ese jurista no se conformará con que el presupuesto jurídico, el hecho de cuya realización dependan las consecuencias previstas en la norma, sea *similar* al caso considerado, salvo

³² CARTER, James, *Law: Its Origin, Growth and Function*, G.P. Putman's Sons, The Knickerbocker Press, New York and London, 1907, p. 62, citado por CUETO RÚA, *op cit* en nota 14, p. 30.

³³ McDOUGAL, Myers S. “The Soviet-Cuban Quarantine and Self Defense”, *International Law in the Twentieth Century*, American Society of International Law, Appleton-Century-Crofts, New York, 1969, pp. 716-723.

el caso de interpretaciones analógicas estrictas para llenar una laguna de la ley.

Se dice que el *common law* estableció la supremacía del Derecho, *the rule of law* (el imperio del Derecho) y *the due process of law* (las formalidades esenciales del procedimiento). Con ello se logró que toda autoridad quedara sujeta, en última instancia a la decisión de los tribunales. El *common law* es, fundamentalmente, la ley hecha por el juez.

Si el *common law* es fundamentalmente la ley hecha por el juez, es válido preguntarnos, ¿cuál es la actitud del jurista de esa familia cuando, sea en el ámbito nacional o en el internacional, se encuentra con un código, con lo que ellos llaman *statute law*, o sea, la ley que surge del legislador o del acuerdo internacional? Nos dice LÓPEZ MONROY que el jurista del *common law* sólo toma en consideración la ley según la interpretación realizada por los tribunales.³⁴ Esta última afirmación es de gran importancia para entender la diferente actitud del jurista del *common law* y la de las familias neo-romanistas frente a la ley y los tratados internacionales que no siempre son sometidos a tribunales e interpretados por ellos.

Aun cuando los tribunales del Rey se dividieron en tres: *the Exchequer*, *the Common Pleas* y *the King's Bench*, el *common law*, aplicable en todo el Reino, no perdió su unidad.³⁵ Lo anterior provocó que perdieran importancia los tribunales locales y consolidó la unificación del Derecho inglés desde los siglos XII y XIII, fenómeno que no se dio en Francia o en Alemania sino siglos más tarde y mediante la codificación. Así, no se dio en Inglaterra razón alguna para proceder a la codificación, que en

³⁴ LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Sistema jurídico del "common law"*, 3ª. Ed., Porrúa, México 2003, p.126.

³⁵The New Encyclopaedia Britanica, 15a. Ed., 1984, Vol 4, pp. 998-999.

el continente europeo fue promovida por el deseo de unificar el Derecho, con fundamento en el pensamiento de la Ilustración y de los iusnaturalistas.³⁶

CUETO RÚA nos dice a manera de conclusiones, después de estudiar a varios juristas de esa escuela que:

El *common law* se presenta como un ordenamiento jurídico debido a la creación judicial. Las sentencias que se van dictando traducen la aplicación de normas generales extraídas de sentencias precedentes, luego de habérselas generalizado mediante la eliminación de los hechos irrelevantes y la categorización de los relevantes. Al mismo tiempo, esas nuevas sentencias que se van dictando constituyen nuevos precedentes para casos futuros.³⁷

En la introducción de este trabajo incorporamos comentarios de los juristas alemanes ZWEIGERT y KÖTZ en los que esos teóricos del Derecho comparado describen las diferencias entre la mentalidad de los juristas del *common law* y la de los de nuestra familia neo-romanista. (Introducción II, *supra*).

Veamos ahora comentarios similares de un jurista argentino; CUETO RÚA nos expone las siguientes ideas sobre las mentalidades mencionadas en los párrafos anteriores:³⁸

En el *common law*, cada sentencia que adquiere el carácter de *res judicata* en virtud del *stare decisis* deviene fuente normativa de la que se puede hacer explícita una norma jurídica general, obligatoria para los tribunales inferiores a aquel que dictó la sentencia; cada juez tiene facultad para interpretar sentencias precedentes, pero sus considerandos no determinan la norma general, sino que ésta se determina en función de los hechos que el juez considere relevantes; para el juez no existen límites lógicos inflexibles que pongan término a la búsqueda de analogías, a la introducción de ficciones o a la categorización de hechos relevantes; hacer explícita la norma jurídica general no es una tarea puramente lógica, pues la selección de la que

³⁶ ZWEIGERT y KÖTZ, *op cit* en nota 1, p. 196.

³⁷ CUETO RÚA, *op cit* en nota 14, p. 85.

³⁸ CUETO RÚA, *idem*, .pp. 91-105, resumen del autor.

es aplicable suele hacerse con criterios axiológicos; el Derecho se hace positivo, efectivo y concreto en la medida en que jueces y funcionarios administrativos, con la colaboración de abogados y juristas, le den ese carácter; las normas jurídicas devienen unívocas y transparentes con la interpretación judicial.

Continuamos con el resumen de las características del *common law*, ahora con mención de las diferencias con el pensamiento neo-romanista, según CUETO RÚA: en el Derecho legislado, la estructura gramatical y lógica es dada al juez por el legislador, quien en la norma jurídica indica como ha de resolverse el caso; en el *common law* es necesario hacer explícita la norma jurídica general en cada caso bajo la presión axiológica de la realidad social vigente; el juez del *common law* suele tener dificultad para manejar leyes, conceptos jurídicos de significación abstracta y general; ese juez está acostumbrado a manejar empíricamente casos concretos, a analizar y examinar los hechos de cada caso y a encontrar analogías que tengan sentido; para el civilista, los oráculos del Derecho son los profesores académicos, los libros de autoridad, los códigos y sus explicaciones de motivos, así como los libros de texto; para el jurista del *common law*, los oráculos no son los profesores sino los jueces, los libros de autoridad son los prontuarios de ejecutorias y los tratados de comparación y análisis de la experiencia judicial; el juez del *common law* se siente incómodo ante una ley que no ha sido autenticada “probada” por una sentencia judicial; cuando una ley ha sido interpretada por otros jueces, el juez y el jurista del *common law* soslayan el código y siguen la interpretación judicial, pues se sienten más constreñidos por ésta que por aquél.

Respecto de las descripciones anteriormente resumidas sobre la mentalidad del jurista del *common law*, es pertinente citar al jurista POUND:

Se trata de una estructura mental que habitualmente mira las cosas en concreto, no en lo abstracto; que más bien coloca su fe en la experiencia que en las abstracciones. Es una estructura mental que

prefiere adelantar prudentemente de la experiencia de este caso y de aquel caso hacia el siguiente, conforme parezca requerirlo la justicia en cada caso, en vez de remitir todo a supuestos universales. Se trata de una estructura mental que no tiene la ambición de deducir la sentencia para el caso pendiente, de una proposición formulada universalmente, como tampoco por alguien que jamás ha concebido el problema que confronta al tribunal. Se trata de la estructura mental en que se apoya el sólido hábito anglosajón de manejar las cosas en la medida que se presentan, en vez de anticiparlas mediante fórmulas universales abstractas.³⁹

El sistema civil difiere del *common law* en la misma medida en que el racionalismo difiere del empirismo o la deducción de la inducción. Por su propia naturaleza, el civil va de los principios a los casos, mientras uno deposita su fe en los silogismos, otro en los precedentes; el haremos ahora?"; mientras que el segundo pronuncia en voz alta, ante la misma situación, la pregunta "¿qué hicimos la última vez?"... el instinto del civil se dirige a la sistematización; la regla de oro del abogado del *common law* es *solvitur ambulando*.⁴⁰

El *common law* fue consolidado por jueces y gremios de abogados, en tanto que en el continente europeo, el Derecho romano fue recibido y estudiado con características académicas y teóricas y controlado por profesores, no por jueces y litigantes. En ese continente europeo, y en nuestro medio, los tribunales siguen imbuidos, en alguna medida, de la vieja idea positivista según la cual dirimir un caso no requiere más que aplicar determinado precepto legal a los hechos expuestos; los tribunales no se molestan en explicar sus propios precedentes; los hechos suelen expresarse brevemente y el juez prefiere dar la impresión de que su sentencia emana directamente del texto de la ley.

³⁹ POUND, "What is the *common law*", en el volumen *The future of the common law*, publicado por Harvard University Press, "Harvard Tercentenary Publications", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1937, p. 11, citado por CUETO RÚA, *ibidem*, p. 28, p. 167.

⁴⁰ ZWEIGERT y KÖTZ, *op cit* en nota 1, pp. 273-274.

En Inglaterra, hasta el siglo XIX, la actividad legislativa era considerada necesaria sólo para contrarrestar una perturbación o trastorno económico o social. Al principio, las leyes inglesas constituían legislaciones esporádicas *ad hoc*, que, como fuentes de Derecho, poseían una fuerza mucho menor que el *common law*. El juez veía su función como un medio para poner límite a las interferencias del Parlamento. Cabe aclarar que en la actualidad los jueces prestan más atención a la legislación y que la pertenencia a la Unión Europea ha influido en la actitud del poder judicial.

Recordemos lo anterior cuando intentemos comprender y explicar la actitud de los juristas del *common law*. ¿Considerarán a los tratados internacionales como normas jurídicas esporádicas y *ad hoc*, inferiores al Derecho consuetudinario y a la práctica de los Estados?

Durante más de un siglo, hasta 1993, se prohibió a los jueces de Inglaterra recurrir a los trabajos preparatorios del Parlamento para interpretar una ley; hoy hay más flexibilidad para buscar la intención del legislador en esos trabajos. La rigidez de antaño, ¿habrá influido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1979, que prevé un carácter meramente complementario a los trabajos preparatorios de un tratado internacional, para los efectos de la interpretación? ⁴¹

Las leyes inglesas se esfuerzan en ser lo más precisas posible; abundan en detalles aun en aspectos triviales y a menudo adoptan formas

⁴¹ El artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dice: *Se podrá acudir a los medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, [que da las reglas principales de interpretación, éticas, gramaticales, contextuales y teleológicas] o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) Deje ambiguo u oscuro el sentido, o b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

de expresión a tal grado complejas que desconciertan al jurista del continente europeo y a sus herederos.

1.4. Lo que no es el *common law*

Para dar una noción de algo tan complejo como el *common law* un jurista británico utiliza el recurso de expresar lo que no es ese sistema de Derecho, y nos dice:⁴²

- El *common law* ha evitado siempre ser incorporado en un código a la manera del *Corpus Iuris Civile* de la compilación romana de Justiniano, por tanto, el *common law* no es un código escrito.
- El *common law* no es un Derecho de un grupo o grupos especiales como lo es el Derecho Canónico.
- El *common law* no es un Derecho local.
- El *common law* no es la totalidad de las normas aplicadas por la Cortes Reales de Inglaterra, que también usaban criterios de equidad (*equity*).

1.5. El *common law*, la Filosofía y las doctrinas jurídicas

Al estudiar el pensamiento de filósofos y juristas anglosajones, no perderemos de vista que el propósito del presente trabajo no es estudiar exhaustivamente ese pensamiento, ni mucho menos todos los autores de esas latitudes, sino adquirir conocimientos que nos permitan conocer y comprender la mentalidad y la manera de razonar y argumentar de los juristas y agentes internacionales de la familia del *common law*.

1.5.1. Roger BACON

Sin duda alguna la mentalidad del *common law* está presente en el pensamiento de Fr. Roger BACON, filósofo franciscano inglés del siglo XIII (1220-1249), creador del método experimental. Este filósofo insistió en la

⁴² HOGUE, *op cit* en nota 15, p.176.

necesidad de que las conclusiones del silogismo deductivo fueran comprobadas con la experiencia. BACON basa el conocimiento en la inducción, en el razonamiento que pasa de la observación de casos particulares, de la experiencia, para establecer o descubrir leyes generales. La inducción plantea un problema que bien puede aplicarse al método del *common law*: es imposible observar todos los casos de un fenómeno (¿podrá conocer un juez todos los precedentes relevantes para el caso?) y, por tanto, siempre existirá una distancia entre los fenómenos observados y la norma general reconocida, puesto que se salta de una observación limitada, a una generalización ilimitada.

La deducción, por el contrario, una vez establecidas las ideas generales pasa a los casos particulares y no plantea el problema que hemos señalado a la inducción. La deducción implica certidumbre y exactitud; la inducción, probabilidad; recordémoslo cuando analicemos los argumentos resbaladizos de algunos políticos e internacionalistas provenientes de países de *common law*. Para ser justos con BACON y no presentarlo como un pensador aferrado al método inductivo, recordemos que este filósofo recomienda no confiar solamente en los poderes del espíritu ni en el material que recoge de la experiencia, sino que coloca a ese material, en el entendimiento para reflexión sobre el mismo.⁴³

La coincidencia entre el pensamiento de BACON con el método del *common law* es clara, pues el jurista de esta familia infiere la norma jurídica de los casos concretos, de la experiencia, de los precedentes y a no dudarlo los coloca en su entendimiento, en la medida que el abandono de la doctrina de la obligatoriedad de los precedentes (*stare decisis*) le concede flexibilidad.

⁴³ XIRAU, Ramón, *Introducción ala historia de la Filosofía*, 10ª Ed. UNAM, México, 1995, pp. 212-221.

De la familia del *common law*, una vez recibida en Estados Unidos de América (EUA), surge la doctrina jurídica del realismo que, dicho a grandes rasgos, sostiene que el Derecho es lo que los tribunales deciden. El método inductivo nos llevaría a encontrar una “norma jurídica”, por ejemplo, en sentencias injustas de tribunales sureños de EUA convencidos de que la segregación racial era positiva y valiosa para la sociedad.

Lo anterior nos hace reflexionar sobre la actitud que tendría un juez del *common law* quien, después de aplicar la lógica jurídica y de subsumir el caso a la norma jurídica aplicable según su pensamiento, se encontrara múltiples precedentes con conclusiones diversas a la suya. Seguramente el peso de los precedentes, la doctrina de la obligatoriedad de aquéllos y el método experimental de BACON, habrían de influir en su ánimo, más que en el de un juez de la familia romano-germánica, quien miraría más a la norma, al código, que al precedente, a menos de que se enfrentara a jurisprudencia obligatoria.⁴⁴

Detengámonos un momento para reflexionar sobre la tesis de BACON arriba enunciada, según la cual es necesario que las conclusiones del silogismo sean comprobadas por la experiencia. Lo anterior nos provoca dudas e inquietudes. Aceptemos que en este somero estudio tal vez no captamos con precisión la tesis de BACON, pero, consideremos que mediante un silogismo judicial podemos concluir que en muchos de los conflictos de la era post-Naciones Unidas se han dado violaciones a la Carta de la ONU por parte del Estado agresor. Ahora bien, si esa conclusión la sometemos a la comprobación por la experiencia, llegamos no sólo a la conclusión de que esas normas fundamentales han sido violadas, sino a la aterradora conclusión de que las normas no existen.

⁴⁴ LÓPEZ MONROY, *op cit* en nota 34 pp.18-20.

Más tarde veremos que a veces ocurre que juristas del *common law*, o influidos por ese sistema, ponen en duda la existencia de una norma aduciendo la reiterada violación de la misma.⁴⁵

1.5.2. John AUSTIN

La consideración del pensamiento de John AUSTIN (1790-1959) nos es útil por la caracterización que hace del Derecho Internacional. No pretendemos que todos los juristas del *common law* nieguen el carácter jurídico y obligatorio del Derecho Internacional, pero si alguno de ellos se propone defender una posición política determinada, violatoria del Derecho Internacional, puede encontrar en el pensamiento de AUSTIN argumentaciones útiles, con independencia de que nos reservemos el derecho de calificarlas de falaces.

AUSTIN considera que quedan fuera del Derecho y dentro de la moral positiva tanto el Derecho consuetudinario y el Derecho Internacional, así como parte de lo que se llama Derecho Constitucional.⁴⁶

Respecto del Derecho Internacional o Derecho entre las naciones, AUSTIN insiste en que es un claro ejemplo de moral positiva, de reglas sociales que proceden de personas o corporaciones y que, por tanto, ni siquiera son normas jurídicas o leyes porque no son mandatos o imperativos. Recordemos que para este jurista el Derecho es el mandato del soberano apoyado por una amenaza de sanción, en caso de incumplimiento.

⁴⁵ HENSEL, Howard M, Air War Collage, USA, *The Law of Armed Conflicts, Constraints on the Contemporary Use of Military Force*, Chapter 4, pp. 105-129, Ashgate, USA, 2005, ISBN 07546 45436

⁴⁶ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Historia Del pensamiento jurídico*, 8ª. Ed., Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1997, Vol II, pp. 395-399.

1.5.3. BLACKSTONE y James Coolidge CARTER, la costumbre, fundamento del *common law*

BLACKSTONE sostuvo que el *common law* estaba enteramente fundado en antiguas costumbres. En Estados Unidos de América, James Coolidge CARTER, nacido en 1827, desarrolló las tesis de BLACKSTONE, con algunas modalidades. Para CARTER, el *common law* está fundado no sólo en las antiguas costumbres, sino también en la costumbre de los tribunales del Rey, es decir, en sus fallos. Para CARTER, los jueces no crean Derecho, tan sólo lo declaran, o sea que para este autor estadounidense, el *common law* no es *a judge made law* sino una costumbre autenticada por el juez; afirmó que: “se percibe que las sentencias fundadas en sentencias precedentes, están en realidad fundadas en costumbres autenticadas”.

Ahora bien, la diferencia entre BLACKSTONE y CARTER estriba en que si bien ambos fundamentan el *common law* en la costumbre, este último tiene una noción sumamente amplia de ella que, en última instancia, identifica con la noción de valoraciones axiológicas predominantes en una sociedad determinada. Así, un juez que no encuentre sentencia precedente, puede decidir lo que es correcto o incorrecto según los valores de la sociedad, según principios. Se han enderezado críticas a su teoría, pues sin negar que las valoraciones predominantes en una sociedad son fuentes materiales del Derecho, sí se pueden diferenciar de la costumbre, como tradicionalmente se ha concebido esa práctica.⁴⁷

Las tesis de BLACKSTONE y de CARTER han sido duramente criticadas en EUA por afirmar que los jueces son descubridores y no creadores del Derecho.

⁴⁷ CUETO RÚA, *op cit* en nota 14, pp.30-33.

1.5.3. John CHIPMAN GRAY y el Derecho como sentencia judicial

John Chipman GRAY (1837-1915) plantea el fenómeno de una sentencia sobre un caso en el que el juez no encuentra precedente ni costumbre que le permita fundamentar su caso y que, a pesar de ello, lo resuelve. Para GRAY, en ese caso, el juez crea Derecho y aplica normas que no existían; afirma que los jueces continuamente crean Derecho *ex post facto* y que tienen, además, la facultad de interpretar el Derecho y de decir cuál es el Derecho; señala que los jueces son un *verdadero legislador*. Por otra parte, para CARTER, el *common law* no está constituido por costumbres sino por normas creadas por los jueces al decidir los casos concretos sometidos a su consideración; para él, el *common law* sí es un auténtico *judge made law*; además, insiste en que aún el Derecho legislado es creado por los jueces, pues afirma que ese Derecho, esa ley, sólo lo es “en la medida y en la forma en que es interpretado y aplicado judicialmente”.

GRAY distingue entre el Derecho y las fuentes del Derecho; ya vimos que para él tanto el *common law* como el Derecho legislado son normas jurídicas, son Derecho creado por los jueces en sus sentencias, en tanto que las fuentes serían los precedentes, la doctrina, las costumbres, los principios morales, incluido el orden público. Agrega que el legislador sólo expresa palabras y que corresponde a los tribunales decidir lo que esas palabras significan; por tanto, agrega, las leyes no son Derecho sino fuentes del Derecho.⁴⁸

Una jurista de nuestro país, Consuelo SIRVENT GUTIÉRREZ, señala como fuentes del Derecho inglés a: el precedente, la legislación, la costumbre, la razón y la doctrina; aclara que a falta de precedente, un juez del *common law* puede recurrir a los principios generales de Derecho; que el

⁴⁸ CUETO RÚA, *op cit* en nota 14, pp. 33-40.

precedente consta de dos partes, la *ratio decidendi* (identificación de la norma aplicada para la solución del conflicto) y la *obiter dictum* (las opiniones del juez); nos dice que la costumbre es fuente secundaria respecto del precedente; que la razón tiene por fin encontrar los principios generales que se desprenden de las normas existentes y que, en ese sistema, la doctrina ocupa un papel auxiliar.⁴⁹

Recordemos que uno de los objetivos de este estudio es darnos elementos para mejor comprender el razonamiento e inclusive las maneras de sentir y actuar de los miembros de la familia del *common law* en el medio internacional. Tesis como las de GRAY nos parecen de muy difícil aceptación. No podemos aceptar que cuando la constitución política de un país es promulgada y publicada es sólo una fuente del Derecho y que sólo deviene Derecho con la participación del juez, o que un tratado internacional en vigor sólo es Derecho cuando el juez lo aplica. Dada la poca actividad de los tribunales internacionales, si se le compara con el trabajo de los tribunales nacionales, la mayor parte del *corpus iuris* internacional se quedaría con el limitado carácter de fuente del Derecho, no como norma vigente. ¿Cuántas normas de la Carta de la ONU y de múltiples e importantísimos tratados han sido interpretadas por tribunales internacionales o nacionales? Podemos partir de la hipótesis de que tan sólo algunas de ellas lo han sido y no podemos aceptar que las restantes son tan sólo fuentes del Derecho.

1.5.5. Oliver Wendell HOLMES, el precursor del realismo jurídico

Conocida es la tesis del juez Oliver Wendell HOLMES (1841-1935), quien sugiere que el Derecho debe ser estudiado desde la perspectiva del “hombre malo”, pues a ese ser perverso le interesa conocer cuáles serán las consecuencias de sus violaciones al Derecho, a la luz de la actitud de los

⁴⁹ SIRVENT GUTIÉRREZ, *op cit* en nota 6, pp. 91-97.

jueces de su medio. Nos dice que la finalidad del estudio del Derecho es la predicción de la forma en que se pondrá en movimiento la fuerza pública, a través de la acción de los tribunales.

Ciertamente, quien estudie el Derecho con la mira de ser un abogado litigante tendrá muy probablemente la finalidad que apunta HOLMES, pero nos parece que quien estudia el Derecho por lo que es, o quien tiene la mira de ser administrador público, legislador, juez o académico, no necesariamente tendrá como fin esa predicción y si se interesa en ella, no será su único fin y seguramente no el principal. La tesis de este jurista tuvo una notable manifestación en una conferencia dirigida a estudiantes de Derecho en Boston a quienes pidió que consideraran cuál era el objeto de sus estudios. La reacción pudo haber sido unánime si todos los estudiantes hubieran tenido la mira de ser litigantes, situación que seguramente no se da en Universidad alguna, puesto que el universo del Derecho va mucho más allá del reducido ámbito del abogado postulante y del litigio.

Lo anterior es confirmado por el mismo HOLMES, a nuestro parecer incurriendo en una contradicción, pues a los mismos estudiantes bostonianos, que prejuzga como futuros litigantes, alienta a profundizar en la teoría del Derecho, no sólo para llegar a ser grandes maestros en el ejercicio de la profesión, sino también para relacionar el objeto de sus estudios “con el universo y captar un eco del infinito, un destello de su insondable movimiento, una insinuación de la ley y del Derecho universal.”⁵⁰

Nos dice HOLMES:

La profecía de lo que los tribunales harán en realidad y no otra cosa de mayor pretensión es lo que yo significo por Derecho.

⁵⁰ RODRÍGUEZ PANIAGUA, *op cit* en nota 46, pp. 575-578.

Según él, el Derecho no sería otra cosa que una exposición general y sistemática de la conducta judicial probable en la consideración de casos concretos. A ello agrega su conocida frase: “La vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia”, que nos parece, ha cautivado a muchos, no por su veracidad y certeza, sino por su fuerza expresiva.

Por otra parte, HOLMES se interesa en limitar, tanto a la Lógica como a la Historia, a lo que él considera una perspectiva adecuada. Insiste en que el jurista debe elevarse de las sentencias de los tribunales a los principios generales que ellas traducen. HOLMES reduce el Derecho a un conocimiento técnico respecto de la conducta probable de los tribunales, pero tiene el mérito de que con él queda postulada la Sociología del Derecho. Aceptamos que la Sociología del Derecho, que estudia la norma jurídica en su interacción con la sociedad que está llamada a regular, es una aportación notable, pero nos cuesta trabajo aceptar que el estudio del Derecho deba limitarse a una predicción, a una técnica agorera para adivinar la conducta de los tribunales.

Volvamos a nuestro objetivo y preguntémonos que diría un seguidor de HOLMES respecto del Derecho Internacional, ¿nos dirá que se reduce a la técnica adivinatoria que dicho autor plantea?, ¿aplicará esa técnica agorera a la conducta de los Estados y de órganos políticos internacionales?, ¿nos dirá que eso es Derecho? Dadas las escasas posibilidades de que las controversias internacionales sean resueltas por la vía judicial, ¿se reduce el Derecho Internacional a los pocos casos sometidos a tribunales internacionales?

Seguimos percibiendo en este jurista de la familia del *common law* ese desdén que letrados de ese sistema sienten por el código como expresión del Derecho. A nosotros nos hace gran impacto que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ponga como base de sus decisiones en primer lugar

a los tratados; luego a la costumbre y a los principios generales del Derecho y que relegue a fuentes secundarias o auxiliares a los precedentes judiciales y a la doctrina.

Dado nuestro interés en el Derecho Internacional Público, seguimos con interés el caso incoado por México en la Corte Internacional de Justicia de la ONU, conocido como *Avena y otros nacionales de México.- México vs. Estados Unidos de América*.⁵¹ Ciertamente tratamos de predecir cuál sería la sentencia, con base en los precedentes de ese caso, pero en ningún momento pensamos que nuestros esfuerzos para predecir cuál sería la sentencia de la Corte constituían Derecho o la parte más importante del mismo.

1.5.6. El realismo jurídico de Jerome FRANK y de Karl N. LLEWELLIN

Jerome FRANK (1889-1952) expresa el punto de vista del abogado litigante y desarrolla una técnica con el fin de ganar los casos de sus clientes. Al iniciar el estudio de este autor, viene a la mente una frase dicha por Don Manuel PEDROSO en su cátedra. Ese docto jurista español expresó con ironía que el Derecho que él enseñaba (fundamentalmente Derecho público) preparaba profesionistas y que, en cambio, el Derecho enseñado por maestros de Derecho procesal transmitía los conocimientos de un oficio.

Para FRANK el factor más importante en un proceso judicial no es el Derecho, sino los hechos y la habilidad del abogado para convencer sobre los mismos. Afirma que las normas jurídicas no son de mayor interés para el abogado; que el Derecho no puede dar seguridad jurídica; que la certidumbre del Derecho es *wishful thinking*; que el Derecho sólo existe cuando la sentencia es cosa juzgada; que antes de la sentencia sólo existe

⁵¹ VALLARTA MARRÓN, *op cit* en nota 51.

un Derecho probable; que lo que los jueces dicen no es el Derecho sino razonamientos sobre lo que ellos hacen; que lo que los jueces hacen sí es Derecho, y que el *common law* es la conducta judicial.

Nos dice CUETO RÚA que “FRANK se siente muy inclinado a aceptar como correcta la posición de HUTCHESON, un conocido juez norteamericano, en el sentido de que el juez resuelve por intuición, y luego racionaliza su decisión en los considerandos de su sentencia.”⁵²

La tesis de FRANK es extrema y convincente desde el punto de vista exclusivamente de aquel litigante que sólo se interesa en ganar un caso y poco le preocupa lo que el Derecho dispone o si su contenido es justo. Desde el punto de vista del presente trabajo, cuyo fin es el estudio de la argumentación jurídica, percibimos la influencia de pensadores de esta escuela *realista* de EUA en algunas posiciones gubernamentales y en su defensa “jurídica”. Sabemos que los gobiernos en sus actuaciones internacionales, sobre todo los de las grandes potencias, deciden con criterios normalmente políticos, para luego intentar justificar sus actos conforme a Derecho o bien ignorando el Derecho y aferrándose a sus tesis políticas, deformando la institución jurídica, si fuere necesario. Por ello, algunos autores de EUA, por ejemplo, McDOUGAL, han pretendido que el Derecho Internacional se reduce a un proceso autoritario para la toma de decisiones que involucra conceptos de autoridad y control y que no es un conjunto de reglas que establezcan derechos y obligaciones.⁵³

⁵² CUETO RÚA, op cit, nota 14, pp. 49-59.

⁵³ SHAW, Malcolm N., *International Law*, Fourth Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 1997, pp. 48-53.

1.5.7. Roscoe POUND y las sentencias como decisión concreta y como fuente normativa.

Como se indica en el título de esta sección, Roscoe POUND (1870-1964), considerado por algunos como el máximo exponente de la jurisprudencia sociológica, señala que en el *common law* toda sentencia judicial ofrece dos aspectos íntimamente vinculados: a) la decisión del caso concreto, y b) la creación de una norma jurídica general. POUND afirma que la sentencia en el *common law* aplica una norma general preexistente que a su vez es fuente normativa de una nueva norma general, con validez para los jueces de la misma jurisdicción.

Rechaza POUND que el Derecho sea un mero conjunto sistemático de normas extraídas de las sentencias judiciales; no acepta una jurisprudencia mecánica que aplique las normas mediante procedimientos lógicos con menosprecio de los intereses sociales presentes en cada caso judicial. Nos parece que la posición de POUND es similar a la de quienes rechazaron prácticas de los exegetas y su rigor lógico en la aplicación del código.

Según la tesis de POUND, el *common law* estaría constituido por tres elementos: a) normas generales [objeto ideal]; b) técnicas y proceso de aplicación [objeto real], y c) ideales y aspiraciones comunitarias [valores]. POUND se enfrenta al siguiente problema: en el *common law* el juez decide un caso concreto y a la vez sienta un precedente para ser aplicado en casos similares; una sentencia puede hacer justicia al caso concreto y a la vez sentar un mal precedente, injusto y dañino para futuros casos, pues no siempre se concilian la justicia del caso concreto y los intereses generales de la comunidad. Por ello, nos dice este jurista, el juez debe dictar sentencia tomando en cuenta que la misma debe servir de modelo para futuros casos en los que se tomen en cuenta esos intereses generales.

Para POUND la decisión de una controversia conforme a Derecho implica: a) la selección del Derecho aplicable; b) la interpretación de las normas seleccionadas, y c) la aplicación de los fundamentos abstractos a los hechos. El proceso señalado nos parece aplicable a todo sistema, incluido el nuestro, sólo que en el *common law*, en particular en EUA, el juez, si no encuentra norma, formula por primera vez el fundamento del fallo con referencia a los hechos. En nuestro caso el juez estaría obligado a aplicar los principios generales del Derecho. Observa POUND que en los tribunales de su país, primero se recurre a las normas bien determinadas y definidas; en segundo término a la selección inductiva (de casos) o deductiva (de principios) y, por último, a fuentes extrañas al ordenamiento jurídico.

Nos parece que POUND se preocupa no sólo por la justicia del caso concreto sino que manifiesta una clara conciencia sobre los efectos a futuro de una sentencia en la comunidad; no percibe al *common law* únicamente como costumbre, ni como conjunto de normas sino como algo complejo integrado por principios y normas extraídos de sentencias, por técnicas para ejecutar esa tarea y por los valores sociales que inspiran la creación del Derecho.

El hincapié que hace POUND en la necesidad de que el juez, al dictar sentencia, considere no tan sólo la justicia del caso concreto, sino también en las repercusiones que a futuro pueda tener en la sociedad la sentencia, tiene un gran valor y no sólo para el poder judicial sino para todo órgano decisorio sea nacional o internacional, pues los precedentes en todo sistema jurídico, no sólo en el *common law*, tienen un peso que puede ser dañino si la analogía se aplica de mala fe.⁵⁴

Llevando la tesis de POUND a los efectos perniciosos que puede tener un acto público, consideramos que la condonación de actos bélicos

⁵⁴ CUETO RÚA, *op cit*, nota 14, pp. 59-74.

violatorios de la Carta de la ONU por autoridades nacionales o internacionales hecha con criterios políticos aplicados al caso concreto, no toman en cuenta los efectos perniciosos que crean a futuro ni el debilitamiento del Derecho Internacional incorporado en esa Carta. Nos viene a la mente la actitud condescendiente de gobiernos occidentales cuando EUA invadió Panamá para someter a sus tribunales al Presidente Noriega, entonces presunto delincuente.

1.5.8. La tesis ecléctica de Benjamin CARDOZO

Para el magistrado Benjamin N. CARDOZO (1870-1938), el juez cuenta con cuatro factores para dictar sentencia:

- La lógica;
- La costumbre;
- La historia, y
- Nociones de bienestar social, justicia y moral.

Para este autor, sólo en casos excepcionales el juez crea la norma, pues tiene como fundamentos normativos para emitir su fallo: a la Constitución, a las leyes y a las sentencias precedentes. Con esa afirmación se comprende por qué las tesis de CARDOZO son presentadas como eclécticas. En nuestro sistema, si bien el *stare decisis* no obliga salvo el caso de que se establezca jurisprudencia, podemos encontrar coincidencias entre los planteamientos de un juez mexicano que aplique la Constitución y la ley y que complemente sus considerandos y su fundamentación con principios generales de Derecho y con precedentes.

CARDOZO no ve en la aplicación de la ley una operación silogística y limita la función creadora del juez a interpretar la voluntad del legislador y a colmar las lagunas de la ley; cuando la ley no prevé el caso, pero sí hay precedente aplicable, contempla una aplicación mecánica del precedente.

Para CARDOZO, la tarea difícil para el juez se da cuando no hay ley aplicable ni precedente; es entonces cuando el juez crea la norma y sienta un precedente para casos futuros. Considera este jurista que cuando el juez usa precedentes, debe considerarlos como hipótesis y explicar su *ratio decidendi*, es decir, los principios de Derecho que lo han guiado hacia su fallo, y que, en última instancia, el juez no aplica el precedente sino el principio de Derecho que lo fundamenta.

Seguimos percibiendo similitudes entre esta teoría con la doctrina incorporada en el artículo 14 de nuestra Constitución que obliga a los jueces, en los procesos de orden civil, a ajustarse a la letra o interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, a fundar su fallo en los principios generales del Derecho.

CARDOZO comprende que un principio de Derecho puede perder validez porque así lo demanda la sociedad; entonces, la aplicación lógica de ese principio no resuelve el problema; nos dice que el método histórico y el de la tradición suelen llegar a las mismas conclusiones que el lógico, pues, estima CARDOZO, dan base para comprobar las premisas de éste.

CARDOZO insiste en valor del método lógico "...si se quiere evitar el azar y el favoritismo, y si se quiere que los asuntos humanos se rijan por la uniformidad serena e imparcial que es esencial a la idea del Derecho."⁵⁵

Encontramos en el juez CARDOZO una preocupación, y podemos decir una angustia, por los elementos psicológicos que pueden influir para que el juez otorgue más peso a un método que a otro o a un argumento que a otro, pero no por ello renuncia al método sociológico, porque

⁵⁵ RODRÍGUEZ PANIAGUA, *op cit*, nota 46, p. 579.

evidentemente no cree que la ley, el código, resuelva todos los problemas del juez.⁵⁶

Cuando la aplicación de esos métodos no logra el fin del Derecho que es “el bienestar social”, es entonces cuando, según CARDOZO el método sociológico puede resolver el problema. También nos aclara que el método sociológico no descarta la aplicación de los otros, sino que los selecciona con razones de orden axiológico; nos dice que el Derecho es un medio para lograr un fin (el bienestar social); que la filosofía jurídica del *common law* es el pragmatismo y que su verdad no es absoluta sino relativa.

Más adelante, en otros capítulos, habremos de reflexionar sobre los peligros inherentes a ese relativismo si el Derecho Internacional, como suele ocurrir, es interpretado de mala fe. Cuantas veces hemos escuchado supuestas aplicaciones teleológicas que deforman la norma jurídica en aras de fines de apariencia legítima, tales como: la promoción de la democracia, de los derechos humanos o el cumplimiento de los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.

1.5.9. Herbert L.A. HART

Herbert L.A. HART (1907-1992) jurista británico, no se encuentra entre los negadores del carácter jurídico del Derecho Internacional; en su libro *El Concepto de Derecho*, encontramos un capítulo dedicado a esa rama del Derecho.⁵⁷

HART afirma:

..... que el derecho internacional no sólo carece de reglas secundarias de cambio y adjudicación que establezcan la legislatura y tribunales, sino que carece también de una regla de reconocimiento unificadora que especifique las “fuentes” del derecho y que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas.

⁵⁶ RODRÍGUEZ PANIAGUA, *op cit* en nota 46, p. 583.

⁵⁷ HART, Herbert L.A., *El concepto de Derecho*, Abeldo-Perrot, Buenos Aires, 1963, Cap. X, pp. 263-292.

No deja de llamar la atención que HART niegue la existencia de una regla de reconocimiento unificadora que especifique las fuentes del Derecho Internacional. Las fuentes del Derecho Internacional están mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuya redacción siguió al pie de la letra al artículo correspondiente del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de Naciones.

Ya hemos encontrado, y seguramente seguiremos encontrando, juristas que frente a un Derecho Internacional codificado que no les da la razón, utilizan normas anteriores de Derecho consuetudinario que lo contradicen. Vemos con satisfacción que ellos no encuentran apoyo en HART, quien sostiene que en el mundo moderno la costumbre normalmente es una norma subordinada, en el sentido de que la legislatura puede, mediante una ley, privar a una regla consuetudinaria de su *status* jurídico. En el sistema del *common law*, probablemente, un juez puede privar a una norma consuetudinaria de su carácter jurídico mediante una sentencia que la contradiga, sobre todo desde que la Cámara de los Lores abandonó la obligatoriedad de la doctrina del *stare decisis*. Así, la Carta de las Naciones Unidas suprimió el Derecho consuetudinario que reconocía al soberano el derecho de hacer la guerra según su criterio y, por otra parte, reconoció el Derecho consuetudinario relativo a la legítima defensa, pero lo acotó al caso del Estado que sufre un ataque armado.

Hecha esa y otras distinciones entre el Derecho interno y el internacional, frecuentes en los escritos de los estudiosos del Derecho de gentes, HART nos recuerda lo diferente que ha sido el desarrollo de esas ramas del Derecho y que cuando los Estados violan las normas internacionales, normalmente no lo hacen sobre la base de que no son

obligatorias y que por el contrario se hacen esfuerzos por ocultar los hechos; agrega que:

...no es posible concluir, por una deducción simple, que porque el derecho nacional o interno –ubicado en un cierto contexto de hechos físicos y psicológicos- necesita sanciones organizadas, el derecho internacional, que no las tiene –y que está ubicado en un contexto muy diferente- no impone obligaciones, no es “obligatorio”, ni merece, por lo tanto, ser llamado “derecho”.

1.6. Los tratados internacionales y el *common law*

Con el acercamiento del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte a la Europa continental mediante la Unión Europea, la importancia del Derecho legislado ha aumentado en el sistema jurídico que ahora estudiamos. En el Reino Unido y en otros Estados que recibieron el *common law*, un tratado internacional, para tener vigencia en el ámbito interno, requiere de una ley del Parlamento que la ponga en vigor y, en caso de contradicción entre el tratado y la ley interna que lo puso en vigor, prevalece la ley del Parlamento.⁵⁸

Un jurista de la Universidad de Paris, quien sin duda alguna observa el *common law* con nuestra visión romanista, destaca el complejo problema de la aplicación de las reglas del *common law* a los tratados puestos en vigor por el Parlamento del Reino Unido o de otros Estados de la misma familia jurídica, en particular respecto de los tratados de la Unión Europea.⁵⁹

Ya hemos dicho que en el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y en muchos Estados herederos del *common law*, independientemente de que el tratado exija o no expresamente la adopción de leyes para poner en vigor sus disposiciones, se requiere una ley; de otra

⁵⁸ LÓPEZ MONROY, *op cit*, nota 34, p. 136.

⁵⁹ JOLOWICS, *Droit Anglais*, Universidad de Paris, Dalloz, 1992, p.45, citado por LÓPEZ MONROY, *op cit* en nota 34, pp. 40-142.

manera, el tratado no tiene vigencia al interior del Estado. Este sistema plantea problemas, pues los tratados no son ley suprema en el Reino Unido. Siendo el Parlamento británico un órgano supremo tiene, según el Derecho interno, atribuciones para aprobar legislación aún cuando sea inconsistente con las obligaciones internacionales aceptadas. De hecho la Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado que cierta legislación del Reino Unido es violatoria de la Convención Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, el Parlamento modificó la ley, a pesar de que constitucionalmente no estaba obligado a hacerlo. El Parlamento británico incorporó la Convención Europea de Derechos Humanos mediante la *Human Rights Act* de 1999. Esa ley exige a los tribunales y a otras autoridades públicas aplicar la legislación presente y futura, “en la medida de lo posible” de manera compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos.⁶⁰ Esa supremacía de todo el Derecho interno sobre los tratados internacionales en vigor para el Reino Unido conduce a contradicciones inevitables entre ambos órdenes jurídicos.

Es pertinente recordar el objetivo de nuestro trabajo: comprender la mentalidad de los juristas del *common law* en comparación con la nuestra, para determinar, en casos de desacuerdo respecto de la interpretación del Derecho Internacional, si la controversia responde a diferencia de mentalidad o a distorsiones motivadas por razones de naturaleza política.

La siguiente cita tiene especial significado para nuestro trabajo, pues refleja una mentalidad del *common law*, de imposible aceptación para

⁶⁰ AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000, p. 154.

nuestro razonar jurídico, sobre todo cuando en un tratado internacional se incorpora una norma de *ius cogens*:⁶¹

However, the rules remain important because, just as *common law* does not die in American or British jurisprudence when confronted with a conflicting statute, merely lying dormant during the statute's life and resurrected when that statute is repealed, customary law may become dormant when faced with conflicting treaties. It has the potential **to resume operation** once the particular treaty regime fails or is terminated.⁶²

Si como suponemos, ese punto de vista es compartido por todos o la mayoría de los juristas del *common law*, bastaría para una o varias grandes potencias con actuar -como en la práctica lo han hecho- de tal manera que la Carta de la ONU resulte ineficaz, para poder aducir que el Derecho consuetudinario anterior a la Carta de la ONU, que permitía a los Estados soberanos hacer uso de la fuerza, casi sin limitaciones, ha recobrado su vigencia.

Podemos inferir que para un jurista de la familia romano-germánica, tal argumentación no sería válida, sobre todo tratándose de Principios consagrados en la Carta de la ONU, cuya validez no se afecta por las

⁶¹ SHAW, Malcolm S. *Internacional law, 4th edition*, Cambridge University Press, United Kingdom, 1997, p. 57.

⁶² ANTON, MATHEW & MORGAN, *op cit* nota 4, *Internacional Law*, pp.541, cita de Michael J. KELLY. (Sin embargo, las reglas permanecen como importantes, así como el *common law* no muere en la jurisprudencia americana y británica cuando es confrontada con una ley que la contradice, sino que se mantiene latente durante la vida de la ley y resucita cuando la ley es rechazada, el derecho consuetudinario puede permanecer latente cuando es confrontado con tratados que lo contradicen. Ese Derecho consuetudinario tiene el potencial de reanudar su operación una vez que el régimen incorporado en un tratado falla o es terminado [traducción y énfasis del autor]).

violaciones a ese tratado multilateral de jerarquía superior, especialmente tratándose de normas reconocidas como *ius cogens*.

Un prestigioso jurista británico, Ian BROWNLIE, después de declarar que la *costumbre* es la *más importante* de las fuentes del Derecho Internacional (circunstancia que en nuestra opinión pertenece al pasado) afirmó que:

In any event, even if norms of treaty origin crystallize as new principles or rules of customary law, customary norms **retain a separate identity** even if the two norms appear identical in context.⁶³

Al respecto afirmamos, como complemento necesario a esa tesis, que cuando un tratado --o inclusive una resolución de una organización internacional debidamente consensuada-- contradice o modifica una norma de Derecho internacional consuetudinario, ésta deja de existir y en modo alguno conserva identidad separada. Aceptar que el Derecho consuetudinario y los tratados en vigor tienen esa identidad separada, sin especificar que ello sólo ocurre cuando el contenido en ambos es idéntico o complementario y sin contradicción, equivale a poner en pie de igualdad a las disposiciones de la Carta de la ONU que prohíben el uso de la fuerza armada y al derecho consuetudinario que antaño reconocía el derecho subjetivo del Estado soberano de hacer la guerra según su criterio. Al parecer esa convivencia de la costumbre y los tratados es un postulado prevaleciente en el *common law*, o por lo menos una tesis de muchos juristas de esa familia jurídica, de la cual abusan otros mal intencionados.

Por nuestra parte, sostenemos que cuando un tratado codifica el Derecho consuetudinario, este último conserva vigencia, si y sólo si, el

⁶³ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, Fourth Ed., Clarendon Press, Oxford, NY, USA, 1980, p. 11 , énfasis del autor.

contenido de ambos es idéntico o complementario y sin contradicción. Si hay variantes irreconciliables, prevalece el tratado. Reiteramos, la Carta de la ONU abrogó el Derecho Internacional consuetudinario relativo al uso de la fuerza y, por otra parte, confirmó el derecho a la legítima defensa, pero acotándolo al caso de ataque armado.

Séanos permitido, para fundamentar nuestra tesis, puesto que nuestro método es en parte inductivo, citar algunos comentarios adicionales de autores del *common law* que basan sus posiciones en esa supuesta existencia independiente y paralela de un Derecho Internacional consuetudinario, según ellos, con vigencia suficiente para oponerse a tratados en vigor, incluida la Carta de la ONU y sus disposiciones relativas al uso de la fuerza.

Creemos que una norma jurídica desarrollada mediante un tratado (no codificada con base en la costumbre) es una norma convencional nueva que puede adquirir con su aplicación vida paralela como Derecho Internacional consuetudinario.⁶⁴ Una aclaración es pertinente, pues la aceptación de esa vida paralela del Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario, puede llevar a la percepción errónea de que todo tratado requiere ser “elevado” a la categoría de Derecho consuetudinario por la práctica de los Estados para tener plena validez. Aceptamos que el contenido de un tratado que deviene, además, Derecho consuetudinario es un factor positivo, pero nos negamos a aceptar que el surgimiento de ese Derecho consuetudinario sea necesario para la plena validez de un tratado.

La tesis refutada ha recibido apoyo por juristas, como el estadounidense Michael GLENNON. Este autor pretende que la Carta de la ONU y sus disposiciones torales sobre el uso de la fuerza han perdido

⁶⁴ CIJ asunto de *actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta* (Nicaragua C. EUA). Sentencia del 27 de junio de 1986, *ICJ Reports*, 1986, pp. 95-109.

validez y entrada en *desuetudo* debido a una conducta incompatible con ellas por parte de los Estados, la cual corresponde más bien al Derecho consuetudinario pre-ONU.⁶⁵ De nuevo nos encontramos con que, para un jurista del *common law*, es más fácil caer en la tentación de disminuir el valor jurídico de un tratado, incluida la Carta de la ONU, cuando la práctica de los Estados viola sus disposiciones.

Recordemos que a finales del siglo XIX y principios del XX John Chipman GRAY (1.5.4. *supra*) sostenía que la norma es ley sólo en la medida y en que es interpretada y aplicada judicialmente. Con esa escuela de pensamiento, algunos juristas del *common law* pueden tener la tentación de sostener que un tratado, incluido uno multilateral, de jerarquía superior y de carácter cuasi constitucional como la Carta de la ONU, no tiene pleno vigor, a pesar de que cuente con el número de ratificaciones o adhesiones requerido, sino que esa vigencia llega hasta que la práctica de los Estados lo y confirma.

Según el pensamiento de GRAY, y también según el de la escuela realista de EUA, sólo la conjunción del poder legislativo y del poder judicial crean Derecho (dejando aparte el binomio costumbre-sentencia judicial). Con esa tesis, que no aceptamos, la transposición de esa doctrina al Derecho Internacional se dificulta por la ausencia de un sistema judicial similar al que existe en el ámbito interno. Creemos que por ello algunos juristas del *common law* exigen analógicamente que la práctica de los Estados confirme una norma incorporada en un tratado internacional, a pesar de que éste tenga plena validez tanto en el ámbito internacional como en el interno, en este último caso, por la incorporación de aquél a éste, según el sistema constitucional de cada Estado.

⁶⁵ GLENNON, Michael, "How War Left the Law Behind", *N.Y. Times*, Nov. 21, 2002.

Un argumento adicional contra esa tesis se funda en el hecho de que esos autores dan poder derogatorio a unos cuantos Estados que detentan el poder militar y violan la Carta de la ONU. Esos tratadistas soslayan el carácter multilateral y cuasi constitucional de la Carta, que es aceptada por la comunidad internacional en su conjunto como norma de conducta vigente, algunas de cuyas disposiciones, en particular las que prohíben a los Estados el uso de la fuerza, tienen el carácter de *ius cogens*.

Podemos concluir que las tesis de GRAY, aplicadas al ámbito del Derecho Internacional Público, y de otros que comparten sus puntos de vista y conclusiones, son argumentaciones sofisticadas basadas en un abuso y deformaciones de postulados del *common law*. Sostenemos que las tesis refutadas son sofismas de ignorancia del asunto, los cuales, según PLATAS PACHECO⁶⁶, consisten en argüir en contra de una doctrina o tesis sin conocerla en su significación precisa. Según el Derecho de los Tratados codificado en la Convención de Viena, de 1969, los tratados entran en vigor según los requerimientos de cada tratado, normalmente mediante la ratificación o la adhesión, sin que se requiera confirmación judicial o práctica de los Estados (véase: El silogismo y las falacias, 2.7.4. *infra*).

No negamos la función que tiene la práctica de los Estados en el Derecho Internacional. Tal posición sería absurda. Cuando se comete una violación a una norma básica de la Carta de la ONU surgen declaraciones de los violadores que prácticamente nunca reconocen su ilícito y por ende su responsabilidad internacional. Esos Estados normalmente fabrican excepciones no previstas en la Carta y con ello reconocen la vigencia de la norma. Tenemos, además, las reacciones de otros Estados y las declaraciones en organizaciones internacionales, individuales,

⁶⁶ PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Lógica jurídica*, Porrúa, México, 2004, pp. 112 y 113.

consensuadas o unánimes. En la medida en que esas declaraciones y actos de Estado forman una práctica y son compatibles con el contenido de las normas, se forma una *opinio iuris* que puede consolidar un Derecho consuetudinario paralelo y coincidente con la norma convencional que, a diferencia del tratado que sólo tiene vigencia entre los Estados partes, es obligatorio *erga omnes*. Algunos autores pretenden que esas declaraciones tienen autoridad interpretativa de la Carta de la ONU,⁶⁷ al respecto tenemos reservas, pues preferimos las reglas de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969. En cuanto a las declaraciones de los Estados, creemos que debe juzgarse cada una y que su mérito dependerá de la coincidencia con la regla escrita, interpretada básicamente, de buena fe, dando a los términos el sentido corriente que se les atribuye y teniendo en cuenta el contexto y su objeto y fin.⁶⁸

Helen DUFFY, refiriéndose al artículo 51 de la Carta de la ONU sostiene que la referencia al derecho *inmanente* de legítima defensa refleja que la intención de quienes negociaron y acordaron ese texto fue abarcar (*to encompass*) el Derecho Internacional consuetudinario para que, cuando falte a la Carta precisión, pueda ésta ser “informada” por ese Derecho consuetudinario. Esta argumentación puede ser clasificada como “retórica psicológica”, con la que se trata de persuadir sobre la interpretación de una norma de manera muy distante al tenor de la disposición, para persuadir con base en una supuesta intención del legislador (argumentos retórico-psicológicos, 2.7.6.17. *infra*). Agrega que, sin embargo, si bien el Derecho Internacional consuetudinario existe junto con la Carta, en ciertos aspectos

⁶⁷ O'CONNELL, Mary Ellen, Review Essay, “Releasing the dogs of war” *The American Journal of International Law*, Apr. 2003, 97, 2, Law Models, p. 448.

⁶⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969, artículos 31 a 33.

limitados, su contenido puede no ser idéntico.⁶⁹ Creemos que si el contenido no es idéntico ni complementa a la Carta en el mismo sentido, el “Derecho consuetudinario” invocado carece de validez. Con esa afirmación DUFFY permite que frente a un caso concreto, el estudioso del Derecho o un asesor gubernamental, con la mentalidad del *common law*, pueda escoger con dolo entre el texto de la Carta de la ONU o el Derecho Internacional consuetudinario pre-ONU, según convenga más a su discurso.

Por nuestra parte estamos convencidos de que cuando el Derecho consuetudinario de antaño contradice la Carta de la ONU, ese Derecho de otras épocas, dejó de ser Derecho y sólo conserva vida en la historia como una institución jurídica abrogada.

Otro autor, G.M. TRAVALIO, sostiene que un ataque armado es *una* de las bases para el ejercicio del derecho de legítima defensa de conformidad con el artículo 51 de la Carta de la ONU pero que no es exclusivamente la única.⁷⁰ Podemos afirmar que, también en este caso, nos encontramos con un sofisma de ignorancia del asunto pues tal interpretación contradice las reglas de la interpretación de los tratados acordadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El siguiente texto es una clara demostración de deformaciones a los postulados del *common law* que podemos atribuir a intenciones espurias, en un fallido intento para justificar usos ilegales de la fuerza:

One reading [of article 51 of the UN Charter] this (sic) means that self defence is limited to cases of armed attack. An alternative reading holds that since the article is silent as to the

⁶⁹ DUFFY, Helen, *The “War on terror” and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, UK, 2005, p. 150.

⁷⁰ TRAVALIO, G.M. “Terrorism, International Law and the Use of Military Force”, 18 (2000) *Wisconsin International Law Journal*, pp. 145-149, citado por DUFFY, *ibidem* p. 58, p. 155.

right of self-defence under customary law (which goes beyond cases of armed attack) it should not be construed by implication to eliminate that right...It is therefore not implausible to interpret article 51 as leaving unimpaired the right of self defence as it existed prior to the Charter.⁷¹

Esa opinión, que rechazamos, se basa en la tesis de que junto con la Carta de la ONU existe un Derecho Internacional consuetudinario relativo al uso de la fuerza por los Estados. Reiteramos que esa posición es una deformación del principio del *common law* que pone gran énfasis en la costumbre y en la práctica de algunos Estados, a veces sin esperar a que se forme una *opinio iuris* de la comunidad internacional en su conjunto. Nos parece que este sofisma es de “petición de principio” pues afirma lo que pretende probar, esto es la sobrevivencia de un Derecho consuetudinario abrogado por la Carta de la ONU (véase: El silogismo y las falacias, 2.7.4. *infra*).⁷²

Por supuesto aceptamos que, a pesar de que los tratados, por su número e infinidad de temas que desarrollan, se han convertido en la fuente más importante y segura del Derecho Internacional, el Derecho consuetudinario sigue teniendo gran importancia, sobre todo en el proceso de adaptación del Derecho a los constantes cambios de la sociedad internacional. No obstante creemos, a diferencia de algunos juristas del

⁷¹ SHASHTER “The Right of States”, at 1633, citado por DUFFY, *op cit*, nota 49, p.155, Una lectura [del artículo 51 de la Carta de la ONU] significa que la legítima defensa está limitada a casos de ataque armado. Una lectura alternativa sostiene que puesto que el artículo guarda silencio sobre el derecho a la legítima defensa según el Derecho consuetudinario (que va más allá de casos de ataque armado) no debería interpretarse de manera implícita como eliminando ese derecho ... Es por ello plausible interpretar el artículo 51 como dejando intacto el derecho a la legítima defensa tal como existió antes de la Carta (traducción del autor).

⁷² PLATAS PACHECO, *op cit*, nota 66, p. 112.

common law, que el poder de la práctica de los Estados para modificar normas imperativas incorporadas en tratados internacionales, sobre todo en la Carta de la ONU, es nulo, a menos de que se cumplan las condiciones exigidas, tanto para el Derecho consuetudinario como, en su caso, para las normas de *ius cogens*. Dar a la práctica de algunos Estados poder derogatorio, sin respetar con rigor la exigencia de la *opinio iuris* de la comunidad internacional en su conjunto, lleva a absurdos como el que se describe en los párrafos siguientes, que son un claro ejemplo de sofismas de “ignorancia del asunto”, pues parten de la falacia de que la *opinio iuris* de unos cuantos basta para abrogar una norma incorporada en un tratado.

Un profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Carolina del Norte, EUA, al estudiar el Derecho Internacional consuetudinario relativo al uso de la fuerza afirma:⁷³

As far as the Charter [of the UN] is concerned, it must be stressed initially that the question addressed in this paper is not the entire corpus of international law regarding the “jus ad bellum”, but only the customary international law on the subject. The Charter as a treaty “is thus not relevant to the discussion”. Regarding the customary law in this area, while it is possible that the rules set out in the Charter could become rules of customary law, whether this translation has in fact taken place depends, once again on the practice of states. Of course, one can imagine state practice so inconsistent with the Charter as to eliminate the legal effect of that instrument thru desuetude...In other words, divergence between a valid treaty and practice can lead to a situation in which the rules of customary law differ so much from those established by the treaty that acts contrary to the treaty cannot be labeled as contrary to customary law.⁷⁴

⁷³ WEISBURD, A. Mark, “Consistency, universality, and the customary law of interstate force”, *Customary International Law on the use of force*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2005, p 32.

⁷⁴ Por lo que se refiere a la Carta de las Naciones Unidas, de entrada debe ponerse énfasis en que la cuestión a que se refiere el presente trabajo no es la

Reconocemos que la práctica de los Estados y de otros sujetos del Derecho Internacional Público pueden cambiar el Derecho Internacional, aún ciertas normas incorporadas en la Carta de la ONU (el hecho histórico de la descolonización, por ejemplo, dejó sin efecto la Declaración relativa a los Territorios no Autónomos y las disposiciones sobre el Régimen de Administración Fiduciaria⁷⁵) pero de allí a sostener, como implica el profesor estadounidense citado en el párrafo anterior que, por ejemplo, violaciones a las disposiciones de la Carta de la ONU que prohíben el uso de la fuerza provoquen derogación por *desuetudo*, existe un abismo ideológico insalvable.

Ese profesor estadounidense, después de estudiar con erudición prácticas de los Estados violatorias de la Carta de la ONU en múltiples conflictos armados, llega a conclusiones como la siguiente, que no requiere comentario:

...

totalidad de las normas de Derecho Internacional referente al *ius ad bellum*, sino sólo el Derecho Internacional consuetudinario sobre la materia. La Carta, en tanto que tratado, “no es relevante para esta discusión”. Por lo que se refiere al Derecho consuetudinario en esta área, en tanto que es posible que las reglas incorporadas en la Carta puedan devenir normas de Derecho consuetudinario, ello depende, de nuevo, de la práctica de los Estados. Desde luego podemos imaginar una práctica de los Estados tan inconsistente con la carta que elimine los efectos jurídicos de ese instrumento por de estudio...en otras palabras, divergencia entre un tratado en vigor y la práctica puede llevar a una situación en la que las normas del Derecho consuetudinario difieran tanto de las establecidas en el tratado que actos contrarios al tratado no puedan ser catalogados como contrarios al Derecho consuetudinario (traducción y énfasis del autor).

⁷⁵ Capítulos XI, XII y XIII de la Carta de la ONU.

3) using force to change the government of another state is lawful for a great power acting in its sphere of influence, when the ousted regime was a very serious violator of human rights, and otherwise unlawful.⁷⁶

Creemos que tales desviaciones del Derecho son manifestaciones patológicas de postulados del *common law*, que difícilmente pueden darse en nuestra cultura y sistema jurídicos.

El jurista estadounidense, Michael GLENNON, afirma que los más de cien conflictos armados ocurridos después de la entrada en vigor de la Carta de la ONU son legalmente relevantes (*legally significant*). La consecuencia jurídica que ese autor deduce de esas violaciones a la Carta de la ONU es que las disposiciones de la misma que prohíben el uso de la fuerza han sido suplantadas por un cambio en la intención de los Estados, patente en los hechos.⁷⁷ Esa tesis, que, de nuevo podemos clasificar de sofisma de “ignorancia del asunto” no toma en cuenta que la prohibición del uso de la fuerza ya ha sido reconocida por la doctrina como una norma imperativa del Derecho Internacional que sólo puede ser modificada por el surgimiento de una norma que tenga el mismo carácter (véase: El silogismo y las falacias, 2.7.4. *infra*).

A riesgo de ser repetitivos insistimos que tal manera de pensar, tal menosprecio por un tratado internacional, solemne y de jerarquía superior, no puede encontrarse en pensadores herederos del Derecho Romano y del Código de Napoleón.

⁷⁶ WEISBURD, Arthur Mark, *op cit*, nota 73, pp. 31-77 (énfasis del autor).

⁷⁷ O’CONNEL, Mary Ellen, “Recent books on International Law” (Review of the book *International Law and the Use of Force*, by Christine GRAY, *The American Journal of International Law*, Apr. 2003, 97, 2; Law Module, pp. 447 y 448).

No pretendemos que todos los juristas del *common law* abusen de los nobles postulados de ese sistema jurídico; de hecho, hemos encontrado refutaciones de juristas provenientes también de esa familia jurídica a tesis extremas que han declarado muerto el Derecho Internacional, a raíz de la invasión de Irak de 2003.⁷⁸ Sí reiteramos que los postulados del *common law* permiten abusos que difícilmente encontramos en juristas de nuestra familia jurídica.

Un ejemplo reciente del abuso de la tesis (que rechazamos) relativa a la convivencia de la Carta de la ONU y del derecho consuetudinario de antaño al uso de la fuerza en legítima defensa, lo encontramos en la resolución 1368 (2001) del Consejo de Seguridad de la Organización mundial, adoptada inmediatamente después de los ataques del 11 de septiembre de 2001 a las torres gemelas del *World Trade Center* de Nueva York y al Departamento de Defensa de EUA, conocido como el pentágono.

Esa resolución, si duda alguna preparada con la participación activa de EUA y del Reino Unido, contiene en el preámbulo una referencia, a nuestro parecer impropio, al “derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva”, reconocido en el artículo 51 de la Carta de la ONU.

El rechazo mundial al artero ataque del 11 de septiembre de 2001, y la solidaridad unánime que recibió EUA, hubieran permitido la adopción de una resolución que, sin la inadecuada e impropia referencia a la legítima defensa, hubiera autorizado el uso de la fuerza para sancionar a los culpables y prevenir futuros ataques.

Recordemos que el Consejo de Seguridad tiene atribuciones que el Derecho Internacional niega a los Estados y a las organizaciones regionales, para adoptar o autorizar medidas punitivas o preventivas; de hecho, con términos ambiguos, propios de los textos negociados, la resolución instó a

⁷⁸ O'CONNELL, *op cit*, nota 67, p. 446.

los Estados a colaborar para someter a la justicia a los autores del ataque, lo cual hubiera podido interpretarse como una autorización para intervenir militarmente en Afganistán con ese fin, pero ese discurso argumentativo no fue usado por los invasores, pues su clara intención era ir más allá de la captura de Osama Bin Laden. En lugar de ello, argumentaron el ejercicio de la legítima defensa, a pesar de que la fecha de la invasión de Afganistán fue semanas después del ataque y de que no se cumplieron los requisitos doctrinarios que exigen la inmediatez de la respuesta, su proporcionalidad con el ataque y el propósito exclusivo de rechazarlo. Por tanto, sostenemos que los invasores de Afganistán no pueden con justo título aducir esa argumentación que no dudamos en calificar de sofística, de ignorancia del asunto, por su intento de revivir la institución de la legítima defensa de la era pre-ONU (véase: El silogismo y las falacias, 2.7.4. *infra*).

Esa resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, adoptada a raíz de los ataques del 11 de septiembre, y como respuesta a ellos, nos permite detectar una intención maquiavélica en la referencia improcedente a la legítima defensa. Si EUA y el Reino Unido sostuvieran la tesis ortodoxa según la cual la legítima defensa debe ser inmediata, proporcional y debe tener como fin exclusivo el rechazo del ataque armado, no hubieran insistido en la inclusión de un párrafo preambular sobre esa auto-defensa.

Tenemos razones para creer que los gobiernos de esos Estados prefieren la lectura del artículo 51 de la Carta de la ONU que mantiene el derecho a la legítima defensa como existió antes de esa Carta. Recordemos que, según esa lectura, puesto que el artículo guarda silencio sobre el derecho consuetudinario pre-ONU, esa disposición no debe interpretarse como una eliminación de ese derecho que antaño fue casi ilimitado y aceptado por siglos.

Nuestra tesis es que EUA y el Reino Unido hubieran podido obtener del Consejo de Seguridad de la ONU una resolución que autorizara el uso de la fuerza, pero prefirieron el improcedente párrafo preambular referente a la legítima defensa para llevar a cabo su política de manos libres en la lucha contra el terrorismo, según nosotros, al margen de la Carta de la ONU.

En apoyo de la supremacía de los tratados sobre la costumbre citaremos la doctrina que inspiró el artículo 7 del XII Convenio de la Haya del 18 de septiembre de 1907, que creó el Tribunal Internacional de Presas y que el Dr. BECERRA RAMÍREZ menciona como antecedente remoto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la ONU. Ese artículo dispone:

Si la cuestión de que se trata de resolver (sic) está prevista por un convenio en vigor entre el beligerante que ha realizado la captura y el otro Estado que es parte en el litigio (o cuyo súbdito sea parte en el mismo) el Tribunal aplicará las estipulaciones de Derecho.

A falta de tales estipulaciones, el tribunal aplicará las normas de derecho internacional.⁷⁹ Si no existiesen normas generales reconocidas, el tribunal fallará según los principios generales del derecho y de la equidad.

1.7. Características de las sentencias en los tribunales del *common law* y en los de las familias romano germánicas

Una diferencia notoria entre el *common law* y el sistema francés –que también siguen otras familias descendientes del Derecho romano- es que, en el sistema británico, que es seguido por muchos Estados herederos del *common law*, los procesos judiciales, tanto civiles como penales, se siguen,

⁷⁹ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 330, p. 2. Para Becerra Ramírez, el Convenio de 1907, se refiere a los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho y por último a la equidad.

en primera instancia ante un solo juez que puede o no ser asistido por un jurado popular responsable de decidir cuestiones de hecho cuando la disputa es por hechos; sólo entonces una de las partes puede decidir ir a una segunda instancia que normalmente llega a un tribunal colegiado.

En la mayoría de los Estados de la familia jurídica romano-germánica o del código civil, cuando se llega a instancias superiores en las que funcionan tribunales colegiados, éstos pronuncian sentencia en un solo documento en el que no se reflejan desacuerdo alguno u opiniones disidentes de uno o más jueces; así funciona, por ejemplo, la Corte de Casación de Francia. En el sistema inglés, es frecuente que el tribunal publique, junto con la sentencia dictada por la mayoría, las opiniones disidentes de uno o más jueces. En la mayoría de los sistemas de las familias romano-germánicas, las sentencias de los tribunales colegiados dan la apariencia de que la ley tiene una sola interpretación, en tanto que en los tribunales similares de las familias jurídicas del *common law*, resultan evidentes las posibles interpretaciones de la ley.⁸⁰ El sistema del *common law* ha prevalecido en la Corte Internacional de Justicia de la ONU, en la que las opiniones disidentes son frecuentes, y son publicadas junto con la sentencia, lo cual no paraliza a la Corte si se reúne la mayoría de votos reglamentaria. En nuestra Suprema Corte de Justicia sí son conocidas las opiniones disidentes de algunos Ministros, cuando las hay.

1.8. Acercamiento o encuentro de las familias jurídicas analizadas

El estudio de pensadores modernos, tanto de la familia jurídica *romano-germánica* como del *common law*, nos llevó a la conclusión de que el área de acuerdo entre pensadores de esas escuelas es grande, a pesar de que los de origen inglés argumenten con base en precedentes y nosotros

⁸⁰ MacCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, Reino Unido, 1969, pp. 9 y 10.

fundamentalmente a partir del Derecho legislado. En consecuencia, no pudimos detectar una diferencia fundamental insalvable entre los teóricos de la argumentación jurídica de una y otra familia jurídica; es más, nuestra investigación nos llevó a un comentario luminoso del recordado Maestro Guillermo FLORIS MARGADANT, según el cual, los romanos desconfiaban del Derecho legislado y preferían que las normas jurídicas surgieran espontáneamente de la costumbre, de las opiniones de los jurisconsultos o de las decisiones de los magistrados en la administración de justicia, con lo cual,

esa tradición romana se halla más cercana al *common law* que a la nuestra, heredera del Derecho Romano en forma y contenido.⁸¹

La interacción entre los sistemas jurídicos ha producido necesariamente un acercamiento; al respecto, nos dicen los comparatistas ZWEIGERT y KÖTZ:

En suma: en los países de la porción continental de Europa, los días de la preeminencia absoluta del Derecho emanado de leyes terminaron desde hace mucho tiempo; a la inversa, en el *common law* hay una tendencia a utilizar la legislación para unificar, racionalizar y simplificar la práctica del Derecho. En el continente, el desarrollo de las leyes se encomienda en medida creciente a los magistrados y, en consecuencia, hay más espacio para los métodos y estilos inductivos relacionados con los problemas reales; al contrario, el *common law* considera la necesidad de infundir un orden sistemático a los preceptos desarrollados por los jueces mediante el análisis académico y la acción legislativa, a fin de que sean más fáciles de entender y dominar. Por tanto, hay razones para creer que aunque el *common law* y el derecho civil se hayan originado en posiciones contrarias,

⁸¹ MARGADANT, Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 4ª.Ed. Esfinge, México, 1960, pp. 54 y 50-57, citado por HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría General de la Interpretación*, Porrúa, México, 2007, p. 90.

experimenten un acercamiento cada vez más estrecho, aún en sus métodos y técnicas.⁸²

Es válido decir que el método del *common law* es inductivo, pues de los casos particulares infiere las normas jurídicas, en tanto que el método en las familias romano-germánicas es deductivo, pues de principios generales de validez universal deduce las normas jurídicas. No obstante, conviene recordar que, para llegar a los principios generales de validez universal, el jurista o filósofo de la escuela romano-germánica ha tenido que recurrir a un razonamiento prudencial inductivo, a partir del cual descubre mediante el conocimiento de las cosas particulares los principios universales que las rigen. Luego entonces, el método difiere, pero sólo en el sentido de que parece que el jurista del *common law* soslaya, tal vez inconscientemente, una etapa, es decir la inducción que nos lleva al principio universal y pasa a elaborar la norma directamente de la experiencia adquirida en la solución de casos particulares. ¿Podemos acaso afirmar que ambas escuelas usan tanto el método inductivo como el deductivo?⁸³

Juristas británicos vuelven sus miradas a las viejas teorías *ius naturalistas* que postulan la existencia de principios racionales y eternos que gobiernan a los seres racionales. Ellos tienden a aceptar que las leyes que los gobiernan deben descubrirse por deducción de esos primeros principios de la razón. Así, el juez del *common law* que dicte su sentencia con base en precedentes, estará más seguro si su fallo es compatible, no sólo con los precedentes aplicados, sino también con los principios racionales mencionados.⁸⁴ Si las leyes o los precedentes se apartan de esos principios, la sentencia basada en aquéllos tendrá validez positivista, pero carecerá de

⁸² ZWEIGERT y KÖNTZ, *op cit*, nita 1, pp. 272-292.

⁸³ PLATAS PACHECO, *op cit*, nota 7, p. 36.

⁸⁴ MacCORMICK, *op cit*, nota 80, pp. 58-62.

autoridad completa en la medida en que contradiga la razón y los principios básicos identificados por ella. ¿Deben ser los principios racionales citados relevantes para la decisión judicial?

Pudimos constatar que la situación está cambiando por la interacción entre las familias jurídicas del *common law* y las herederas del Derecho romano-germánico, principalmente porque el Reino Unido y los países europeos continentales, en su carácter de Estados Miembros de la Unión Europea, comparten un Derecho comunitario legislado, en vigor tanto en el Reino Unido, cuna del *common law*, como en el resto de los países del continente europeo, en su mayoría herederos del Código de Napoleón y de sus precedentes romano-germánicos. Igualmente, aún fuera del ámbito de la Unión Europea, países del *common law* son en la actualidad partes de una infinidad de tratados internacionales, tanto bilaterales como multilaterales; esa circunstancia hace que en el ámbito internacional --y en el interno por la incorporación de esos tratados mediante legislación nacional-- el Derecho legislado haya aumentado en grado superlativo para esos Estados, de tal manera que existe un positivo encuentro entre esa familia jurídica y la romano-germánica.

No obstante lo anterior, de nuestro estudio podemos concluir que en el *common law* los precedentes tienen un valor determinante, por lo que el razonamiento se hace por vía de ejemplos. Las técnicas de argumentación en este modelo, inglés por nacimiento, son aquellas que permiten mostrar las similitudes o diferencias que presentan los casos. Para quien rechaza la relevancia de un precedente invocado, es importante hacer hincapié en la diferencia entre ese precedente y el caso que se pretende resolver mediante la argumentación, en tanto que, para quien invoca el precedente, es importante demostrar la similitud. En nuestro sistema romano-germánico, en el que la legislación es la fuente predominante, el método se caracteriza

por la interpretación argumentada de un texto dotado de autoridad y la subsunción de los hechos al texto así interpretado.⁸⁵

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 1 REFERENTE A LAS FAMILIAS JURÍDICAS ROMANO GERMÁNICAS Y DEL *COMMON LAW*

1. Hemos podido confirmar que existen notables diferencias, que ya conocíamos, entre la familia jurídica romano germánica y la del *common law*. Efectivamente, la primera deduce de principios generales el Derecho legislado y la segunda induce la norma jurídica de los precedentes judiciales. No obstante, esas diferencias no borran las similitudes existentes entre ambas familias, las cuales tienden a cerrarse por la globalización que día a día nos acerca. La Unión Europea ha tenido un efecto unificador, pues Estados de ambas familias jurídicas comparten un Derecho comunitario. A nivel mundial, el cúmulo enorme de tratados multilaterales en vigor entre Estados de las dos familias jurídicas, el cual ha proliferado en la era de las Naciones Unidas, hace que exista entre los Estados un Derecho Internacional común, con independencia de la familia jurídica a la que pertenezcan.
2. La interacción entre el desarrollo del *common law* y los pensadores británicos produjo una manera de pensar que, consciente o inconscientemente, ha dado un estilo para entender y argumentar el Derecho. Esas estructuras mentales han influido en la interpretación que juristas del *common law* hacen del Derecho Internacional.
3. Creemos que el pensamiento de Roger BACON y su doctrina que complementa la deducción con la experiencia pudiera ser la razón por la que algunos juristas del *common law*, al interpretar el Derecho

⁸⁵ RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Universidad Iberoamericana/Plaza y Valdés Editores, León, Guanajuato, México, 2003, p. 175.

Internacional, tienden a devaluarlo cuando la práctica de lo Estados poderosos se manifiesta en un sentido contrario a los dispuesto por la norma, lo cual desafortunadamente ocurre a menudo. Igualmente, tratándose de Derecho legislado mediante tratados no confirmados por la costumbre o por las pocas sentencias y laudos que se dan en el ámbito internacional, algunos juristas del *common law* tienden a menospreciar su valor vinculante.

4. Puesto que después de una acción bélica surge a menudo en los medios oficiales y académicos un debate sobre la legalidad de la misma, podemos observar -y lo hicimos específicamente en los casos que hemos escogido- que la flexibilidad que da el *common law* permite un abuso de postulados que enfrentan el Derecho consuetudinario de antaño con las nuevas instituciones acordadas en la Carta de las Naciones Unidas, en perjuicio de ese nuevo Derecho de gentes.

CAPÍTULO 2

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El razonamiento jurídico tiene su propia lógica, diferente de la utilizada en las ciencias especulativas que se proponen desentrañar la verdad inmersa en el segmento de la realidad que estudian, dando seguimiento a cada eslabón de la cadena causal; en el caso del Derecho se trata de descubrir a la luz de los hechos probados y de las normas jurídicas aplicables, qué es lo debido en que la justicia se concreta.⁸⁶

María del Carmen Platas Pacheco

SUMARIO: 2. Introducción. 2.1. Teoría de la argumentación jurídica. 2.2. El silogismo jurídico. 2.3. Enunciados verdaderos y enunciados falsos. 2.4. Paso de las premisas a la conclusión. 2.5. Premisa normativa, premisa fáctica, premisa analógica y conclusión. 2.6. La concepción tópica del razonamiento jurídico. 2.7. Selección de temas para estudio en algunos teóricos de la argumentación jurídica, representativos de algunas tendencias, épocas y doctrinas. 2.7.1. Retórica y argumentación. 2.7.2. Argumentación y argumentación jurídica. 2.7.3. Principios y reglas de la argumentación. 2.7.4. El silogismo y las falacias. 2.7.5. La justificación (interna y externa). 2.7.6. Tipología de los argumentos: apodícticos, dialécticos y retóricos. 2.7.6.1. Argumentos apodícticos. 2.7.6.2. Argumentos apodícticos de autoridad. 2.7.6.3. Argumentos apodícticos por analogía. 2.7.6.4. Argumentos apodícticos de los principios generales del Derecho. 2.7.6.5. Argumentos apodícticos sistemáticos. 2.7.6.6. Argumentos apodícticos de finalidad. 2.7.6.7. Argumentos apodícticos de no redundancia. 2.7.6.8. Argumentos apodícticos históricos. 2.7.6.9. Argumentos dialécticos. 2.7.6.10. Argumentos dialécticos de contexto. 2.7.6.11. Argumentos dialécticos de coherencia. 2.7.6.12. Argumentos dialécticos pragmáticos. 2.7.6.13. Argumentos dialécticos de interpretación forzosa. 2.7.6.14. Argumentos dialécticos de literalidad. 2.7.6.15. Argumentos dialécticos de reducción al absurdo. 2.7.6.16. Argumentos retóricos. 2.7.6.17. Argumentos retóricos de equidad. 2.7.6.18. Argumentos retóricos psicológicos. 2.7.6.19. Argumentos retóricos

⁸⁶ PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho, argumentación jurisdiccional*, Porrúa, México, 2006, p. 127.

morales. 2.7.6.20. Argumentos retóricos morales. 2.8. Las tres concepciones de la argumentación, la formal, la material y la pragmática. 2.9. Intento por estructurar elementos que nos sirvan para identificar qué tipo de argumentación se ha dado en algunos debates internacionales, con especial interés en separar la argumentación jurídica de la que no lo es y en denunciar sofismas, falacias o argumentos erísticos. Conclusiones

2. Introducción

Antes de iniciar nuestro estudio e investigación sobre lo que algunos autores han dicho sobre la teoría de la argumentación jurídica, reflexionemos sobre el tema: tanto el abogado postulante que defiende conforme a Derecho los intereses de su cliente, como el asesor jurídico al servicio de un gobierno u otra institución, habrán de utilizar argumentación jurídica como instrumento para identificar las normas jurídicas favorables a la causa que defienden y convencer a terceros sobre la adecuación de cierta conducta a lo prescrito por el Derecho y en otros casos por la moral o la conveniencia política. Esos juristas tendrán que ignorar toda norma que no sea útil a su propósito, prepararán un memorial o réplica al respecto, e interpretarán aquellas que puedan favorecer su causa a fin de que apuntalar una posición previamente definida, todo ello dentro de ciertos límites doctrinarios y éticos.

Más adelante, al estudiar casos concretos y al denunciar argucias para intentar justificar violaciones al Derecho Internacional por juristas, sobre todo de grandes potencias de la familia jurídica del *common law*, haremos hincapié en discursos supuestamente justificantes de esas violaciones, los cuales, en nuestra opinión, han rebasado en mucho los límites doctrinarios y éticos mencionados.

Por otra parte, el juez o el catedrático o académico, al estudiar un hecho a la luz del Derecho aplicable, habrán de subsumir el caso al Derecho, o eventualmente a otros criterios, y expresarán su convicción en

forma de sentencia o de opinión doctrinal, con toda pureza e imparcialidad, si se actúa con la ética que la nobleza de sus respectivas funciones exige.

En las actividades descritas, cualquiera que sea la naturaleza de la función del jurista, la argumentación será el instrumento para convencer al juez, a la opinión pública, a las partes de un litigio o al medio académico de que cierto punto de vista es lo que debe ser, a la luz del Derecho aplicable al caso, dejando siempre lugar a argumentaciones no-jurídicas, que siempre están presentes en el contexto de la argumentación, incluida la basada en Derecho, debido al contenido multifacético del Derecho.

El tema es complejo, bástenos por ahora recordar que entramos al mundo de la Filosofía, de la Lógica, de la Hermenéutica, de la Filosofía del Derecho, de la Historia, de las teorías jurídicas y de tantas otras ramas y disciplinas del saber, que no podemos impedir un sentimiento de temor de perdernos entre tantas ideas, que muchas veces serán contradictorias.

Argumento es sinónimo de confrontación, pero no necesariamente en el sentido de disputa, pues el académico, en el proceso de su investigación habrá de confrontar diversas tesis, en un esfuerzo dialéctico por encontrar la correcta interpretación del Derecho. Dar un argumento significa ofrecer un conjunto de razones o pruebas en apoyo de una conclusión.⁸⁷ No se trata de expresar opiniones sino de dar razones en apoyo de una tesis y de valorar críticamente los argumentos contrarios que deseamos rechazar.

Según la jurista y filósofa mexicana María del Carmen PLATAS PACHECO, la argumentación jurídica tiene las siguientes características, que nos servirán para distinguir la argumentación jurídica de la que no lo es; aquélla debe:

⁸⁷ WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, 9ª. Ed., Ariel, Barcelona, España, 2004., p.1.

- a) Ser formulada con corrección lógica, esto supone que la coherencia y la consistencia estén logradas a fin de que por un lado exista proporción entre las premisas del razonamiento, y por otro que efectivamente exista aplicabilidad entre los hechos y la norma.
- b) Ser jurídica, es decir, los hechos deben ser adecuados a las normas que invocan, de manera que la relación de deuda quede identificada en los supuestos normativos.
- c) Ser persuasiva o suasoria, recordemos que todo esfuerzo argumentativo se formula con el ánimo de convencer a otro de la pertinencia de la tesis que se sostiene. Esta característica es necesaria tanto para los abogados en el foro como para el juez en la formulación de la sentencia.⁸⁸

2.1. Teoría de la argumentación jurídica

Apenas abierto un libro sobre la materia e iniciada su lectura, caemos en la cuenta de que al abogado postulante, al juez, al académico y al asesor jurídico tenemos que agregar al legislador y a todo funcionario de la administración pública, quienes necesitarán de la argumentación jurídica. Esa argumentación es requerida para convencer, tanto a otros legisladores como al Ejecutivo y a la opinión pública sobre la pertinencia de una solución jurídica propuesta en un proyecto de ley, para reglamentar una determinada cuestión o solucionar un problema político, social, económico, etcétera, o bien, para explicar determinada aplicación de la ley. Obviamente, en esta etapa de la argumentación, las razones del legislador serán multifacéticas, como lo es el contenido del Derecho y sus esfuerzos estarán encaminados a demostrar la compatibilidad de la solución propuesta con otras normas, en particular la constitucional. La argumentación también deberá mostrar la viabilidad e idoneidad de la acción prescrita, a la luz de consideraciones de todo género, en particular, jurídicas, éticas, sociales y económicas.⁸⁹ A ese

⁸⁸ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, pp. 126-127.

⁸⁹ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México 2003, Capítulo Primero, *Derecho y argumentación*.

legislador y al funcionario de la administración pública, debemos agregar a toda persona que sea sujeto pasivo de la norma y que sienta la necesidad de evaluarla o de ponderar argumentaciones al respecto.

Nos tranquiliza que la apreciación del párrafo anterior sea confirmada por un docto en la materia; el Doctor Jaime CÁRDENAS GRACIA nos dice:

La argumentación no es tarea sólo de los jueces y de las autoridades administrativas, es también tarea de los legisladores, de los dogmáticos, de las partes en los procesos y, en términos gruesos, de la multitud de intérpretes jurídicos que existen en cualquier comunidad humana.⁹⁰

Aquí podemos adelantar una reflexión: el legislador o el Ejecutivo, al presentar una iniciativa y al explicar los motivos de la ley propuesta utilizarán, entre otras razones, una argumentación jurídica “pura y dogmática” al justificar la constitucionalidad de la norma propuesta o la compatibilidad de la misma dentro del sistema jurídico en el que habrá de operar, pero, ¿es correcto o conveniente llamar argumentación jurídica a la que esgrime en vez o además de razonamientos jurídicos, es decir, a los alegatos de carácter social, político, ético o económico? Creemos que esos alegatos merecen la calificación de jurídicos en la medida en que esos elementos meta-jurídicos emanen del contenido multifacético del Derecho. Si los discursos se apartan diametralmente del Derecho, podemos excluirlos con cautela de la noción de argumentación jurídica.

Ya creado el Derecho, por cualquiera de sus fuentes, viene la etapa de la aplicación, primero por la administración pública y, en su caso, por el Poder Judicial cuando le es sometido un caso. Tanto el funcionario del Ejecutivo como el juez habrán de interpretar la norma jurídica. En algunos

⁹⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*. de la UNAM, México 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Num. 210, p.1, 7 y 8.

casos, la norma tendrá una claridad meridiana, pero en otros, sus términos serán ambiguos como lo son la mayoría de los documentos redactados por órganos colegiados y fruto de negociaciones entre puntos de vista antagónicos. El intérprete de la ley, consciente o inconscientemente, utilizará la hermenéutica jurídica, pero luego habrá de recurrir a la argumentación en un intento por demostrar la rectitud de su juicio.

Nos hace ver CÁRDENAS GRACIA que bajo la influencia del positivismo, veíamos al Derecho desde la óptica del legislador, en tanto que ahora lo vemos, preponderantemente, desde las visiones de los jueces. Al hacer esa afirmación el autor citado, nos parece que en modo alguno abraza la escuela realista surgida en EUA, (1.5.5. y 1.5.6. *supra*) sino que propone que ambas ópticas son necesarias.⁹¹ Entendemos que, al aceptar que en el estudio del Derecho consideremos también la visión del juez, no negamos que el contenido de la norma es el Derecho y que en muchos casos ese Derecho es claro y aún completo. Por otra parte, también aceptamos que el recurso a la hermenéutica, a la argumentación y finalmente a la decisión judicial es necesario para conocer el Derecho, sobre todo en los casos difíciles. Por ahora aceptamos, con reservas, que el Derecho es sobre todo argumentación. Preferimos decir que el Derecho es norma y argumentación. Agregamos la argumentación a la norma sin desplazarla.

Todo lector de una ley habrá de intentar comprender su contenido, desde el ciudadano no versado en Derecho, hasta el docto jurista que habrá de razonar con su bagaje de Ciencia del Derecho o Jurisprudencia, de Teoría General del Derecho, de Lógica Jurídica, de Hermenéutica y de sistemática o dogmática jurídica.⁹² La sistemática o dogmática jurídica nos

⁹¹ CÁRDENAS GRACIA, *ibidem* p. 76, p. 2.

⁹² VILLORO TORANZO, Miguel, *Teoría General del Derecho*, tercera edición, Porrúa, México 2001, pp.1 a 12. Siguiendo a este autor entendemos que tanto la “Ciencia del Derecho o Jurisprudencia” como la “Teoría General del Derecho” estudian el Derecho

será de utilidad puesto que toda norma deberá interpretarse dentro del sistema al que pertenece y si bien, tanto la Ciencia del Derecho como la Teoría General del Derecho habrán de dar luces a la interpretación y argumentación jurídicas, es la sistemática o dogmática jurídica la que nos dará más orientación, puesto que los intérpretes que se apartan del sistema pueden incurrir en ilegalidad. El tribunal que decide un caso concreto expresa sus razones la, *ratio decidendi* del fallo y su carácter general y abstracto vale, en consecuencia, para casos futuros, en la medida en que el sistema haga obligatorios los precedentes. Si cambia el sistema; por ejemplo, mediante un cambio constitucional, el precedente puede ya no ser aplicable al nuevo sistema.

Por ejemplo, un Estado agresor de la era post-Naciones Unidas, posiblemente pretenderá que el sistema pre-ONU no ha cambiado y que los Estados son libres de usar la fuerza según su criterio sin limitación alguna o tan sólo con las limitaciones del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados. La dogmática jurídica nos permitiría argumentar con rigor científico que, cambiado el sistema, argumentos que fueron válidos en el sistema precedente, carecen de valor y son, por tanto, inaplicables. Recordemos las palabras del Presidente de EUA cuando decidido a invadir a Irak en 2003: comentó que no necesitaba contar con autorización de nadie. Esa argumentación hubiera sido válida en la era anterior a la ONU, pero no en la era post-ONU. Esta reflexión es fundamental para nuestro trabajo, pues hemos identificado, principalmente en los juristas del *common law* la

histórico, aquel que ha estado o está en vigor, pero mientras que la Ciencia estudia uno o más Derechos históricos buscando lo particular, la Teoría General del Derecho estudia todos los Derechos históricos, o casi todos, en busca de lo general. La sistemática o dogmática estudia las normas jurídicas en busca del sentido de las mismas, dentro del “sistema” al que pertenecen.

tendencia a retroceder a sistemas de antaño, pretextando su validez y existencia paralela a la dogmática actual.

Afirma MANUEL ATIENZA, profesor de Filosofía del Derecho: "Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones sino justificarlas." ⁹³ Ese autor nos recuerda que pensadores de determinadas ciencias sociales "explican" el proceso de toma de decisiones, en tanto que corresponde a los órganos jurisdiccionales y administrativos "justificar" sus decisiones mediante una Lógica formal y material.

Argumentación e interpretación son elementos indisolubles. Algunos dirían casi indisolubles ante la posibilidad de que una norma sea de tal manera clara que no requiera interpretación sino una aplicación conforme a la letra, como dice nuestra Constitución en el artículo 14. El debate sobre la interpretación se nos presenta como interminable. Por ahora nos inclinamos a pensar que, si bien es cierto que las palabras mediante las cuales se expresa la norma jurídica se someten a múltiples filtros lingüísticos, según la cultura y todas las circunstancias del sujeto receptor, en algunos casos, contados si se quiere, a una norma clara puede darse una aplicación conforme a la letra en aplicación de la máxima *in claris non fit interpretatio e interpretatio cessat in claris*. O sea, aceptamos con CÁRDENAS GRACIA que:

Casi cualquier formulación normativa exige interpretación en su sentido argumentativo-discursivo, sobre todo si debe justificarse la decisión como suelen prescribirlo los ordenamientos jurídicos.⁹⁴

⁹³ ATIENZA, *ibdem* p. 76, pp. 4 y siguientes.

⁹⁴ CÁRDENAS GRACIA, *op cit* en nota 90, p.15 (énfasis del autor).

Aferrémonos por un momento al vocablo **casi** destacado en el párrafo anterior y contrastémoslo con una afirmación absoluta y categórica del mismo autor:

La interpretación literal del texto es imposible, pues no existe una única *traducción* literal. Toda interpretación reconduce a teorías de la interpretación que remitan a concepciones ontológicas, epistemológicas y valorativas del derecho.⁹⁵

Nos aferramos a ese **casi** porque, por ahora, preferimos aceptar que normas particularmente claras sí pueden ser aplicadas conforme a la letra. El mismo autor nos da su noción de las tareas y objetivos de las teorías de la argumentación jurídica:

- Establecer las posibilidades de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica;
- Determinar mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación;
- Distinguir entre justificación interna y externa de la decisión y el papel que ambas deben jugar en el Derecho;
- Responder a la inquietud sobre si la respuesta judicial es descubierta o construida;
- Señalar los elementos de objetividad e intersubjetividad de la dimensión axiológica de las resoluciones judiciales;
- Profundizar en el tema de la legitimidad democrática, y
- Abundar en razones explicativas y justificatorias en el razonamiento jurídico.⁹⁶

CÁRDENAS GRACIA nos dice que existen tres concepciones de argumentación que define como actividad en la generación y producción de razones para justificar pretensiones, a saber:

- La formal, que define argumento y argumentación como una inferencia lógico-formal;

⁹⁵ CÁRDENAS GRACIA, *idem*, p. 35.

⁹⁶ CÁRDENAS GRACIA, *op cit* en nota 90, p. 30.

- La material, propia de la tónica o retórica, que se ocupa de la corrección de los argumentos y, fundamentalmente, de la búsqueda de más y mejores razones, y
- La dialéctica que entiende el proceso argumentativo como interacciones humanas, como proceso dialógico sometido a reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas.⁹⁷

En su momento rechazamos la identificación que hace el realismo jurídico de la escuela de EUA entre Derecho y predicción de lo que harán los jueces, pero aceptamos con CÁRDENAS GRACIA que “el derecho no sólo se conforma por reglas sino por principios, directrices y argumentación.”⁹⁸

2.2. El silogismo jurídico

En nuestro carácter de miembros de la familia jurídica romano-germánica o del código civil, también llamada neorromanista, herederos del Derecho Romano y del Código de Napoleón, aceptamos la existencia de principios jurídicos de los cuales deducimos leyes concretas. También aceptamos que el juez aplique la ley, otra norma jurídica o un principio de Derecho como premisa mayor (o normativa), los hechos como premisa menor (o fáctica) para llegar a la conclusión o sentencia mediante un argumento deductivo. Por ejemplo:

Premisa mayor o normativa: Viola la Carta de la ONU el Estado que hace uso de la fuerza armada contra otro Estado sin autorización del Consejo de Seguridad o sin sufrir un ataque armado que justifique una legítima defensa;⁹⁹

Premisa menor o fáctica: Estados Unidos de América (EUA), el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte (RU) y otros usaron la fuerza armada contra Irak en marzo de 2003, sin que

⁹⁷ CÁRDENAS GRACIA, *idem*, p.36.

⁹⁸ CÁRDENAS GRACIA, *idem*, p. 36.

⁹⁹ La Carta de la ONU (Art. 42) prevé que el Consejo de Seguridad haga uso de la fuerza, pero en la práctica ha delegado esa atribución mediante autorizaciones explícitas a los Estados.

mediara autorización del Consejo de Seguridad y sin que Irak atacara, o se preparara para iniciar un ataque armado.

Conclusión: Luego entonces, EUA, RU y otros violaron la Carta de la ONU, vinculante para ellos, la acción les es imputable, incurrieron en responsabilidad y están obligados a una reparación.

En este caso, las reglas de inferencia nos dicen que si las premisas son verdaderas, la conclusión es necesariamente verdadera.

El razonamiento y el silogismo judicial anterior se nos presentan como impecables, y nos repugna la idea de que el juez decida primero con criterios meta-jurídicos para luego intentar justificar la decisión que, por sentar precedentes, acaba por convertirse en norma, sobre todo en el sistema del *common law*; pero veremos que el debate sobre la argumentación jurídica refleja variados puntos de vista.

Vemos que los criterios de corrección formales por ellos mismos no dan satisfacción y que no podemos desatender cuestiones materiales, en nuestro ejemplo, la veracidad o falsedad de la premisa menor (la veracidad de la premisa mayor no ha sido cuestionada, si bien sí lo ha sido el alcance de la legítima defensa).

Veamos las formas deductivas comunes: ***Modus ponens*** (el modo de poner). Si usamos las letras ***p*** y ***q*** para representar los enunciados diremos: si ***p***, entonces ***q***; ***p***, por tanto, ***q***.

Simplificando nuestro ejemplo sobre la invasión de Irak, y usando el *modus ponens* diremos: la Carta de la ONU prohíbe el uso de la fuerza con dos excepciones; EUA y el Reino Unido hicieron uso de la fuerza sin que su acción se adecue a las excepciones previstas, (si ***p***) por tanto, EUA y RU violaron la Carta de la ONU (entonces ***q***).

Modus tollens (el modo de quitar). De nuevo usemos las letras **p** y **q**. Representaremos así los enunciados: si **p**, entonces **q**. **No q**, por tanto, **no p**.

Apliquemos el *modus tollens* a nuestro ejemplo de la invasión de Irak: si el Consejo de Seguridad hubiera autorizado la invasión **p**, entonces ésta hubiera sido legal **q**; el Consejo de Seguridad no autorizó la invasión de Irak **no q**, entonces, **no p**; entonces EUA y RU no tuvieron derecho para invadir a Irak, la acción fue ilegal y violatoria de la Carta de la ONU.¹⁰⁰

2.3. Enunciados verdaderos y enunciados falsos

Nos dice ATIENZA:

En realidad, el problema con el que nos tropezamos aquí consiste en que en la definición de argumento deductivo, antes aceptada, se contemplaban únicamente enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos, y esta característica ---según opinión generalizada aunque no unánime---no la poseen las normas.¹⁰¹

Tomemos una norma jurídica al azar: el artículo 14 de la Constitución de México dispone: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Puede acaso responderse a la pregunta: ¿es falso o verdadero ese enunciado? Creemos que la respuesta es no, el enunciado no es falso ni verdadero, pero en un silogismo judicial la premisa mayor no se plantearía así sino como: El artículo 14 de la Constitución de México dispone: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, y la pregunta para verificar la veracidad y corrección de la premisa sería: “¿dispone la Constitución de México que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna?” A ello sí podemos responder: verdadero. Seguiría la premisa menor o fáctica: “la autoridad X aplicó la ley a

¹⁰⁰ WESTON, *op cit* en nota 87, pp. 79-84.

¹⁰¹ ATIENZA, *op cit* en nota 89, p. 16.

un acto anterior a esa ley, en perjuicio de una persona”, luego entonces: la acción es inconstitucional.

Por otra parte, creemos que todo estudioso del Derecho está obligado a preguntarse si la norma objeto de su estudio, *lex lata* (lo que es la ley), es justa, atinada y si cumple con el fin de la misma, si está escrita con buena técnica legislativa, etcétera. A ello se puede responder afirmativa o negativamente, en este último caso, mediante una expresión o propuesta de *lege ferenda* (lo que debería ser la ley). Cuando el estudioso del Derecho confirma la justicia de la norma, aún aceptando que la justicia puede tener manifestaciones subjetivas, la respuesta afirmativa sería una expresión de la veracidad de la analogía de la proporcionalidad entre la noción de justicia y la norma.

Si en un mismo sistema jurídico (ocurre muy a menudo) hay normas contradictorias, entre ellas no puede darse una relación de tipo lógico, a menos de que exista una jerarquía entre ellas, o de que la propia norma establezca excepciones. El principio de contradicción de la Lógica Jurídica nos obliga a considerar que dos normas de la misma jerarquía que se contradicen no pueden ser ambas válidas.¹⁰²

Siguiendo el pensamiento de ATIENZA, reconocemos con él que en el silogismo judicial se requiere que el paso de las premisas a la conclusión sea una clara deducción. En el ejemplo que hemos utilizado sobre la guerra en Irak, el paso de las premisas a la conclusión no deja dudas, las dudas surgen sobre la veracidad o falsedad de la segunda premisa (entre los defensores de esa invasión y quienes la denuncian). Pero el juez puede encontrarse con que, a pesar de que a su intelecto las premisas se presenten como verdaderas, el paso de las premisas a la conclusión no sea

¹⁰² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, 9ª. Ed., Colofón, S.A., México, D.F. 2001, pp. 27-38.

claro y puede continuar con su argumentación mediante argumentos inductivos o no deductivos.

2.4. Paso de las premisas a la conclusión

Por ejemplo, si el caso de la intervención militar de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) fuera sometido a un juez internacional, el silogismo judicial sería el siguiente:

Premisa mayor normativa: La Carta de las Naciones Unidas (ONU) prohíbe a los Estados el uso de la fuerza armada, salvo el caso de la legítima defensa en caso de ataque armado y el de la acción militar por el Consejo de Seguridad o previa autorización del mismo.

Premisa menor o fáctica: La OTAN actuó militarmente en Kosovo sin autorización del Consejo de Seguridad y sin posibilidad alguna de aducir legítima defensa.

Conclusión: Luego entonces, la OTAN y sus miembros violaron la prohibición de recurrir al uso de la fuerza, vinculante para ellos, la violación les es imputable, incurrieron en responsabilidad internacional y están obligados a una reparación.

Pero un juez puede encontrar que el paso de las premisas a la conclusión no es fácil a la luz de las razones humanitarias aducidas y del genocidio y limpieza étnica que la acción militar evitó. En alguna medida, la acción militar fue justificada, o por lo menos explicada, por la OTAN. El juez pudiera con ese argumento inductivo o no deductivo, y analizando el caso concreto, concluir con un fallo absolutorio o con un fallo en el que se reconozca la violación, pero no las conclusiones a que se llegaría con una Lógica formal estricta. En el caso de nuestro ejemplo, o en otro similar, la sentencia que no sigue estrictamente el silogismo judicial en todos los detalles, no es necesariamente injusta o violatoria del Derecho. Con ello concluimos que el silogismo judicial tiene ciertos límites que impiden que, en

casos difíciles, éstos no puedan resolverse en todas sus consecuencias mediante el silogismo y la subsunción.¹⁰³

Si en el caso de Kosovo la Corte Internacional de Justicia hubiera reconocido su jurisdicción y por acuerdo de ambas partes se hubiera pedido al tribunal internacional que resolviera el litigio *ex aequo et bono*, hubiera sido fácil llegar a una sentencia absolutoria, aduciendo las razones humanitarias de la acción militar que, de ser sometida al silogismo judicial, concluiría indefectiblemente con una sentencia condenatoria. La cuestión que se nos plantea es: en qué medida puede un juez combinar los criterios de equidad con la aplicación del silogismo judicial.

2.5. Premisa normativa, premisa fáctica, premisa analógica y conclusión

En el silogismo judicial, la premisa mayor es normativa, afirmativa y universal y la menor afirmativa, fáctica y particular, pero en la argumentación jurídica suele utilizarse la analogía para dar validez a la premisa fáctica. Por ejemplo, la Carta de la ONU prohíbe el uso de la fuerza en los siguientes términos:

Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas (párrafo 4 del artículo 2).

Consideremos un caso de analogía. Si un tribunal internacional tuviera que juzgar las represalias armadas a que recurre Israel en venganza, o en respuesta de actos terroristas de palestinos en su territorio, el silogismo judicial pudiera ser el siguiente:

¹⁰³ Véase CÁRDENAS GRACIA, *op cit* en nota 90, p.2.

Premisa mayor o normativa: La Carta de las Naciones Unidas (ONU) prohíbe a los Estados el uso de la fuerza armada, salvo el caso de la legítima defensa en caso de ataque armado y el del uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad o previa autorización del mismo.

Premisa menor o fáctica: Las represalias de Israel implican el uso de la fuerza y no corresponden a las excepciones previstas en la Carta de la ONU.

Conclusión: Luego entonces Israel ha violada la Carta de la ONU, la violación le es imputable, ha incurrido en responsabilidad y está obligado a una reparación.

La Carta de la ONU no hace referencia a las represalias que implican el uso de la fuerza, pero la analogía fue establecida por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 2625 (XXV) que aprobó la “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, cerrando así el paso a la interpretación de que, al igual que las contramedidas comerciales, las represalias armadas son actos en principio ilícitos, pero que pueden justificarse frente a una primera violación de una obligación por la contraparte. En esa Declaración se estableció lapidariamente la analogía con la prohibición del uso de la fuerza mediante las siguientes palabras: “Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza”.¹⁰⁴ Desde otro punto de vista, se cerró la puerta a una interpretación analógica que equiparara las represalias con la legítima defensa.

En el caso del silogismo anterior, un juez pudiera ver difícil el paso de las premisas a la conclusión por considerar que, si bien no pueden

¹⁰⁴ LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo, *Derecho Internacional Público contemporáneo, e instrumentos básicos*, Porrúa, México, 2001, p.354, o la Declaración Anexa a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU.

justificarse en Derecho las represalias armadas, dado el nivel del terrorismo palestino en Israel, sería injusto llegar al extremo de condenar a Israel a una reparación. Inclusive, pudiera considerarse que una reparación sería una consecuencia inaceptable y absurda y que lo que procedería sería una condena a la violencia palestina e israelí.

Veamos otro caso: un Estado permite que su territorio sea usado para que un tercero haga un uso de la fuerza violatorio de la Carta de la ONU; si un tribunal internacional considerara ese caso, pudiera utilizar el siguiente silogismo judicial:

Premisa mayor o normativa: La Carta de las Naciones Unidas (ONU) prohíbe a los Estados el uso de la fuerza armada, salvo el caso de la legítima defensa en caso de ataque armado y el del uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad o previa autorización del mismo;

Premisa menor o fáctica: El Estado A ha permitido que el Estado B lance desde su territorio un ataque armado contra el Estado C.

Conclusión: Luego entonces, el Estado A violó la prohibición de hacer uso de la fuerza armada incorporada en la Carta de la ONU, incurrió en responsabilidad y está obligado a una reparación.

Obviamente, la premisa fáctica o menor, es un caso de analogía, puesto que el Estado A de nuestro ejemplo no hizo uso de la fuerza directamente y la imputación que se le haga es indirecta.

Bien podemos aceptar que el razonamiento lógico-deductivo es más una interpretación literal que una argumentación por la certeza de su método. No obstante, insistimos en la indisolubilidad de la interpretación y la argumentación y en la necesidad de no abandonar la Lógica Jurídica para la solución de casos fáciles.¹⁰⁵

¹⁰⁵ CÁRDENAS GRACIA, *op cit* en nota 90, p. 37.

2.6. La concepción tópica del razonamiento jurídico

La existencia de las familias jurídicas resumidas en el capítulo 1, mismas que se desarrollaron como sistemas diferentes, provoca necesariamente que, al momento de interpretar la norma y de presentar sus argumentos, se den actitudes intelectuales aparentemente irreconciliables. Así, para un exégeta de la época inmediatamente posterior a la adopción del Código de Napoleón, el silogismo resolvía el problema y el juez, o cualquier persona llamada a aplicar la ley, sólo tenía que subsumir el hecho a la norma en el marco de un sistema considerado completo y cerrado. Nos parece normal que para un jurista de la familia del *common law*, acostumbrado a inducir la norma de casos particulares, el silogismo le parezca un sistema rígido incapaz de resolver todos los problemas.

Desde ahora percibimos que el silogismo jurídico tiene una utilidad especial en nuestro sistema neo-romanista o romano-germánico y que no es recomendable desdeñarlo para adoptar sistemas emanados de otras familias jurídicas. No obstante habremos de estudiar otros sistemas con la mente abierta.

En la sección 2.4. *supra*, al plantear el silogismo sobre el caso Kosovo, llegamos a la incompatibilidad de la acción de la OTAN con la Carta de la ONU. Por otra parte, reconocimos que podía considerarse una cierta dificultad en el paso de las premisas a la conclusión. Ahora bien, si abrimos esa argumentación al sentido común y a lo verosímil, a lugares comunes y a opiniones generalizadas, daremos cabida a argumentaciones como las esgrimidas por el Parlamento Europeo¹⁰⁶ en un intento por justificar esa

¹⁰⁶ HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, UNAM/Fundación Konrad Adenauer, México 2005, pp. 64-269. El Parlamento Europeo estableció como política para intervenciones humanitarias la siguiente: a) debe ser una emergencia extraordinaria y seria; b) la ONU debe estar paralizada; c) deben haberse agotado otros medios; d) el

acción humanitaria, que nosotros refutamos y aceptamos sólo como *lex ferenda* (lo que es deseable que sea el Derecho), no como *lex lata* (ley vigente). Estamos conscientes de que las argumentaciones del Parlamento Europeo son tópicos o lugares comunes europeos.

Si seguimos un método crítico cartesiano de argumentación, el caso de Kosovo es claro: la acción de la OTAN fue violatoria del sistema establecido en la Carta de la ONU, pero un partidario de la concepción tópica o retórica del razonamiento jurídico nos preguntaría, ¿hemos resuelto el problema? y, a continuación, nos pediría que encontráramos lugares comunes para que el sistema pueda prevenir violaciones masivas a los derechos humanos cuando el Consejo de Seguridad se auto-limite por el veto.¹⁰⁷

La retórica y la concepción tópica del razonamiento jurídico tal como la recibimos de la antigüedad, adolece de una vaguedad que contrasta con la precisión del método crítico cartesiano y con la utilización de la Lógica formal en ese razonamiento. Lo anterior nos lleva a una búsqueda de precisión para la retórica y de flexibilidad para la Lógica.

único fin debe ser la protección de los derechos humanos; e) sólo deben participar Estados respetuosos del Derecho; f) los efectos sobre la autoridad política del Estado intervenido deben ser mínimos; g) debe especificarse la forma y temporalidad del uso de la fuerza; h) la ONU debe ser informada y no debe darse condena por parte de esa Organización;) la intervención no debe ser una amenaza a la paz y seguridad internacionales (resumen del autor).

* Como el fin de este trabajo no es una exposición completa de las doctrinas sobre argumentación jurídica, sino contar con bases suficientes para analizar en ulteriores capítulos la argumentación jurídica en foros internacionales y en trabajos de internacionalistas, se han seleccionado autores representativos de épocas y escuelas o familias jurídicas para una exposición temática que permita el análisis objeto del presente trabajo.

2.7. Selección de temas para estudio en algunos teóricos de la argumentación jurídica, representativos de algunas tendencias, épocas y doctrinas

- Retórica y argumentación (persuadir vs. convencer)
- Argumentación y argumentación jurídica
- Principios y reglas de la argumentación el silogismo y las falacias
- La justificación (interna y externa)
- Tipología de argumentos

2.7.1. Retórica y argumentación (persuadir vs. convencer)

El estudio de ARISTÓTELES nos deja la impresión de que lo dicho por él es de tal manera fundamental que prescindir de sus enseñanzas al hablar de argumentación puede tener como consecuencia partir de bases endebles o presentar como original algo expresado siglos atrás. Efectivamente, que mejor para enunciar una argumentación (o para refutar la de un tercero) que considerar si las premisas empleadas son *apodícticas* o *axiomáticas* (que muestran); *dialécticas* (opinables, que pueden ser demostradas); *erísticas* o *sofísticas* (engañosas)¹⁰⁸, o *retóricas* (que intentan persuadir). A partir de esa clasificación aristotélica, podemos estructurar y formular nuestro razonamiento, conscientes de que existe la posibilidad de que estemos actuando en niveles argumentativos distintos cuando buscamos convencer y cuando intentamos persuadir. En este último caso, podemos emplear una

¹⁰⁸ Usaremos los términos “sofisma” y “falacia” como sinónimos. Cfr. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía, Tomo II (E-J)*, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1ª. reimpresión, 2001, voz falacia, pp.1208-1209.

carga emocional que bien puede usar retórica y apoyarse en razonamientos axiomáticos o dialécticos, pero expresados con emoción, popularmente.¹⁰⁹

La dialéctica y la retórica en ARISTÓTELES son dos maneras diversas de hablar sobre las cosas y tienen en común que, al emplearlas, se parte de planteamientos generales o entimemas (silogismos simplificados en los que se omite una premisa). Con ese método, argumentamos de manera no científica, pero sí lógica y con intuición psicológica, en busca de la verdad.¹¹⁰ Esos planteamientos generales sirven para convencer al demostrar una tesis como verdadera o al menos como probable y razonable, o bien para persuadir sin que medie una demostración propiamente dicha, pero expresada con un discurso persuasivo basado en intuición ético-psicológica.¹¹¹

Tengamos presente que cuando el estagirita nos da estas enseñanzas, nos habla de oratoria, sin que ello sea óbice para que utilicemos sus técnicas en otros géneros de argumentación.¹¹² En capítulos ulteriores nos será útil recordar al estagirita cuando nos dice que el discurso forense tiene por fin convencer o persuadir de que algo es justo o injusto.

Para exponer la esencia del pensamiento sofista, que el estagirita refutó, PLATAS PACHECO nos recuerda que:

PROTÁGORAS afirmó, como si se tratara de un axioma que *el hombre es la medida de las cosas*, nunca, antes del siglo XX, se ha manifestado la filosofía de la inmanencia de modo tan radical. Lo que los sofistas –intelectuales que cobraban a cambio de sus servicios– trataban de decir era que el hombre podía organizar su entorno de

¹⁰⁹ DÜRING, Ingemar, *ARISTÓTELES, Exposición e Interpretación de su Pensamiento*, UNAM, México, 2000, p 227

¹¹⁰ HALLIVIS PELAYO, op cit en nota 80, p. 84.

¹¹¹ DÜRING, *idem*, p. 226.

¹¹² DÜRING, *idem*, pp.207-209.

manera inteligente y autónoma: las leyes son de origen humano y nada tienen que ver con los dioses.¹¹³

Por otra parte, nos dice la jurista-filósofa que el pensamiento sofista repercutió en la modernidad y así el consenso entre los hombres sustituyó a la objetividad y a la justicia y se confundió con la utilidad, a pesar de que ya PLATÓN y ARISTÓTELES habían denunciado las falacias del pensamiento sofista.

ARISTÓTELES rechaza el relativismo al reconocer lo plausible, lo verosímil, dando así a la argumentación retórica un lugar en los grados de conocimiento. Afirma que en la retórica no está la verdad, pero que es un medio para alcanzarla y que no todo es opinable, como decían los sofistas, pues establece que ciertas cuestiones jurídicas pueden demostrarse científicamente y, por tanto, dejan de ser opinables.¹¹⁴

Roma y Grecia partieron de principios diferentes para la legislación: para los griegos la naturaleza humana es especificada por el *logos* (pensamiento), en cambio para los romanos por la *voluntas* (acción voluntaria). Los griegos partían de la razón, en tanto que los romanos tenían que hacer de la *voluntas* algo razonable.

CICERÓN entiende por retórica el conocimiento del lenguaje, el cual puede incidir en los sentimientos, carácter y pensamiento de los receptores, pero siempre presidido por la razón. La ley puede, en consecuencia, regular de modo universal la *voluntas*, pero a ella se llega a través del *logos*. Así se reconoce la supremacía de la dialéctica (lógica de las probabilidades) sobre la retórica. CICERÓN y QUINTILIANO consideraron incompleta la argumentación que no describe la naturaleza de las cosas como punto de partida.

¹¹³ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, p. 32.

¹¹⁴ PLATAS PACHECO, *idem*, pp. 26-49.

CICERÓN al igual que sus maestros griegos, destaca el vínculo ético de todo esfuerzo argumentativo en el contexto de la *polis*. Percibe como inseparables la concreción de la justicia basada en la verdad en conjunción con la elocuencia y advierte que el rompimiento o la corrupción del fin ético-jurídico del argumento son perjudiciales para la sociedad. El orador romano nos dice que la retórica -en cuanto instrumento de la filosofía- es necesaria para el conocimiento de la virtud; entiende a esta disciplina en un sentido amplio, así, podemos llamar argumentación a la noción de retórica que sostiene CICERÓN.

Para PLATAS PACHECO la tesis ciceroniana de la debilidad de la elocuencia por sí misma resulta clara y vital, es decir, separada de la sabiduría es análoga a la rigidez de la lógica formal que se propone evadir o ignorar el vínculo natural que tiene con la lógica material.¹¹⁵

PLATAS PACHECO, rechaza tesis positivistas modernas (que repiten lo dicho por el sofista de la antigüedad griega PROTÁGORAS) que afirman que el sujeto es el que da realidad al objeto; que sólo lo que está al alcance de nuestro conocimiento es demostrable, y que en Derecho lo debido, lo justo y lo igual es lo que la mayoría opine, lo convenido, lo que determina el consenso. Nos advierte esta filósofa y jurista mexicana que con esas tesis positivistas la argumentación jurídica se reduce a un conjunto de estrategias sin contenido real y orientadas exclusivamente a vencer o a imponer un punto de vista.¹¹⁶ Creemos que una argumentación jurídica con criterios positivistas puede tener un contenido dogmático, pues se argumentaría dentro de un sistema jurídico determinado, pero que ello no nos lleva necesariamente a lo debido y a lo justo, pues hay un deber ser fuera de la ley y del consenso, por lo menos como opinable como *lex ferenda*. Por otra

¹¹⁵ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, pp. 40-49.

¹¹⁶ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 7, pp. 59.

parte, creemos que la limitación del positivismo se percibe cuando la ley es injusta y no resiste una justificación interna (¿o podemos llamarla externa?) que confronte la ley convenida con principios de Derecho u otros principios universales e inmutables.

Los aspectos lógico-deductivos de la argumentación jurídica están indisolublemente ligados al razonamiento de los juristas, quienes no pueden, por la naturaleza de sus discursos en busca de una recta interpretación del Derecho, abandonar la Lógica aristotélica para realizar la justicia. No obstante, autores modernos, tanto de tradición romano-germánica como de las familias del *common law*, en mayor o menor medida, rechazan el modelo lógico deductivo en busca de otros criterios para la interpretación del Derecho y la justificación de las decisiones, con criterios tanto deductivos como no deductivos.¹¹⁷ Así, Neil MacCORMICK, jurista escocés con influencia de los dos sistemas jurídicos que hemos analizado en el capítulo 1, plantea una teoría integradora de la argumentación jurídica que justifica las decisiones tomando en cuenta nuestra naturaleza afectiva que encierra una dimensión subjetiva. De allí su conocida afirmación en el sentido de que *... lo esencial es que gente honesta y razonable podría (sic) [pueda] discrepar; lo que nos hace adherirnos a determinados principios antes que a otros es tanto nuestra racionalidad como nuestra afectividad. A no dudarlo, MacCORMICK nos propone el uso de la retórica bien entendida para exponer los argumentos lógico-deductivos, complementados con una argumentación suficiente. Cuando analicemos las afirmaciones de gobiernos y juristas del *common law* con las que estemos en desacuerdo, intentaremos detectar si sus argumentaciones están imbuidas de afectividad subjetiva y de prejuicios obstaculizadores de un buen juicio.*

¹¹⁷ ATIENZA, op cit, p. 105-130.

Puede parecernos que las teorías de ALEXY y de MacCORMICK, al complementar la Lógica deductiva, olvidan que ARISTÓTELES dio un lugar a proposiciones y razonamientos dialécticos y opinables, necesariamente imbuidos de afectividad y subjetividad, que sin producir ciencia, llevan a conclusiones razonables. No obstante, el pensamiento de los filósofos no puede detenerse; por tanto, consideremos con respeto las tesis modernas sobre la argumentación.

2.7.2 . Argumentación y argumentación jurídica

PLATAS PACHECO define la argumentación de la siguiente manera:

Argumentación es la expresión sistematizada del raciocinio, ya sea en forma escrita u oral orientada a conseguir que el interlocutor comprenda, lo más alejadamente posible de toda ambigüedad, el fundamento de lo comunicado.¹¹⁸

Por otra parte, en el ámbito de la argumentación jurisdiccional o judicial, ella nos propone que el juez no se rija únicamente por el principio de legalidad que vela porque la sentencia se identifique con el orden normativo, sino también por el de *argumentación suficiente* que propone que los razonamientos esgrimidos en la motivación y fundamentación del juez lleven a una sentencia justa y correcta.

En cuanto a la retórica y la argumentación y sus niveles persuasivos o demostrativos, PLATAS PACHECO acepta la división aristotélica de los argumentos en:

- *apodícticos*, axiomáticos, que crean ciencia y que *muestran*;
- *dialécticos*, que intentan y pueden o no *demostrar*, y
- *retóricos*, que intentan persuadir.¹¹⁹

¹¹⁸ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, pp. 5 y 6

¹¹⁹ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, p. 24.

PLATAS PACHECO nos manifiesta la necesidad de que la argumentación jurídica sea analógica y punto de encuentro entre lo diverso, lo necesario, lo plausible, lo permanente, lo universal y lo particular mediante una proporcionalidad entre lo igual y lo diverso, dentro de un método analógico jurídico y prudencial que busque como principio absoluto lo debido, lo justo por naturaleza, sin confundir el Derecho con lo legal. Confirmamos que esta autora acepta la retórica, no en el sentido peyorativo que ese método de persuasión tiene en la actualidad, sino como un medio que, junto con otras técnicas de argumentación más rigurosas, nos puede auxiliar en nuestra búsqueda de lo debido y lo justo por naturaleza para llevarlo al ánimo de nuestros interlocutores; afirma que la Lógica es el instrumento de la argumentación, en tanto que la retórica es la forma de presentarla de modo convincente, y por ello recomienda que se aborde la cuestión argumentativa desde ambas perspectivas.¹²⁰

Siguiendo a HABERMAS, el jurista alemán Robert ALEXY nos permite percibir en su teoría una diferencia entre convencer y persuadir, puesto que sostiene que cuando las pretensiones de verdad o de corrección no convencen al interlocutor, surge el desacuerdo, base de toda argumentación y se pasa al discurso que puede ser teórico o práctico, con la mira obviamente de convencer mediante demostraciones o de persuadir con retórica, no ajena a la argumentación práctica, para alcanzar un consenso.

En cuanto a las limitaciones de la argumentación práctica, ALEXY nos dice que nada asegura que los hablantes involucrados en una argumentación práctica (o jurídica, podemos agregar) lleguen a un acuerdo y que, obtenido el consenso, igualmente se carece de garantía de que las partes cumplan lo convenido o acordado. Por tal motivo ALEXY asegura que

¹²⁰ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 7, p. 74.

se requiere la intervención del Poder Judicial. Por nuestra parte creemos que no sólo el Poder Judicial pone punto final al desacuerdo, pues en otros niveles, por ejemplo en el parlamentario, la votación también pone fin a la controversia mediante decisiones mayoritarias.

En la clasificación de argumentos de ARISTÓTELES encontramos los argumentos didácticos que son los que prueban a partir de los principios peculiares de cada disciplina, por lo que inferimos que los argumentos jurídicos, y sobre todo, los judiciales, encajarían en esa clasificación aristotélica por regirse por principios peculiares de la Ciencia del Derecho.

El estagirita, considerado como el primer maestro de metodología de la Ciencia Jurídica, llegó tan alto y tan cerca de la modernidad que, respecto de la aplicación del Derecho, decía que:

Cuando la ley presenta un caso universal y suceden hechos que la rebasan y por tanto quedan fuera de la fórmula universal, no se trata de un problema de lógica, sino de valoración, en la que se debe corregir la omisión, puesto que el propio legislador lo habría resuelto así de haber estado presente.¹²¹

PLATAS PACHECO, siguiendo una clasificación aristotélica, coloca a la argumentación jurídica como una forma de proceder práctica, que supone un orden superior especulativo que versa sobre un orden dado por naturaleza; nos propone a la argumentación jurídica, como especie del género argumentación, como una tópica o cetética jurídica, que versa sobre las cosas plausibles. Nos presenta el discurso jurídico como analógico por necesidad, pues versa sobre realidades contingentes. Agrega esta jurista

¹²¹ ADOMEIT, Claus y DEL LLANO, Cristina Hermida, *Filosofía del Derecho y del Estado, de Sócrates a Séneca*, Trotta, Madrid, 1999, pp 98-107, citados por HALLIVIS PELAYO, *op cit* en nota 80, pp. 84-85.

que la tónica, que no pertenece al terreno apodíctico,¹²² hace referencia tanto a la dialéctica (que intenta demostrar) como a la retórica (que intenta persuadir) y que es una técnica de pensamiento, un arte de argumentación analógico para ofrecer una o varias soluciones posibles. Entendemos que, según PLATAS PACHECO, la retórica depende de la dialéctica y ambas hunden sus raíces en la Lógica; allí encontramos la relación entre argumentación y argumentación jurídica en esta autora, quien nos dice:

La argumentación jurídica tiene como finalidad hacer consistente el razonamiento jurídico, pues constituye la manera de razonar de los juristas, estableciendo los caminos para el discurso en virtud del cual se aplican las reglas de la lógica general, de la argumentación tónica a la resolución de determinados problemas jurídicos.¹²³

También PLATAS PACHECO nos habla de la argumentación judicial o jurisdiccional que se practica ante un juez o árbitro, que tiene sus propias reglas y que es una especie de la argumentación jurídica, pues la sentencia, y allí está el riesgo, puede apartarse de lo justo, de lo debido.¹²⁴

Las tesis de Robert ALEXY parten de algo incontrovertido, esto es que la argumentación práctica (podemos llamarla simplemente argumentación) es el género de la especie argumentación jurídica, que a su vez es género de la especie argumentación judicial o forense.

Para resolver las pretensiones problematizadas de las partes, si se está en el ámbito del Derecho, se recurre a la argumentación jurídica que, según ALEXY, encuentra racionalidad si se rige por las reglas de la argumentación práctica. Por nuestra parte creemos que no todas las reglas que el jurista alemán nos da para la argumentación práctica son aplicables a la argumentación jurídica. Por ejemplo, una de las reglas de ALEXY para la

¹²² Axiomático, que produce ciencia.

¹²³ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 7, p. 118.

¹²⁴ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, p. 127.

argumentación práctica es que el hablante debe estar convencido de la rectitud o veracidad de su discurso, lo cual no es del todo aplicable a toda argumentación jurídica; por ejemplo, al abogado que defiende una causa, a sabiendas de que la misma no es defendible según la dogmática, pero que, no obstante, litiga por profesionalismo dentro de límites éticos aceptables.

Ante el juez, ya en la especie argumentación judicial, jurisdiccional o forense, los litigantes intentan convencerlo o persuadirlo (si bien ALEXY no se refiere a esos dos niveles argumentativos) y para ello están constreñidos por tiempos y reglas procesales estrictos, ausentes en una argumentación jurídica académica. Insistimos en que también a nivel parlamentario se dan tiempos y reglas procesales. Además, en ALEXY, la argumentación judicial se diferencia de la argumentación jurídica (académica o parlamentaria, por ejemplo) y de la argumentación práctica, porque en la judicial el juez pone punto final a la controversia, en tanto que en aquéllas nada garantiza el acuerdo o el cumplimiento de éste.¹²⁵

2.7.3. Principios y reglas de la argumentación

ARISTÓTELES nos da reglas básicas para el raciocinio, etapa anterior a la argumentación, con el fin de identificar el valor de verdad de las premisas (y de las consecuencias). El filósofo nos enseña que para llegar a las verdades universales usamos la inducción y la intuición. Mediante la inducción se obtiene lo universal partiendo de lo particular. Respecto de la intuición, nos dice el filósofo que ésta es la aprehensión pura y simple de los primeros principios de aceptación universal que, por tanto, no requieren demostración alguna.¹²⁶

¹²⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1ª reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 205.

¹²⁶ REALE Giovanni, *Introducción a Aristóteles*, 2ª. Ed., Barcelona, Ed. Herder, 1992, pp. 147-150.

Al analizar argumentaciones en capítulos ulteriores, nos será de utilidad considerar aquéllas están basadas en premisas axiomáticas o apodícticas (que muestran), dialécticas (que requieren demostración) sofísticas o erísticas (mentiras con apariencia de verdad) o retóricas con o sin base en las apodícticas o axiomáticas o en las dialécticas.

La regla fundamental de PLATAS PACHECO para la argumentación es la necesidad de distinguir: a) la analogía de la proporcionalidad (entre el principio universal de justicia y el primer analogado) y b) la analogía de atribución (entre el primer analogado y la norma secundaria). Nos dice esta jurista filósofa que la argumentación por analogía nos lleva a la tópica, a una argumentación sobre lo plausible mediante la dialéctica y la retórica. Como regla para la argumentación, nos recomienda buscar un fundamento en el *en sí* del Derecho aunque el espacio argumentativo sea lo probable. También nos recomienda fundamentar la retórica y la dialéctica hacia la verdad misma, hacia el acto justo; afirma que la tópica, en sus dos formas (dialéctica y retórica) es la herramienta más adecuada para el discurso jurídico, siempre y cuando no se pierda de vista lo que tiene de permanente e inmutable y lo que tiene de diverso.¹²⁷

Sin que necesariamente aceptemos todos los principios y reglas de ALEXY para la argumentación práctica, sí podemos reconocer que cualquiera que sean los principios y reglas de la argumentación práctica que utilicemos, aquéllos pueden aplicarse, en términos generales, a una argumentación jurídica en la academia o en un parlamento o en otro ámbito que no sea el judicial, puesto que la argumentación ante el juez o árbitro, tiene sus propias reglas. Con ALEXY, percibimos a la argumentación judicial o jurisdiccional como una especie del género argumentación jurídica.¹²⁸

¹²⁷ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 7, pp. 154 y 155.

¹²⁸ ALEXY, *ibdem* p 101, p. 205.

ALEXY sostiene que tanto en la argumentación práctica como en la jurídica y en la judicial se da una pretensión de corrección, pero que en la argumentación jurídica el discurso debe tener fundamento en el marco del ordenamiento vigente; al respecto, nos da cuatro reglas: a) debe hacerse dentro de las normas jurídicas vigentes; b) debe tomar en cuenta precedentes judiciales, c) debe enmarcarse en la dogmática del sistema jurídico en el que se desarrolla, y d) debe fundamentarse correcta y racionalmente. Creemos que una argumentación jurídica crítica del ordenamiento en vigor, puede salirse de lo dispuesto por la ley (*lex lata*) para proponer cambios (*lex ferenda*) y conservar su carácter de argumentación jurídica, libre de las limitaciones que el procedimiento impone a la argumentación ante un juez o árbitro, que el propio ALEXY distingue como argumentación judicial.

El jurista alemán estudiado distingue entre: a) derechos basados en reglas, y b) derechos basados en principios y agrega que los segundos son derechos *prima facie*; que los primeros son objeto de subsunción, en tanto que los segundos de ponderación.¹²⁹ ALEXY da una regla para la ponderación: “entre más argumentos favorezcan una solución, más argumentos deben buscarse para favorecer la otra.”¹³⁰ Aceptamos que hay ciertos principios que, por oponerse, requieren de ponderación; por ejemplo, la libertad de prensa frente al derecho de que información privada o confidencial no sea divulgada. Por nuestra parte, reconocemos que ciertos principios requieren ponderación, pero también sostenemos que hay algunos que, sin estar contenidos en reglas, son absolutos y no encuentran oposición con otros principios. Sostenemos que esos principios, eventualmente pueden ser objeto de *subsunción* y ser utilizados como premisa mayor o normativa en un silogismo judicial. Si un juez mexicano, ante una laguna de

¹²⁹ ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 25-41.

¹³⁰ HALLIVIS, *op cit* en nota 80, p. 249.

la ley, basa su silogismo judicial en un principio general del Derecho, según lo dispone el artículo 14 constitucional, puede subsumir el hecho a ese principio.

ALEXY une dos modelos de sistema jurídico: a) como sistema de procedimientos, y b) como sistema de normas. El sistema de procedimientos (vertiente activa) consta de discurso práctico general; creación del Derecho por el Estado; discurso jurídico y proceso judicial. El sistema de normas (vertiente pasiva) consiste en reglas y principios que difieren entre sí en grado y concepto.¹³¹

Para un procedimiento racional de ponderación, ALEXY nos propone la regla de proporcionalidad que subdivide en tres subreglas: a) la de adecuación, b) la de necesidad, y c) la de proporcionalidad en sentido estricto. Pensemos en una suspensión de garantías en una situación de emergencia y apliquemos esas reglas y subreglas; la medida puede ser inadecuada para el fin perseguido, puede no responder a una necesidad de seguridad nacional y puede estar fuera de proporción.

En cuanto a las reglas de la justificación interna y externa propuestas por ALEXY, éstas se estudiarán más adelante.

MacCORMICK, para justificar su teoría que complementa los razonamientos lógico-deductivos, sostiene que el juez (o todo argumentador) tiene obligación de identificar el Derecho aplicable al caso mediante reglas de reconocimiento y para ello nos guía a identificar los problemas que podemos encontrar al realizar esa empresa. Clasifica esos problemas en dificultades *de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación*. Cuando analicemos argumentaciones concretas, tendremos presentes las enseñanzas de MacCORMICK para determinar si los argumentadores

¹³¹ HALLIVIS, *op cit* en nota 80, pp. 247-249.

interpretan el Derecho Internacional siguiendo las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o si la interpretación es amañada e inválida; tendremos presentes las enseñanzas del jurista escocés para identificar reglas esgrimidas que podamos rechazar como *irrelevantes*; estaremos alertas para evaluar las *pruebas* y también para descubrir falsas analogías cuando a ciertos hechos se les atribuyan consecuencias jurídicas no previstas en la norma, haciendo una *calificación* incorrecta para el caso concreto analizado.

Para evaluar una argumentación MacCORMICK exige que la decisión cumpla con el requisito de la *universalidad*. Toda argumentación jurídica tiene que basarse en una premisa mayor o normativa y ésta en el caso del silogismo judicial es afirmativa y universal, aún cuando la norma se refiera a una categoría especial de sujetos. Pero como el silogismo judicial no resuelve todos los problemas del juzgador o del argumentador, MacCORMICK, con la flexibilidad que el *common law* da a sus jueces, exige que la norma sea *consistente* con la norma aplicable, pero también coherente con los valores imperantes en la sociedad. Además, exige, sobre todo al juzgador, que valore las *consecuencias* de su decisión. Las tesis de MacCORMICK nos serán útiles para evaluar argumentos que pretendan complementar deducciones lógico-jurídicas con criterios *coherentes* con valores aceptados por la comunidad internacional.

Para MacCORMICK, una exigencia fundamental para la *racionalidad práctica* es que a favor de una decisión o argumentación deben darse razones argumentativas o finalistas; nos propone que no cabe pretender que exista un único sistema de principios prácticos y valores que sea, frente a todos los demás, suprema y perfectamente racional; que para ser agentes racionales necesitamos de otras virtudes, además de la racionalidad, tales como *buen juicio, altura de miras, justicia, humanidad y compasión*. Cuando

analicemos argumentaciones en los capítulos 3 y 4, intentaremos determinar si los agentes de esas tesis manifiestan las virtudes a que se refiere MacCORMICK.

2.7.4. El silogismo y las falacias

Anteriormente adelantamos algo sobre la indiscutible sobrevivencia de las enseñanzas de ARISTÓTELES sobre el silogismo como base de toda argumentación.

Ciertamente en toda argumentación, aún cuando no se presente con una forma silogística estricta, puede ser decisivo determinar si las premisas base del discurso corresponden a un silogismo científico (cuyas premisas axiomáticas o apodícticas muestran), a uno dialéctico (cuyas premisas expresan una opinión demostrable) o a uno erístico (basado en sofismas).¹³²

No está de más recordar la definición que el propio ARISTÓTELES nos da de silogismo: “es un razonamiento en el que, establecidos ciertos datos (es decir, las premisas) sigue necesariamente algo distinto de ellos, por el mero hecho de haber sido establecidos”.¹³³

Para los efectos del presente trabajo no es necesario profundizar mas en las intrincadas y complejas reglas de la lógica formal y material para determinar la corrección de la estructura silogística o la veracidad, plausibilidad o falsedad de las premisas; por tanto nos concentraremos en el silogismo jurídico o judicial.

PLATAS PACHECO, con toda ortodoxia nos recuerda que el silogismo jurídico esta compuesto por una premisa mayor en la que se expresa la norma jurídica aplicable; por una premisa menor, en la que se describen los

¹³² Clasificación aristotélica, cfr. ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica*, Porrúa, 13ª Ed., México 2004, pp. 461-513.

¹³³ REALE, *op cit* en nota 125, p. 145.

hechos que habrán de subsumirse a la premisa mayor, y por una conclusión en forma de sentencia, laudo o fallo. En cuanto al argumento jurisdiccional, concretamente el del juez, coloca a la fundamentación como un desarrollo de la premisa mayor o normativa; a la motivación como una evaluación de la premisa menor o fáctica, y a la sentencia vinculante como un resultado de la conclusión silogística.¹³⁴

Por otra parte, PLATAS PACHECO no se aferra al silogismo judicial a la manera de los exégetas y nos propone como principios del razonamiento judicial: a) al principio de legalidad, y b), al principio de argumentación suficiente o argumentación de autoridad, para que los razonamientos utilizados en la motivación hagan aplicables a los hechos los preceptos de la fundamentación; todo ello para que la conclusión o sentencia resulte lógica, justa y reparadora del orden societario. Por otra parte, la jurista filósofa, con base en Mauricio BEUCHOT, acepta una noción aristotélica amplia de silogismo, pues en él abarca todas las formas de argumentación: inductiva y deductiva, dialéctica, científica y falaz y hasta la argumentación retórica y poética y, en general, toda persuasión, cualquiera que sea su método.¹³⁵

Lo expuesto por PLATAS PACHECO sobre las falacias nos será de gran utilidad para capítulos ulteriores en los que continuaremos con el análisis de argumentaciones esgrimidas en el ámbito internacional en un intento para justificar violaciones al Derecho Internacional, pues las falacias son un recurso frecuente por parte de Estados que no han ajustado su conducta a lo prescrito por normas jurídicas obligatorias.

¹³⁴ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, pp. 4 y 5.

¹³⁵ BEUCHOT, Mauricio, *La teoría de la argumentación en Aristóteles*, en VARGAS Alberto, [et al] *Argumentación y filosofía*, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, México, 1986, p. 35, citado por PLATAS PACHECO *op cit* en nota 86, p. 21.

Nos recuerda esta estudiosa del Derecho que falacias son argumentaciones engañosas e incorrectas que aparentan no serlo y que las hay de dos clases: los sofismas y los paralogismos; en los primeros se da mala fe y voluntad de engaño; en los segundos se cae en una falacia involuntariamente. En otras palabras, ambos son mentiras con apariencia de verdad.

En los párrafos siguientes haremos un resumen de las enseñanzas de PLATAS PACHECO:¹³⁶

En todo sofisma encontramos dos elementos esenciales:

1. Una supuesta verdad que convence a quien esté desprevenido. Este aspecto se relaciona con la Lógica material.
2. Un error oculto en la forma de obtener la conclusión, de donde se deriva un juicio falso de otros verdaderos, en el que el argumentador, se vale, por ejemplo, de algún concepto ambiguo, de una falsa generalización, de una atribución esencial de algo accidental, etcétera. Este aspecto se relaciona con la Lógica formal.

Según PLATAS PACHECO: los **sofismas de palabras** son aquellos en los que se abusa de los múltiples significados de los términos; estos sofismas se clasifican en:

- Equívoco
- Anfibología
- Metáfora
- Confusión del sentido compuesto y del sentido dividido

Sofisma de palabra equívoco: en este sofisma se usa un término o una expresión que puede tener varios sentidos. La invasión de Irak y la defensa que se ha hecho de la misma nos da ejemplos de términos equívocos: en

¹³⁶ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 66, pp. 109 a 122.

una resolución del Consejo de Seguridad, anterior a la invasión [resolución 1441 (2002)], ese Consejo, mediante expresiones ambiguas, y por tanto equívocas, resultantes de la negociación, advirtió al gobierno iraquí que tenía una última oportunidad para cumplir con todas las órdenes dadas por ese órgano de la ONU (sobre todo en el ámbito del desarme y de las debidas facilidades de inspección) y advirtió que, de no cumplirlas, habría graves consecuencias. Los invasores, podemos decir, con toda mala fe, consideraron que esa advertencia era una autorización para hacer uso de la fuerza. Puesto que el Consejo de Seguridad tiene atribuciones para decidir múltiples medidas, entre ellas el uso de la fuerza, y otras que no impliquen el uso de la fuerza, la expresión graves consecuencias tuvo sentido ambiguo y equívoco que permitió una argumentación falaz en pro de la invasión, haciéndose uso de un sofisma de palabras. Rematemos este ejemplo recordando que una autorización del Consejo de Seguridad para hacer uso de la fuerza debe ser explícita.

Sofisma por anfibología: la anfibología es un error sintáctico en la construcción gramatical de la argumentación. El caso de la resolución citada como ejemplo de sofisma de palabra equívoco, puede también considerarse como un ejemplo de anfibología porque el error proviene no sólo de las palabras graves y consecuencias sino de toda la frase en el contexto de la resolución. La frase en cuestión fue la siguiente: “El Consejo de seguridad...13. Recuerda, en este contexto, que ha advertido reiteradamente al Iraq que, de seguir infringiendo sus obligaciones, se expondrá a graves consecuencias”. Como adelantamos en párrafos precedentes, según la Carta de la ONU, las medidas que puede adoptar el Consejo de Seguridad son enumeradas de manera no exhaustiva en el artículo 41 que menciona como posibles acciones: la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de

comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas. Por otra parte el artículo 42 menciona como posibles acciones: por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres: demostraciones, bloqueos y otras operaciones. Por tanto, las graves consecuencias, consideradas como amenaza del Consejo de Seguridad, tenían que ser determinadas explícitamente, pues, según la Carta de la ONU, varían desde una ruptura de comunicaciones hasta un uso masivo de la fuerza armada.

El sofisma anfibológico lo encontramos en el texto de la resolución, pero sobre todo en la interpretación sofística que atribuyó a la advertencia y a la frase con que se expresó aquélla, necesariamente una amenaza de uso de la fuerza armada, puesto que es imposible inferir de la lectura a qué clase de acciones se refería el Consejo de Seguridad de la ONU.

La *metáfora*, como sofisma de palabra, se da cuando se toma en sentido unívoco un término análogo. Identificamos como sofisma metafórico la analogía que en alguna ocasión el Presidente George W. BUSH empleó las palabras Estados villanos (*rogue States*) para referirse a algunos Estados que supuestamente promueven el terrorismo. Sabemos que los Estados no pueden ser villanos, que en todo caso son villanos algunos gobernantes de algunos Estados, pero la metáfora cumplió su cometido político. Cuestión aparte es la hipocresía que acompañó esa declaración, pues la conducta de ese político ha sido abiertamente villana y violatoria del Derecho Internacional.

Nos parece que el ejemplo del párrafo anterior nos sirve también para identificar también un sofisma de palabras consistente en la confusión del sentido compuesto y del sentido dividido

La *confusión del sentido compuesto y del sentido dividido* consiste en predicar de un todo lo que accidentalmente se predica de alguna de sus partes o viceversa. Aceptando que el gobierno de Saddam Husein era

presidido por un villano, ello no hace villano a todo el gobierno y mucho menos a todo el Estado y a todos los ciudadanos iraquíes.

PLATAS PACHECO nos expone los *sofismas de deducción* con la siguiente división de los *sofismas de ideas*:

- Petición de principio
- Círculo vicioso
- Ignorancia del asunto
- Falacia del consecuente

Petición de principio: es una argumentación con la cual se pretende demostrar empleando las mismas premisas que se van a demostrar. Por ejemplo: un jurista de EUA intentó demostrar la legalidad del bloqueo a Cuba para impedir la instalación de cohetes soviéticos en la isla, aduciendo que el bloqueo fue conforme a Derecho porque: “históricamente, el Derecho Internacional consuetudinario ha reconocido un amplio derecho ‘inmanente’ a la legítima defensa cuando razonablemente un Estado se siente blanco de amenazas contra su integridad territorial o independencia política”.¹³⁷ Además de que el Derecho Internacional consuetudinario, así invocado, ha sido derogado por la Carta de la ONU, en lugar de enunciar la norma y luego el hecho como premisas, la argumentación parte de la afirmación de la legalidad que pretende demostrar.

Círculo vicioso: consiste en demostrar dos proposiciones, una a partir de la otra y viceversa. Por ejemplo, en la Asamblea General de la ONU, cuando se debatía una propuesta de Estados socialistas para definir la agresión, un representante de la antigua Unión Soviética aducía que la propuesta era atinada porque la había propuesto la URSS; su

¹³⁷ McDougal, *op cit* en nota 33, pp. 576-604.

argumentación llevaba explícita la afirmación de que la URSS la había propuesto porque era atinada y así se caía en un círculo vicioso.

Ignorancia del asunto: consiste en argüir a favor o en contra de una doctrina o tesis sin conocerla en su significación y alcances precisos. Por ejemplo, quienes promovieron que la Asamblea General de la ONU definiera la agresión aducían, entre otros argumentos, que la definición desalentaría a potenciales agresores. Sabemos que esa definición fue aprobada y que los agresores no se han detenido por ello. Podemos afirmar que los sostenedores de esa tesis desconocían la naturaleza del problema, o no la expresaban, pues es sabido que se requiere algo más que una norma o declaraciones para remediarlo.¹³⁸ Esta falacia es frecuente entre quienes sin desconocer el Derecho Internacional Público, interpretan falazmente sus normas para justificar una conducta violatoria de ese Derecho.

Falacia del consecuente: consiste en no respetar las leyes del silogismo condicional.

Según las reglas del silogismo, (la del *modus tollens*) no hay deducción correcta cuando se infiera la negación del consecuente a partir de la negación del antecedente.

Siguiendo con el ejemplo que hemos usado en el caso de *ignorancia del asunto*, para ejemplificar la *falacia del consecuente*, se diría:

Si definimos la agresión habrá paz;

No definimos la agresión;

Por tanto, no hay paz y habrá guerra.

¹³⁸ La agresión fue definida por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 3324 (XXIX).

Nos dice PLATAS PACHECO: Es falaz también concluir la afirmación del antecedente a partir de la afirmación del consecuente, con lo cual se viola la regla del *modus ponendo ponens* (de la afirmación del antecedente se sigue la del consecuente, pero no viceversa).

Siguiendo con el mismo ejemplo diríamos:

Si definimos la agresión habrá paz;

Hemos definido la agresión;

Por tanto, hay paz.

La misma autora nos explica los *sofismas de inducción* que pueden ser:

- La enumeración imperfecta
- El sofisma de accidente
- La ignorancia de causa
- La falsa analogía

La enumeración imperfecta: según PLATAS PACHECO: tiene lugar cuando, a raíz de una observación muy reducida, se pretende inferir una ley universal.

Por ejemplo:

EUA y el Reino Unido violaron la Carta de la ONU con la invasión de Irak, los Estados miembros de la OTAN violaron la Carta de la ONU con la acción militar en Kosovo, por tanto todos esos Estados siempre violan la Carta de la ONU.

Sofisma de accidente: consiste en tomar como propio o cualidad necesaria lo que sólo es una cualidad accidental.

Por ejemplo:

George Bush no respeta el Derecho Internacional.

Luego entonces, los Presidentes de EUA no respetan la ley.

Ignorancia de causa: consiste en tomar como causa de un fenómeno, cualquiera de sus antecedentes.

Por ejemplo: alguien puede pensar que EUA invadió a Irak para instalar una democracia, cuando la causa de esa agresión puede ser el control de un país petrolero.

Falsa analogía: consiste en atribuir una propiedad a un objeto sólo por el hecho de que se asemeja a otro que efectivamente posee dicha propiedad.

Por ejemplo: El enriquecimiento del uranio permite la fabricación de armas nucleares. Luego entonces quien enriquece uranio está fabricando una bomba nuclear.

Nos dice la autora que ahora estudiamos que debemos entender por una falacia de atinencia: “en este tipo de falacias la conclusión aparentemente se deriva a partir de ciertas premisas, pero en el fondo dichas premisas no son pertinentes (no son atinentes o atingentes) no tienen una conexión lógica con la conclusión.

Las falacias de atinencia son las siguientes:

- Apelación a la fuerza (ad baculum)
- Apelación a la persona (ad hominem)
- Llamado a la piedad (ad misericordiam)
- Apelación inapropiada a la autoridad (ad verecundiam)
- Por lo que el pueblo dice (ad populum)

Apelación a la fuerza (ad baculum), se da cuando quien argumenta amenaza. Por ejemplo: Las potencias colonialistas se negaban a conceder

la independencia a sus colonias aduciendo que la independencia traería el caos.

Apelación a la persona (ad hominem). Por ejemplo, se dice que el dictador Pinochet en Chile adoptó medidas económicas acertadas. Si ese es el caso, no se deben aducir la maldad del dictador y sus violaciones a los derechos humanos como argumentos contra sus políticas económicas.

Llamado a la piedad (ad misericordiam): esta falacia consiste en apelar a la conmiseración o simpatía a la que se puede llegar a sentir con respecto a las personas que padecen injustamente una carencia. La exposición de gente abandonada, reprimida o expoliada suele mover a cierta compasión y la mente se inclina a aceptar los argumentos ofrecidos en su favor. Creemos que esta falacia se da con cualquier persona que sufra algún infortunio, por ejemplo: todo indica que Pinochet es responsable de múltiples violaciones a los derechos humanos, pero sus defensores dicen: qué objeto tiene condenarlo a tan avanzada edad y con tan delicado estado de salud.

Por lo que el pueblo dice (ad populum): consiste en atribuir veracidad y certeza a todo lo que las mayorías afirman. Por ejemplo, si todos los habitantes judíos de Israel afirman que tienen derecho a los territorios ocupados por su Estado mediante el uso de la fuerza. El número de personas que apoyan una aseveración es irrelevante para la validez, legalidad y legitimidad de la afirmación.

Nos dice PLATAS PACHECO que no todos los sofismas y falacias encajan en la clasificación anterior; que hay, por ejemplo, *reduccionismos de tipo histórico, social cultural, etcétera*, que unen *per se* lo que únicamente se une *per accidens*. Por ejemplo afirmar que todos los militantes de un partido político son corruptos, a sabiendas de que lo pueden ser la mayoría, pero difícilmente la totalidad.

Entendemos que el *reduccionismo* es una simplificación que atribuye a un fenómeno complejo una sola causa. Por ejemplo, suponer que el fenómeno del nazismo se debió únicamente al comportamiento de los judíos alemanes.

En ALEXY no encontramos referencias explícitas al silogismo jurídico; no obstante tampoco encontramos un rechazo al uso de esa forma de razonar, máxime que entiende a la argumentación jurídica como una especie del género de la argumentación práctica, necesariamente sometida a las reglas de la Lógica.

Nos dice este autor germano que las reglas de la argumentación jurídica no garantizan que siempre se pueda llegar a una respuesta única y correcta; que la aplicación de las reglas pueden llevar a conclusiones contradictorias y ambas racionales; que la pretensión de corrección en el discurso jurídico no es sólo una pretensión limitada que se efectúa bajo las exigencias de la ley, la dogmática y los precedentes, sino que además es relativa a los participantes y todo su universo; que no por lo anterior debe el participante en el discurso abstenerse de pretender que la respuesta de su argumentación es la correcta; que el procedimiento discursivo cumple una función: señalar límites que no pueden ser franqueados.

2.7.5. La justificación (interna y externa)

El silogismo aristotélico es un proceso deductivo puesto que obtiene verdades particulares partiendo de verdades universales. ARISTÓTELES nos enseña que las verdades universales se obtienen por inducción o por intuición. Ya hemos recordado que para el filósofo la inducción es el procedimiento por el que se obtiene lo universal a partir de lo particular, en tanto que la intuición es la aprehensión pura y simple de los primeros principios. Para la demostración ARISTÓTELES nos dice que debemos recurrir a los axiomas o verdades que no requieren demostración.

Si aplicamos las enseñanzas aristotélicas a toda argumentación jurídica, al considerar la premisa normativa, conviene determinar si la premisa mayor base de la argumentación resiste un enfrentamiento con principios jurídicos axiomáticos; a ello podemos llamar *justificación externa*. A la comprobación de la coherencia y consistencia de la norma dentro del sistema jurídico en que se encuentra inmersa, *justificación interna*. No escapa a nuestra atención que algunos autores tienen nociones de justificación interna y externa que difieren de lo expuesto en este párrafo. Es normal que los positivistas busquen la justificación externa dentro de la norma y no fuera de ella.

PLATAS PACHECO nos recuerda que CICERÓN y QUINTILIANO, quienes perciben el Derecho como una ciencia práctica reguladora del ámbito de la *voluntas*, insisten a lo largo de sus obras en que la argumentación es incompleta si no hunde y encuentra su fundamento en el *logos* griego. La función y objetivo de ese *topo*, es el conocimiento de la naturaleza de las cosas como punto de partida. Para CICERÓN, respetando la *physis*, esto es, la naturaleza de las cosas, la substancia inmutable, llegamos a demostrar lo bueno o lo malo, lo justo o lo injusto, porque el conocimiento de esa *physis* descubre la ley natural a la que se subordina la razón.

PLATAS PACHECO da importancia a la tópica jurídica formal, pero insiste en la necesidad de retomar el estudio de la tópica material, pues si son importantes los modos de argumentación, no se debe pensar que el contenido de lo que se argumenta carece de importancia; insiste en que el objeto del Derecho es el estudio de lo debido, derivado directamente de la naturaleza humana; nos recuerda que la demostración tiene límites, pues ésta no puede prolongarse hasta el infinito. Para detener esa prueba diabólica, tenemos que recurrir a principios evidentes, a verdades primeras

de las cuales partir. Así podemos llegar a una justificación externa del Derecho positivo vigente mediante una atribución de la proporcionalidad entre lo debido por naturaleza que es lo justo y la norma que constituya el primer analogado. Percibimos en esas tesis, que compartimos, un método de justificación externa de toda premisa normativa y aceptamos que el simple consenso no es suficiente justificación externa de la ley, tan sólo nos ofrece una justificación interna y ambas son necesarias para una plena justificación de la ley.

Todo principio de Derecho, que como tal, no requiere demostración por su carácter axiomático, nos brinda con su certeza una justificación externa para la norma jurídica, para la ley, si es compatible y coherente con el principio de Derecho correspondiente.¹³⁹

Leemos en PLATAS PACHECO una necesidad de que toda norma sea justificada externa e internamente. Afirma que la argumentación apodíctica y la dialéctica van de la mano, porque la verificación de todo hecho (o de toda ley) no puede ser únicamente dialéctico en tanto que exige por su naturaleza un referente axiomático y obligado en el cual descansa lo demostrado.

Tratándose de la resolución judicial, PLATAS PACHECO la justifica por su coherencia interna y externa; la primera (interna) se justifica al fundamentar, con base en el Derecho, la sentencia y al motivarla con la valoración de los hechos; la segunda (externa) se justifica al resolver el fondo de la controversia y al contribuir a restablecer, con justicia, el orden social perturbado.

Para ALEXY, jurista alemán, la justificación interna trata de comprobar si la decisión es consecuencia lógica de las premisas que se aducen como fundamentación, en tanto que el objeto de la justificación externa es la

¹³⁹ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, pp. 42-47, 59, 72 y 82.

corrección de las premisas.¹⁴⁰ Esta corrección, para ALEXY, tratándose de la ley, exige sumisión al texto constitucional y a los precedentes de los tribunales constitucionales.¹⁴¹

Antes de continuar, conviene reiterar qué entendemos por justificación externa e interna. Nos parece que la justificación externa se encuentra fuera del sistema jurídico positivo, en tanto que la interna se logra con la consistencia y coherencia de la norma con ese sistema, en particular con las normas constitucionales. Tenemos algunas dificultades con las tesis de ALEXY, pues percibimos su noción de justificación interna más que como tal, como una aplicación de la Lógica formal o de garantías que aseguren el paso coherente de las premisas a la conclusión. Ya hemos mencionado que para un positivista, la justificación externa no puede encontrarse fuera del sistema, en tanto que para un iusnaturalista, en cualquiera de las modalidades de esa doctrina, la norma que contradice un principio de validez universal, aún la constitucional, no puede justificarse externamente.

Nos dice ALEXY que toda decisión jurídica (podemos agregar, toda argumentación jurídica) debe contar con una referencia a una norma universal como justificación interna (nosotros la llamaríamos externa); agrega que en los casos más complicados se necesita, para la fundamentación de las decisiones jurídicas una serie de premisas que no pueden ser deducidas de ley alguna; que en muchos casos la norma con que se comienza no es siquiera una norma de Derecho positivo; que la fundamentación interna tiende un puente entre el abismo existente entre la norma y la descripción del hecho y que en la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente.

¹⁴⁰ ALEXY, *op cit* en nota 124, p. 214.

¹⁴¹ HALLIVIS, *op cit* en nota 80, p 251.

Para ALEXY el principio de universalidad puede enunciarse de la siguiente manera: “quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas”¹⁴²

Según ALEXY esas reglas y formas de la justificación externa se refieren a la justificación de las premisas y pueden ser: a) reglas de derecho positivo para demostrar la validez de la norma; b) enunciados empíricos tales como máximas de presunción racional o reglas procesales de la carga de la prueba y, c) reformulaciones de normas o premisas que no son enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo para cuya fundamentación hay que acudir a la Lógica jurídica; en la inteligencia de que los tres procedimientos de justificación interactúan, en particular, las reglas de Derecho positivo y los enunciados empíricos juegan un papel considerable en la fundamentación de la reformulación de normas. Pensamos que a esas reglas y formas falta la referencia a principios generales del Derecho que nos lleven a encontrar lo que PLATAS PACHECO llama el en sí del Derecho, a menos de que se acepte un Derecho natural empírico que acepte como principios de validez universal aquellos que se encuentran de manera constante en los sistemas jurídicos del mundo.

Afirma ALEXY que para la fundamentación de las premisas, que no son enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo, sirve precisamente lo que puede designarse como argumentación jurídica. Esta afirmación nos provoca dudas: una regla de Derecho positivo en un silogismo judicial es la premisa mayor o normativa, a la que hay que subsumir el hecho para llegar a la conclusión; ese silogismo es la base de la argumentación jurídica y es

¹⁴² HALLIVIS, *ibidem* p.118, p. 249.

argumentación jurídica por antonomasia, no únicamente la que se da cuando las premisas no son enunciados empíricos ni normas de Derecho positivo.¹⁴³ Por otra parte entendemos que quien no puede fundamentar su discurso en enunciados empíricos ni en reglas de Derecho positivo, se enfrenta a una falta de base que deberá sustituir con una argumentación hábil para lograr su cometido.

ATIENZA nos presenta así los grupos de reglas y formas de la justificación externa de ALEXY:

..... distingue seis grupos de reglas y formas de la justificación externa, según que las mismas se refieran: a) a la **interpretación**, b) a la **argumentación dogmática**, c) al uso de los **precedentes**, d) a la **argumentación práctica general**, e) a la **argumentación empírica** o f) a las **formas especiales de argumentos jurídicos**.

La argumentación práctica general constituye el fundamento mismo de la argumentación jurídica, y ya hemos visto cuales son sus reglas y formas. Por lo que se refiere a la argumentación empírica, ALEXY concede que la misma tiene gran relevancia, tanto en la argumentación jurídica como en la argumentación práctica general, pero no elabora reglas y formas específicas; se limita a constatar que aquí rige la regla que autoriza a pasar en cualquier momento de la argumentación a un discurso empírico.¹⁴⁴

Para ALEXY, esos grupos o formas de justificación externa se vinculan y la investigación de la interconexión entre argumentos de distintas formas debe aclarar el papel de la argumentación empírica y de la argumentación práctica general en el discurso jurídico.

¹⁴³ ALEXY, *op cit* en nota 124, p. 222

¹⁴⁴ ATIENZA, *op cit* en nota 89, p. 167.

2.7.6. Tipología de los argumentos: apodícticos, dialécticos y retóricos

El estudio de los diferentes modelos argumentativos nos será de especial utilidad para el propósito de este trabajo, a saber: “el análisis de la argumentación jurídica en casos selectos objeto de debates y resoluciones o decisiones en organizaciones internacionales y en estudios de internacionalistas”. Si duda alguna, encontraremos falacias y hábiles sofismas; en otros casos, nos encontraremos frente a argumentos idóneos pero de variada validez o fuerza, según sea su carácter apodíctico (axiomático), dialéctico (que requiere demostración) o retórico, (cuyo fin es persuadir). Con base en ARISTÓTELES, PLATAS PACHECO utiliza esa división clásica para el estudio de los modelos de discursos y razonamientos, misma que exponemos en los siguientes párrafos. Entendemos que la clasificación que seguiremos no establece compartimentos estancos y que en algunos casos, argumentos considerados inicialmente como apodícticos pueden resultar dialécticos y viceversa, o que uno dialéctico de muy difícil demostración tenga que aceptarse como retórico, sobre todo si persuade sin demostración.

Utilizaremos esa clasificación como base, y en ella iremos intercalando otras de pensadores modernos, pues consideramos que esa clasificación cubre todas las sub-ramas posibles.

El silogismo judicial, si seguimos a ARISTÓTELES, puede contener premisas apodícticas o dialécticas, dependiendo de que sean axiomáticas u opinables, por tanto, nos parece que toda clasificación puede enmarcarse en esa división aristotélica.¹⁴⁵

¹⁴⁵ ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación, concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, España, 2006, p.155.

En ALEXI identificamos argumentos prácticos referentes a la conducta, jurídicos, basados en Derecho y judiciales ante el juez o árbitro.

Una exposición de todas las complejas y muy variadas clasificaciones que han hecho filósofos y juristas de todos los tiempos, va más allá de los objetivos del presente trabajo que, reiteramos, es “el análisis de las argumentaciones esgrimidas en algunos casos selectos tratados en organizaciones internacionales o en los escritos de los internacionalistas”, tarea a la que nos avocaremos en los próximos capítulos. ATIENZA dice con razón que una clasificación de los argumentos que pretenda ser general tiene que basarse en una contraposición muy simple y básica; él propone la división entre argumentos deductivos y no deductivos como base de toda clasificación. No rechazamos esa tesis, sin embargo, para los efectos de este trabajo, preferimos la clasificación de origen aristotélico entre: argumentos apodícticos, dialécticos, erísticos y retóricos.

2.7.6.1. Argumentos apodícticos

Recordemos que para ARISTÓTELES el silogismo científico es aquel en el que las premisas son axiomáticas y están ya demostradas mediante inducción o intuición; podemos decir que esas premisas muestran y, por tanto, no requieren demostración.¹⁴⁶ En la Lógica aristotélica las premisas axiomáticas componen el razonamiento apodíctico (del griego *apodeikticos*) que produce ciencia a diferencia del silogismo meramente dialéctico.¹⁴⁷ La demostración tiene límites y, en consecuencia, no puede prolongarse hasta el infinito; nuestro modo de razonar exige principios evidentes, unas verdades o primeros principios de los cuales partir o de lo contrario nada podría afirmarse sin requerir justificación. El principio de contradicción es un

¹⁴⁶ ARISTÓTELES, *op cit* en nota 131, pp. 461-513.

¹⁴⁷ RUNES, Dagobert D., *Diccionario de Filosofía*, Tratados y manuales Grijalbo, México 1981, p.19.

ejemplo de premisa o argumento apodíctico, algo no puede ser y no ser al mismo tiempo; sería absurdo exigir demostración a tal principio, o al que afirma que el todo es mayor que las partes.¹⁴⁸

2.7.6.2. Argumentos apodícticos de autoridad

PLATAS PACHECO nos explica que el argumento jurídico apodíctico de autoridad es el más fuerte y sólido, pues tiene su base en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina; constatamos que en las fuentes formales del Derecho mencionadas, no se incluye explícitamente a la costumbre, si bien se afirma que los argumentos apodícticos de autoridad recogen usos y costumbres reiteradas. Seguramente la costumbre mereció en el texto analizado¹⁴⁹ tan solo una referencia implícita, porque, sobre todo en nuestro sistema romano germánico, es más laborioso identificar esa fuente formal.¹⁵⁰

En nuestro ámbito de interés, el Derecho Internacional Público, los argumentos apodícticos de autoridad serían aquellos basados en los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia y la doctrina.¹⁵¹ Traído esto a colación, creemos que también en el ámbito interno los principios generales del Derecho darían sólida base a un argumento apodíctico de autoridad, máxime que el artículo 14 constitucional faculta al juez a usar ese modelo argumentativo para fundamentar su sentencia cuando se enfrenta a una laguna de la ley.¹⁵²

¹⁴⁸ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, pp.76-84.

¹⁴⁹ PLATAS PACHECO, obra citada, *Filosofía del Derecho, Argumentación jurisdiccional*, pp. 128-129.

¹⁵⁰ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, 60ª Ed, Porrúa, México, 1987, p. 161.

¹⁵¹ Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.

¹⁵² VALLARTA MARRÓN, José Luis, *Derecho Internacional Público*, Facultad de Derecho UNAM/Porrúa, México 2006 p. 29.

En cuanto a la doctrina como argumento apodíctico de autoridad un discurso será apodíctico si se basa en tesis doctrinarias en la medida en que la doctrina en cuestión tenga aceptación universal; de no existir esa aceptación universal, el modelo argumentativo no sería axiomático y descendería a la categoría de argumento dialéctico, sujeto a demostración. En el ámbito internacional, puesto que el Derecho Internacional Público surgió de la costumbre y de las doctrinas europeas, muchas de éstas no han resistido el enfrentamiento a puntos de vista del mundo heterogéneo y multicultural que hoy conforma la comunidad internacional de naciones y, por tanto, no pueden aceptarse como argumentos apodícticos de autoridad.¹⁵³

Así, en el ámbito del Derecho Internacional Público, un silogismo jurídico tendría como premisa mayor o normativa un tratado, la costumbre, los principios generales del Derecho y, supletoriamente, a la jurisprudencia o la doctrina; como premisa menor o fáctica, una descripción de los hechos y, como conclusión la sentencia, laudo u otra resolución, decisión u opinión.

2.7.6.3. Argumentos apodícticos por analogía

Nos dice PLATAS PACHECO que el argumento apodíctico por analogía supone una inferencia; se usa extendiendo el significado de un concepto a otros con los que guarda proporción y agrega, de manera esquemática, que el argumento por analogía lleva aparejada una igualdad proporcional. Por otra parte, nos advierte que no debe confundirse la analogía con la sinonimia, puesto que no se trata de una inferencia de igual a igual sino de una igualdad proporcional entre conceptos que guardan necesariamente esa proporción esencial.¹⁵⁴

¹⁵³ VALLARTA MARRÓN, *ibidem* p.124, pp. 51-53.

¹⁵⁴ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, p. 132.

Intentemos un ejemplo de silogismo jurídico basado en un argumento apodíctico por analogía en el ámbito internacional de nuestro especial interés. Se ha sostenido que el derecho subjetivo a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado, reconocido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, fue concebido por quienes redactaron las propuestas originales de esa Carta y por los Estados que la aprobaron, suscribieron y ratificaron, como una disposición para autorizar la auto-defensa en caso de ataques perpetrados por las fuerzas de un Estado contra otro.¹⁵⁵ Si se plantea la cuestión de la legítima defensa para rechazar un ataque armado de un grupo irregular con el ánimo de reconocerla como tal, se podría utilizar el siguiente silogismo basado en una analogía:

Premisa mayor o normativa: la Carta de la ONU prohíbe el uso de la fuerza por un Estado contra otro (párrafo 4 del artículo 2) y reconoce al Estado agredido el derecho inmanente a la legítima defensa para rechazar el ataque armado (artículo 51).

Premisa menor o fáctica: el Estado X ejerció el derecho inmanente a la legítima defensa, inmediata y proporcionalmente para rechazar un ataque perpetrado por fuerzas irregulares.

Conclusión: el Estado X actuó de conformidad con el Derecho Internacional al hacer uso de la fuerza para repeler una agresión.

Nótese que el supuesto jurídico de la norma citada en la premisa mayor no es igual al hecho descrito en la premisa menor, pero éste guarda una igualdad proporcional con aquél, es decir, una igualdad entre conceptos entre los que existe necesariamente una proporción esencial.

El juez o jurista que usara ese silogismo tendría que motivar su decisión evaluando los hechos y mostrando la proporcionalidad esencial existente entre el supuesto jurídico previsto en el artículo 51 de la Carta de

¹⁵⁵ ACOSTA ESTEVEZ, José B. “La operación *libertad duradera* y la legítima defensa a la luz de los atentados del 11 de septiembre de 2001”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VI-2006, pp. 36 y 37.

la ONU, o sea, un ataque armado por las fuerzas armadas regulares de un Estado y un ataque efectuado por fuerzas irregulares no patrocinadas, organizadas ni toleradas por Estado alguno. Por otra parte, tendría que fundamentar su decisión en Derecho, basándose en las normas jurídicas aplicables por analogía en virtud de su percepción de una laguna de la ley.

Dicho con nuestras propias palabras, sin pretender originalidad alguna, el juez aplica un argumento apodíctico por analogía cuando subsume a la norma un hecho que no es el previsto en el supuesto jurídico de la norma, pero que, a su juicio, es similar a él y debe, por tanto, producir las mismas consecuencias jurídicas.

2.7.6.4. Argumentos apodícticos de los principios generales del Derecho

Para la clasificación de los modelos o tipos de argumentos, seguimos a PLATAS PACHECO; no obstante, preferimos colocar a los argumentos basados en principios generales del Derecho entre los argumentos apodícticos de autoridad y no colocarlos en una categoría aparte. Si aceptamos que una doctrina de aceptación universal es un argumento apodíctico de autoridad, nos sentimos forzados a aceptar, de igual manera, en la misma categoría, y con mayor razón, a los principios generales del Derecho, que para ser reconocidos como tales requieren de la misma aceptación universal.

Para los efectos de este trabajo, aceptamos que los principios generales del Derecho son esas normas básicas, esenciales en todo ordenamiento jurídico, que se encuentran tanto en el Derecho interno privado como en el público.¹⁵⁶

¹⁵⁶ JUMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Curso de Derecho Internacional Público*, tomo I, Teoría General, “Centro de Estudiantes de Derecho”, Montevideo, Uruguay, 1959, p. 70

2.7.6.5. Argumentos apodícticos sistemáticos

Nos dice PLATAS PACHECO:

... éste [el argumento sistemático] hace referencia a la necesidad de sustentar la tesis en la consideración de todas las normas que le son aplicables; la postura que se sostiene descansa en un conjunto de normas que se autoimplican y que dan unidad y consistencia al argumento.¹⁵⁷

Afirma esta jurista mexicana que las normas que se invocan como aplicables al caso deben estar vinculadas por necesidad con otras. Observamos que en un mismo código conviven necesariamente varias instituciones jurídicas y sólo es apodíctico un argumento sistemático si el vínculo entre las normas **es necesario**; no lo es por el solo hecho de estar incorporadas en un mismo código. Por ejemplo, en la Carta de las Naciones Unidas, que sin duda alguna es un sistema, figura la prohibición a los Estados de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza (párrafo 4 del artículo 2); por otra parte, también figura la aceptación de que la legítima defensa procede en caso de ataque armado (artículo 51); esos artículos no están vinculados por necesidad y no puede argumentarse con propiedad que porque está prohibida tanto la amenaza como el uso de la fuerza, la legítima defensa procede en caso de amenaza.¹⁵⁸

2.7.6.6. Argumentos apodícticos de finalidad

Este argumento tiene fuerza según la claridad con que sea evidente en la norma la intención o finalidad perseguida por el legislador o de la contundencia y precisión de la exposición de motivos, de los diarios de debates o de otros trabajos preparatorios de la ley por aplicar. PLATAS

¹⁵⁷ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, p. 140.

¹⁵⁸ Esa falacia fue utilizada por el jurista estadounidense McDOUGAL, *op cit* en nota 33, pp. 716-723.

PACHECO los clasifica como apodícticos, si bien de la lectura de su texto puede inferirse que aceptaría que, en ciertos casos, la finalidad argumentada puede quedar sujeta a demostración; en ese caso, el argumento pasaría a ser dialéctico.

Cabe mencionar que en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, de 1969, en vigor para México, en su artículo 32 sobre los medios complementarios para la interpretación de los tratados, se relega a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de la celebración del tratado por interpretar al carácter de medios de interpretación complementarios, utilizables sólo cuando la interpretación literal de la norma, su contexto y su objeto y fin deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.¹⁵⁹ O sea, en el ámbito internacional, el objeto y fin de un tratado debe buscarse en el texto mismo y sólo en los casos apuntados, sería pertinente recurrir a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de la celebración del tratado. Creemos que en muchos casos los argumentos de finalidad pueden ser dialécticos.

2.7.6.7. Argumentos apodícticos de no redundancia

Según PLATAS PACHECO:

...uno de los supuestos sobre los que descansa el hacer legislativo tiene que ver precisamente con la no redundancia, es decir, se supone que cada norma llena un vacío legal, de manera que no existen normas que se repiten o sobrerregulen la misma cuestión.

La misma autora, citando a TARELLO, nos dice que el argumento de no redundancia es aquel:

¹⁵⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, Diario Oficial de la Federación, México, 14 de febrero de 1969.

...por el que se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya ha sido atribuido a otro persistente (sic) [¿preexistente?] al primero o jerárquicamente superior a él o más general que el primero; debido a que si aquella atribución de significado no fuera excluida, nos encontraríamos frente a un enunciado superfluo.¹⁶⁰

Nos parece que este modelo o tipo de argumento es de difícil aplicación y que esgrimido por un abogado frente a un juez puede no tener carácter apodíctico sino dialéctico (el argumento del juez basado en este modelo argumentativo, también puede ser dialéctico, pero con la particularidad de que dialéctico, o aún retórico, en la última instancia significa un punto final a la argumentación, como bien señala ALEXY). La razón de este nuestro punto de vista es que el legislador, normalmente colegiado en un régimen constitucional, negocia los textos legales y el resultado es frecuentemente ambiguo o contradictorio; por tanto, el supuesto que nos plantea PLATAS PACHECO en el sentido de que, “cada norma llena un vacío legal, de manera que no existen normas que repiten o sobrerregulen una misma cuestión” es eso, un supuesto dialéctico, sujeto a demostración. Consideremos también la posible contradicción entre normas de distinto género; por ejemplo en la práctica se han encontrado antinomias entre un tratado internacional y una ley.

Veamos un ejemplo de contradicción entre normas de un mismo ordenamiento jurídico: el artículo 11 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) relativo a la competencia temporal de ese tribunal dispone:

1. La Corte tendrá competencia **únicamente** respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

¹⁶⁰ TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Laterza, Milán, 1980. p. 371, citado por PLATAS PACHECO, op cit en nota 86, pp. 144-145.

2. Si un Estado se hace parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia **únicamente** con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12 (esta última disposición prevé que un Estado no parte del Estatuto acepte la competencia de la Corte para un caso específico).

El artículo 12 del Estatuto de la CPI prevé que la Corte tiene competencia para juzgar a un presunto delincuente: “a) si el delito se comete en el territorio de un Estado parte o a bordo de un buque o aeronave de ese Estado o b) si el presunto delincuente es nacional de un Estado parte”.

Por otra parte, el artículo 13 del Estatuto de la CPI dispone que, **además**, la Corte tiene competencia si el Consejo de Seguridad de la ONU, en el marco del capítulo VII de la Carta de esa Organización mundial, relativo a “acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos a la paz o actos de agresión”, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.

El artículo 11 transcrito parece establecer y regular exhaustivamente la cuestión de la competencia de la CPI *ratione temporis*, y el siguiente artículo (12) hace lo mismo *ratione personae* y *ratione loci*; otro artículo (5) determina la competencia *ratione materiae*.

Si se interpreta que la CPI tiene competencia cuando el Consejo de Seguridad de la ONU remite al Fiscal de la Corte un caso relativo a un nacional de un Estado parte (*ratione personae*) o a un caso de competencia (*ratione loci*), no cabría el argumento apodíctico de no redundancia; pero si se sostiene que la Corte tiene competencia cuando el Consejo de Seguridad de la ONU interviene remitiendo al Fiscal de la CPI un caso relativo a un nacional de un Estado no parte del Estatuto del tribunal o respecto de un delito no ocurrido en el territorio, buques o aeronaves de un Estado parte, sí

cabría el argumento de no redundancia, para destacar la contradicción por sobrerregulación de una misma cuestión, es decir, la competencia de la Corte. Si bien el argumento que así fue esgrimido por el Gobierno de Sudán, puede considerarse débil y dialéctico o aún retórico, la CPI se declaró competente, a pesar de que Sudán no es parte del Estatuto del tribunal y de que los delitos fueron cometidos en su territorio.¹⁶¹

2.7.6.8. Argumentos apodícticos históricos

El argumento apodíctico histórico no requiere mayor explicación que la que nos da PLATAS PACHECO al decirnos que la evolución que experimentan las instituciones y las normas, ocurre necesariamente en el transcurrir del tiempo, de manera que en ocasiones es necesario atender a estos desarrollos, a fin de hacer evidente la pertinencia de la tesis que se sostiene.¹⁶²

Como observación final, antes de pasar a los argumentos dialécticos, insistiremos en que ciertos argumentos clasificados como apodícticos, en ciertas circunstancias, pueden ser considerados por el juzgador como dialécticos.

2.7.6.9. Argumentos dialécticos

Para ARISTÓTELES el silogismo dialéctico es aquel en el que las premisas son demostrables, que reflejan una opinión que, de ser compartida por los interlocutores, lleva a una conclusión razonable, pero no científica ni necesariamente verdadera.¹⁶³ ARISTÓTELES estableció una distinción entre el razonamiento dialéctico, que procede silogísticamente de opiniones generalmente aceptadas y el razonamiento demostrativo o científico, que

¹⁶¹ Página oficial de “internet” de la Corte Penal Internacional: www.icc-cpi.int/home.html&1=en 19 May 2007.

¹⁶² PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, p.145.

¹⁶³ ARISTÓTELES, *op cit* en nota 131, pp. 461-513.

parte de premisas primarias y verdaderas; por otra parte, el estagirita sostiene que, contrariamente al erístico, el razonamiento dialéctico es un proceso crítico en el que se encuentra el punto de partida de los principios de cualquier investigación.¹⁶⁴ El grado de demostración puede ser total; en ese caso, una vez demostrado, el argumento deja de ser dialéctico y deviene tan científico como el apodíctico, a diferencia del argumento retórico que llega a ser verosímil pero no necesariamente verdadero. Por otra parte, el argumento dialéctico no conduce necesariamente a una conclusión verdadera. Según PLATAS PACHECO: “Los argumentos dialécticos son los que demuestran una tesis, por lo tanto, también son considerados demostrativos, hunden sus raíces en los apodícticos, de los que dependen esencialmente... la argumentación apodíctica y la dialéctica van de la mano, porque la verificación de cualquier hecho no puede ser puramente dialéctica, exige por su propia naturaleza un referente obligado respecto del cual descansa lo demostrado”¹⁶⁵

2.7.6.10. Argumentos dialécticos de contexto

Afirma PLATAS PACHECO que: “...en ocasiones el significado de algunos conceptos no resulta suficientemente claro dentro de las normas, por lo tanto se hace necesario analizar el contexto en que ese concepto es usado por el legislador”¹⁶⁶

Por ejemplo, la Carta de la ONU en el párrafo 4, de su artículo 2, dispone:

Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la

¹⁶⁴ RUNES, *op cit* en nota 146, pp. 96 y 97.

¹⁶⁵ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, pp. 84-90.

¹⁶⁶ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 117 y ss., citado por PLATAS PACHECO, *idem*, p. 149.

integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Cuando un grupo de juristas recibió de la Asamblea General de la ONU la encomienda de redactar una Declaración en la que se expresaran los corolarios de los Principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de la Organización,¹⁶⁷ se discutió si el concepto uso de la fuerza en el párrafo transcrito incluía, por ejemplo, el uso de la fuerza o coacción económica o se limitaba a prohibir la amenaza o el uso de la fuerza armada (nótese que el calificativo armada no figura en el texto de la Carta). Los juristas concluyeron, y eso se desprende de la Declaración sometida a la Asamblea General de la ONU y aprobada por ese órgano principal de la Organización, que el contexto en que el concepto uso de la fuerza es usado en la disposición transcrita permite aclarar y delimitar el alcance del mismo al caso de la amenaza o uso de la fuerza armada.¹⁶⁸

Por tanto, la conclusión del grupo de juristas a que se refiere el párrafo anterior fue basada en argumento dialéctico de contexto que, dada la aceptación que ha tenido por los Estados y por la propia Corte Internacional de Justicia la Declaración citada, podemos afirmar que de dialéctica, esa argumentación ha pasado a ser apodíctica.

¹⁶⁷ El autor del Presente trabajo participó en ese Comité de juristas; el jefe de la Delegación fue el ahora Embajador Emérito Sergio González Gálvez.

¹⁶⁸ Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 2625 (XXV).

2.7.6.11. Argumentos dialécticos de coherencia

PLATAS PACHECO, citando a EZQUIAGA GANUZAS, sostiene que todo sistema jurídico descansa sobre la base de que no existen antinomias legales [*leges legibus concordare promptum est* (procede concordar unas leyes con otras)]; es decir: a la luz del derecho positivo y de su interpretación, es posible desentrañar en todos los casos qué es lo debido de cada quien en cada controversia real o potencial.¹⁶⁹

Nos parece que tendría más precisión decir que sí hay antinomias jurídicas, las cuales se resuelven aplicando el principio jurídico de contradicción, según el cual, dos normas de derecho contradictorias no pueden ser ambas válidas. En caso de antinomia, el juez, en última instancia, tendría que decidir cuál de las normas invalida a la otra, aplicando las reglas de la Lógica jurídica *lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali*, (la ley constitucional deroga a la ley reglamentaria o un tratado internacional deroga a una ley nacional, por ejemplo).¹⁷⁰

La coherencia se manifiesta cuando la subsunción del hecho a la norma es correcta en un silogismo judicial. Desde luego que si una norma resulta inválida por una antinomia relacionada con otra norma que resulte válida por la aplicación del principio jurídico de contradicción, el argumento dialéctico de coherencia no sería procedente, más bien, el argumento serviría para denunciar la ausencia de coherencia.

Por ejemplo, frente a la tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la supremacía de los tratados internacionales en vigor para México sobre las leyes mexicanas, sería un argumento de coherencia si el

¹⁶⁹ EZQUIAGA GANUZAS, pp. 93 y ss., citado por PLATAS PACHECO, ibidem p. 134, pp. 150-152.

¹⁷⁰ GARCÍA MÁYNEZ, *op cit* en nota102, pp. 27-38.

hecho en cuestión, una vez probado y evaluado por el juez, se subsume a un tratado internacional en vigor aun cuando exista una ley posterior que lo contradiga. Nos parece que tal argumento de coherencia podría elevarse de dialéctico a apodíctico.¹⁷¹

2.7.6.12. Argumentos dialécticos pragmáticos

PERELMAN define al argumento pragmático como aquel que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables.¹⁷²

Por ejemplo, en el caso *Avena* y otros nacionales de México, incoado por México en Corte Internacional de Justicia de la ONU contra EUA por violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en vigor para ambos países, la parte demandada advirtió al tribunal sobre el peligro de un fallo a favor de la parte actora que pudiera tener como consecuencia que, cada vez que un extranjero fuera sometido a un proceso criminal y encontrado culpable, el caso sería llevado al tribunal de la ONU como instancia revisora. Independientemente del poco fundamento de la advertencia estadounidense, esa argumentación puede calificarse, sin duda alguna, de dialéctica por ser una mera opinión y, por cierto, poco convincente; también puede considerarse pragmática, porque entrañaba una apreciación subjetiva sobre posibles consecuencias.¹⁷³

¹⁷¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, registro IUS 172650, novena época, XXV, abril de 2007, p. 6, Pleno, tesis aislada, materia constitucional.

¹⁷² PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucy, *Tratado de la argumentación*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1989, p. 409, citado por PLATAS PACHECO, *op ci* en nota 86, p. 153.

¹⁷³ VALLARTA MARRÓN, José Luis, “Obligación de informar a todo detenido extranjero de su derecho a la protección consular, según el Derecho Internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, tomo LIV, número 242, p. 304.

2.7.6.13. Argumentos dialécticos de interpretación forzosa

TARELLO define el argumento dialéctico de interpretación forzosa, o a *fortiori*, como aquel procedimiento discursivo por el que si una norma predica una obligación o una cualidad de un sujeto o de una clase de sujetos se concluye que tal obligación o cualidad se podrá predicar de otros sujetos o clases de sujetos con mayor razón.¹⁷⁴

Agrega PLATAS PACHECO que este argumento... “puede considerarse una derivación del argumento por analogía, donde precisamente la razón significada es el elemento que le da sentido y sustento, de manera que el carácter de obligatoriedad se entiende de la interpretación que se ofrece”.

La misma autora agrega que este modelo argumentativo puede ser usado tanto:

- Para reforzar una tesis, es decir para ofrecer otros argumentos que añaden certidumbre a la postura sostenida, o
- Para hacer evidente la imposibilidad de una tesis contraria a la que se sostiene, de manera que se logra desechar o desestimar las posturas contrarias.¹⁷⁵

La Corte Internacional de Justicia de la ONU estableció, en una opinión consultiva sobre la reparación por daños a la Organización, que los sujetos de Derecho, en cualquier sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en la extensión de sus derechos; por tanto, ese tribunal determinó que las organizaciones internacionales gubernamentales, son sujetos de Derecho Internacional. Creemos que, en este caso, la Corte utilizó un argumento de interpretación forzosa, tanto para apuntalar su tesis, como para desestimar la contraria que pretendía negar personalidad jurídica

¹⁷⁴ Citado por PLATAS PACHECO, *op ci* en nota 86, p. 154.

¹⁷⁵ PLATAS PACHECO, *idem*, p. 154.

a la ONU para presentar reclamaciones.¹⁷⁶ La lógica de la argumentación de la Corte y la incoherencia de sostener, ante el establecimiento y consolidación de las organizaciones internacionales gubernamentales en la primera mitad del siglo XX, que sólo los Estados son sujetos del Derecho Internacional, nos permite sostener que el argumento de interpretación forzosa de la Corte fue apodíctico y no dialéctico, sobre todo, después de sentada esa tesis por el tribunal de la ONU.

2.7.6.14. Argumentos dialécticos de literalidad

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14 dispone:...

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.

Una aplicación conforme a la letra de la ley se apoyaría en un argumento dialéctico de literalidad. Si el caso es fácil y no se requiere interpretación en virtud de la precisión de los términos y de su significado unívoco, podemos considerar que el argumento sería apodíctico.

Nos dice PLATAS PACHECO que el argumento de literalidad exige la interpretación textual de los preceptos, de manera que no caben los supuestos o las extensiones de significado...no cabe la analogía, ni la translación o extensión de significados...

Por ejemplo, no han faltado autores que han pretendido que la legítima defensa en Derecho Internacional puede ejercerse cuando un Estado se siente amenazado, a pesar de que el artículo 51 de la Carta de la ONU con claridad meridiana establece que ese derecho a la auto-defensa sólo

¹⁷⁶ VALLARTA MARRÓN, José Luis, *op cit* en nota 151 , p. 102 o 1949; CIJ, Rep.

178 y ANTON *op cit* en nota 4, pp. 124-131.

procede en caso de ataque armado. Esa argumentación falaz contradice el argumento de literalidad que, en este caso sería apodíctico.¹⁷⁷

2.7.6.15. Argumentos dialécticos de reducción al absurdo

Estos argumentos se aplican necesariamente para refutar una tesis. Una recomendación que podemos hacer a toda persona involucrada en una argumentación es velar porque ninguno de sus argumentos sea de tal manera absurdo que pueda ser calificado como tal por la parte contraria, pues el resultado será un reforzamiento de la tesis del oponente y el debilitamiento de argumentaciones válidas del primer argumentador.

Por ejemplo, cuando en el caso incoado por México contra EUA en la Corte Internacional de Justicia de la ONU por violación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, la parte estadounidense afirmó que ese artículo no establecía derechos sustantivos sino reglas procesales, utilizó un argumento absurdo, máxime que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya había expresado la tesis de que la violación de ese artículo afectaba adversamente derechos fundamentales de la persona humana.¹⁷⁸

2.7.6.16. Argumentos retóricos

Afirma PLATAS PACHECO que el argumento retórico es un tercer nivel, después del apodíctico y el dialéctico; que versa sobre lo plausible y que conduce a obtener del receptor el asentimiento; que no es demostrable por la vía de pruebas, como sí lo es el dialéctico; que no es necesariamente falaz, y que tiene como límite la naturaleza del ser humano y de las cosas.¹⁷⁹ La retórica suele ser definida como el arte de elaborar discursos

¹⁷⁷ McDOUGAL, *op cit* en nota 33, pp. 597-604, citado por VALLARTA MARRÓN, *op cit* en nota 151, pp. 401-402.

¹⁷⁸ VALLARTA MARRÓN, *ibidem* p. 140, p.307.

¹⁷⁹ PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, pp. 90-96.

gramaticalmente correctos, elegantes y, sobre todo persuasivos También se usa ese vocablo como despectivo, por ejemplo: “la política de Felipe Calderón en materia de derechos humanos: pura retórica”, según se leía en un encabezado de primera página de un diario opositor. Ese uso vulgar no tiene cabida en un estudio de la argumentación, puesto que el contenido de un argumento retórico puede ser veraz, tan valioso como el que encontramos en un argumento apodíctico o en un argumento dialéctico después de ser éste sometido a una demostración válida. La diferencia consiste en que, a pesar de la veracidad que puede y debe contener un argumento retórico, éste no tiene por fin necesariamente la verdad, sino la persuasión. Cabe destacar que en la concepción aristotélica la noción peyorativa no existió, ni tampoco en el pensamiento filosófico posterior basado en la doctrina del estagirita.¹⁸⁰

Al respecto nos dice ATIENZA:

La reivindicación de la retórica, por ello, parece que tiene que vincularse con la idea de que esas reglas técnicas tienen también un límite moral o político, esto es que la argumentación retórica no está, en definitiva, exclusivamente guiada por reglas técnicas: la retórica no sería simplemente el arte de persuadir, sino el arte de persuadir de lo bueno o de lo verdadero.¹⁸¹

2.7.6.17. Argumentos retóricos de equidad

La equidad es la justicia del caso concreto; el juez que usa la equidad hace la sentencia más humana, se aparta de la frialdad de la norma, pero no de la norma misma, interpretándola razonablemente y con misericordia, sin apartarse de ella, con el propósito de mejorar la impartición de la justicia. No existe antagonismo entre la justicia y la equidad.¹⁸²

¹⁸⁰ RIBEIRO TORAL, *op cit* en nota179, p 153.

¹⁸¹ ATIENZA, *op cit* en nota144, p. 94.

¹⁸² PLATAS PACHECO, *op cit* en nota 86, pp. 159-162

2.7.6.18. Argumentos retóricos psicológicos

Recordemos que el objetivo de la retórica es persuadir. Con el fin de persuadir, un argumentador puede intentar una interpretación de la norma que se aparte considerablemente de los que la norma dice, según el tenor literal de sus términos, pero que resulte plausible según una supuesta intención del legislador.

Según algunos internacionalistas europeos, una intervención armada con fines humanitarios, que no sea legítima defensa ni cuente con la autorización del Consejo de Seguridad, puede ser conforme a Derecho en virtud de ser compatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Esta argumentación retórica psicológica, que pretende basarse en una supuesta intención del legislador, ha convencido a muchos europeos, pero no ha recibido aceptación universal.¹⁸³

2.7.6.19. Argumentos retóricos morales

La formulación de un argumento retórico moral debe hacerse desde la aceptación de ciertos valores o referentes éticos que den sustento a la tesis que se sostiene. Con PLATAS PACHECO creemos que el Derecho tiene una clara connotación moral, de manera que no debe existir contradicción entre las normas jurídicas y las morales. El argumento moral normalmente hace referencia a los daños que podrían causarse de no atenderse el argumento. Podemos observar una relación entre los argumentos psicológicos mencionados en el apartado anterior y los argumentos morales, ambos retóricos. Por ejemplo, en los intentos de justificación de la intervención de la OTAN en Kosovo, podemos leer tanto argumentos psicológicos como morales.¹⁸⁴

¹⁸³ HERDEGEN, *op cit* en nota 106, pp. 264-269.

¹⁸⁴ HERDEGEN, *ibidem* p. 142, pp. 264-269.

2.8. Las tres concepciones de la argumentación, la formal, la material y la pragmática

Analizar una argumentación, para aceptarla o refutarla, es la tarea a la que dedicaremos los capítulos subsiguientes. En ellos intentaremos demostrar que el sistema del *common law* permite, en un grado mayor que en el nuestro, la presentación de argumentos erísticos con pretensión de validez. Para tal fin, nos será útil la clasificación analizada en los párrafos precedentes para partir en nuestro análisis de la constatación de cuándo nos encontramos ante argumentos apodícticos, dialécticos, sofísticos (o erísticos) o retóricos.

Por otra parte, nos será de utilidad, al analizar una argumentación, determinar si ésta se ha concebido como formal (dirigida a la corrección de las formas silogísticas), poco frecuente en las argumentaciones internacionales; material (para demostrar la veracidad y corrección de las proposiciones) o pragmática (encaminada principalmente a persuadir).¹⁸⁵

2.9. Intento por estructurar elementos que nos sirvan para identificar qué tipo de argumentación se ha dado en algunos debates internacionales, con especial interés en separar la argumentación jurídica de la que no lo es y en denunciar sofismas o falacias.

1. Al analizar una argumentación, empezaremos por determinar si el razonamiento es apodíctico, dialéctico, erístico (o sofístico) o retórico. Tratándose de argumentos dialécticos intentaremos determinar si se apoyan en una demostración válida, si sólo se fundamentan en una opinión, o si es meramente retórico.
2. Estaremos alertas para denunciar sofismas o argumentaciones erísticas en razonamientos que no nos parezcan convincentes.

¹⁸⁵ ATIENZA, *op cit* en nota 144, p. 8.

3. Aceptaremos que toda argumentación jurídica debe desarrollarse dentro de un sistema, con base en la dogmática, pero no olvidaremos que es posible identificar un deber ser fuera de la norma.
4. Junto con la tendencia unánime de los juristas contemporáneos, al analizar una argumentación, aceptaremos que el silogismo judicial no resuelve todos los problemas de la aplicación de la ley y que el Derecho normalmente no ofrece una única y siempre correcta solución.
5. Estudiaremos la legalidad de las argumentaciones analizadas sin olvidar que una argumentación suficiente es las más de las veces necesaria para la corrección del razonamiento.
6. Intentaremos identificar argumentaciones que ignoren lo debido y lo justo por naturaleza para basarse únicamente en consensos.
7. Procuraremos determinar la validez de toda motivación y de toda fundamentación que encontremos en razonamientos jurídicos.
8. Denunciaremos tesis que sostienen que los principios generales de Derecho no tienen valor concluyente o que no pueden utilizarse como premisa mayor o normativa en un silogismo judicial.
9. Estaremos alerta para denunciar argumentos que exageren la indeterminación del Derecho como si toda norma fuera ambigua o que den preeminencia a razones políticas.
10. Al analizar una argumentación jurídica intentaremos determinar si la norma jurídica es relevante al caso y si la interpretación aducida es válida.
11. Procuraremos identificar si las argumentaciones analizadas están concebidas como razonamientos formales, materiales o pragmáticos.
12. Cuando una interpretación coloque a normas que constituyen principios y excepciones en un mismo nivel, recurriremos a analizar los

ámbitos personal, material y temporal de la norma y al principio jurídico de contradicción para rechazar la interpretación denunciada.

13. Intentaremos también identificar cada norma jurídica que se presente en la argumentación dentro del sistema al que pertenece, para poder denunciar argumentaciones válidas en sistemas anteriores, ya superados. Para ello la sistemática o dogmática jurídica nos serán de utilidad.
14. Estaremos pendientes del paso de las premisas a la conclusión para identificar casos difíciles en los que ese paso no sea claro o en los que se atribuyan a la conclusión detalles no deducibles de las premisas.
15. Partiremos del principio que reconoce la inderogabilidad de las normas imperativas del Derecho Internacional (*ius cogens*), salvo el caso de surgimiento de una nueva norma que tenga el mismo carácter, y confirmaremos su carácter inderogable, no susceptible de derogación por supuesta ineficacia, *desuetudo* o convenio.
16. Cuándo nos enfrentemos a un juicio de valor, intentaremos distinguir cuándo éste tiene validez universal y cuando se limita a una determinada cultura.
17. Distinguiremos cuándo un argumento se basa en *lex lata* y cuándo en *lex ferenda*.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 2 SOBRE TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN

1. Desde la antigüedad griega, en particular desde ARISTÓTELES, se aceptó que la argumentación podía partir, no sólo de premisas axiomáticas, sino también de opiniones que llevaran a una conclusión razonable.

2. Si damos un salto en la historia hasta la modernidad, podemos concluir que la tesis predominante es que, puesto que a menudo lo opinable es fundamento de argumentaciones jurídicas y debido a la ambigüedad que con frecuencia tienen las normas jurídicas, el Derecho no da siempre una solución única y siempre correcta.
3. Con excepción de la era de los exégetas de la época inmediatamente posterior al Código de Napoleón, cuando se pretendió que ya todo estaba previsto y resuelto en el Derecho, en particular en el citado Código, la tesis predominante a través de los tiempos es que el silogismo judicial, imprescindible en todo discurso jurídico, no siempre resuelve el problema del argumentador.
4. Conocemos la existencia de la norma jurídica a través de la teoría de las fuentes del Derecho, que nos proporciona un método para reconocer la norma jurídica y constatar su existencia. Entre esas fuentes se reconoce universalmente a la jurisprudencia y a los precedentes en general como un medio para identificar el Derecho. A las sentencias se llega necesariamente a través de la argumentación y es por ello que ese razonamiento o discurso es parte integrante del Derecho.
5. Si a la sentencia se llega a través de la argumentación jurídica, esta institución tiene una particular relevancia en el sistema del *common law*, puesto que en esa familia jurídica anglo-sajona, la norma se conoce mediante un método inductivo mediante el cual, del estudio de casos se descubre la norma en las sentencias y en los razonamientos que las preceden.
6. En el sistema jurídico romano-germánico, la norma se deduce de principios generales, que son abstracciones logradas por inducción; aquí también se llega a la norma mediante inferencias y argumentaciones pre-legislativas y se precisa y aclara su alcance

mediante la argumentación que precede a los fallos que forman la jurisprudencia.

7. La argumentación dogmática es la base de toda argumentación jurídica y es el instrumento básico del juez, sin que ello sea óbice para que, en la medida en que su sistema se lo permita, interprete la ley recurriendo a principios generales del Derecho.
8. La argumentación jurídica tiene como objeto tanto la corrección de las formas silogísticas empleadas o implícitas en el discurso (Lógica formal) así como la de la corrección de las proposiciones (Lógica material). La veracidad es un faro conductor del razonamiento jurídico para determinar la relevancia de las normas invocadas, su correcta interpretación y la autenticidad de los hechos expuestos.
9. La retórica, que Aristóteles y sus maestros reconocieron como un medio idóneo para argumentar, se ha reivindicado por pensadores modernos que la reconocen como una forma legítima para persuadir sobre la corrección de argumentos apodícticos o dialécticos. En la antigüedad la retórica no tenía el sentido peyorativo que adquirió con el correr del tiempo, que le atribuye un carácter de discurso vacío sin contenido veraz.
10. Sin restar mérito a los pensadores modernos, la clasificación aristotélica de premisas apodícticas (que muestran), dialécticas (opinables sujetas a demostración), erísticas o sofísticas (engañosas) y retóricas (que persuaden), es la teoría de argumentación que más nos sirvió para valorar argumentos selectos esgrimidos por gobiernos en las organizaciones internacionales o en los escritos de los internacionalistas, objeto de nuestro análisis.
11. Podemos constatar que, salvo los positivistas que buscan el deber ser en la ley, en el consenso, los teóricos de la argumentación buscan una

justicia acorde con el Derecho basada no sólo en el principio de legalidad.

12. Igualmente los teóricos modernos de la argumentación sin desdeñar a la Lógica formal y material, aceptan que la emoción y la razón interactúan y que la retórica no está reñida con la verdad.
13. Con base en los autores estudiados, reconocemos que la argumentación jurídica es una especie de la argumentación práctica o argumentación en general y que a su vez, la argumentación judicial o jurisdiccional es especie del género argumentación jurídica.
14. Una noción clara de las falacias y los sofismas es indispensable para argumentar, para no incurrir en ellos y para denunciar las que encontremos en las argumentaciones que intentamos refutar.
15. Las verdades universales que, según ARISTÓTELES, son asequibles a la mente humana por inducción o intuición son necesarias para juzgar si las normas jurídicas creadas por consenso tienen justificación externa y resisten un enfrentamiento a esos primeros principios, que en la ciencia jurídica tienen forma y fondo de principios generales del Derecho.
16. Las nociones de motivación y fundamentación de una sentencia también son útiles para apreciar la rectitud de toda argumentación del juez o árbitro, pues en ella debe expresarse tanto la evaluación de los hechos presentados al juzgador, como la apreciación que éste haga del Derecho aplicable.
17. Al distinguir los argumentos apodícticos, dialécticos, erísticos o sofísticos y retóricos, usaremos esa clasificación de manera flexible, pues no los consideramos como compartimentos estancos, debido a que un argumento dialéctico demostrado pasa a ser apodíctico y uno retórico puede ser un método para persuadir a quien tenga dificultades para aceptar un argumento apodíctico o dialéctico.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EXPUESTA POR ALGUNOS GOBIERNOS EN ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y POR INTERNACIONALISTAS RESPECTO DE LA ACCIÓN MILITAR EN KOSOVO POR LA ORGANIZACIÓN DEL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE (OTAN)

3. Introducción. 3.1. La OTAN y la Carta de las Naciones Unidas. 3.2. El punto de vista sobre la acción militar de la OTAN, desde la perspectiva del "common law". 3.3. Otros argumentos expuestos en la doctrina, en la Unión Europea, en la ONU y en la OTAN. 3.4. Argumentación a favor de la intervención de la OTAN en Kosovo en el Consejo de Seguridad. 3.5. Acción judicial de Yugoslavia en la Corte Internacional de Justicia. 3.6. Análisis de la argumentación en pro de la intervención de la OTAN en Kosovo, a la luz de la doctrina de ARISTÓTELES. 3.7. Análisis de las argumentaciones expuestas a la luz de la doctrina de Robert ALEXY. 3.8. Análisis de la argumentación expuesta a la luz de la doctrina de la Dra. María del Carmen PLATAS PACHECO. Conclusiones.

3. Introducción

Recordemos que el propósito de esta tesis es el análisis de argumentaciones jurídicas esgrimidas después de violaciones al Derecho Internacional relativo al uso de la fuerza armada. También es nuestro objetivo la comprobación de nuestra hipótesis que pretende demostrar que el sistema del *common law*, usado de mala fe, permite aducir una supuesta sobrevivencia del Derecho Internacional consuetudinario de antaño, que consagraba el derecho subjetivo de los soberanos para hacer la guerra, según su libre albedrío. Esa argumentación, veremos, se ha usado aún en casos de la era post-Naciones Unidas. En este capítulo, encontraremos argumentaciones que nos permitirán confirmar nuestra hipótesis.

En marzo de 1999, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) llevó a cabo una acción militar en Kosovo, entonces una provincia de la República Federal de Yugoslavia. Esa operación, por su naturaleza incluyó el uso de la fuerza armada mediante bombardeos aéreos, principalmente. El nombre dado a esa operación fue *Operation Allied Force*. La acción se hizo sin la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el cual, a pesar de que había reconocido la gravedad de la situación por las violaciones masivas a los derechos humanos, fue paralizado por el veto de la República Popular de China y de la Federación Rusa. Así, el Consejo de Seguridad, no pudo autorizar la acción propuesta por Estados Occidentales. Los Estados Miembros de la OTAN intentaron justificar esa acción aduciendo razones humanitarias para la protección de la población de origen albanés (90% de la población de Kosovo) que estaba siendo masacrada por el gobierno serbio.

Estimamos que esa argumentación puede ser válida desde una perspectiva ética, pero de difícil justificación jurídica. La OTAN intentó mediar entre Serbia y el Ejército de Liberación de Kosovo, pero Serbia se negó a aceptar acuerdo alguno.

Después de la acción militar en Kosovo, el Consejo de Seguridad adoptó, el 10 de junio de 1999, la resolución 1244, con la cual se estableció un plan de paz aceptable para Yugoslavia y se suspendió el bombardeo; China, Rusia, Brasil, Costa Rica y México mantuvieron la tesis de que la OTAN había violado la Carta de la ONU.¹⁸⁶

3.1. La OTAN y la Carta de las Naciones Unidas

La OTAN es una organización internacional gubernamental creada con fines de legítima defensa; su tratado fundacional, en su artículo 1, coloca a las Partes bajo la égida de la Carta de las Naciones Unidas, haciendo

¹⁸⁶ WEISBURD, *op cit* en nota 73, pp. 65-66.

mención específica a la obligación de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza de manera incompatible con los fines de la ONU. El artículo 5 de ese tratado especifica que un ataque armado contra uno o más Estados que sean partes de dicho acuerdo, será considerado como un ataque a todos ellos que obliga a asistir al Estado Miembro agredido.¹⁸⁷

La OTAN fue creada en 1949 como un tratado de legítima defensa colectiva, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de la ONU. En aquel entonces, el enemigo potencial era la Unión Soviética y aliados militares unidos bajo el ahora inexistente Pacto de Varsovia. Así, EUA y Canadá se unieron a catorce Estados Europeos.

Al igual que otras organizaciones regionales, por ejemplo, la OEA, en la OTAN se acepta el principio de que el ataque a uno de sus Estados Miembros es considerado como una agresión a todos los Miembros de la Organización. Algunos teóricos y Estados partes de la OTAN consideran que no es una organización regional en los términos del capítulo VIII de la Carta de la ONU, relativo a los acuerdos regionales. Podemos aventurar la hipótesis de que esa posición tiene la mira de no someterse a la ONU como lo determina la Carta de la Organización mundial. La OTAN tiene previstas reuniones de emergencia para consultas cuando la integridad territorial, la independencia política o la seguridad de sus miembros son amenazadas.

El fin de la guerra fría y el desmantelamiento de la Unión Soviética sacudieron la estructura de la OTAN. En la actualidad cuenta con los siguientes 26 Estados Miembros, algunos de ellos antaño identificados como satélites de la URSS: Bélgica, Bulgaria, Canadá, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia,

¹⁸⁷ KARNIS, Margaret P. and MINGST, Karen A. *International Organizations, The politics and processes of global governance*, Lynne Rienner Publishers, USA, 2004 pp. 154-175.

Estonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Turquía, Reino Unido y EUA.

El órgano supremo de la OTAN es el Consejo, en el que están representados todos los miembros; cuenta con una conferencia parlamentaria llamada la Asamblea del Atlántico Norte, que tiene funciones consultivas.

El fin de la guerra fría y el desmantelamiento de la Unión Soviética provocaron la creación de nuevas instituciones en el marco de la OTAN. Se estableció un Consejo de Cooperación del Atlántico Norte, en el que participan tanto miembros de la OTAN como Estados socialistas que antaño pertenecieron al Pacto de Varsovia, incluida la actual Federación Rusa. También se estableció una Asociación para la Paz en cuyo seno trabajan juntos esos Estados y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, creada en 1975.

En esas estructuras se renueva el compromiso, tantas veces violado por varios Estados, de respetar la Carta de la ONU, los derechos humanos y los principios de la democracia tal, como ésta se ha concebido en el mundo occidental.¹⁸⁸

3.2. El punto de vista sobre la acción militar de la OTAN, desde la perspectiva del *common law*

Veamos ahora argumentos de algunos juristas de la familia del *common law* sobre la crisis en Kosovo, a fin de contrastar opiniones. Hemos escogido, entre otros que comentaremos más adelante, un artículo de la jurista británica Christine GRAY, titulado *The legality of NATO's military action in Kosovo: is there a right of humanitarian intervention?*¹⁸⁹

¹⁸⁸ VALLARTA MARRÓN, *op cit* en nota 151, pp. 438-439.

¹⁸⁹ GRAY, Christine, "International Law in the post-cold war war, Essays in memory of Li Haopei", *edited by Sienho Yee and Wang Tiesa*, Routledge, Taylor & Francis Group,

Nos recuerda dicha jurista que en el Consejo de Seguridad China y Rusia, ambos Estados titulares del derecho de veto en ese órgano, se opusieron firmemente a la acción militar de la OTAN en Kosovo, lo cual bloqueó la autorización buscada por esa Organización. A continuación, con un método inductivo típico del *common law*, se pregunta la autora si el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de la ONU fue un abandono de múltiples precedentes y del Derecho consuetudinario anteriores a la Carta. En la pregunta que se hace GRAY leemos una respuesta implícita que afirmarí­a que la adopci3n de la lapidaria prohibici3n del uso de la fuerza armada, incorporada en la Carta de la ONU, no derog3 el Derecho consuetudinario reconocido siglos atr3s.

Expresemos esa afirmaci3n en forma de silogismo:

Premisa mayor: La Carta de la ONU guarda silencio sobre el Derecho consuetudinario relativo al uso de la fuerza;

Premisa menor: la OTAN intervino en Kosovo con base en ese Derecho consuetudinario.

Conclusi3n: La acci3n militar en Kosovo fue legal.

La falacia en que se basa la conclusi3n del silogismo expuesto puede catalogarse como falacia de petici3n de principio, pues se pretende probar lo que no es evidente por si mismo, mediante ello mismo (que el Derecho consuetudinario est3 vigente porque la Carta de la ONU que lo contradice no lo deroga expresamente). Creemos que tambi3n puede clasificarse como falacia del consecuente, porque se afirma el consecuente a partir de la afirmaci3n del antecedente.

London and New York, 2001, "The legality of NATO's military action in Kosovo: is there a right of humanitarian intervention? pp. 240-253.

Si somos muy generosos con la argumentación de GRAY, la afirmación implícita en su pregunta sería a lo mucho una premisa dialéctica basada en una opinión compartida por algunos juristas del *common law*, la cual llevaría a una conclusión razonable para ellos. No obstante, al ser una premisa no axiomática, con un silogismo basado en esa premisa, no estarían haciendo ciencia, aún si se cumplen las reglas del silogismo y se deduce correctamente. Contrastemos la debilidad de ese silogismo con otro que citara en la premisa mayor los términos inequívocos de la Carta de la ONU.

Continúa la jurista GRAY con sus interrogantes: la calificación incluida en la prohibición de la Carta respecto del uso de la fuerza, matizada con las palabras “contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”, ¿es una prohibición total o sólo prohíbe casos extremos de derrocamiento de gobiernos o de ocupación y desposesión territorial?, ¿pueden darse acciones militares de uno o varios Estados, al margen de la legítima defensa y de la autorización por el Consejo de Seguridad, que no lleguen a los extremos del derrocamiento de un gobierno o a la desposesión territorial y que a la vez sean consistentes y compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas?

Consideremos la afirmación implícita en las preguntas de GRAY, es decir: a) que no se violó la integridad territorial con la intervención militar porque no hubo desposesión territorial; b) que no se violó la independencia política porque no se dio un derrocamiento de gobierno, y c) que la intervención fue para hacer realidad los Propósitos y cumplir con Principios de la ONU. Sabemos que muchos se solidarizarían con esas afirmaciones pero las mismas no pueden ser premisas de un silogismo científico porque son sumamente controvertidas y, por tanto, no son apodícticas o

axiomáticas. A lo mucho estaríamos frente a un silogismo dialéctico cuya rectitud sería afirmada sólo por algunos.

Pero vayamos más lejos en nuestra argumentación e intentemos calificar de falacias las aseveraciones que busca GRAY con sus preguntas. Creemos que nos encontramos ante una falacia de petición de principio, pues se pretende probar lo que no es evidente por si mismo mediante ello mismo (esto es que una acción militar, no conforme con lo dispuesto por la Carta de la ONU, no viola la integridad territorial del agredido, ni su independencia política y es compatible con los Propósitos y Principios de la ONU).

Intentemos expresar ese punto de vista en un silogismo:

Premisa mayor: Toda acción militar que no viole la integridad territorial o la independencia política de un Estado y que sea conforme con los Propósitos y Principios de la ONU es legal;

Premisa menor: La acción militar en Kosovo reunió esas características;

Conclusión: La intervención militar de la OTAN en Kosovo fue legal.

Creemos que también podemos clasificar ese silogismo de falacia del consecuente porque se afirma el consecuente a partir de la afirmación del antecedente.

Nos recuerda esta internacionalista que, durante la guerra fría, el veto soviético paralizó el Consejo de Seguridad y se impidió el funcionamiento de la ONU en su atribución principal, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Agrega que muchos comentaristas de Estados Unidos de América (EUA) sostuvieron que, frente a esa situación, los Estados habían recuperado el derecho que antaño detentaban con toda legitimidad y legalidad para hacer uso de la fuerza y mantener el orden público mundial. Desde luego esa tesis no nos convence y nos da base para la demostración

de la hipótesis mencionada en la introducción de este capítulo. Se nos dice: porque no es eficaz la ONU, regresamos a la situación pre-ONU. O sea no funciona la ONU, luego entonces no hay violación en el uso unilateral de la fuerza. Percibimos una falsa deducción por la inexactitud del antecedente.

Nos parece que el espíritu de Roger BACON ha inspirado a las mentes de algunos de los juristas del *common law*, más interesados en la realidad, por perversa que ésta sea, que en el deber ser de la norma, en lo que PLATAS PACHECO llama el *en sí* del Derecho. Ciertamente el método experimental de BACON, que sólo reconoce el valor del silogismo deductivo si es confrontado con la experiencia, apoya las tesis de los juristas estadounidenses a que se refiere GRAY, pero se estrella ante la realidad de un deber ser expresado en la Carta de las Naciones Unidas y reconocido como una norma de *ius cogens* inderogable por acuerdo o por prácticas que la contradigan (1.5.1.BACON *supra*).

El Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte intentó presentar argumentos jurídicos, si bien nos parece que utilizó argumentos éticos, que calificó de jurídicos. Según declaró la Delegación de ese país en el Consejo de Seguridad:

The action being taken is **legal**. It is justified as an exceptional measure to prevent an overwhelming humanitarian catastrophe... Every mean short of force has been tried. In these circumstances, and as an exceptional measure, on grounds of an overwhelming humanitarian necessity, military intervention is **legally** justifiable. The force now being used is directed exclusively to averting a humanitarian catastrophe, and is the minimum necessary for that purpose.¹⁹⁰

¹⁹⁰ La acción llevada a cabo es **legal**. Está justificada como una medida excepcional para prevenir una catástrofe humanitaria abrumadora... Todo medio excepto la fuerza se ha intentado. En esas circunstancias, y como una medida excepcional, con base en una abrumadora necesidad humanitaria, una intervención militar está **legalmente** justificada. La fuerza usada en este caso está dirigida exclusivamente a la prevención de una

Creemos que nos encontramos ante una “falacia de petición de principio”, pues se pretende probar lo que no es evidente por si mismo mediante ello mismo. Nótese que la declaración transcrita empieza afirmando lo que se quiere probar y que presenta a la acción militar en Kosovo como una excepción, cuando la excepción aducida no está reconocida en la Carta de la ONU. Luego entonces es un argumento erístico o falaz. Si la justificación se hubiera planteado en términos de moral, aún así el silogismo correspondiente hubiera sido dialéctico y no científico.

Por otra parte, el Secretario de Estado para Defensa del Reino Unido, Sr. Robertson, el 25 de marzo de 1999, en la Cámara de los Comunes expresó:

We are in no doubt that NATO is acting within international law. Our legal justification rests upon the accepted principle that force may be used in extreme circumstances to avert a humanitarian catastrophe. Those circumstances clearly exists in Kosovo.

The use of force in such circumstances can be justified as an exceptional measure in support of purposes laid down by the UN Security Council, but without the Council express authorization, when that is the only means to avert an immediate and overwhelming humanitarian catastrophe. UN Security Council resolution 1199 clearly calls on the Yugoslav authorities to take immediate steps to cease the repression of the Kosovar Albanians and to enter into a meaningful dialogue, leading to a negotiated political solution [Cols 616-617].¹⁹¹

catástrofe humanitaria, y ha sido el mínimo necesario para ese propósito [traducción y énfasis del autor]. GRAY, *ibidem* p.151, p.245.

¹⁹¹ No tenemos duda alguna de que la OTAN está actuando de conformidad con el Derecho Internacional. Nuestra justificación jurídica se basa en el principio aceptado de que la fuerza puede usarse en circunstancias extremas para evitar una catástrofe humanitaria. Esas circunstancias claramente existen en Kosovo. El uso de la fuerza en tales circunstancias puede justificarse como una medida excepcional en apoyo de principios establecidos por el Consejo de

Nótese que el Secretario de Estado para Defensa del Reino Unido, al referirse a *the accepted principle that force may be used in extreme circumstances to avert a humanitarian catastrophe*, no está citando un Principio consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. En todo caso se refiere a un principio del Derecho Internacional consuetudinario de antaño, sin validez actual que, efectivamente, permitía el uso de la fuerza contra un Estado que, en opinión de quien ejercía ese derecho a la guerra, actuaba contra la moral y las buenas costumbres.

Esta afirmación nuestra encuentra base en la controvertida tesis que creemos puede atribuirse al sistema jurídico del *common law*, misma que citamos anteriormente, según la cual el *common law* no muere cuando es confrontado con un Derecho legislado que lo contradice, sino que se mantiene latente para resucitar cuando la ley es rechazada o ineficiente. Así un jurista de esa familia jurídica podría sostener, de aceptarse esa absurda tesis, que porque el Secretario británico citado encuentra difícil la aplicación de lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas, la costumbre de antaño que autorizaba el uso de la fuerza sin límites, salvo algunas reglas humanitarias, recobra toda su vigencia y valor. Sin duda alguna, los alegatos del Reino Unido, de ser expresados en forma silogística nos llevarían a un silogismo dialéctico incapaz de producir ciencia. Nos encontramos ante un argumento retórico moral (Argumentos retóricos morales 2.7.6.19. *supra*).

Seguridad de la ONU, pero sin la expresa autorización, cuando es el único medio para evitar una inmediata y avasallante catástrofe humanitaria. La resolución 1199 del Consejo de Seguridad de la ONU claramente hizo un llamamiento a las autoridades yugoslavas para dar inmediatamente los pasos necesarios para detener sus medidas de represión contra los kosovares de origen albanés y para iniciar un diálogo significativo que lleve a una solución política negociada [traducción del autor].

Creemos que la argumentación del Secretario de Estado para la Defensa del Reino Unido incurre en un sofisma de inducción por una falsa analogía, pues el único estado de necesidad que reconoce la Carta de las Naciones Unidas para justificar el uso de la fuerza armada es la legítima defensa en caso de ataque armado (2.7.4. El silogismo y las falacias *supra*). Además, sostenemos que esa argumentación es una “falacia del consecuente”, pues afirma implícitamente la legalidad deduciendo el antecedente del consecuente, contrariando la regla *modus ponendo ponens*. No es válido afirmar que una acción es legal para adaptar falazmente la norma o premisa mayor a la premisa menor, a la acción misma.

Otro jurista británico Vaughan LOWE,¹⁹² al analizar la argumentación de quienes intentaron justificar en Derecho la acción militar de la OTAN en Kosovo, respecto de la cual expresa dudas, destaca en ese discurso dos elementos: a) el reconocimiento de políticas o propósitos por el Consejo de Seguridad de la ONU, y b) la existencia de una catástrofe humanitaria inminente que sólo puede evitarse mediante el uso de la fuerza. A continuación este jurista distingue entre una simple intervención humanitaria y una en la que se den los dos elementos por él señalados y presentes en la posición del Reino Unido, que él resume de la siguiente manera:

Prior determination by the Security Council of a grave crisis, threatening international peace and security.

Articulation by the Security Council of specific policies for the resolution of the crisis, the implementation of which can be secured or furthered by armed intervention.

¹⁹² LOWE, Vaughan, *International legal issues arising in the Kosovo crisis, International Law in the Post-Cold War World, Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London and New York, 2001, p. 278-288

An imminent humanitarian catastrophe which is believed can be averted by the use of force and only by the use of force.¹⁹³

Intervention by a multilateral force.

OWE nos recuerda que el Ministro alemán KINKEL dejó claro que el caso Kosovo no sentaba precedente¹⁹⁴ y a su vez se pregunta si la acción de la OTAN fue una anomalía o si debe tratarse como un derecho emergente y excepcional de intervención humanitaria. Concluye este autor destacando la dificultad para que mediante tratado se acuerde el “derecho de intervención” al margen del Consejo de Seguridad de la ONU y también percibe grandes dificultades para que se consolide un Derecho consuetudinario sobre la materia dada la divergencia de opiniones entre gobiernos y juristas al respecto.¹⁹⁵

¹⁹³ Previa determinación por el Consejo de Seguridad de una crisis grave que amenace la paz y seguridad internacionales

.Adopción por el Consejo de Seguridad de políticas específicas para la solución de la crisis, cuya aplicación pueda ser asegurada o apoyada por una intervención armada.

Una catástrofe humanitaria inminente respecto de la cual se estime que puede ser evitada por el uso de la fuerza y sólo por el uso de la fuerza.

Intervención por una fuerza multilateral) [traducción del autor].

¹⁹⁴ Otros Estados, incluida Francia, declararon también que el apoyo a la acción militar en Kosovo no sentaba precedente. *cfr.* CAHIN, Gérard, “Le role des organes politiques des Nations Unies”, *Customary International Law on the Use of Force, a methodological approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, pp. 170-171.

¹⁹⁵. VALLARTA MARRÓN, José Luis, “Derecho Internacional y uso de la fuerza. Reacciones de diversos Estados a las propuestas del Secretario General sobre intervención humanitaria”., *Miscelánea global, Tareas internacionales de México*, NAVARRETE, Jorge Eduardo, coordinador, Colección Perspectiva Global, Centro de

3.3. Otros argumentos expuestos en la doctrina, en la ONU, en la Unión Europea y en la OTAN

El Parlamento Europeo estableció, después de la intervención en Kosovo, los siguientes criterios, que calificó de posición política, sobre el derecho a la intervención por motivos humanitarios:

- a) se debe tratar de una situación de emergencia humanitaria extraordinaria y especialmente seria, en un Estado cuyos gobernantes no se pueden hacer entrar en razón por medios diferentes a los militares;
- b) se debe establecer que el aparato de la ONU no se encuentra en condiciones de reaccionar a tiempo en forma efectiva;
- c) todas las demás posibilidades de solución, en la medida en que sean posibles y razonables, han debido agotarse sin éxito alguno;
- d) el poder de intervención no puede utilizarse en interés propio, de modo tal que la protección debe ser el fin principal, sin que intervengan motivos políticos o económicos; sobresale en este contexto el significado de ejecutar sin restricción alguna los acuerdos, mediante los cuales se prohíbe la presencia de fuerzas armadas que podrían llevar a una mayor inestabilidad;
- e) aquellos Estados que han sido condenados formalmente por la comunidad internacional por una intervención ilegal, no podrán participar en las intervenciones por motivos humanitarios en otras regiones, antes de que ellos no hubieren culminado sus acciones ilegales;
- f) la intervención debe limitarse a objetivos específicos y en todo caso sólo tendrá unos efectos leves sobre la autoridad política del Estado objeto de la intervención;
- g) el uso de la fuerza se debe especificar en forma adecuada y con límite temporal;
- h) la intervención debe ser anunciada de inmediato a la ONU y no puede ser obstaculizada por una condena;
- i) la forma de la intervención no puede constituirse en una amenaza para la paz y la seguridad internacionales;¹⁹⁶

Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, México, D.F.
2008, pp.140 a 147.

¹⁹⁶ HERDEGEN, *op cit* en nota 106, pp.264-269.

Lo dicho respecto de la falsa analogía de la declaración del Secretario de Estado para la Defensa del Reino Unido y sobre las falacias contenidas en sus palabras puede atribuirse a la política del Parlamento Europeo, incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, si se pretende presentarla como argumentación jurídica. Al fin de cuentas esa posición es sólo un buen argumento retórico moral (Argumentos retóricos morales 2.7.6.19. *supra*).

Francesco FRANCONI,¹⁹⁷ sin apoyar las doctrinas que pretenden justificar la intervención humanitaria al margen del Consejo de Seguridad de la ONU, expresa una argumentación, aducida en los siguientes términos:

The basic argument running through out these theories goes as follows: every state, at least in the sense of a 'liberal' state, is created to be a guarantor of the order and well being of the human society it is meant to govern. Whenever such function is betrayed by the commission of atrocities against the people the state is bound to protect, such state loses its legitimacy and cannot any longer invoke its sovereignty and independence to assert its right to be free from external intervention aimed at halting such atrocities.¹⁹⁸

¹⁹⁷ FRANCONI, Francesco, "Balancing the prohibition of force with the need to protect human rights: a methodological approach", *Customary International Law on the use of force*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005 , pp.267-292.

¹⁹⁸ El argumento básico que circula entre estas teorías es el siguiente: todo Estado, por lo menos en el sentido de Estado 'liberal', es creado para garantizar el orden y el bienestar de la sociedad humana que está llamado a gobernar. Cuando esa función es traicionada por la comisión de atrocidades contra el pueblo que el Estado está obligado de proteger, ese Estado pierde su legitimidad y no puede continuar invocando su soberanía e independencia para fundamentar su derecho de ser libre de intervención externa encaminada a detener esas atrocidades [traducción del autor].

Nos parece que nos encontramos nuevamente ante una falacia del consecuente, pues FRANCONI hace una afirmación que percibimos como un consecuente que pretende modificar el antecedente, al afirmar que la mala conducta de un Estado lo priva de soberanía, cuando la Carta de la ONU reconoce la soberanía de todos los Estados (allí estaría el antecedente). Expliquémonos, la norma dice: si una entidad política reúne las características de un Estado, debe gozar de soberanía (si A es, debe ser B); el argumento de FRASCONI propone: no debe gozar de soberanía, a pesar de ser un Estado.

No han faltado juristas de EUA que han afirmado que la OTAN tuvo facultades para intervenir en Kosovo porque las normas internacionales para regular el uso de la fuerza no funcionan adecuadamente.¹⁹⁹ Ya hemos rechazado esa tesis. De nuevo constatamos la excusa del no funcionamiento del Consejo de Seguridad para regresar al Derecho Internacional consuetudinario pre-ONU, lo cual es admisible para algunos juristas del *common law* que veneran el precedente y desprecian el código, pero no para quienes consideramos que los tratados internacionales son la principal fuente del Derecho Internacional.

Una Comisión independiente de Kosovo declaró que la acción de la OTAN había sido ilegal pero legítima; posteriormente la Presidenta de la *Ameritan Society of Internacional Law*, refiriéndose a otra violación de la

¹⁹⁹ FENSTEIN, L. and SLAUGHTER, Anne-Marie (quienes sugieren que cuando el Consejo de Seguridad de la ONU no funciona, los Estados deben considerarse libres para usar la fuerza), 83 *Foreign Aff*, 2004, p 136, citados por O'CONNEL, op cit en nota 67, p. 11.

Carta de la ONU, declaró que la Invasión de Irak fue ilegal pero legítima o potencialmente legítima.²⁰⁰

Sabemos que el fin de la guerra fría provocó una redefinición de la OTAN que en 1991, adoptó un nuevo concepto de estrategia.²⁰¹ Ese nuevo concepto siguió una tendencia actual que amplía el concepto de seguridad nacional más allá de nociones puramente militares para comprender todo lo que afecte adversamente al Estado. Así, esa nueva estrategia atribuye a la OTAN una serie de funciones preventivas que, en nuestra opinión, puede ejercer con legitimidad y plena legalidad si son aprobadas por el Consejo de Seguridad *ex ante facto*, requisito que omite la nueva estrategia, pero que está explícito en la Carta de la ONU. Aún si el tratado fundacional de la OTAN fuera enmendado para acomodar esa estrategia, las obligaciones de los Estados Miembros de la ONU, de conformidad con su Carta, prevalecerían y anularían toda disposición incompatible con esa Carta de jerarquía jurídica superior, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103 de la misma.

En una primera fase, en aplicación de la nueva estrategia, la OTAN hizo uso de la fuerza en Yugoslavia, en un ámbito que nada tenía que ver con la legítima defensa. En esta primera etapa, sí recibió autorización del Consejo de Seguridad para hacer efectivo el embargo contra Serbia y Montenegro mediante el bloqueo militar de puertos. Igualmente, la OTAN recibió autorización del Consejo de Seguridad para cooperar en la prohibición de vuelos militares sobre Bosnia-Herzegovina.²⁰²

²⁰⁰ *Kosovo report: Conflict, International Response and Lessons Learned. Independent International Commission on Kosovo* (Oxford, Oxford University Press, 2000) at 164, citado por O'Connell, *op cit* en nota 67 , p 10.

²⁰¹ GRAY, Christine, *op cit* en nota 189, pp. 240-253.

²⁰² Resoluciones 787, 816 y 836 del Consejo de Seguridad de la ONU

En 1999, la OTAN revisó su estrategia y claramente se dio atribuciones para prevenir conflictos y administrar crisis. Continuamos con nuestra ortodoxia y reconocemos esas atribuciones en la medida en que cada acción sea autorizada *ex ante facto* por el Consejo de Seguridad, y también en la medida en que las mismas impliquen medidas coercitivas que sólo son legales si las autoriza ese Consejo.

Cuando en marzo de 1999, la OTAN llevó a cabo bombardeos en Kosovo, el Consejo de Seguridad escuchó denuncias de violaciones a la Carta de la ONU, resultantes de esa acción militar no autorizada. El Secretario General de la OTAN, Sr. SOLANO MADARIAGA, expresó que el uso de la fuerza había sido el último recurso tras el fracaso de otros medios y, sin utilizar argumentos jurídicos, hizo hincapié en los fines humanitarios de la intervención, compatibles con los intereses de la comunidad internacional.²⁰³ De nuevo nos encontramos con argumentos retóricos morales, que pueden ser convincentes para algunos, pero que no son jurídicos ni pueden calificarse de apodícticos de autoridad. De expresarse la opinión del citado funcionario de la OTAN de forma silogística, tendríamos un silogismo dialéctico que no produciría ciencia ni tendría autoridad en Derecho Internacional

Por su parte, el entonces Secretario General de la ONU, Sr. Kofi ANNAN, refiriéndose a la acción militar de la OTAN en Kosovo, hizo una declaración que no dudamos de calificar de lamentable. Después de denunciar que los esfuerzos diplomáticos fallaron y de reprochar al Gobierno de Yugoslavia su falta de cooperación, recordó que la Carta de la ONU reconoce atribuciones a las organizaciones regionales en el ámbito del

²⁰³ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Luis I y ANDRÉS SÁENS DE SANTA MARÍA, Paz, *Materiales de prácticas de Derecho Internacional Público*, 3ª. Ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 879 y 880.

mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, pero sin precisar (allí está nuestra crítica) que, según la Carta, esas atribuciones sólo existen bajo la autoridad de Consejo de Seguridad, (artículo 53). Acto seguido, dicho funcionario internacional mencionó que el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad primordial en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, dejando abierta la posibilidad, que no prevé la Carta, de interpretar que las organizaciones regionales tienen una competencia residual en caso de parálisis del Consejo de Seguridad, cuando esa competencia residual, en todo caso, recae en la Asamblea General, como lo reconoció la resolución Unión Pro Paz de esa Asamblea. Para concluir, el Secretario General concluyó que, por tanto, “el Consejo de Seguridad debe estar involucrado en cualquier decisión que recurra al uso de la fuerza.”²⁰⁴ Comprendemos que el Secretario General de la ONU debe ser cauteloso en sus comentarios y que su función no es condenar las acciones de los Estados Miembros, pero en ese contexto, pudo haber recordado con objetividad lo dispuesto por la Carta.

Nos encontramos frente a una opinión bastante generalizada en países occidentales, principalmente europeos, que quieren asegurarse de que no se producirá otro holocausto en su región, y que, de ser este inminente, no se den obstáculos para evitarlo, tan sólo por ausencia de un acuerdo entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Ello nos fuerza a aceptar que tenemos un caso de *lex ferenda* o sea de una ley cuyo establecimiento es deseado, y tenemos que agregar, por algunos gobiernos. No es un caso de *lex lata* o ley vigente y falta ver si llega a darse una *opinio iuris* universal.²⁰⁵ Los deseos de esos Estados para modificar el orden jurídico internacional actual son meros argumentos dialécticos pragmáticos,

²⁰⁴ GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *ibidem* p. 164, p.880.

²⁰⁵ SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, 7ª reimpresión,

Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 46.

pues suponen que la no adopción de nuevas reglas, tendría como consecuencia adversa parálisis de la sociedad internacional para detener violaciones masivas a los derechos humanos (Argumentos dialécticos pragmáticos, 2.7.6.12, *supra*).

3.4. Argumentación a favor de la intervención de la OTAN en Kosovo en el Consejo de Seguridad

En el seno del Consejo de Seguridad se dio un intento de la Federación Rusa para condenar la acción de la OTAN, pero sólo votaron a favor de la condena propuesta China, Namibia y Rusia. Cabe aclarar que los Miembros de la OTAN representados en el Consejo no intentaron una aprobación *ex post facto*, a sabiendas de que hubiera corrido la misma suerte que la fallida búsqueda de una aprobación *ex ante facto*, que fue vetada. Seguramente el intento para condenar a la OTAN se hizo *for the record*, a sabiendas de que tres miembros de la OTAN son miembros permanentes del Consejo con derecho de veto (Francia, Reino Unido y EUA). Cuba, India, Rusia, China, Ucrania y Belarus condenaron el bombardeo en Kosovo como una flagrante violación a la Carta de la ONU. Desde luego, la ausencia de condena no significa en modo alguno la legalización del bombardeo por la OTAN. China sostuvo que el problema en Kosovo era un asunto interno y que la ONU no debía intervenir en asuntos internos bajo pretexto alguno. En este caso China ignoró, seguramente con toda intención, que el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta de la ONU, al consagrar el Principio de la no intervención de la Organización en los asuntos internos de los Estados, exceptuó de esa regla al Consejo de Seguridad cuando actúa en el marco del capítulo VII de la Carta, relativo a “acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión”.

Quienes en el Consejo de Seguridad defendieron la acción de la OTAN argumentaron: que las resoluciones del Consejo de Seguridad habían sido

adoptadas en el marco del capítulo VII de la Carta; este argumento pretende ser apodíctico de autoridad al intentarse fundamentarlo en el capítulo VII de la Carta de la ONU. Ese argumento resulta fallido y se convierte en un sofisma de ignorancia del asunto, pues el hecho de que varias resoluciones sobre esa crisis se hayan adoptado dentro del capítulo VII de la Carta, no hace que desaparezca el requisito de la autorización expresa del Consejo de Seguridad de la ONU, la cual no se logró (el silogismo y las falacias, 2.7.4. *supra*).

También se adujo que en esas resoluciones se había exigido, sin éxito, que Yugoslavia detuviera sus actos en Kosovo y que, esa circunstancia, justificaba la acción militar de la OTAN por incumplimiento de resoluciones obligatorias. Este argumento que podemos clasificar como retórico moral o retórico de equidad, se estrella frontalmente con el argumento apodíctico de autoridad basado en el tenor de la Carta de la ONU que exige que el uso de la fuerza para hacer cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad requieren la autorización expresa *ex ante facto* de ese órgano.

Por otra parte se adujo que el Consejo de Seguridad había declarado en su resolución 1199 que la situación ponía en peligro la paz y seguridad internacionales; este argumento, que también podemos clasificar como retórico moral o retórico de equidad, igualmente se enfrenta al argumento apodíctico de autoridad mencionado en el párrafo anterior.

Igualmente se expresó que en la resolución 1203 el Consejo de Seguridad había exigido que Yugoslavia diera cumplimiento a los acuerdos entre la Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa (OCSE), la OTAN y Yugoslavia y que este Estado no había cumplido y que, por tanto, la acción de la OTAN estaba justificada. Sostenemos que nos encontramos con un sofisma de ignorancia del asunto, pues el hecho de que varias resoluciones sobre esa crisis se hayan adoptado, no hace que

desaparezca el requisito de la autorización expresa del Consejo de Seguridad de la ONU, la cual no se logró.

Seguramente con base en la imprudente declaración del ex Secretario General, Kofi ANNAN, arriba comentada, también se escuchó el argumento de que el Consejo de Seguridad tiene responsabilidad primordial pero no exclusiva para mantener la paz y la seguridad internacionales, lo cual es cierto pero, insistimos, la competencia residual recae en la Asamblea General de la ONU y no en las organizaciones regionales o coaliciones de otra índole. Resulta paradójico pero, aparentemente, el entonces Secretario General de la ONU implicó que las organizaciones regionales tienen competencia residual en caso de parálisis del Consejo de Seguridad. Parece mentira, pero dicho alto funcionario internacional incurrió en un sofisma de ignorancia del asunto.

EUA no se molestó siquiera en buscar argumentos jurídicos, se limitó a declarar que las acciones de Yugoslavia justificaban la reacción de la OTAN. Estimamos que ese argumento es retórico moral.

3.5. Acción judicial de Yugoslavia en la Corte Internacional de Justicia

Un mes después de que la OTAN inició el bombardeo, Yugoslavia decidió incoar en la Corte Internacional de Justicia de la ONU (CIJ) una acción judicial contra 10 de los 19 miembros de la OTAN y pidió medidas provisionales para detener la acción armada.

La argumentación de Yugoslavia fue sólida sobre todo cuando pidió que la CIJ declarara que la OTAN había violado la obligación de no usar la fuerza. No dudamos en calificar este sólido argumento como apodíctico de autoridad. Por otra parte, también pidió, en nuestra opinión sin fundamento jurídico, que la CIJ declarara que el Consejo de Seguridad no debía intervenir en los asuntos internos de Yugoslavia. Otro punto petitorio fue

que el tribunal internacional declarara que la OTAN había violado el Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados y emprendido acciones para destruir a un grupo nacional, o sea, que había cometido genocidio.

Yugoslavia negó, por supuesto, que en el Derecho Internacional estuviera reconocido ese supuesto derecho a intervenir por razones humanitarias y agregó que, aún si existiera, el bombardeo indiscriminado, de áreas pobladas desde 15 mil pies de altura usado por la OTAN, no era un medio justificable para el fin aducido. Obviamente, Yugoslavia denunció los fines políticos de la intervención.

Los Estados demandados, en su mayoría decidieron no entrar al fondo de la cuestión y se limitaron a describir las atrocidades cometidas por el Gobierno de Yugoslavia con argumentos retóricos morales. No obstante, alguna argumentación jurídica fue sometida al tribunal.

Bélgica adujo que la intervención se había basado en resoluciones del Consejo de seguridad sobre el caso; esa argumentación introduce la noción de autorización implícita de gran peligrosidad porque basta que el Consejo de Seguridad exija a un Estado cierta conducta para que cualquier otro se sienta con autoridad para hacer cumplir por la fuerza la resolución del Consejo. A no dudarlo, el argumento belga es un sofisma de ignorancia del asunto; no podemos suponer que el gobierno de Bélgica ignore la Carta de las Naciones Unidas, pero si podemos sostener que ese gobierno, interpreta de manera incorrecta el Derecho Internacional con la mira de justificar la acción e incurre en el sofisma denunciado.

Por otra parte, Bélgica sostuvo la necesidad de consolidar una doctrina que permita una debida protección de derechos humanos que ya han adquirido la naturaleza de *ius cogens*. También sostuvo que, puesto que el Consejo de Seguridad se había negado a condenar la intervención,

según la propuesta de Rusia, la acción se confirmaba dentro de la legalidad. Esa afirmación es una falacia. Sabemos que no prosperó la condena por el veto de los miembros permanentes que también lo son de la OTAN.

El sofisma puede expresarse de la siguiente manera, y calificarse como una falacia del consecuente:

El Consejo de Seguridad de la ONU tiene atribuciones para determinar cuando ha ocurrido una agresión;

El Consejo de Seguridad no condenó como agresión la intervención de la OTAN en Kosovo,

Luego entonces esa intervención se hizo conforme la Carta de la ONU.

Igualmente, Bélgica recordó en la Corte Internacional de Justicia la siguiente cita del Secretario General de la ONU²⁰⁶:

Emerging slowly, but I beleive surely, is an international norm against the violent repression of minorities that will and most take precedence over concerns of State sovereignty.²⁰⁷

Los argumentos de Bélgica nos parecen también sofismas de inducción por falsa analogía pues la autorización implícita no es el supuesto jurídico del artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas que hace legal un uso de la fuerza autorizado por el Consejo de Seguridad de la ONU. En cuanto a la cita del Secretario General de la ONU, creemos que aducir una supuesta norma que aún no tiene la autoridad requerida para ser

²⁰⁶ GRAY, *op cit* en nota 189, p. 248.

²⁰⁷ Emerge lentamente, pero creo con seguridad, una norma internacional contra la represión de minorías que deberá tener precedencia sobre preocupaciones de soberanía Estatal [traducción del autor]

considerada como parte del Derecho Internacional Público es un simple argumento retórico moral.

Las argumentaciones de EUA en la Corte de la Haya, al igual que sus alegatos en el Consejo de Seguridad, no echaron mano de argumentos jurídicos; apenas adujeron que el Consejo de Seguridad, actuando dentro del Capítulo VII de la Carta, había declarado que la situación en Yugoslavia ponía en peligro la paz y la seguridad internacionales y que había exigido un alto a esas violaciones a los derechos humanos. Percibimos entre líneas la peligrosa tesis de una autorización implícita que ya hemos denunciado. Por otra parte, podemos clasificar esa argumentación de retórica moral y tal vez de retórica de equidad, al interpretar la norma con criterios humanitarios; no obstante, debemos hacer notar que ese discurso se aparta demasiado de la norma y de la argumentación jurídica.

En la CIJ, el Reino Unido también justificó la intervención con argumentos humanitarios aduciendo que no hay base para declarar sin ambigüedades que tal intervención fue ilegal. Aquí percibimos un sofisma en el círculo vicioso que afirma que la acción fue legal porque no hay base para declarar sin ambigüedades que fue ilegal. Ese discurso se estrella frente a un silogismo judicial que subsuma los hechos a lo dispuesto por la Carta de la ONU. La CIJ no decretó medidas provisionales ni se pronunció sobre la ilegalidad de la acción militar de la OTAN en Kosovo, pero expresó preocupación por el uso de la fuerza en Yugoslavia y destacó que esa acción suscita serias cuestiones de Derecho Internacional.²⁰⁸

3.6. Análisis de la argumentación en pro de la intervención de la OTAN en Kosovo, a la luz de la doctrina de ARISTÓTELES

Nuevamente, las nociones básicas de la doctrina de ARISTÓTELES sobre el silogismo, nos resultan de gran utilidad. Recordémosla:

²⁰⁸ Decisión de la CIJ del 2 de junio de 1999.

La analítica aristotélica es básicamente la doctrina del silogismo. En los analíticos primeros se ocupó de la forma, en tanto que en los analíticos segundos de la materia, de la veracidad del contenido de las premisas. Para ARISTÓTELES, el silogismo científico es aquel en el que las premisas son axiomáticas y están demostradas mediante inducción o intuición y el dialéctico, el silogismo en el que las premisas son demostrables, que reflejan una opinión que, de ser compartida por los interlocutores, se llega a una conclusión razonable, plausible, pero no científica ni necesariamente verdadera. Estos últimos silogismos son estudiados por el filósofo en sus tópicos.²⁰⁹

Intentemos exponer los argumentos en pro de la legalidad de la acción militar estudiada en forma de silogismos.

Premisa mayor o normativa: el Derecho Internacional consuetudinario reconoció un amplio derecho subjetivo a los Estados para hacer uso de la fuerza según su criterio, con algunas limitaciones sobre los medios de hacer la guerra. La Carta de la ONU limitó el uso de la fuerza a los casos de legítima defensa y al uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad o previa autorización de éste, sin eliminar el Derecho consuetudinario existente.

Premisa menor o fáctica: La OTAN intervino en Kosovo sin autorización del Consejo de Seguridad y sin poder aducir legítima defensa, pero lo hizo “por razones humanitarias” y con base en el Derecho consuetudinario.

Conclusión: el Derecho Internacional consuetudinario justifica la legalidad de la acción humanitaria de la OTAN, aun cuando no se haya contado con la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU (Véase 4.2 *supra*, primer argumento de GRAY).

Desde nuestro punto de vista, ese silogismo es erístico, pues la primera afirmación es falsa. Por otra parte, para algunos el silogismo planteado es un silogismo dialéctico cuya premisa mayor o normativa puede

²⁰⁹ REALE, *op cit* en nota 125 pp. 147-150.

ser una opinión compartida por algunos pero que provoca la más seria controversia frente a otros, por no tener el carácter axiomático o apodíctico que sí tendría un silogismo científico. El resultado es por tanto, una conclusión razonable sólo para algunos. Sabemos que los juristas del *common law* veneran el precedente al que pueden dar más valor que al código, pero en este caso, dado el valor opinable de la premisa mayor y el valor axiomático de la prohibición del uso de la fuerza incorporada en la Carta de la ONU, podemos concluir que el argumento no justifica la acción de la OTAN desde una perspectiva jurídica. Para muchos, y entre ellos nos colocamos, el silogismo expuesto es erístico por la falsedad de la premisa mayor *in fine*.

Ya hemos refutado los argumentos de la jurista británica GRAY. Veámoslos de nuevo desde una óptica aristotélica. Un argumento de esa jurista, expresado en forma de silogismo, sería el siguiente:

Premisa mayor o normativa: La Carta de la ONU prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Premisa menor o fáctica: La OTÁN no afectó la integridad territorial, ni la independencia política, ni tampoco actuó en forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Conclusión: La acción de la OTAN no violó la Carta de la ONU.

Nuevamente nos encontramos con que una de las premisas, en este caso, la menor o fáctica, refleja tan sólo una opinión sumamente controvertida. Muchos estudiosos del Derecho Internacional opinan que la acción de la OTAN sí violó la integridad territorial y la independencia política de Yugoslavia, pues toda acción militar internacional al margen de la Carta de la ONU es ilegal y necesariamente viola la integridad territorial del Estado por la trasgresión militar de sus fronteras. Por supuesto la independencia

política de un Estado es violentada por todo uso de la fuerza ilegal y grave en su contra. La misma GRAY plantea la cuestión en forma de interrogante o duda. Por tanto el silogismo, para algunos, es *dialéctico*, refutable y no produce ciencia. Para nosotros es erístico.

Otra argumentación de GRAY, expresada mediante un silogismo sería la siguiente:

Premisa mayor o normativa: La Carta de la ONU consagra el monopolio del Consejo de Seguridad para hacer uso de la fuerza para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (salvo el caso de la legítima defensa contra un ataque armado).

Premisa menor o fáctica: El Consejo de Seguridad de la ONU no ha ejercido con eficacia su responsabilidad primordial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Conclusión: Los Estados conservan el derecho que antaño se les reconoció de usar la fuerza para mantener la paz y la seguridad internacionales.

En este caso, la premisa mayor es axiomática y también puede serlo la menor, pues sobre todo durante la guerra fría el Consejo de Seguridad se paralizó por el veto, pero la conclusión no parece derivarse de las premisas. Encontramos muy difícil el paso de las premisas a la conclusión (2.4. *supra*).

Recordemos que ARITÓTELES define el silogismo como: “un razonamiento en el que establecidos algunos datos, sigue necesariamente algo distinto de ellos, por el mero hecho de haber sido establecidos”.

Creemos que nos encontramos frente a un paralogismo a causa de los pasos y transiciones incorrectos y ante un argumento erístico que, a partir de cosas plausibles, parece que prueban. Efectivamente, las dos premisas son firmes, pero resulta difícil retroceder al reconocimiento de que los Estados pueden hacerse justicia por propia mano, tan sólo por la ineficacia del Consejo de Seguridad. Ello equivaldría a reconocer que el Principio de Derecho que prohíbe en el Derecho interno a toda persona física hacerse

justicia por su propia mano, desaparece en la proporción en que los tribunales penales son ineficientes.

Un argumento, esta vez oficial del Reino Unido, podría expresarse en forma silogística de la siguiente manera:

Premisa mayor o normativa: La Carta de la ONU prohibió el uso de la fuerza pero reconoció en el artículo 51, relativo a la legítima defensa, que un “estado de necesidad” puede eximir de responsabilidad al autor de un hecho ilícito.

Premisa menor o fáctica: La OTAN intervino en Kososvo para evitar una violación masiva a los derechos humanos frente a un “estado de necesidad humanitario”.

Conclusión: la intervención militar de la OTAN en Kosovo fue legal.

Nos parece que el silogismo es dialéctico, pues la premisa menor establece datos opinables y controvertidos. Por tanto, el silogismo tiene validez sólo para quienes aceptan la premisa menor y perciben la conclusión como razonable, pero no puede afirmarse que tal silogismo produce ciencia. El “estado de necesidad” es eximente de responsabilidad para una variedad de hechos u actos ilícitos de los Estados según el Derecho Internacional, pero el único “estado de necesidad” que reconoce el artículo 51 de la Carta de la ONU es el la legítima defensa en caso de ataque armado, o la determinación expresa de ese “estado de necesidad” por el Consejo de Seguridad seguida de una autorización, también expresa. Aceptamos que se ha reconocido que la inminencia de un ataque armado puede considerarse como el estado de necesidad previsto en el artículo 51 citado, pero esa es otra cuestión. Podemos calificar a ese discurso de un sofisma de ignorancia del asunto, pues se ignora que el único “estado de necesidad” que reconoce la Carta de la ONU es la legítima defensa en caso de ataque armado.

El jurista británico Vaughan LOWE, extrajo de la posición oficial de su gobierno ciertos requisitos que se deben cumplir para que una intervención

humanitaria sea legal, mismos que se pueden expresar en forma silogística; intentémoslo:

Premisa mayor o normativa: El Consejo de Seguridad de la ONU tiene atribuciones para determinar cuando una situación amenaza la paz y la seguridad internacionales y para determinar políticas y acciones al respecto;

Premisa menor o fáctica: El Consejo de Seguridad determinó que en Kosovo existía una situación de violaciones masivas a los derechos humanos que ponía en peligro la paz y la seguridad internacionales y urgió al Gobierno de Yugoslavia a encontrar una solución pacífica negociada. El Gobierno de Yugoslavia no acató las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad; por tanto, el uso de la fuerza se presentó como única solución;

Conclusión: La intervención de la OTAN en Kosovo fue legal.

Nos encontramos ahora con un sofisma de ignorancia del asunto, pues la premisa menor o fáctica no toma en cuenta que el Consejo de Seguridad es el único órgano internacional facultado para ejercer o autorizar el uso de la fuerza.

En el capítulo 2, con base en las enseñanzas de PLATAS PACHECO, recordamos que en todo sofisma se encuentra una supuesta verdad que convence a quién está desprevenido (elemento relacionado con la Lógica material) y un error oculto en la forma de obtener la conclusión al derivar un juicio falso de uno verdadero. El juicio falso está en la tesis de la legalidad de la acción de la OTAN, que se deduce de premisas verdaderas, o sea, los hechos descritos en la premisa menor, salvo la conclusión mañosamente filtrada como hecho, es decir, que el uso de la fuerza por la OTAN fue la única solución. Sostenemos que, además de la ignorancia del asunto, es un “sofisma de deducción de ideas” que recurre a una “petición de principio”, pues en la argumentación se pretende demostrar, empleando las mismas premisas por demostrar. Otro argumento oficial del Reino Unido puede expresarse mediante el siguiente silogismo:

Premisa mayor o normativa: Es un principio aceptado que puede usarse la fuerza como medida excepcional en apoyo a los propósitos establecidos por el Consejo de Seguridad de la ONU, en situaciones extremas para evitar catástrofes humanitarias.

Premisa menor o fáctica: Esas circunstancias existen en Kosovo.

Conclusión: La OTAN tuvo derecho de usar la fuerza en Kosovo.

Una vez más nos encontramos con un silogismo erístico pues para que un Principio de Derecho exista se requiere su aceptación universal y el llamado “principio” invocado en la premisa mayor simplemente no existe como una excepción a la prohibición incorporada en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de la ONU. Si la premisa mayor o normativa es falsa, la conclusión es necesariamente falsa. Nos encontramos ante un silogismo de ignorancia del asunto.

No intentaremos analizar los criterios políticos del Parlamento Europeo porque parte de premisas sofísticas, de una supuesta autoridad, no basada en Derecho Internacional que justificaría ciertas intervenciones armadas.

Por lo que se refiere al argumento parafraseado de FRANCONI (véase 3.3. *supra*), el mismo puede expresarse mediante el siguiente silogismo:

Premisa mayor o normativa: El Estado ha sido creado para garantizar el orden y el bienestar de la sociedad humana que está llamado a gobernar.

Premisa menor o fáctica: El Gobierno de Yugoslavia traicionó esa función; cometió atrocidades contra la población que debía proteger y perdió la facultad de invocar su soberanía e independencia como base de su derecho contra intervenciones externas.

Conclusión: Al no existir el derecho a la soberanía de Yugoslavia para oponerse a una intervención externa, la acción militar de la OTAN fue legal.

Al parecer todas las argumentaciones a favor de la intervención de la OTAN pueden calificarse de sofismas por falsa analogía o por ignorancia

del asunto y esta última no es la excepción. La premisa menor sería válida y axiomática si se sometiera a lo dispuesto por la Carta de la ONU, es decir, que la Organización sí puede intervenir en asuntos internos de los Estados para aplicar las medidas coercitivas previstas en el capítulo VII de la Carta, o sea, medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad. En otras palabras, lo afirmado en la premisa menor es una falsa analogía entre una decisión del jurídicamente válida y obligatoria del Consejo de Seguridad de la ONU y una decisión unilateral de la OTAN al margen del Derecho Internacional incorporado en la Carta de la ONU.

La argumentación de Bélgica el la CIJ puede expresarse en forma silogística abreviada (entimema) de la siguiente manera:

Premisa: La resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Kosovo contienen una autorización “implícita” para que la OTAN haga uso de la fuerza y el rechazo por el Consejo de una resolución condenatoria de la OTAN es prueba de la legalidad de la acción.

Conclusión: la acción de la OTAN en Kosovo fue legal.

La premisa es falsa, pues no se puede actuar con base en autorizaciones “implícitas” del Consejo de Seguridad, sobre todo porque un proyecto de resolución que autorizaba la intervención fue rechazado por el veto de China y Rusia. Por otra parte, la ausencia de condena por un órgano político, algunos de cuyos miembros era partes en el conflicto, no da legalidad a la acción. Si aplicamos la doctrina de ARISTÓTELES, el silogismo es erístico y sofista, pues el vocero de Bélgica se mostró como digno discípulo de los sofistas pues parece preguntar al interlocutor ¿Condenó el Consejo de Seguridad la acción de la OTAN? La respuesta es obviamente negativa, y concluye, luego entonces la acción fue legal. El filósofo estagirita nos previene de las falsas refutaciones que afirman algo incompleto; creemos que tal es el caso de la argumentación de Bélgica que, además plantea un sofisma de ignorancia del asunto.

Séanos permitido abandonar a los clásicos que estudiamos en el capítulo 1 y pasar al análisis de la argumentación resumida a la luz del pensamiento de pensadores contemporáneos.

3.7. Análisis de las argumentaciones expuestas a la luz de la doctrina de Robert ALEXY

La distinción que hace ALEXY entre a) derechos basados en reglas, y b) derechos basados en principios, puede ser utilizada por los defensores de la acción de la OTAN en Kosovo si se acepta que el principio que prohíbe el uso de la fuerza puede ser ponderado en relación con el principio del respeto universal de los derechos humanos. No obstante, en virtud de que el primer principio mencionado está incorporado en una norma total de la Carta de la ONU, nos parece que más que una ponderación entre principios procede una subsunción del hecho a la norma.

ALEXY distingue en la argumentación jurídica tres procedimientos distintos: primero, la creación de normas; segundo, la argumentación jurídica cuando un caso particular no se resuelve subsumiendo el hecho a la norma, y tercero, el proceso judicial. En el caso estudiado distinguimos el primer procedimiento en la negociación de la Carta de la ONU y otras normas sobre derechos humanos y en la aprobación y puesta en vigor de las mismas. El segundo en el debate sobre la aplicación de esas normas al caso concreto. Respecto del tercero, no se dio solución judicial porque la Corte Internacional de Justicia no estableció su jurisdicción, si bien sí se estableció el Tribunal especial para la antigua Yugoslavia para juzgar a presuntos delincuentes yugoslavos, tribunal que consideramos de dudosa legalidad, pero que sí encaja en el tercer procedimiento planteado por ALEXY.

ALEXY considera que la solución judicial es necesaria (creemos que se refiere al ámbito interno) cuando las partes en una argumentación no se ponen de acuerdo o cuando después del acuerdo una de ellas se niega a

darle cumplimiento. Agrega el jurista y filósofo germano que el juez pone punto final al debate con su sentencia, que, además, cuenta con el respaldo de la fuerza pública para su cumplimiento. Creemos que podemos complementar el raciocinio de ALEXY recordando que no sólo el poder judicial pone punto final a un debate. La votación en un parlamento u otro órgano colegiado también pone punto final a un debate, por ejemplo al adoptar una ley por mayoría. El Consejo de Seguridad, al no autorizar el uso de la fuerza por la OTAN en Kosovo, puso punto final al debate y cerró la posibilidad a una acción armada conforme a Derecho. Que el Consejo de Seguridad no cuente con mecanismos para hacer cumplir sus decisiones y resoluciones obligatorias, es cuestión aparte.

ALEXY somete el procedimiento para la argumentación jurídica a cuatro exigencias: a) debe hacerse dentro de las normas jurídicas vigentes; b) debe tener en cuenta los precedentes judiciales, c) debe enmarcarse en la dogmática jurídica en que se desarrolla, y d) debe fundamentarse correcta y racionalmente. Nos parece que los defensores de la acción militar en Kosovo, se apartan en su discurso de las normas vigentes fundamentales de la Carta de la ONU relativas al uso de la fuerza armada. Abusaron de precedentes no aplicables por haber sido abrogados por la Carta de la ONU. Se apartaron de la dogmática jurídica que impone el Derecho Internacional. No fundamentaron su discurso correcta y racionalmente. Por tanto, su fundamentación, dejó mucho que desear.

Para ALEXY la justificación interna trata de comprobar si la decisión es consecuencia lógica de las premisas, en tanto que la justificación externa tiene por objeto la corrección de las premisas. Para la justificación interna el jurista germano requiere de una referencia a una norma universal. En la argumentación contra la legalidad de la acción militar en Kosovo, pueden aducirse como normas de aplicación universal tanto la prohibición del uso de

la fuerza contenida en la Carta de la ONU como el principio *pacta sunt servanda*. Si se aceptan las críticas que hemos hecho a los ilógicos planteamientos y a las violaciones de las reglas de los silogismos por quienes defienden la acción militar en Kosovo, con base en las teorías argumentativas de ALEXY, podemos declarar que esa defensa carece de justificación interna (Lógica formal). Por otra parte, creemos haber comprobado la incorrección y falsedad de las premisas de los defensores de la OTAN, por lo que podemos aducir con ALEXY la falta de justificación externa (Lógica material).

En cuanto a la justificación externa para determinar la corrección de las premisas ALEXY nos propone: a) reglas de Derecho positivo; b) enunciados empíricos, y c) reformulaciones de normas. En la argumentación de la defensa de la acción de la OTAN, encontramos débiles argumentaciones basadas en el Derecho positivo, dada la claridad que percibimos en la Carta de la ONU sobre la prohibición del uso de la fuerza y sus dos únicas excepciones. En cuanto a los enunciados empíricos (hechos y experiencias relevantes) empleados en esa argumentación percibimos un esfuerzo, a nuestro parecer fallido, por encontrar una tercera excepción a la lapidaria prohibición del recurso a las armas. Por lo que se refiere a la reformulación de normas, creemos que la tesis de que presenciamos el nacimiento de una nueva tercera excepción a la prohibición del uso de la fuerza está por demostrarse. ALEXY insiste con razón en que las reglas de justificación externa interactúan y así, mediante la retórica, los defensores de la acción de la OTAN buscaron enunciados empíricos que sí encontramos relevantes en la argumentación de este caso, pero que consideramos son meros atenuantes respecto de la violación evidente de la Carta de la ONU.

Puesto que encontramos semejanzas entre ALEXY, jurista alemán neorromanista y MacCORMICK, jurista del *common law*, conviene analizar

las argumentaciones en defensa de la legalidad de la acción militar de la OTAN, a la luz del pensamiento de este profesor de Edimburgo.

MacCORMICK exige al juez (y al argumentador) que identifique el Derecho aplicable mediante reglas de reconocimiento y advierte al investigador-jurista sobre los problemas ya mencionados (ver *supra* p. 116) de *interpretación, relevancia, prueba y calificación*.

Los defensores de la acción militar en Kosovo se encontraron con problemas de *interpretación*, en nuestra opinión mal resueltos, pues no hicieron una lectura de la Carta de la ONU según las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados de 1969; más bien se fundaron en lo que no dice ese documento fundacional de la ONU y lo deformaron con base en una supuesta sobrevivencia del Derecho consuetudinario pre-ONU, aceptable si se hace un uso de postulados del *common law*, ciertamente no admisibles para un jurista con mentalidad jurídica romano-germánica que da al código un carácter de argumento apodíctico de autoridad. Descartado el Derecho consuetudinario pre-ONU, por haber sido abrogado por la Carta de esa Organización mundial, los defensores de la acción que analizamos se encontraron con un problema de *relevancia* del Derecho consuetudinario-histórico invocado. Por cuanto a los problemas de *prueba*, por lo que se refiere a los hechos ocurridos en Kosovo, los defensores de la acción de la OTAN tuvieron buena base en el reconocimiento por el Consejo de Seguridad de la ONU de las evidencias presentadas, pero al calificarlas, hicieron una falsa analogía al atribuir a la barbarie servia que repudiamos, las consecuencias jurídicas que sólo reconocemos a la autorización expresa y previa por el Consejo de Seguridad o al caso del ataque armado y su rechazo mediante el ejercicio de la legítima defensa.

MacCORMICK exige al argumentador a) que cumpla con el requisito de la *universalidad*; b) que su discurso sea *consistente* con la norma y *coherente* con los valores imperantes en la sociedad, y c) que valore las *consecuencias* de su decisión. Creemos que puede dudarse que los argumentadores en pro de la acción de la OTAN hayan cumplido con el requisito de la *universalidad* pues hicieron una excepción heterodoxa a la regla que prohíbe a los Estados el uso de la fuerza. Afirmamos con convicción que la acción de la OTAN no fue *consistente* con la norma. Aceptamos que esa operación militar fue *coherente* con los valores imperantes en la sociedad internacional que repudia las violaciones a los derechos humanos, pero leemos en la doctrina de MacCORMICK una tesis que no da a la citada *coherencia* un valor justificante en Derecho si no hay a la vez *consistencia* con la norma. Sí aceptamos que esa *coherencia* valorativa tiene efectos en la percepción ética de la acción militar. Los defensores de la intervención de la OTAN, en grado diverso valoraron las *consecuencias* de la operación militar, pues mientras que algunos le negaron valor como precedente, (véase *supra* 3.2. p.174, declaración del Ministro Alemán KINKEL), otros vieron un nacimiento en potencia de una nueva excepción a la prohibición del uso de la fuerza.

MacCORMICK exige al argumentador-jurista que actúe con racionalidad, pero ejerciendo además otras virtudes, tales como *buen juicio, altura de miras, justicia, humanidad y compasión*. Creemos que a los argumentadores a quienes hemos negado la razón con base en criterios jurídicos, podemos reconocerles, sobre todo a quienes decidieron intervenir en Kosovo, el beneficio de la duda y aceptar la posibilidad de que las virtudes citadas por MacCORMICK estuvieron presentes en su ánimo.

3.8. Análisis de la argumentación expuesta a la luz de la doctrina de la Dra. María del Carmen PLATAS PACHECO

La Doctora PLATAS PACHECO nos propone la analogía de la proporcionalidad como el método específico del Derecho para la interpretación de la norma. Así se descubre la proporción entre el principio de lo debido a la luz de un orden previamente establecido y el primer analogado. Después se llega, mediante la analogía de la atribución, a lo que se predica secundaria o accidentalmente. Este método nos ofrece una argumentación jurídica analógica, que percibimos como complementaria, de la analogía de la proporcionalidad, que verse sobre lo probable y no necesario que admite relaciones de proporción y atribución.

Apliquemos los razonamientos anteriores al caso de la acción militar de la OTAN en Kosovo. Una analogía de lo jurídico como proporcionalidad nos llevaría a afirmar que lo justo, lo debido es el respeto a la prohibición del uso de la fuerza armada y a los derechos humanos fundamentales de la población en Kosovo por todos los actores en el conflicto, sin distinción alguna, todo ello en busca del bien común en el ámbito mundial. El siguiente paso sería un silogismo judicial que subsuma la acción militar de la OTAN en Kosovo a la norma de *ius cogens* que prohíbe el uso de la fuerza armada, que es ya un primer analogado del principio del bien común. Ello nos llevaría con certeza científica a una conclusión que constataría el hecho ilícito de esa organización regional. A continuación, usaríamos una razón práctica que aplique al caso concreto, tanto el principio de la debitud anterior a la norma de *ius cogens* mencionada, como esa misma norma imperativa. Ahora bien, para complementar esa lógica fría evaluaríamos lo opinable, lo contingente, la realidad, los hechos. Así, pudiera argumentarse algún atenuante a favor de la acción militar previamente condenada, ahora sí, mediante entimemas que atenúen la rigidez del silogismo.

Si leemos las argumentaciones jurídicas que con respecto a este caso han esgrimido los defensores de la acción militar de la OTAN, percibiremos que esos argumentadores procedieron, como afirma en su teoría PLATAS PACHECO, por comparación proporcional entre unos actos y otros, o sea la acción militar y las violaciones masivas a los derechos humanos que la provocó.

Si nos colocamos en la situación de un juez llamado a pronunciarse sobre la acción militar de la OTAN en Kosovo, y si seguimos la doctrina de PLATAS PACHECO, podríamos aceptar dos vertientes argumentativas: a) una que la filósofa y jurista mexicana llama dialéctica, que se formula mediante silogismos [que ARISTÓTELES llamaría científicos por ser sus premisas axiomáticas], y b) otra retórica, que también utiliza silogismos, pero incompletos o entimemas [que ARISTÓTELES llamaría dialécticos, porque sus premisas tan sólo son probables u opinables].

Con la primera vertiente argumentativa, utilizaríamos el siguiente silogismo:

Premisa mayor o normativa: La Carta de la ONU prohíbe el uso de la fuerza con sólo dos excepciones: la legítima defensa y el uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad o previa autorización de ese órgano.

Premisa menor o fáctica: La OTAN hizo uso de la fuerza en Kosovo sin poder aducir legítima defensa y sin autorización del Consejo de Seguridad de la ONU.

Conclusión: La acción militar de la OTAN en Kosovo fue violatoria de la Carta de la ONU.

Pero el juez de nuestro ejemplo está llamado a determinar todas las consecuencias de la violación y al respecto se encontraría frente a: a) la violación de una obligación internacional que emana de un tratado multilateral de jerarquía superior vigente entre los Estados Miembros de la

OTAN y Yugoslavia; b) todos los elementos necesarios para considerar que la violación es imputable a los Estados Miembros de la OTAN; c) evidencia suficiente para establecer una relación causa-efecto entre la acción de la OTAN y los daños sufridos por Yugoslavia, y d) un pliego de puntos petitorios del actor que, además de la condena, exigiría una serie de cuantiosas reparaciones.

Creemos que nuestro juez imaginario estaría obligado a declarar la ilicitud de la acción de la OTAN según el Derecho Internacional, pero podría complementar la sentencia con argumentaciones y decisiones basadas en los silogismos que PLATAS PACHECO llama entimemas, en los que tendría que valorar todas las circunstancias, tanto lo necesario como lo contingente. Entre lo contingente estaría la retórica de las argumentaciones de los defensores de la acción de la OTAN. Intentemos redactar tal silogismo.

Premisa mayor o normativa: La Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y múltiples tratados y declaraciones solemnes son expresión de derechos y deberes fundamentales en el ámbito de los derechos humanos, que han adquirido el carácter de normas imperativas del Derecho Internacional (*ius cogens*).

Premisa menor o fáctica: El Gobierno servio de Yugoslavia emprendió una serie de ataques contra la población de origen albanés de Kososvo; acciones de limpieza étnica, y otras violaciones masivas a los derechos humanos confirmadas por el Consejo de Seguridad de la ONU. El Gobierno de Yugoslavia se negó a encontrar una solución política al conflicto y violó las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad sobre esa crisis.

Conclusión: Ante la incapacidad del Consejo de Seguridad de la ONU para resolver la catástrofe humanitaria que estaba teniendo lugar en Kosovo, la acción militar de la OTAN puede justificarse a la luz de los nobles propósitos de la misma, a pesar de que no se cumplieron con los requisitos para declarar la plena legalidad de la acción.

Ya con todos los elementos para dictar sentencia y reconocida la analogía de la proporcionalidad entre lo debido según un orden previamente establecido y las disposiciones de la Carta de la ONU y la legislación

internacional de los derechos humanos, el juez procedería a una argumentación jurídica analógica para llegar a una sentencia. En esa sentencia se podría motivar el fallo mediante la valoración de los hechos.

En fundamentación de su sentencia el juez aplicaría la tópica o cetética jurídica, que puede versar sobre lo probable o contingente y no necesario y que admite relaciones de proporción y de atribución. Así, la sentencia del juez podría declarar la violación de la obligación de no recurrir al uso de la fuerza sin condenar ni establecer sanción alguna o reparación, habida cuenta de todas las circunstancias.

En el caso de Kosovo y la acción militar de la OTAN, encontramos un intento de los países miembros de esa organización regional por justificar su violación a la Carta de la ONU, aduciendo el surgimiento de una nueva norma que autorizaría acciones de la índole de la emprendida por la OTAN en caso de violaciones masivas a los derechos humanos. Creemos haber demostrado que el Consejo de Seguridad tiene atribuciones para actuar, inclusive mediante la autorización del uso de la fuerza a Estados u organizaciones regionales, a fin de adoptar medidas eficaces en ese supuesto. Por tanto, rechazamos las tesis de los defensores de la acción de la OTAN en Kosovo y nos limitamos a considerarlas como atenuantes de la violación. Por lo que se refiere a la argumentación de los miembros de la OTAN y de sus defensores, creemos haber demostrado lo ilógico de sus proposiciones.

En el debate sobre la intervención por razones humanitarias, algunos autores sostienen que el cambio de actitud de los Estados respecto de los derechos humanos lleva al reconocimiento de un Derecho consuetudinario que facultaría a los Estados para hacer uso de la fuerza dentro del marco de la Carta de la ONU o con un fundamento paralelo ético a ella.²¹⁰ Creemos

²¹⁰ DUFFY, *op cit* en nota 69 p. 180 y 183.

que esa tesis encuentra mayor acomodo en los postulados del *common law* que en los de las familias jurídicas herederas del sistema romano-germánico. Nuestro sistema romano-germánico exige que la norma de la Carta de la ONU que prohíbe el uso de la fuerza (incluidos los casos de las razones humanitarias), por su carácter de *ius cogens*, sólo puede ser derogada o modificada por el surgimiento de otra norma con el mismo carácter imperativo, según lo dispone el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o por una reforma a la Carta de la ONU.²¹¹

Para demostrar con hechos que estamos muy lejos de consolidar una *opinio iuris* mundial sobre la legalidad de las intervenciones por razones humanitarias no autorizadas por el Consejo de Seguridad y a años luz de que surja una norma de Derecho consuetudinario que modifique lo dispuesto en la Carta de la ONU, reproducimos a continuación un resumen de las opiniones gubernamentales vertidas en la Asamblea General de la ONU, hecho por el autor del presente trabajo:

Reacciones de diversos Estados a las propuestas del Secretario General sobre intervención humanitaria²¹²

MÉXICO expresó, en términos inequívocos, que la búsqueda de soluciones a las controversias, internas o internacionales, debe ajustarse a la letra y al espíritu de la Carta de la ONU; que sus principios no pueden estar sujetos a impulsos unilaterales; que el uso de la fuerza, aún el motivado por razones humanitarias no es la solución; que, no obstante, México ha sabido moderar el tono cuando el Consejo de Seguridad ha actuado en estricto apego al capítulo VII de la Carta de la ONU, y que rechaza la existencia de un supuesto derecho de injerencia, particularmente cuando se aduce al margen del Derecho Internacional.²¹³ Se advierte una clara intención de desalentar la intervención del Consejo de Seguridad en asuntos internos de los Estados, incluidos los humanitarios, pero una aceptación –no podía ser de otra manera- de las atribuciones de ese órgano dejadas a salvo en el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta de la ONU que, al proscribir la

²¹¹ Diario Oficial de la Federación del 14 de febrero de 1975.

²¹² VALLARTA MARRÓN, *op cit* en nota 194, pp. 117-166.

²¹³ Resumen del autor, documento A/54/PV.27 de las Naciones Unidas.

intervención de la ONU en los asuntos QUE son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, dejó a buen resguardo las atribuciones del Consejo de Seguridad para la adopción de medidas coercitivas, con base en el capítulo VII de la Carta.

ALEMANIA, como miembro de la OTAN, hizo hincapié en la cooperación alemana en casos de desastres naturales. Puso énfasis en la participación de la ONU en el proceso de reconstrucción tras la operación militar de la Alianza del Atlántico Norte en Kosovo, esta vez bajo la autoridad del Consejo de Seguridad; recordó los titubeos del Consejo de Seguridad para actuar en el campo de la diplomacia preventiva (aludiendo a China y Rusia); destacó la tensión entre la soberanía y la injerencia y el rechazo a la interpretación de la soberanía como permiso para violar obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

COLOMBIA no adoptó posición sobre la cuestión crucial de si el Consejo de Seguridad tiene atribuciones para prevenir crisis humanitarias al interior de los Estados ni sobre el tema de si otras organizaciones pueden actuar conforme a Derecho frente a una parálisis de Consejo de Seguridad. Apenas se pronunció porque los mecanismos de intervención sean más abiertos y participativos.

IRLANDA, a pesar de no ser miembro de la OTAN, tuvo mucha cautela para no enfrentarse a sus socios de la Unión Europea y no se refirió a la ilegalidad de la intervención militar de la OTAN en Kosovo, si bien sí denunció en general la no utilización de los mecanismos de la ONU como la principal causa de las crisis humanitarias; calificó a las crisis de derecho humanos como el principal reto de las Naciones Unidas; sugirió se trabaje para que las iniciativas sobre alerta temprana no sean percibidas como una intromisión en los asuntos internos de los Estados; rechazó los conceptos tradicionales de soberanía; propuso mecanismos múltiples de recolección de información cuando se presenten crisis humanitarias al interior de los Estados, incluidas misiones del Consejo de Seguridad para la determinación de hechos. (Esta última propuesta está relacionada con las políticas acordadas por el Parlamento Europeo para los casos de intervenciones humanitarias a las que se hace referencia más adelante.)

KUWAIT apoyó el desarrollo de la cultura de la prevención propuesto por el Secretario General, pero hizo hincapié en no se contradiga el Principio de la soberanía ni el de no injerencia en los asuntos internos de los Estados. Por lo demás aprovechó el debate para referirse al incumplimiento por Iraq de las resoluciones del Consejo de Seguridad.

MONGOLIA expresó apoyo a la posición del Secretario General en el sentido de que las intervenciones por la fuerza que no cuentan con la autorización del Consejo de Seguridad ponen en peligro la propia esencia del sistema de seguridad internacional establecido en la Carta y sobre las relaciones de la ONU con organizaciones regionales; apoyó lo dicho por el Secretario General respecto de las tres lecciones aprendidas, a saber: a) que las operaciones regionales deben contar con un mandato del Consejo de Seguridad; b) que las políticas de seguridad que tienen éxito en una región pueden fracasar en otras, y c) que las emergencias humanitarias requieren respuestas multidisciplinarias. Expresó acuerdo con el Secretario General sobre el "planteamiento holístico de la seguridad" que centra más la atención en las

personas que en los Estados, pero advirtió que la ampliación exagerada de esa noción puede ser contraproducente al objetivo de la seguridad.

CHINA rechazó categóricamente los argumentos pro-intervención humanitaria y pro-preeminencia de los derechos humanos sobre la soberanía; rechazó acciones unilaterales de Estados y organizaciones regionales; reiteró la noción de soberanía y el principio de no intervención; se manifestó por una actuación siempre dentro del marco de la Carta de la ONU, y apoyó al Secretario General en su rechazo a las medidas coercitivas sin autorización del Consejo de Seguridad.²¹⁴

SINGAPUR hizo un análisis académico de las posiciones y las divisiones entre ellas, sin que quedara claro cuál fue la posición de su gobierno, fuera de una cautela para apoyar las nuevas tendencias para dar prioridad a los individuos sobre los Estados. Por otra parte, propuso se exija a los Estados que usan el veto en el Consejo de Seguridad que expliquen su actitud a la Asamblea General.

ITALIA, en su carácter de miembro de la OTAN, se refirió al obstáculo que significa el veto en el Consejo de Seguridad (el veto chino y ruso impidió que el Consejo de Seguridad autorizara la acción de la OTAN en Kosovo), y en términos muy generales, afirmó que deben tomarse medidas eficaces para prevenir y reprimir las violaciones más graves a los derechos humanos.

BANGLADESH soslayó el tema y apoyó al Secretario General en el énfasis que puso en su informe sobre los principios más fundamentales del multilateralismo.

INDIA expresó que una intensificación en el impulso intervencionista por preocupaciones humanitarias corre el peligro de exacerbar los conflictos dentro de los Estados y entre ellos, y recordó que los acuerdos regionales deben actuar dentro del capítulo VIII de la Carta.

KAZAJSTÁN trató tangencialmente la cuestión de la intervención humanitaria; propugnó por aumentar la responsabilidad del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y por concederle la autoridad exclusiva para adoptar medidas coercitivas en nombre de la comunidad internacional.

VENEZUELA, como era de esperarse, adoptó la posición predominante de los países en desarrollo del Sur; sostuvo que toda labor de prevención debe hacerse de manera compatible con la soberanía nacional y con el orden jurídico internacional y que las soluciones a las crisis humanitarias y de derechos humanos deben atenderse bajo ese enfoque.

CUBA denunció el “neo-intervencionismo” con pretextos humanitarios; comentó que sería suicida convalidar el derecho a la intervención que ya se ha ejercido en Kosovo; manifestó que debe restablecerse la primacía y la inviolabilidad de la Carta que establece claramente en qué casos las Naciones Unidas pueden ejercer la fuerza para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y afirmó que el uso de la fuerza, aún por razones humanitarias, fuera del marco jurídico de la Carta de la ONU, es ilegal e ilegítimo.

²¹⁴ Documento ONU: A/54/1, Párrs. 66 y 69.

FILIPINAS adoptó una posición moderada al reiterar la importancia de la soberanía de los Estados y de los individuos y expresó que ambas son compatibles y convergentes.

BÉLGICA adoptó una actitud explicable por su situación de Estado miembro de la OTAN. Aunque participó en el debate, no se refirió a la cuestión de la intervención humanitaria.

SUECIA opinó que la seguridad del individuo debe considerarse tan importante como la seguridad de los Estados y que una controversia interna bien puede constituir una amenaza a la paz y la seguridad internacionales que requiera una acción del Consejo de Seguridad de la ONU que tiene una responsabilidad primordial en la materia, en el marco del capítulo VII de la Carta, y lamentó que ese órgano no haya podido actuar en el caso de Kosovo.

SENEGAL tuvo una posición moderada; se refirió al dilema entre la urgencia de reaccionar en caso de conflictos o violaciones masivas a los derechos humanos y la necesidad de preservar la soberanía nacional, y en ese marco apoyó el fortalecimiento de las Naciones Unidas y en particular del Consejo de Seguridad.

MALASIA, después de denunciar la parálisis de la ONU en Ruanda y en Kosovo, enmarcó su declaración en la necesidad de una reforma del Consejo de Seguridad; reiteró la necesidad de que todo uso de la fuerza contra los Estados cuente con la autorización de ese órgano, y expresó que los esfuerzos regionales no deben sustituir la función de la ONU y del Consejo de Seguridad en la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

OMÁN se limitó a apoyar al Secretario General sobre la necesidad de mejorar el diseño y la aplicación de las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad con el fin de restablecer la credibilidad del régimen internacional.

ARGELIA también apoyó al Secretario General al afirmar que la adopción de medidas coercitivas sin autorización del Consejo de Seguridad amenaza la esencia misma del sistema internacional de seguridad cimentado en la Carta de las Naciones Unidas porque sólo la Carta ofrece una base jurídica de aceptación universal para el empleo de la fuerza. Por otra parte, cuestionó la legalidad y pertinencia de la intervención humanitaria fuera del marco de la Carta de la ONU. Recordó que el Movimiento de los No Alineados rechazó la injerencia humanitaria por no tener base en la Carta de la ONU.

MOLDOVA al igual que otras delegaciones rechazó la intervención humanitaria no autorizada por el Consejo de Seguridad, pero apoyó el debate sobre el tema; reprochó al Consejo de Seguridad por no cumplir con sus responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

PAKISTÁN apoyó el estudio de la cuestión de la intervención humanitaria bajo los principios de la soberanía y la no intervención y afirmó que toda intervención debe hacerse con la autorización del Consejo de Seguridad.

PERÚ afirmó que el Consejo de Seguridad es el único órgano con competencia para autorizar el uso de la fuerza.

NUEVA ZELANDA se refirió a la necesidad de reconciliar la legitimidad universal con la eficacia en la defensa de los derechos humanos; calificó de estéril el debate entre el Norte y el Sur sobre la intervención humanitaria y afirmó que la comunidad internacional exige que el Consejo de Seguridad actúe para detener violaciones masivas a los derechos humanos so pena de perder credibilidad.

SUDÁN reafirmó los principios de la soberanía de los Estados, la integridad territorial y la no injerencia en asuntos internos e insistió en que toda medida debe contar con la aceptación del Estado interesado y debe hacerse de conformidad con la Carta de la ONU.

ESPAÑA expresó que toda intervención humanitaria debe hacerse con la autorización del Consejo de Seguridad, pero invitó a encontrar una solución al problema de que se plantea cuando el Consejo de Seguridad se encuentra paralizado.²¹⁵

La **FEDERACIÓN RUSA**, sumándose, como era de esperarse, a las delegaciones que afirmaron que sólo el Consejo de Seguridad tiene atribuciones para autorizar el uso de la fuerza para resolver crisis humanitarias, denunció los casos de Iraq y Kosovo como ejemplo de acciones al margen de la Carta de la ONU.

BRASIL sostuvo que es necesario actuar frente a las crisis humanitarias y afirmó que la Carta de la ONU nos da los instrumentos para ello. Afirmó que la solución se encuentra en el más absoluto respeto a la Carta de la ONU y al Derecho Internacional.

NAMIBIA denunció la tendencia a adoptar medidas para el mantenimiento de la paz sin la autorización del Consejo de Seguridad, según el capítulo VIII de la Carta de la ONU, relativo a los acuerdos y organizaciones regionales.

UCRANIA reafirmó la validez del sistema de seguridad previsto en la Carta de la ONU y sostuvo, aludiendo a Kosovo, que acontecimientos recientes de uso de la fuerza pretextando razones humanitarias no deben sentar precedente.

ARGENTINA se limitó a pedir al Consejo de Seguridad mayor sensibilidad frente a los conflictos y a las medidas preventivas.

MACEDONIA (oficialmente denominada Antigua República Yugoslava de Macedonia) apoyó los Principios de la Carta de la ONU pero sugirió que, frente a violaciones masivas a los derechos humanos, el enfoque sobre la soberanía y la no intervención no debe ser dogmático o legalista.

La **REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN**, después de manifestar la necesidad de actuar para evitar violaciones masivas a los derechos humanos, afirmó que toda acción, sobre todo si implica el uso de la fuerza, debe ser autorizada por el Consejo de Seguridad. Apoyó que se limite el uso del veto en el Consejo de Seguridad.

AUSTRIA destacó la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y sostuvo que no es aceptable que responsabilidades que son esencialmente globales se declaren locales.

²¹⁵ Documento A/54/PV.32 de las Naciones Unidas.

IRAK se sumó a las delegaciones que sostuvieron que sólo el Consejo de Seguridad tiene autoridad para autorizar el uso de la fuerza.

EGIPTO rechazó que las consideraciones prácticas deban prevalecer sobre los principios de la Carta de la ONU o que la protección de los individuos y la prevención de conflictos se lleve a cabo en violación de la Carta.

La **REPÚBLICA DE COREA** manifestó que si bien ciertas situaciones merecen que se intervenga para solucionar crisis humanitarias, ello debe hacerse de conformidad con la Carta de la ONU. También expresó la esperanza de que haya acuerdo respecto de normas sobre intervención humanitaria que equilibren la soberanía y el respeto a los derechos humanos.

La **JAMAHIRIYA ÁRABE LIBIA** reafirmó el principio de la soberanía de los Estados y rechazó toda intervención en los asuntos internos, incluida la llamada intervención humanitaria; igualmente declaró QUE la Carta de la ONU es la única base legal para preservar la paz y la seguridad internacionales.²¹⁶

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 3 RELATIVO A LA ARGUMENTACIÓN SOBRE LA ACCIÓN MILITAR DE LA OTAN EN KOSOVO

1. Constatamos que las argumentaciones del Secretario de Estado para Defensa del Reino Unido hacen referencia a principios no consagrados en la Carta de la ONU (según él el principio de que puede usarse la fuerza para evitar catástrofes humanitarias). Ese argumento confirma nuestra hipótesis sobre la indebida facilidad con que algunos juristas y políticos del sistema del *common law* olvidan la Carta de la ONU para aducir principios derogados por esa Carta o aún no consagrados como tales por una *opinio iuris* mundial. Lo mismo podemos decir respecto de las argumentaciones de la jurista británica Christine GRAY, quien pone en duda que el Derecho consuetudinario de antaño a la legítima defensa haya sido acotado por la Carta de la ONU que lo limitó al caso de ataque armado.
2. Por otra parte, encontramos que los defensores de la legalidad de la acción militar de la OTAN en Kosovo intentaron justificarla con criterios éticos y con retórica. Estimamos que esos criterios son atenuantes que

²¹⁶ Documento A/54/PV.29 de las Naciones Unidas.

pueden atemperar la justa condena que merece toda violación de la Carta de la ONU. La defensa analizada no resiste un análisis jurídico estricto que subsuma los hechos a la norma.

CAPÍTULO 4

LA INVASIÓN DE IRAK DE MARZO DE 2003 Y SU SUPUESTA LEGALIDAD.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS INVASORES

4. Introducción y breve relación de los hechos. 4.1. Marco jurídico. 4.2. Análisis de los argumentos esgrimidos por los invasores a la luz de doctrinas sobre argumentación jurídica. 4.3. Las argumentaciones a la luz de la doctrina de ARISTÓTELES. 4.4. Las argumentaciones a la luz de la doctrina de ALEXANDER. 4.5 Las argumentaciones a la luz de la doctrina de PLATAS PACHECO. Conclusiones.

4. Introducción y breve relación de los hechos

En el capítulo 3 hemos analizado las argumentaciones en defensa de la acción militar de la OTAN en Kosovo. Pudimos comprobar nuestra hipótesis sobre el abuso que permite el sistema jurídico del *common law* para que argumentadores, comprometidos políticamente o de mala fe, deforman el Derecho Internacional relativo al uso de la fuerza armada, sobre todo el incorporado en la Carta de las Naciones Unidas, aduciendo la sobrevivencia de un Derecho Internacional consuetudinario incompatible con las convicciones jurídicas que se arraigaron en la sociedad internacional después de la segunda guerra mundial. Veremos ahora si las argumentaciones en pro de la invasión de Irak de marzo de 2003 confirman nuestra hipótesis.

La invasión de Irak tuvo lugar en marzo de 2003. Los acontecimientos que precedieron a esa invasión son de sobra conocidos, de allí la brevedad de esta relación. Irak invade Kuwait en 1990. En lugar de proceder a una legítima defensa colectiva que, suponemos, Kuwait estaba ciertamente dispuesto a solicitar y a aceptar, las potencias occidentales, principalmente EUA y el Reino Unido, prefieren ir al Consejo de Seguridad de la ONU,

seguramente con la esperanza ingenua de que Irak acatará una orden para retirarse de Kuwait. Irak no acata las órdenes del Consejo de Seguridad y éste autoriza el uso de la fuerza para liberar a Kuwait. Se logra retirar por la fuerza de las armas a Irak del territorio del vecino invadido y también se logra, en el seno del Consejo de Seguridad, un acuerdo de alto el fuego que aceptan los beligerantes. Ese acuerdo impone estrictas condiciones a Irak, sobre todo en el ámbito del desarme. Se registran incumplimientos por Irak y, antes de que los inspectores designados por el propio Consejo de Seguridad concluyan su labor para determinar la supuesta existencia en Irak de armas de destrucción en masa, EUA y Reino Unido buscan, sin éxito, una resolución del Consejo de Seguridad que les autorice el uso de la fuerza para invadir a Irak, supuestamente para obligar a ese Estado a cumplir con las resoluciones de ese Consejo. Ese proyecto de resolución es retirado ante el veto anunciado de China, Francia y Federación Rusa y la oposición de otros Estados sin derecho de veto, como Chile y México. EUA, Reino Unido y algunos comparsas de menor importancia militar deciden invadir.

4.1. Marco jurídico

El principal marco jurídico lo encontramos en el párrafo 4 del artículo 2 y en el artículo 51 de la Carta de la ONU que, respectivamente, prohíben el uso de la fuerza armada de un Estado contra otro y reconocen el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado y en general en el capítulo VII de la Carta de la ONU, relativo a acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión.

Por otra parte, tenemos, entre otras, las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad:

- La resolución 660 (1990) que condenó la invasión de Kuwait y ordenó a Irak que se retirara del Estado invadido.
- La resolución 661 (1990) que impuso sanciones a Irak, sin autorizar el uso de la fuerza.
- La resolución 678 (1990) que autorizó a los Estados miembros de la ONU a hacer uso de “todos los medios necesarios” para hacer cumplir la resolución 660 (o sea para que Irak se retirara de Kuwait) y para “restaurar la paz y la seguridad en la región”.
- La resolución 687 (1991) que exigió a Irak la eliminación de armas de destrucción masiva; la supresión de programas de armas químicas, biológicas o nucleares; su abstención de apoyar a grupos terroristas y la aceptación de esas condiciones para la entrada en vigor de un “alto el fuego”.
- La resolución 1441(2002), en la que se dio a Irak una última oportunidad para cumplir con las resoluciones previas del Consejo de Seguridad y se le advirtió sobre las serias consecuencias que tendría su renuencia.

4.2. Análisis de los argumentos esgrimidos por los invasores a la luz de varias doctrinas sobre argumentación jurídica

La clasificación aristotélica de las premisas y argumentos en: **apodícticos** (científicos, que muestran, que no requieren demostración), **dialécticos** (que sí requieren demostración, basados en una opinión), **erísticos** (que parecen basados en una opinión, pero que no lo están) y **retóricos** (que tienen por fin persuadir), nos es de especial utilidad.

De la página de *internet* del Parlamento del Reino Unido²¹⁷ obtuvimos un *research paper 02/64*, en que se aducen las argumentaciones que resumimos en los siguientes párrafos:²¹⁸

²¹⁷ www.parliament.uk

Primer argumento: El Consejo de Seguridad adoptó la resolución 1441(2002), en la que se dio a Irak una última oportunidad para cumplir con las resoluciones previas del Consejo de Seguridad y se le advirtió que su incumplimiento tendría serias consecuencias, por tanto, sí se contó con una autorización implícita.

Réplica. Sostenemos que esta argumentación es erística porque la Carta de la ONU, como una de las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza, reconoce al uso de las armas por el Consejo de Seguridad (artículo 42 de la Carta). Como los Estados no han puesto a la disposición del Consejo de Seguridad sus ejércitos, como se previó ingenuamente en San Francisco, en 1945, se ha interpretado, sin controversia, que el Consejo de Seguridad, cuando decide que el uso de la fuerza es necesario, puede autorizarla para resolver una situación que amenace la paz y la seguridad internacionales o cuando se de un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. Obviamente, una decisión de tal gravedad requiere una autorización expresa. Concluimos que este argumento es una falacia por falsa analogía, pues una advertencia no equivale a una autorización para invadir a un Estado. Es también un sofisma de palabras equívoco, pues se abusa de la ambigüedad de las palabras “serias consecuencias” que pueden significar, tanto las medidas que no impliquen el uso de la fuerza, tales como las mencionadas en el artículo 41 de la Carta de la ONU, como las que sí impliquen el uso de la fuerza armada a que se refiere el artículo 42 de esa Carta.

²¹⁸La cantidad de artículos escritos por juristas sobre el conflicto es enorme; no incluimos más opiniones en defensa de la invasión por estimar que las resumidas dan base suficiente para un análisis de la argumentación, a la luz de las doctrinas expuestas en el capítulo 2.

Supongamos que los invasores de Irak utilizan ese argumento como la premisa mayor o normativa de un silogismo jurídico, que sería seguida por una premisa menor o fáctica que daría constancia de los incumplimientos de Irak. Ambas premisas son verdaderas, pero la conclusión no puede ser la que pretenden los invasores, es decir la carta blanca para que cualquier Estado Miembro de la ONU haga cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad mediante el uso de la fuerza armada.

El silogismo sería el siguiente:

Premisa mayor o normativa: El Consejo de Seguridad adoptó la resolución 1441(2002), en la que se dio a Irak una última oportunidad para cumplir con las resoluciones previas del Consejo de Seguridad y se le advirtió que su incumplimiento tendría serias consecuencias.

Premisa menor o fáctica: Irak no cumplió con las resoluciones en las que el Consejo de Seguridad impuso una serie de obligaciones a ese Estado.

Conclusión: Los Estados que invadieron a Irak en marzo de 2003, actuaron con la autorización del Consejo de Seguridad.

A pesar de que la premisas son apodícticas o axiomáticas, el paso de las premisas a la conclusión que pretenden los invasores es ilógico por dos razones: porque otros miembros del Consejo de seguridad, algunos de ellos permanentes, China, Francia y Federación Rusa, adoptaron esa resolución en la inteligencia de que no era una autorización para hacer uso de la fuerza²¹⁹ y porque en el último párrafo de esa resolución el Consejo de Seguridad declaró que seguiría ocupándose de la cuestión. Por tanto, para que la invasión hubiera sido conforme a Derecho, se hubiera requerido otra resolución que expresamente autorizara tal recurso extremo. Además, puede agregarse que una autorización para hacer uso de la fuerza en un

²¹⁹ “Research paper 02/64, p. 24 del Parlamento del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte en la página de “internet” de ese Parlamento o “Reuter News” del 9 de noviembre de 2002.

asunto de tal gravedad, no puede darse de manera implícita. Nos encontramos ante un sofisma de ignorancia del asunto, pues está basado en un desconocimiento de las normas de la Carta de la ONU sobre el uso de la fuerza armada. Desde luego que los invasores conocen la Carta de la ONU, solo que su discurso parece desconocerla. Desde luego el argumento no es apodíctico de autoridad; es apenas un argumento retórico psicológico que intenta persuadir que la invasión corresponde a una supuesta intención de quienes redactaron y pusieron en vigor la Carta de la ONU. (Véase 2.2. *supra*, en donde usamos el caso de la invasión de Irak para presentar silogismo acordes con las reglas *modus ponens* y *modus tollens*)

Segundo argumento: El Presidente de EUA declaró que su gobierno estaba dispuesto a discutir el tema con el Consejo de Seguridad de la ONU sin afectar su libertad de acción para defender a su país. En términos similares, la delegación estadounidense en el Consejo de Seguridad declaró que la resolución 1441 no limitaba a Estado Miembro alguno para defenderse de las amenazas que representaba Irak y para dar cumplimiento a las resoluciones de la ONU o para defender la paz y la seguridad del mundo²²⁰. La delegación de EUA agregó que la resolución 1441 dio a Irak una última oportunidad para cumplir con sus obligaciones y que los Estados Miembros de la ONU podían contar con que EUA cumpliría sus responsabilidades si Irak persistía en su actitud.

Réplica: La afirmación de que la resolución 1441 no limita el derecho a defenderse de amenazas es una proposición que, de ser utilizada, produce un razonamiento erístico, basado en premisas que parecen estar fundadas

²²⁰ Consideramos **erístico** éste y otros argumentos porque no se dio una *opinio iuris* universal; puesto que que algunos Estados compartieron esas opiniones, algunos de los argumentos clasificados como **erísticos**, pueden clasificarse como **dialécticos** para esos Estados, que los consideran razonables y plausibles.

en la opinión, pero que en realidad no lo están por la falsedad de esa supuesta opinión que no puede llevar a una conclusión razonable.²²¹

Nos parece que esa argumentación intenta aplicar a una norma de Derecho Internacional Público un principio de Derecho privado, según el cual “lo que no está prohibido está permitido”. En el Derecho público, a la inversa, los órganos tienen atribuciones en la medida en que la norma lo autoriza expresamente, salvo las doctrinas de las atribuciones implícitas, de difícil y variada interpretación. Frente a la prohibición lapidaria incorporada en la Carta de la ONU respecto del uso de la fuerza y a la expresión inequívoca de que sólo hay dos excepciones, la argumentación comentada puede rechazarse con un argumento apodíctico de autoridad basado en los términos de la Carta de la ONU. Ese discurso es un sofisma de ignorancia del asunto que no toma en cuenta lo dispuesto por la Carta de la ONU.

Creemos que esa argumentación no alcanza el nivel **dialéctico** de una opinión razonable que eventualmente pueda ser demostrada. Ya hemos dicho que es un *sofisma* por su apariencia de verdad. Si bien es cierto que esa resolución no expresó la limitación aducida, la misma se encuentra en la propia Carta que establece que para que el ejercicio de la legítima defensa proceda, se requiere un ataque armado (no una amenaza), que es sinónimo de agresión armada. Si consideramos los elementos de los sofismas que nos da PLATAS PACHECO, podemos encontrar en esa argumentación un juicio falso (la autorización implícita para el uso de la fuerza) derivado de uno verdadero (los términos de la resolución 1441). El sofisma aducido puede clasificarse como sofisma de palabras porque abusa de los múltiples significados que pueden darse a las palabras última oportunidad y graves consecuencias; también puede clasificarse como falacia de atención y de

²²¹ Cfr. Artículos 2, párrafo 4, 42 y 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

apelación a la fuerza por las supuesta amenaza (que se comprobó falsa) que Irak representaba.

Las observaciones que hemos hecho sobre la influencia del filósofo inglés BACON se aplican también a esta argumentación (capítulo 3 *supra*).

Tercer argumento: El Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido manifestó que su gobierno hubiera preferido que las decisiones se hubieran tomado en el seno del Consejo de Seguridad, pero recordó que ya habían aclarado que, según el Derecho Internacional, estaban facultados para reservar su derecho a tomar medidas militares, en el marco de las resoluciones adoptadas por el propio Consejo de Seguridad, con base en una supuesta autoridad continua, si se vetaba una autorización expresa para hacer uso de la fuerza. En la resolución 1441 se advirtió a Irak que se le daba una última oportunidad y que de no cumplir sus obligaciones habría serias consecuencias. El Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido declaró en el Parlamento británico que la noción “serias consecuencias” incluía el uso de la fuerza armada.

Réplica: Las observaciones al segundo argumento se aplican a este discurso. Ambas parten de una falsa premisa, esto es que el Derecho Internacional autoriza el uso de la fuerza a todo Estado que decida hacer cumplir con medios bélicos las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. La afirmación que cita el tenor de la resolución 1441 puede calificarse de argumento apodíctico de autoridad, pero la interpretación que se hace de esas palabras es un sofisma de palabras en el que se abusa del significado múltiple que puede atribuirse a ciertos términos. Si se quiere ser generoso con el Ministro de Relaciones citado, puede elevarse su argumento de sofisticado a dialéctico, basado en una opinión no universal, que está por demostrarse. Ahora bien, puesto que las circunstancias muestran que el consenso es imposible ante el rechazo expreso de otros miembros

permanentes del Consejo de Seguridad, lo razonable de esa opinión se circunscribe a unos cuantos y no se llega a una conclusión científica. Por tanto, no es un uso correcto del Derecho Internacional, esas conclusiones no son Derecho Internacional y por tanto no son precedentes válidos. Los acontecimientos deben ser registrados en la Historia como violaciones al Derecho Internacional que no afectan la validez de la norma y las argumentaciones como meros silogismos erísticos o si se quiere dialécticos que, como dijimos, no hacen ciencia, no se incorporan en la Ciencia del Derecho.

La tesis de la “autoridad continua” sostenida por el Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido es un sofisma del consecuente que afirma el consecuente a partir de la afirmación del antecedente; expresado en forma silogística, tendría la siguiente estructura, contraria a las reglas de la Lógica formal:

Si el Consejo de Seguridad de la ONU autoriza el uso de la fuerza, ésta es legal;

El Consejo de Seguridad autorizó la fuerza en 2001 para sacar a Irak de Kuwait;

Luego entonces, todo uso ulterior de la fuerza contra Irak fue legal.

Cuarto argumento: El *research paper* recuerda que algunos comentaristas afirmaron (con razón, en nuestra opinión) que la autorización para hacer uso de la fuerza armada perdió vigencia al lograrse la expulsión de Irak de Kuwait, en tanto que otros adujeron que la violación por Irak de las condiciones del alto el fuego reactivó la autorización citada.

Se afirma que la autorización explícita para hacer uso de la fuerza hubiera tenido ventajas, pero que la falta de ella no significa que el uso de la fuerza es ilegal.

Se argumenta que la resolución 1441 hace referencia a las violaciones por Irak de las condiciones del alto el fuego y ello pudiera ser pertinente para una reivindicación del derecho a la legítima defensa.

El Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido declaró que las resoluciones del Consejo de Seguridad son parte del Derecho Internacional pero no la totalidad de éste, por lo que, la cuestión de si se justifica o no el uso de la fuerza en Derecho Internacional, con o sin una segunda resolución, depende de las circunstancias. El Secretario de Estado de EUA aseguró que si Saddam Hussein no cumplía, su gobierno solicitaría a la ONU autorización para usar los medios que fueren necesarios, pero advirtió que si la ONU no estaba dispuesta a ello, EUA y otras naciones con posiciones similares procederían a desarmar a Irak por la fuerza. Nótese que existe similitud entre la argumentación en defensa la legalidad de la acción militar de la OTAN en Kosovo y esta defensa de la invasión de Irak. Pensamos que esta argumentación sólo es convincente si se acepta la tesis de juristas del *common law* sobre la sobrevivencia del Derecho Internacional consuetudinario pre-ONU.

Réplica: Este argumento puede descomponerse así:

- a) La violación por Irak de las condiciones del alto el fuego reactivó la autorización dada anteriormente para usar la fuerza en legítima defensa, y
- b) Las resoluciones del Consejo de Seguridad son parte del Derecho Internacional, pero no la totalidad de éste, por lo que la cuestión de si se justifica o no el uso de la fuerza en Derecho Internacional, con o sin una segunda resolución, depende de las circunstancias.

Respecto del primer argumento, marcado con la letra a), se trata de un recurso falaz o erístico que se basa en un Derecho Internacional de antaño claramente derogado por la Carta de la ONU para los casos considerados en el Consejo de Seguridad. El Derecho Internacional clásico reconocía que si los beligerantes llegaban a un acuerdo de alto el fuego, y una de las partes violaba las condiciones de esa tregua, la otra tenía el derecho de reanudar las hostilidades.²²² El alto el fuego con Irak se negoció en el Consejo de Seguridad y en todo momento ese órgano responsable principal de la paz y la seguridad internacionales tuvo el caso en su agenda, según consta en los párrafos finales de todas las resoluciones sobre la cuestión. Por tanto, el uso de la fuerza requería, conforme a Derecho, una nueva resolución que expresamente lo autorizara, tras una violación del alto el fuego por parte de Irak. El texto de esas resoluciones, en las que se expresó invariablemente que el tema seguía en la agenda del Consejo de Seguridad nos permite afirmar que contra el discurso o razonamiento refutado tenemos un argumento apodíctico de autoridad basado firmemente en la Carta de la ONU y en las resoluciones del órgano que tiene la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Según la clasificación de los sofismas que nos ofrece PLATAS PACHECO, esta mentira con apariencia de verdad pudiera clasificarse como sofisma de ignorancia del asunto por argüir a favor de una doctrina sin conocerla en su significación y alcances precisos, nos referimos a la pretensión de que un Derecho previo a la Carta de la ONU reconoce

²²² Convenio (II) relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y su reglamento anexo, suscrito en la Haya, el 29 de julio de 1899. Puede consultarse En MÉNDEZ SILVA, Ricardo y LÓPEZ ORTÍZ, Liliana (comps), *Derecho de los conflictos armados. Compilación de de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*, México, UNAM-CICR, 2003, t. I, p. 37.

derechos subjetivos al beligerante víctima de una violación a un acuerdo del alto el fuego, en detrimento de las atribuciones del Consejo de Seguridad.

Por lo que se refiere al segundo argumento, marcado con la letra b), también se incurre en una falacia, pues sin una resolución que expresamente autorice el uso de la fuerza, la única posibilidad lícita de ese recurso bélico se da cuando un Estado recurre a la legítima defensa que, según la Carta de la ONU sólo procede en caso de ataque armado. De nuevo nos encontramos ante un sofisma de ignorancia del asunto. Podemos suponer que cuando se afirma que las resoluciones del Consejo de Seguridad son parte del Derecho Internacional pero no todo el Derecho Internacional, se está aduciendo una razón que sólo se da en la mentalidad del *common law* que contempla al Derecho consuetudinario, aún el contrario a la Carta de la ONU como un conjunto de normas jurídicas vigentes de mayor autoridad que el Derecho incorporado en tratados internacionales en vigor.

El *American Journal of International Law*²²³ publicó un artículo de William H. TAFT y de Todd F. BUCHWALD, respectivamente, asesor jurídico del Departamento de Estado de EUA y asesor jurídico alterno para asuntos políticos y militares en el citado Departamento de Estado. Dado el cargo de dichos funcionarios, podemos considerar su argumentación como oficial. A continuación resumimos sus argumentos que, obviamente, pretenden ser justificantes en Derecho de la invasión de Irak:

Quinto argumento: La prevención (*preemption*²²⁴) se presenta de diversas maneras y depende de las circunstancias. Un Estado no puede atacar a otro porque teme que algún día pueda desarrollar armas e intenciones de atacar.

²²³ Vol. 97, pp.557-563.

²²⁴ Según el “New Concise Webster’s Dictionary: *pre-empt*: v.t. to establish a right or claim to before others make a claim”.

Por otra parte, nadie dudaría de la legitimidad de medidas preventivas en medio de una guerra si no se es agresor. Entre esos dos extremos se dan innumerables situaciones. En última instancia, cada uso de la fuerza debe encontrar legitimidad en los hechos y circunstancias en que el Estado considera necesario ese uso de las armas. Cada caso debe juzgarse, no en términos abstractos, sino a la luz de los eventos particulares que motivaron la acción militar. Si bien los Estados no deben usar la prevención como pretexto para la agresión, pronunciarse en abstracto sobre la prevención es un error. El uso de la fuerza preventivo a veces es legal y a veces no.²²⁵

Réplica: Se reconoce en la argumentación comentada que “un Estado no puede atacar a otro porque teme que algún día pueda desarrollar armas e intenciones de atacar”. Este razonamiento, que los autores citados esgrimen, para luego deformarlo con interpretaciones amañadas, es un argumento apodíctico de autoridad, pues la Carta de la ONU limita el derecho subjetivo a la legítima defensa al caso de ataque armado. Resulta sorprendente que esos funcionarios del gobierno de los EUA hayan traído ese discurso a colación, cuando eso es precisamente lo que hicieron EUA y el Reino Unido, es decir atacar con base en el infundado temor de que Irak tenía armas de destrucción masiva e intenciones de atacar. Ahora sabemos que fue un pretexto.

En la frase “cada uso de la fuerza debe encontrar legitimidad en los hechos y circunstancias en que el Estado considera necesario ese uso de las armas” también detectamos una falacia, pues si bien cada Estado debe decidir lo relativo a cuándo ejerce la legítima defensa, la Carta de la ONU acota ese derecho al caso de un ataque armado. Ya hemos afirmado que aceptamos que la inminencia de un ataque armado es ya un ataque armado,

²²⁵ Lo consideramos **erístico**, porque suponemos que se refiere a un uso preventivo de la fuerza sin autorización del Consejo de Seguridad.

pero esa noción de inminencia debe interpretarse restrictivamente, para que no incluya una simple amenaza. Nuevamente nos encontramos ante un sofisma de ignorancia del asunto. Se tiene razón cuando se dice que el uso de la fuerza preventivo a veces es legal y a veces no, sólo que no se aclara que sólo es conforme a Derecho si lo autoriza el Consejo de Seguridad.

Sexto argumento: El Presidente BUSH declaró:

For centuries international law recognized that nations need not to suffer an attack before they can lawfully take action to defend themselves against forces that present an imminent danger of attack. Legal scholars and international jurists often conditioned the legitimacy of preemption on the evidence of an imminent threat-most often a visible mobilization of armies, navies, and air forces preparing for attack²²⁶.

Réplica: Con este argumento apodíctico estamos de acuerdo, sólo que en el caso de Irak nunca se dio la inminencia de un ataque contra EUA o el Reino Unido. Además la referencia a un Derecho Internacional consuetudinario existente desde hace siglos, ignora que las normas que regulan el uso de la fuerza cambiaron con la Carta de la ONU. Por lo que se refiere a la sobrevivencia del Derecho Internacional consuetudinario relativo al uso de la fuerza en la era post-ONU, creemos que también se incurre en un sofisma de ignorancia del asunto, pues se trata de argüir a favor de una doctrina sin conocerla en su significación, alcances precisos y limitaciones

²²⁶ Por siglos, el Derecho Internacional ha reconocido que no es necesario que las naciones sufran un ataque para actuar legalmente y defenderse de fuerzas que sean un peligro inminente de ataque. Académicos en Derecho y juristas internacionales suelen condicionar la legitimidad de la anticipación a que exista evidencia de una amenaza inminente, las más de las veces una movilización visible de ejércitos y fuerzas aéreas preparándose para un ataque (traducción del autor). Lo consideramos **apodíctico**, pero no aplicable al caso de Irak.

acordadas en la Carta de la ONU. Se ignora o se soslaya el Derecho Internacional incorporado en la Carta de la ONU. Es frecuente, y esta argumentación lo confirma, que juristas y políticos de países del *common law* usen el Derecho Internacional consuetudinario cuando éste favorece sus posiciones, aún en el caso de que esa costumbre haya sido derogada por un tratado. Algunos autores y juristas sostienen que la incorporación de una regla del Derecho Internacional consuetudinario a un tratado no desplaza a la regla consuetudinaria, que se mantiene como base de la norma escrita, aun cuando el contenido del tratado no sea idéntico a la regla consuetudinaria así modificada.

Séptimo argumento: La invasión de Irak ha sido criticada como ilegal por preventiva. La invasión fue y es legal. El carácter preventivo no la hace ilegal. La invasión debe analizarse en su contexto; su contexto incluye la agresión de Irak a Kuwait; sus esfuerzos para obtener armas de destrucción masiva; sus antecedentes de uso de esas armas; la acción del Consejo de seguridad dentro del capítulo VII de la Carta de la ONU (relativo a acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión), y el incumplimiento por Irak de resoluciones del Consejo de Seguridad.

Réplica: Ya hemos dado argumentos en contra de este razonamiento. Se llega al absurdo de pretender legalizar medidas preventivas unilaterales, siempre ilegales en tiempos de paz, con base en el ataque a otro Estado, ocurrido más de una década antes. Además se sabe ahora que los supuestos esfuerzos de Saddam Hussein por obtener armas de destrucción masiva fueron una mentira que hubiera salido a la luz si se hubiera permitido al equipo de inspectores del Consejo de Seguridad concluir su tarea. El carácter sofisticado de este argumento es claro porque, ya lo hemos dicho, toda acción preventiva requiere de una autorización previa y expresa por

parte del Consejo de Seguridad de la ONU. De nuevo tenemos un sofisma de ignorancia del asunto, pues se trata de argüir a favor de una doctrina sin conocerla en su significación y alcances precisos y una refutación falaz contra un argumento apodíctico de autoridad basado en las disposiciones de la Carta de la ONU.

Octavo argumento: Como una cuestión jurídica, los Estados Miembros de la ONU tenían la responsabilidad de hacer cumplir las condiciones del alto el fuego. Cuando en enero de 1993, EUA, Reino Unido y Francia usaron la fuerza para hacer cumplir condiciones de alto el fuego, el Secretario General de la ONU, BOUTROS-GHALI declaró:

[The] raid was carried out in accordance with a mandate from the Security Council under resolution 678 (1991), and the motive for the raid was Iraq's violation of that resolution, which concerns the cease-fire. As Secretary General of the United Nations, I can tell you that the action was taken in accordance with the resolutions of the Security Council and the Charter of the United Nations.²²⁷

Réplica: En este caso, creemos que la primera afirmación es una falacia, una petición de principio, pues se usa una premisa que es la tesis que pretenden demostrar. Además es un sofisma de ignorancia del asunto, se desconoce que los Estados Miembros de la ONU no tienen la responsabilidad de hacer cumplir las condiciones de un alto el fuego acordado y sancionado por el Consejo de Seguridad. Esa responsabilidad la tiene el Consejo de Seguridad.

²²⁷ El bombardeo se llevó a cabo de conformidad con un mandato del Consejo de Seguridad contenido en la resolución 678 (1991), y el motivo para ese bombardeo fue la violación de esa resolución por parte de Irak relative al alto el fuego. Como Secretario General de las Naciones Unidas, puedo decirles que la acción fue llevada a cabo de conformidad con la resolución del Consejo de Seguridad y la Carta de las Naciones Unidas (traducción del autor).

En cuanto a la opinión de un Secretario General, presionado por EUA, Francia y el Reino Unido, no es fuente doctrinaria de Derecho ni prueba la legalidad del ataque de 1993. En todo caso es una argumentación dialéctica, una opinión que a algunos parece razonable y siempre sujeta a demostración, que no hace ciencia que no es un precedente válido en Derecho Internacional. Lo correcto y conforme a Derecho hubiera sido una autorización del Consejo de Seguridad para ese bombardeo de los años noventa. Insistimos que este argumento, al igual que otros usados para refutar los discursos erísticos citados es un argumento apodíctico de autoridad basado en la Carta de la ONU. Además, no hay proporción entre una acción limitada como la de 1993 y la invasión de un Estado y el derrocamiento de su gobierno de marzo de 2003.

Noveno argumento: EUA sostuvo que puesto que el incumplimiento de Irak fue objetivo, no se requirió una evaluación del Consejo de Seguridad. También afirmó que hubo acuerdo [¿en el Consejo de Seguridad?] en que, una vez confirmada por el Consejo de Seguridad una violación seria por Irak de las condiciones del alto el fuego, ello autorizaba a los Estados Miembros a usar la fuerza para hacer cumplir las condiciones del alto el fuego.

Réplica: Nuevamente nos encontramos ante un argumento erístico, basado en una falacia; ciertamente no es un argumento apodíctico o axiomático que muestre y que, por tanto, no requiera demostración. La demostración resulta imposible por las razones que invocamos al refutar el cuarto argumento párrafos arriba. La supuesta autorización implícita se rechaza por ser un argumento erístico porque el Consejo de Seguridad siempre dejó constancia de que el asunto estaba bajo su consideración, por lo que concluimos que una autorización expresa era necesaria. El uso de la fuerza armada es algo muy serio para dejarlo pendiente de supuestas autorizaciones implícitas.

Afirmar que hubo acuerdo en que, una vez confirmada por el Consejo de Seguridad una violación seria por Irak de las condiciones del alto el fuego, ello autorizaba a los Estados Miembros a usar la fuerza para hacer cumplir las condiciones del alto el fuego es una mentira un argumento erístico. Bástenos recordar que miembros permanentes del Consejo de Seguridad y otros Estados declararon que la resolución 1441 no era una autorización para hacer uso de la fuerza sino tan sólo una advertencia a Irak. Si algunos Estados estuvieron de acuerdo con esa afirmación incurrieron en un sofisma de ignorancia del asunto al desconocer lo dispuesto por la Carta de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de Consejo de Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Décimo argumento: La resolución 1441 no exigió una nueva resolución para determinar las violaciones por Irak; ello fue la base [“the predicate”] para que la coalición recurriera al uso de la fuerza

Réplica: Al igual que en la refutación que hicimos al segundo argumento, sostenemos que si la frase: “La resolución 1441 no exigió una nueva resolución para determinar las violaciones por Irak” fuera utilizada como premisa mayor en un silogismo, éste sería *erístico* basado en premisas que parecen estar fundadas en la opinión, pero que en realidad no lo están. Ciertamente esa exigencia no aparece con esos términos en el texto de la resolución, pero está expresa en la determinación del Consejo de “seguir ocupándose de la cuestión”, la cual se incluyó en el último párrafo de todas las resoluciones sobre esta materia.

No faltaron argumentos en pro de la invasión analizada, provenientes de otras latitudes y culturas jurídicas. En el Anuario Mexicano de Derecho Internacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, dos catedráticos españoles, a todas luces comprometidos con la política del gobierno de José María AZNAR, entonces Presidente de España y cómplice

en esa infortunada agresión, escribieron una defensa a ultranza de la guerra en Irak, iniciada en marzo de 2003. Nos referimos a los catedráticos de las Universidades de León y de Santiago de Compostela, señores Romualdo Bermejo García y Carlos Ruiz Miguel.²²⁸ Veamos que argumentos adicionales encontramos en ese artículo.

Décimoprimer argumento: Según los catedráticos españoles, la resolución 678 autorizó la invasión porque, al dar luz verde para que se usara la fuerza contra Irak en 1960, se señalaron dos objetivos, que ellos expresan mediante una disociación que no figura expresamente en la resolución citada, o sea que los Estados miembros contaron con el permiso para hacer uso de “todos los medios necesarios” para: a) hacer cumplir la resolución 660 del Consejo de Seguridad [para que Irak se retirara de Kuwait] , y b) para restaurar la paz y la seguridad en la región. Afirman esos catedráticos que el primer objetivo, marcado con la letra a), la expulsión de Irak de Kuwait, se cumplió mediante la operación “tormenta del desierto”, pero que el segundo objetivo autorizado por el Consejo de Seguridad, marcado con la letra b), es decir: la restauración de la paz en el área quedó pendiente y, como ellos afirman, quedó “autorizado” para futuras acciones militares. Esa supuesta “autorización” es lo que los invasores han llamado “autoridad continua”.

Réplica: Empecemos por afirmar que estamos ante un sofisma de palabras que confunde el sentido compuesto y el dividido. Elaboremos un silogismo sofístico que haga patente esa confusión:

El Consejo de seguridad autorizó el uso de la fuerza para que Irak saliera de Kuwait y se restableciera la paz en el área (sentido compuesto);

²²⁸ *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. IV, 2004, pp.67-85.

Se forzó la salida de Irak, pero como Saddam Hussein no garantiza la paz en el área (disociación sofisticada),

La invasión de Irak fue autorizada por el Consejo de Seguridad.

Para continuar con el rechazo de esa argumentación basta leer el texto del párrafo correspondiente de la resolución invocada que a la letra dice:

2. *Autoriza* a los Estados miembros que cooperen con el Gobierno de Kuwait para que, a menos que el Iraq cumpla plenamente para el 15 de enero de 1990 o antes las resoluciones que anteceden, como se indica en el párrafo 1 *supra*, utilicen todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 (1990) [que ordenó el retiro del invasor de Kuwait] y todas las resoluciones pertinentes aprobadas ulteriormente y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región.

En contra de la argumentación de los catedráticos españoles citados, puede aducirse que una lectura de buena fe del párrafo transcrito y de su contexto, sólo significa una autorización para recurrir a la fuerza para lograr la retirada de Irak de Kuwait y que la referencia al restablecimiento de la paz y seguridad internacionales en la región sólo responde a una mención de los propósitos de las Naciones Unidas. Es inimaginable pensar que el Consejo de Seguridad haya decidido dar una carta blanca para que todo Estado miembro de la ONU, a su saber y entender, emprenda una pacificación del área más explosiva de nuestro planeta.

Intentemos denunciar un sofisma tomado de una argumentación de los defensores españoles de la invasión de Irak de marzo de 2003, antes citados. El Consejo de Seguridad de la ONU, mediante su resolución 1483 (2003), reconoció la autoridad de las potencias ocupantes con base en las normas del Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, que imponen responsabilidades a toda potencia ocupante, sea ésta agresor o víctima. Ese reconocimiento se hizo también con el fin de lograr la participación de la ONU en el proceso de normalización de la crisis.

Así, nos guste o no, dicho Consejo legalizó la ocupación. Pues bien, esos catedráticos españoles defensores de la invasión expresaron lo siguiente en un anuario de Derecho Internacional: “Ahora bien, si algo está claro es que si se admite la ‘legalidad’ de la administración aliada establecida como resultado de esta guerra, no se podrá negar la legalidad de la guerra de la que trae causa”²²⁹

Si enfrentamos la afirmación transcrita a los elementos esenciales del sofisma o falacia dolosa comentados en el capítulo 2, veremos una verdad evidente: esto es, que el Consejo de Seguridad legalizó la ocupación de Irak, pero constatamos que de ello no puede inferirse la legalidad de la invasión previa a la ocupación, habida cuenta de que el Consejo se negó a autorizar esa invasión. Vemos también un error oculto en la forma de obtener la conclusión de donde se deriva un juicio falso de otros verdaderos. Nos parece también, en este caso, que el juicio falso se deriva de una también falsa generalización, que nos llevaría a tener que reconocer que toda invasión es legal por el reconocimiento de las responsabilidades que tiene toda potencia ocupante, incluida una agresora, según el Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados. Nos encontramos ante un sofisma del consecuente que se expresaría así:

Toda ocupación militar impone responsabilidades al ocupante,
según el Derecho Internacional,
EUA y el Reino Unido ocuparon Irak en 2003,
Por tanto, la invasión y ocupación, son conformes con el Derecho
Internacional.

²²⁹ BERMEJO GARCÍA, Romualdo y RUIZ MIGUEL, Carlos, “LA legalidad de la reanudación de la guerra en Iraq”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol.IV, 2004, p. 85.

4.3. Las argumentaciones a la luz de la doctrina de ARISTÓTELES

Como expresamos en 4.2. *supra*, la clasificación aristotélica de las premisas y argumentos en: **apodícticos** (científicos, que muestran, que no requieren demostración), **dialécticos** (que sí requieren demostración, basados en una opinión), **erísticos** (que parecen basados en una opinión, pero que no lo están) y **retóricos** (que tienen por fin persuadir), nos es de especial utilidad.

Para el filósofo estagirita, el discurso forense tiene por fin convencer o persuadir de que algo es justo o injusto (*supra* 2.7.1). Un análisis de los argumentos expuestos por los invasores de Irak nos lleva a la conclusión de que la justicia como ideal estaba muy lejos de los propósitos de los gobernantes que decidieron invadir Irak. Creemos haber expuesto por qué las argumentaciones refutadas no convencen sobre la legalidad de la invasión y mucho menos sobre la justicia de esa acción militar que ha sacrificado inútilmente tantas vidas.

ARISTÓTELES rechaza que todo es opinable. Creemos que la retórica de los invasores corresponde al concepto moderno y deformado de esa noción y que las falacias del discurso que hemos rechazado se estrellan con las tesis jurídicas que hemos demostrado científicamente, con argumentos apodícticos de autoridad, basados en la doctrina del filósofo y en la letra y el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas

4.4. Las argumentaciones a la luz de la doctrina de ALEXY

ALEXY sostiene que los principios de Derecho son expresiones de derechos débiles o derechos *prima facie*; ya hemos refutado esa tesis por considerar axiomático que existen principios del Derecho Internacional que son normas imperativas de *ius cogens*, que en modo alguno son expresiones de derechos débiles o de derechos *prima facie*. En las argumentaciones que refutamos encontramos la perversa intención de

disminuir los Principios de las Naciones Unidas, de valor universal, a expresiones de derechos débiles, a pesar de que las mismas potencias invasoras los aceptaron al ratificar la Carta de la ONU como Principios que no admiten excepción, salvo las reconocidas en la propia Carta. Contrariamente a lo que dice ALEXY creemos que los Principios violados por EUA y Reino Unido, pueden ser la base para que a ellos se subsuman los hechos de marzo de 2003.

Desde luego, no todos los Principios de la ONU están sujetos a ponderación, sólo aquellos que pueden confrontarse con otros por su valor relativo, distinguiendo siempre cuando tenemos un principio, digamos absoluto con excepciones que lo confirman, por ejemplo la prohibición del uso de la fuerza y cuando un principio oponible a otro de igual valor.

El principio de la igualdad soberana de los Estados pudiera decirse que otorga un derecho débil, si seguimos el pensamiento de ALEXY, puesto que la propia Carta reconoce privilegios especiales a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. El régimen colonialista incorporado en la Carta de la ONU en la “Declaración relativa a los territorios no autónomos” y en el régimen de administración fiduciaria creó derechos débiles para las potencias coloniales, los cuales fueron superados por el principio de la autodeterminación de los pueblos.

Por otra parte y creemos que la distinción es válida. La obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales, que es una expresión del principio *pacta sunt servanda*, es un principio absoluto que no podemos calificar con ALEXY de débil o de obligación *prima facie*. Lo mismo podemos decir de la obligación de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos y de la obligación de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza. A la luz de las consideraciones hechas en este capítulo podemos

afirmar que los Principios calificados de absolutos en este párrafo han sido sin duda alguna violados por las potencias invasoras de Irak.

Por tratarse de argumentaciones -las refutadas y las nuestras- no sometidas a un órgano judicial que de punto final a los discursos mediante un fallo o sentencia, consideramos con ALEXY que este diálogo, por mucho que nuestras opiniones sean asertóricas, no resuelven el caso en la práctica, creemos que sí en la doctrina, si ésta no se distorsiona

Respecto del argumento de los catedráticos españoles, que compartieron los discursos arriba resumidos de los defensores de la invasión, conviene recordar que una práctica de los sofistas griegos de la antigüedad era la de utilizar “enlaces” y “disociaciones” inválidas e ilegítimas. La “disociación” que hacen esos catedráticos para presentar como dos objetivos distintos la retirada de Irak y la paz y la seguridad en el área, es una argucia argumentativa digna de los sofistas que combatió ARISTÓTELES.²³⁰

Por lo que se refiere a las “autorizaciones implícitas” del Consejo de Seguridad de la ONU o a la “autoridad continua” aducidas por los invasores de Irak en 2003, con base en la resolución que años atrás se dio para retirar a Irak de Kuwait, reiteramos que el uso de la fuerza es ilegal salvo el caso de la legítima defensa en caso de ataque armado y de la autorización por el Consejo de Seguridad. Usando la terminología de ALEXY podemos afirmar que las pretensiones de corrección o de verdad de los invasores sólo han provocado un gran desacuerdo internacional sobre el tema. Nos propone ALEXY que para fundamentar la pretensión de corrección de una argumentación jurídica, el discurso debe: a) basarse en normas jurídicas vigentes; b) apoyarse en precedentes judiciales, c) enmarcarse en la dogmática, y d) fundamentarse racional y correctamente. Sostenemos que el

²³⁰ BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2003, pp. 316-326.

discurso de los invasores no se ha basado en normas vigentes ni se ha enmarcado en la dogmática; que no hay precedentes judiciales que lo fundamenten, y que los razonamientos empleados incurren en falacias. Hemos sostenido que toda autorización de ese órgano principal de la ONU tiene que ser explícita, so pena de incurrir en una flagrante violación de la Carta de la ONU, máxime que cuando el Consejo de Seguridad considera una crisis, acostumbra dejar en claro al final de cada resolución (tal fue el caso de Irak) que sigue ocupándose de la cuestión. Por lo que se refiere a la argumentación de los sostenedores de la legalidad de esa invasión, creemos haber demostrado el carácter falaz de su discurso.

Hemos visto en los capítulos 2 y 3 que MacCORMICK, cercano intelectualmente a ALEXY, exige al juez (y al argumentador) que identifique el Derecho aplicable mediante reglas de reconocimiento y advierte al investigador-jurista sobre los problemas ya mencionados para ello (ver *supra* p. 116) Tales problemas para el jurista escocés serían de *interpretación, relevancia, prueba y calificación*. Los defensores de la invasión de Irak se encontraron con problemas de *interpretación* de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, en nuestra opinión mal resueltos, pues no hicieron una lectura correcta de sus términos, sobre todo de los párrafos, por ellos ignorados, que de una manera constante aparecieron al final de esas resoluciones, en los que ese órgano principal de la ONU declaró enfáticamente que se seguiría ocupando de la cuestión. Los defensores de la acción que analizamos se encontraron con un problema de *relevancia*, pues invocaron normas no aplicables, tales como las que antaño permitían reanudar hostilidades en caso de violación un acuerdo de alto el fuego, sin tomar en cuenta que, en el caso de Irak, tal acuerdo se había concertado en el seno del Consejo de Seguridad de la ONU; que el tema seguía en su agenda de trabajo y que por tanto, se requería una nueva resolución de ese órgano para que la reanudación de hostilidades fuera conforme a Derecho.

Por cuanto a los problemas de *prueba*, las mentiras sobre la existencia de armas de destrucción masiva representaron para los defensores de la invasión un problema que no pudieron resolver por falta de evidencia. Al calificar de legítima la invasión, hicieron una falsa analogía al atribuir a sus infundadas sospechas las consecuencias jurídicas que sólo reconocemos a un ataque armado, o si se quiere a la inminencia de tal agresión.

MacCORMICK exige al argumentador a) que cumpla con el requisito de la *universalidad*; b) que su discurso sea *consistente* con la norma y *coherente* con los valores imperantes en la sociedad, y c) que valore las *consecuencias* de su decisión. Creemos que puede dudarse que los argumentadores en pro de la invasión hayan cumplido con el requisito de la *universalidad* pues hicieron una excepción heterodoxa a la regla que prohíbe a los Estados el uso de la fuerza. Afirmamos con convicción que la invasión de Irak de marzo de 2003, no fue *consistente* con la norma. Negamos que esa operación militar haya sido *coherente* con los valores imperantes en la sociedad internacional que repudia la guerra.

MacCORMICK exige al argumentador-jurista que actúe con racionalidad, pero ejerciendo, además, otras virtudes, tales como *buen juicio, altura de miras, justicia, humanidad y compasión*. A los argumentadores defensores de la invasión y a los políticos que la decidieron, podemos negarles, sobre todo, *buen juicio, altura de miras, justicia, humanidad y compasión*. Más bien podemos reprocharles una agresión armada en violación de la Carta de la ONU, mala fe y defensa ilegítima de intereses petroleros. En cuanto a la exigencia de MacCORMICK para que se valoren las consecuencias de toda decisión, si bien él se refiere fundamentalmente a los fallos judiciales, podemos negar a los invasores capacidad de evaluación de las consecuencias de su agresión. Bástenos recordar el triunfalismo erróneo de

Bush cuando apareció en los medios de comunicación, vestido de aviador en un navío de guerra bajo un letrero que leía en inglés: “misión cumplida”.

4.5. Las argumentaciones a la luz de la doctrina de PLATAS PACHECO

Guiados por el pensamiento de PLATAS PACHECO, podemos decir que en las afirmaciones refutadas, no encontramos interés alguno en encontrar el *en sí* del Derecho. El principio universal en que se basa la Carta de la ONU es el bien común de la humanidad y el respeto a la vida humana despreciado durante la segunda guerra mundial y muchas veces hasta nuestros días. De allí que como primer analogado, encontramos, entre otros, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza. En las argumentaciones de EUA y del Reino Unido no encontramos interés alguno en el bien común de la humanidad y sí un desprecio por el valor de la vida humana. Más bien detectamos una serie de intereses particulares e ilegítimos de los invasores, tal como el dominio de un país petrolero y de la región.

Creemos que las argumentaciones refutadas no estaban encaminadas a encontrar la verdad. Si así hubiera sido, los invasores hubieran permitido que los inspectores del Consejo de Seguridad hubieran terminado su labor.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 4 SOBRE LA INVASIÓN DE IRAK POR EUA, EL REINO UNIDO Y OTROS, DE MARZO DE 2003

1. Si bien el Presidente BUSH ha mostrado un notable desdén por el Derecho Internacional, seguramente producto de una educación que niega el carácter jurídico y obligatorio de ese Derecho, o a una falta total de educación en la materia, podemos detectar en su argumentación las falacias que hemos atribuido al abuso heterodoxo de los postulados del *common law* por algunos juristas de esa familia. Recordemos su afirmación sobre su disposición para discutir el tema de Irak en el Consejo de Seguridad de la ONU, dejando a salvo su “libertad de acción” para defender a su país. Identificamos esa afirmación como

inspirada en un Derecho consuetudinario de otros siglos, ya abrogado, que reconocía al soberano el derecho subjetivo de hacer la guerra según su criterio. **Vemos coincidencia en su afirmación con las tesis de los belicosos soberanos de antaño y en la costumbre por ellos establecida, considerada por algunos juristas del *common law* como norma paralela con vida independiente de la Carta de la ONU.**

2. El Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido, como si estuviera en vigor la costumbre de épocas pre-ONU también reservó el “derecho” de su gobierno para hacer uso de la fuerza armada, si el Consejo de Seguridad no la autorizaba. Por otra parte, declaró que las resoluciones del Consejo de Seguridad son parte del Derecho Internacional, pero no todo el Derecho Internacional. Creemos que esa actitud y su supuesta conformidad con el Derecho tiene origen en el abuso de los postulados de algunos doctrinarios del *common law*, que ya hemos denunciado, que pretenden la vigencia de una costumbre superada por la Carta de la ONU.
3. Los juristas estadounidenses TAFT y BUCHWALD, asesores en el Departamento de Estado de su país afirmaron que, en última instancia, cada uso de la fuerza debe encontrar legitimidad “en los hechos y circunstancias en que el Estado considera necesario ese uso de las armas”. Nuevamente, creemos que tal tesis es un abuso de postulados del *common law* sobre la sobrevivencia, que ya hemos rechazado, del Derecho Internacional consuetudinario de antaño. La legitimidad del uso de la fuerza en la era pre-ONU dependía efectivamente de la autoridad del soberano que la ejercía. En nuestra era, es el Consejo de Seguridad de la ONU el órgano político que, según el Derecho Internacional incorporado en la Carta de la ONU, tiene atribuciones para decidir cuándo ha tenido lugar una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. Como corolario de lo anterior, salvo el caso

de la legítima defensa en caso de ataque armado, sólo el Consejo de Seguridad puede decidir cuando es permisible el uso de la fuerza. El Estado que emplea ese medio extremo no tiene autoridad alguna para legitimar el uso de la fuerza.

4. El argumento aducido por los invasores, según el cual tenían autoridad continua para actuar con base en resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas años antes, después de la invasión de Kuwait por Irak, es una falacia de ignorancia del asunto y a la vez una falacia del consecuente, debido a que en todas las resoluciones de ese Consejo, ese órgano principal de la ONU dejó constancia de que seguía ocupándose de la cuestión. Por tanto, una autorización expresa era necesaria.

CONCLUSIONES GENERALES

Séanos permitido, por última vez, recordar nuestra hipótesis. Sostuvimos, con el carácter provisional de toda hipótesis, que es frecuente encontrar argumentaciones, sobre todo entre algunos juristas y políticos del *common law* que, ante violaciones al Derecho Internacional por sus gobiernos, usan precedentes superados por la codificación y el desarrollo del Derecho Internacional. Suelen argumentar, en esos discursos, que consideramos falaces, que la costumbre pre-ONU convive con el Derecho codificado y da validez y vida a normas vigentes y codificadas. Nuestra hipótesis se basa también en la afirmación de que cuando una gran potencia viola el Derecho Internacional, nunca reconoce haberlo violado, simplemente lo ignora y sustituye con “justificaciones” políticas o, peor aún, lo deforma con interpretaciones amañadas para acomodarlo a sus intereses.

Del estudio de los casos sobre: la intervención militar de la OTAN en Kosovo y de la invasión de Irak de 2003 pudimos detectar argumentaciones que ejemplifican deformaciones de los postulados del *common law*, en vanos intentos por justificar conforme a Derecho esas violaciones.

Del análisis que hicimos del *common law* no podemos inferir que los postulados de ese sistema llevan a despreciar el Derecho Internacional incorporado en tratados internacionales, pues tal afirmación rayaría en el absurdo. No obstante, recordemos que la más pura tradición del *common law* favorece los precedentes judiciales y considera que el Derecho legislado debe reducirse a su mínima expresión. Que los juristas de esa familia veneran la costumbre y los precedentes como nosotros veneramos el código.

Por otra parte, sí pudimos constatar, mediante el método inductivo, con los inconvenientes de ese procedimiento para investigar a partir de unos cuantos casos, que como todo argumentador que no busca la verdad ni el

en sí del Derecho, sino la demostración de la supuesta legalidad de una determinada conducta ilícita, la mayoría de los juristas de Estados poderosos, rara vez aceptan que la conducta defendida es violatoria del Derecho Internacional. Esos juristas, con honrosas excepciones, más bien usan la ambigüedad que necesariamente tienen los tratados internacionales y las resoluciones de las organizaciones internacionales, por ser resultado de negociaciones colectivas, para adecuar el Derecho a una determinada conducta o política. Podemos agregar que el sistema del *common law* ofrece mayores recursos argumentativos (falaces para nosotros) para soslayar normas vigentes pretextando antecedentes superados o irrelevantes para el caso, todo ello con base en doctrinas que dan igual o mayor validez al Derecho consuetudinario respecto de los tratados.

Ahora bien, y aquí llegamos al meollo de nuestra reflexión: ¿Acaso los postulados del *common law* y la flexibilidad intrínseca al sistema, ofrecen mayores oportunidades para “adecuar” el Derecho a una conducta violatoria de la norma, en lugar de subsumir el hecho a aquélla?

Creemos haber demostrado que sí. La siguiente cita tiene especial significado para nuestro trabajo y la repetimos por reflejar una mentalidad del *common law* de imposible aceptación para nuestra manera de razonar el Derecho, sobre todo cuando en un tratado internacional se incorpora una norma de *ius cogens*²³¹:

However, the rules remain important because, just as *common law* does not die in American or British jurisprudence when confronted with a conflicting statute, merely lying dormant during the statute's life and resurrected when that statute is repealed, customary law may become dormant when faced with

²³¹ SHAW, *op cit* en nota 53 p. 57. énfasis del autor.

conflicting treaties. It has the potential to resume operation once the particular treatie regime **fails** or is terminated.²³²

Ese dicho de un respetado profesor británico de Derecho Internacional, nos sirve de base, entre otras opiniones y casos analizados, para pretender que hemos probado nuestra hipótesis.

Hemos podido confirmar que existen notables diferencias, que ya conocíamos, entre la familia jurídica romano germánica y la del *common law*. Efectivamente, la primera deduce de principios generales el Derecho legislado y la segunda induce la norma jurídica de los precedentes judiciales. No obstante, esas diferencias no borran las similitudes existentes entre ambas familias, las cuales tienden a cerrarse por la globalización que día a día nos acerca. La Unión Europea ha tenido un efecto unificador, pues Estados de ambas familias jurídicas comparten un Derecho comunitario. A nivel mundial, el cúmulo enorme de tratados multilaterales en vigor entre Estados de las dos familias jurídicas, el cual ha proliferado en la era de las Naciones Unidas, hace que exista entre los Estados un Derecho Internacional común, con independencia de la familia jurídica a la que pertenezcan. Cabe destacar que las teorías de la argumentación jurídica modernas, así provengan de juristas y filósofos del *common law* o de sistemas jurídicos romano–germánicos, son esencialmente semejantes,

²³² ANTON, *et al*, *op cit* en nota 4, pp.541. (Sin embargo, las reglas permanecen como importantes, así como el *common law no muere en la jurisprudencia americana y británica cuando es confrontada con una ley que la contradice, sino que se mantiene latente durante la vida de la ley y resucita cuando la ley es rechazada, el derecho consuetudinario puede permanecer latente cuando es confrontado con tratados que lo contradicen. Tiene el potencial de reanudar su operación una vez que el régimen incorporado en un tratado falla o es terminado [trducción del autor]*).

como hemos podido comprobar en la breve consideración de las teorías de ALEXY y de MacCORMICK.²³³

Para finalizar, recordemos lo dicho respecto del encuentro que se está dando entre los sistemas jurídicos analizados en este trabajo por dos especialistas en el estudio comparativo de aquéllos:

En suma: en los países de la porción continental de Europa, los días de la preeminencia absoluta del Derecho emanado de leyes terminaron desde hace mucho tiempo; a la inversa, en el *common law* hay una tendencia a utilizar la legislación para unificar, racionalizar y simplificar la práctica del Derecho. En el continente, el desarrollo de las leyes se encomienda en medida creciente a los magistrados y, en consecuencia, hay más espacio para los métodos y estilos inductivos relacionados con los problemas reales; al contrario, el *common law* considera la necesidad de infundir un orden sistemático a los preceptos desarrollados por los jueces mediante el análisis académico y la acción legislativa, a fin de que sean más fáciles de entender y de dominar. Por tanto, hay razones para creer que aunque el *common law* y el Derecho civil se hayan originado en posiciones contrarias, experimenten un acercamiento cada vez más estrecho, aún en sus métodos y técnicas.²³⁴

²³³ ATIENZA, *op cit*, p.106

²³⁴ ZWEIGWERT y KÖTZ, *op cit* p.286.

BIBLIOGRAFÍA²³⁵

TEXTOS BÁSICOS

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1ª reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1967.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, tercera reimpresión, México, 2006.

ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (El Organón, refutaciones sofísticas [de las falacias y paralogismos])*, 11ª Ed., Porrúa, México 2004.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, (UNAM), México, 2003.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie DOCTRINA JURÍDICA, Num. 210.

RÚA, Julio César, *El common law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1956.

MacCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Carendon Press, Oxford, Reino Unido, 1969.

PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Analogía de la Proporcionalidad*, Porrúa, México, 2003.

PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Argumentación Jurisdiccional*, Porrúa, México, 2006.

PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho, Lógica jurídica*, Porrúa, México, 2004.

TEXTOS COMPLEMENTARIOS

²³⁵ Donde no se indica la edición es porque es la primera o porque no está indicada en el libro.

ALEXANDER, Robert, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", *Isonomia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1 octubre de 1994, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Fontamara.

ANTON, Donald K., MATHEW, Penélope & MORGAN Wayne, *International Law. Cases and Materials.*, Oxford University Press, Australia, 2005.

ANZILOTTI, Dionisio, *Cours de droit international*, trad. Gidel, Sirey, 1929, vol. I.

AQUINO DE, Santo Tomás, *Summa Teológica*, Great Books of the Western World, tomo 20, Robert Manyard Hutchins, editor, 26a. ed, 1984, The University of Chicago, USA.

AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 330.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, Fourth Ed., Clarendon Press, Oxford, USA, NY, 1980.

BERMEJO GARCÍA, Romualdo y RUIZ MIGUEL, Carlos, "La legalidad de la reanudación de la guerra en Iraq", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IV-2004.

BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Cárdenas, Editor-Distribuidor, México, 2003.

BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, Bancroft-Whitney Co., San Francisco, Estados Unidos de América, 1925, editado por William Carey Jones, T. I,

BOWET, *Self-Defence in International Law* (1958); BROWNLIE, "The use of Force in Self Defence", *British Yearbook of International Law*, 183, United Kingdom, (1961).

BRACTON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. G.E. Woodbine, 4 vols. (New Heaven, 1915-41), fol. 414b.

CARTER, *Law: Its Origin, Growth and Function*, G.P. Putman's Sons, The Knickerbocker Press, New York and London, 1907.

CICERÓN, *La invención retórica*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, España, 1997.

CHESTERMAN, Simon, *Just war or just peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, Reino Unido, 2001.

DECAUX, Emmanuel, *Droit International Public*, 3a. ed., Dalloz, París, Francia, 2002.

DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Vol. 1º., 15ª, ed, Porrúa, México, 1986.

DUFFY, Helen, *The "War on terror" and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, UK, 2005.

DÜRING, Ingemar, *Aristóteles, exposición e interpretación de su pensamiento*, UNAM, México, 2000.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Tomo II (E-J), Ed. Ariel, Barcelona, España, 1ª. reimpresión, 2001

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Ed. Colofón S.A., 9ª.Ed. México, 2001.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, *Materiales de prácticas de Derecho Internacional Público*, 3ª. ed., Ed. Tecnos, Madrid, España, 2002.

GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio, Tres temas básicos del Derecho Internacional Humanitario, anexo 6, Edición especial para la Secretaría de la Defensa Nacional, México, 2000.

HANBLURY y MARTIN, *Modern Equity*, 14th.ed., Buying E. Martin, London, 1993, HENKIN, L., *Use of force, Law and U.S. Policy*, reproducido por CARTER, Barry E. y TRIMBLE, Phillip R. *International Law*, 3rd. Edition, Aspen law & Bussines, Gaithersburg, New York, USA, 1999.

HART, Herbert L.A., *El concepto de Derecho*, (sin datos sobre edición) Abeldo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1963.

HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, UNAM/Fundación Konrad Adenauer, México 2005.

HENSEL, Howard M, *The Law of Armed Conflicts, Constraints on the Contemporary Use of Military Force*, Air War Collage, USA, Ashgate, 2005, ISBN 07546 45436.

HOGUE, Arthur R. *Origins of the Common law*, Indiana University Press, Bloomington, London, United Kingdom, 1966.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Curso DE Derecho Internacional Público*, tomo I, Teoría General, "Centro de Estudios de Derecho", Montevideo, Uruguay, 1959.

JOLOWICS, *Droit Anglais*, Universidad de Paris, Dalloz, Francia,1992.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Num. 11, Distribuciones Fontamara, ITAM, México, Octava Edición 2001.

LEVY-ULLMAN, Henry, *The English Legal Tradition*, trans. M. Mitchel, rev. and ed. Frederic M. Goadby (London, 1935, United Kingdom) p. 269, citado por HOGUE.

LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo, *Derecho Internacional Público contemporáneo, e instrumentos básicos*, Porrúa, México, 2001.

LÓPEZ MONROY, *Sistema jurídico del common law*, 3ª. Ed. Porrúa, México, 2003.

MAITLAND, F.W. and MONTAGU, F.C., *Sketch of English Legal History*, ed. By J.F. Colby (New York, USA, 1915), citado por HOGUE, *Origins of the common law*.

MÉNDEZ SILVA, Ricardo y LÓPEZ ORTÍZ, Liliana (comps), *Derecho de los conflictos armados. Compilación de de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*, México, UNAM-CICR, 2003.

McDOUGAL, Myers S. "The Soviet-Cuban Quarantine and Self Defense", *International Law in the Twentieth Century*, Appleton-Century-Crofts, New York, USA, 1969.

NAVARRETE, Jorge Eduardo, "El entorno mundial: hipótesis sobre la evolución de la escena global", *La reconstrucción de la política exterior de México: principios, ámbitos, acciones*, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 1ª. Ed, México, 2006.

O'CONNELL, Mary Ellen, Review Essay, "Releasing the dogs of war", *The American Journal of International Law*, USA, Apr. 2003, 97, 2.

ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Segunda Edición, Oxford University Press, México 2002.

PERELMAN, CH y OLBRECHTS-TYTECA, L, *Traité de l'Argumentation, La nouvelle rhétorique, 2e édition*, Collection de sociologie générale et de philosophie sociale, Éditions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, Belgique, 1970.

PLINTIN, Christian, *La argumentación*, 3ª. Ed, 2002, Ariel, Barcelona, España.

POUND, "What is the *common law*", en el volumen *The future of the common law*, publicado por Harvard University Press, "Harvard Tercentenary Publications", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, USA, 1937.

QUINTILIANO, Marco Fabio, *Institución Oratoria*, CONACULTA, México.

REALE, Giovanni, *Introducción a Aristóteles*, 2ª edición, Ed. Herder, Barcelona, España, 1992.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Historia del pensamiento jurídico*, TOMO II, 8ª ed, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, España, 1977.

SAN JOSÉ G. María del Carmen, *Lógica*, 6ª. Ed., Editorial Esfinge, México, 2005.

SALMOND, *Jurisprudence*, Sweet and Maxwell Limited, London, United Kingdom, 1937, 9ª Ed.

SHAW, Malcolm N., *International Law*, Fourth Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 1997.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Porrúa 3ª. Ed, México, 2002.

SORENSEN, Max, editor, *Manual de Derecho Internacional Público*, 7ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

TAFT, William H. y BUCHWALD, Todd F. "Preemption, Iraq, and International Law", *American Journal of International Law*, USA, Vol. 97.

TRAVALIO, G.M. "Terrorism, International Law and the Use of Military Force", 18 (2000) *Wisconsin International Law Journal*, USA.

VALLARTA, Ignacio L. *El Juicio de Amparo y el "writ of habeas corpus"*, Edición arreglada por Alejandro Vallarta, Imp. De J.J. Terrazas, Pte. De Santo Domingo No. 2, México 1896, reeditado por Porrúa.

VALLARTA MARRÓN, José Luis, "Obligación de informar a todo detenido extranjero de su derecho a la protección consular, según el Derecho Internacional", *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, Num. 242, Tomo IV, México, D.F. 2004.

VALLARTA MARRÓN, José Luis, "La supuesta legalidad de la reanudación de la guerra en Irak. Réplica a una defensa de la posición de José María Aznar." *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. VI-2006, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Sección IV.

VALLARTA MARRÓN, José Luis, *Derecho Internacional Público*, Facultad de Derecho, UNAM/Porrúa, México, 2006.

VALLARTA MARRÓN, José Luis, "Problemas de lenguaje para la comunicación entre juristas de diversas escuelas y épocas", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol.1, Número 1, México, Julio-Diciembre de 2005.

VALLARTA MARRÓN, José Luis, "El Derecho Internacional aplicable a la ocupación militar de Irak por Estados Unidos de América y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte", *El Foro*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. Décimatercera época, tomo XVI, Número 1, primer semestre, 2003, México, D.F.

VALLARTA MARRÓN, José Luis, "Derecho Internacional y uso de la fuerza", *Miscelánea Global, tareas internacionales de México*, Coord. NAVARRETE, Jorge Eduardo, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, México, 2008.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, 60ª Ed, Porrúa, México, 1987.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Teoría General del Derecho*, tercera edición, Porrúa, México, 2001.

VOLTAIRE, *Oevres*, VII, 1838, *Dialogues*.

XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la Filosofía*, 10ª. Ed. UNAM, México, 1995.

WEISBURD, Arthur Mark, *Consistency, universality, and customary law of interstate force, Customary International Law on the Use of Force, a Methodologica Approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leide/ Boston, USA, 2005.

WRIGHT, Quince, "The Cuban Quarantine"⁵⁷, *American Journal of International Law*, USA, 546 (1963).

DICCIONARIOS

APEL, Max, *Diccionario de filosofía*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961.

RUNES D. Dagobert, "Diccionario de Filosofía", tratados y manuales Grijalbo, México, D.F. 1981.

Nouveau Petit Larousse Illustré, Paris, France, 1956.

The New Enciclopedia Britanica, United Kingdom, Vol. 4, 15th Edition.

TEXTOS JURÍDICOS Y OTROS DOCUMENTOS

Carta de la Organización de las Naciones Unidas, "Derecho Internacional, textos y otros documentos", McGraw Hill, impreso en España.

Código Civil para el Distrito Federal, exposición de motivos, Porrúa, 65ª. Ed, México, 1996.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, 1969, “Derecho Internacional, textos y otros documentos”, McGraw Hill, impreso en España.

Resolución 678 (1990) del Consejo de Seguridad de la ONU.

Resolución 1441 del Consejo de Seguridad de la ONU.

Documento de las Naciones Unidas A/59/2005, informe del Secretario General sobre la reforma de la Organización.

Resolución de la Asamblea General de la ONU 3314 (XXIX).

Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 2625 (XXV) “Derecho Internacional, textos y otros documentos”, McGraw Hill, impreso en España..

Informe del Grupo de alto nivel designado por el Secretario General de la ONU sobre la reforma de la Organización, documento de la Asamblea General de la ONU A/59/565.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, novena época, instancia: Pleno; fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo: X, México, noviembre de 1999.

International Court of Justice: “Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua” (*Nicaragua vs. united states of America*).

Derecho Internacional, textos y otros documentos, Mc Graw Hill, Madrid, España, 2001.

Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 “Derecho Internacional, textos y otros documentos”, McGraw Hill, impreso en España.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 “Derecho Internacional, textos y otros documentos”, McGraw Hill, impreso en España...

Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, de 1983 (resolución 56/83 de la Asamblea General de la ONU) “Derecho Internacional, textos y otros documentos”, McGraw Hill, impreso en España.

The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law, advisory opinión OC-16/99 of 1 october 1999, Inter-Am Ct. H.R. (Ser.A) No. 16, para 26 (1999).

I.C.J. Judgements 2001.

P.C.I.J., Series A, No. 9.

Factory at Chorsow, Merits, Judgement No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17.

UN Chronicle 1985, No.1.

GLENNON, Michael, *How War Left the Law Behind*, N.Y. Times, USA, Nov. 21, 2002.

DICTIOGRAFÍA

www.parliament.uk

www.whitehouse.gov/news

México, D.F. noviembre de 2008

