

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TORNO
AL *IUS COGENS* INTERNACIONAL*
*JURIDICAL ARGUMENTATION AROUND
INTERNATIONAL IUS COGENS*

José Luis VALLARTA MARRÓN**

RESUMEN: El autor analiza, basado principalmente en la obra de don Antonio Gómez Robledo sobre el *ius cogens* internacional, la historia de esa institución; las opiniones de los gobiernos; los debates en la Asamblea General de las Naciones Unidas y en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y la doctrina sobre la materia. Analiza a continuación las argumentaciones sobre el tema, a la luz del pensamiento de Aristóteles, Cicerón, María del Carmen Platas Pacheco, Chäim Perelman y Robert Alexy.

Palabras clave: axioma, *ius cogens*, *ius dispositivum*, nulidad de tratados, orden público internacional, silogismo dialéctico, voluntarismo.

ABSTRACT: The author, based mainly on the work of Antonio Gómez Robledo regarding international *ius cogens*, studies the history of that institution, the opinion of governments, the debates at the United Nations General Assembly and the Vienna Conference on the Law of Treaties as well as the related doctrine. After that, he examines the argumentations on that matter in the light of the Aristotle, Cicero, Maria del Carmen Platas Pacheco, Chäim Perelman and Robert Alexy doctrines.

Descriptors: axiom, *ius cogens*, *ius dispositivum*, international public order, dialectic syllogism, voidness of treaties, voluntarism.

RÉSUMÉ: L'auteur examine, sur la base principalement de l'oeuvre d'Antonio Gómez Robledo sur le *ius cogens* international, l'histoire de cette institution, les opinions des gouvernements, les débats à l'Assemblée Générale des Nations Unies et à la Conférence de Vienne sur le Droit des Traités et la doctrine sur cet sujet. Il analyse aussi les argumentations sur la matière à la lumière des doctrines d'Aristote, Cicéron, María del Carmen Platas Pacheco, Chäim Perelman et Robert Alexy.

* Artículo recibido el 16 de marzo de 2009 y aceptado para su publicación el 21 de agosto de 2009. Del latín *cogo*, *cogere*, que entre sus múltiples significados está impeler, hacer entrar a la fuerza, constreñir, coaccionar; también es relevante la etimología *cum ago-agere*: empujar con, inducir a hacer con normas que constriñen de manera imperativa. Véase *Diccionario latín-español*, Barcelona, Ramos Sopena, 1960, t. I, pp. 126-128 y 389-390, y *Diccionario etimológico latino-español*, Ediciones Generales Anaya, 1985, pp. 29 y 125.

** Embajador de México, jubilado; licenciado, maestro y doctor en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; profesor de Derecho internacional público y de otras asignaturas en dicha Facultad, y en la Universidad Iberoamericana de la ciudad de México.

*A la memoria de don Antonio Gómez Robledo**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Historia legislativa del ius cogens*. III. *Opiniones de los gobiernos*. IV. *Comentarios en la Sexta Comisión (de asuntos jurídicos) de la Asamblea General de la ONU*. V. *Debates en la Conferencia de Viena*. VI. *La identificación del ius cogens*. VII. *Intento de aplicación de las refutaciones a los sofistas de Aristóteles, a los negadores y sostenedores del ius cogens*. VIII. *Intento por aplicar la doctrina de Cicerón a los negadores y sostenedores del ius cogens*. IX. *Intento por aplicar la doctrina de Platas Pacheco a los negadores y sostenedores del ius cogens*. X. *Intento por aplicar la doctrina de Perelman a los negadores y sostenedores del ius cogens*. XI. *Intento por aplicar la doctrina de Alexy a los negadores y sostenedores del ius cogens*. XII. *Intento por aplicar la doctrina de MacCormick a los negadores y sostenedores del ius cogens*. XIII. *Conclusiones*. XIV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional anterior a la Carta de la ONU fue particularmente tímido para limitar las atribuciones omnímodas de los Estados, hasta entonces reconocidas como consecuencia de la soberanía. La libertad de los Estados se había concebido como casi ilimitada y llegaba al extremo de reconocerles el derecho subjetivo de hacer la guerra contra otros Estados, teniendo como criterio básico el interés nacional, concebido y definido por el propio Estado que decidía recurrir a la fuerza armada.

Con esa visión del derecho de gentes, el Estado podía celebrar tratados con el mismo criterio que le permitía hacer la guerra; así, un tratado con terceros para agredir a un Estado, suprimirlo del mapa como tal y repartirse el botín, era lícito y conforme a derecho.¹

* Las referencias a Gómez Robledo en este trabajo se refieren al jurista y filósofo jalisciense don Antonio Gómez Robledo (1908-1994).

1 Intentos previos para proscribir la guerra se dieron tanto en la Sociedad de las Naciones como en el Pacto Briand-Kellow, pero fue realmente en la Carta de la ONU en donde se consagró y dio universalidad a la prohibición a los Estados de recurrir al uso de la fuerza armada.

La finalidad del presente artículo, en una primera parte, es un estudio histórico-crítico de las posiciones que se manifestaron en la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en la Comisión Sexta (asuntos jurídicos) de la Asamblea General de esa Organización y en la Conferencia de Viena que negoció, aprobó y abrió a firma la Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, de 1969. Igualmente se analizan posiciones doctrinarias de algunos autores, nuevamente, basándonos en la selección que figura en el citado libro del maestro Gómez Robledo.² En una segunda parte, ya con base en la investigación del autor de este artículo, se analizan las argumentaciones opuestas que se dieron en ese debate, a la luz de diversas doctrinas sobre la materia.

Puede preguntarse el lector qué criterio utilizamos para seleccionar a los autores cuyas doctrinas sobre argumentación jurídica nos parecieron útiles para este trabajo. Si bien en la argumentación actual sobre temas de derecho internacional no suele citarse a Aristóteles o a otros pensadores de la Antigüedad, sus doctrinas arrojan tal luz a toda argumentación, en cualquier época, que nos pareció imprescindible empezar nuestro análisis con sus pensamientos. De los autores modernos nos pareció procedente seleccionar tanto a autores procedentes de la familia romano germánica, como Perelman y Alexy, como al menos uno con gran influencia de la familia jurídica del *common law*, nos referimos a Neil MacCormick. No podía faltar, por razones que no hay que explicar, el pensamiento jurídico-filosófico mexicano; por ello seleccionamos la reciente obra de la doctora Platas Pacheco.

Primera parte

II. HISTORIA LEGISLATIVA DEL *IUS COGENS*

Un tema relacionado con el *ius cogens* es la relación entre el derecho consuetudinario y los tratados internacionales. Veremos por qué en el siguiente precedente: la Corte Suprema Constitucional de la República Federal de Alemania, en una sentencia pronunciada el 7 de abril de 1965,

2 Véase Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

en un caso entre esa República y la Confederación Helvética sentó la siguiente doctrina:

El derecho internacional de los tratados tiene por lo general prioridad sobre el derecho consuetudinario, ya que se trata de un derecho posterior y más especial. Únicamente un pequeño número de normas jurídicas elementales pueden considerarse como normas de derecho internacional consuetudinario que no pueden derogarse por tratado. Este carácter lo tienen solamente aquellas normas perentorias que están firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de naciones y que son indispensables a la existencia del derecho de las naciones como un orden jurídico internacional, cuya observancia puede exigirse por todos los miembros de la comunidad internacional.³

Esa doctrina nos parece convincente; no obstante, para otros, la cuestión no es tan clara. Un autor británico, Malcolm N. Shaw, si bien adopta una posición moderada respecto de la cuestión del valor de la costumbre frente a los tratados, nos recuerda que algunos autores como D'Amato han declarado que la costumbre es un proceso dinámico de creación del derecho más importante que los tratados, puesto que es de aplicación universal.⁴

Si analizamos la afirmación de D'Amato a la luz de lo que nos dice Aristóteles en el *Organón* sobre las *premisas axiomáticas y las dialécticas*, podemos sostener que la premisa que da más valor a la costumbre es tan sólo dialéctica y demostrable, pero no demostrada, no es axiomática, es una opinión razonable para algunos que no da base a lo que el filósofo estagirita llamó silogismo científico. Por tanto, podemos sostener que la afirmación que da más valor a la costumbre que a los tratados, tal vez tuvo valor en la Antigüedad, cuando los tratados eran principalmente bilaterales y trataban pocas materias. Ahora que abundan tratados multilaterales de vocación universal que tratan todos los temas imaginables de la agenda internacional, los tratados superan a la costumbre como medios generadores de derecho y alcanzan, en la medida en que se abren a la fir-

3 Véase Riensfel, Stefan A., "*Ius Dispositivum* and *Ius Cogens* in International Law", *American Journal of International Law*, 1966, vol. 60, pp. 511-515, citado por Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, nota anterior, pp. 18 y 19.

4 Véase Shaw, Malcolm S., *International Law*, 4a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 1997, p. 57.

ma y ratificación o adhesión de todos los Estados, una universalidad que nunca logró la costumbre europea de antaño.

Veremos más adelante que los juristas y gobiernos que se pronunciaron en contra de la inclusión de un artículo sobre el *ius cogens* en la Convención sobre el Derecho de los Tratados, fue por posiciones doctrinarias *voluntaristas y positivistas* en extremo o porque veían una gran dificultad en la determinación de cuáles serían esas normas, no porque necesariamente negaran su existencia.

El jurista Hers Lauterpacht, tratándose de la libertad de contratación entre Estados, afirma que se ha reconocido siempre la ilicitud de aquéllos tratados destinados a causar un daño a un tercer Estado, y agrega que nunca vaciló la solidez de la máxima *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*.⁵ Nos complace esta afirmación histórica, pues consideramos que la violación de las normas imperativas no tiene efectos derogatorios.

Nos dice Gómez Robledo que el jurista Fitzmaurice aclara que no todo tratado contrario al derecho internacional es nulo, que sólo los tratados contrarios al *ius cogens*, puesto que sí tendría validez un tratado contrario al *ius dispositivum*, que lo constituyen aquellas normas aplicables en ausencia de un derecho convencional.⁶

A pesar de que en la Comisión de Derecho Internacional de la ONU se dio una unanimidad para aceptar la noción de que existen normas imperativas o perentorias de derecho internacional (*ius cogens*), hubo debates sobre cuáles son esas normas y sobre los criterios para determinarlas.

El jurista de Irak, Mustafá Yasseen (ortografía en inglés; en español podemos escribir ese nombre árabe como “Yasín”) comentó al respecto:

Así pues, el único criterio posible [para identificar una norma de *ius cogens*] es el contenido de la norma; para tener el carácter de *ius cogens* una norma de derecho internacional, no sólo ha de ser aceptada por gran nú-

5 Comentado por Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 2, p. 24.

6 Por ejemplo, la Declaración de Santiago de Chile sobre la zona marítima de 1952, de los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú, que reconoce soberanía y jurisdicción marítimas en 200 millas náuticas, no viola el derecho internacional por no tener efectos *erga omnes*, a pesar de que la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay, Jamaica, de 1982, sólo reconozca un mar territorial hasta de 12 millas marinas, puesto que fue concebida tal declaración como política internacional marítima de los Estados partes de la misma. Véase Vallarta Marrón, José Luis, *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 2006, pp. 148 y 149.

mero de Estados, sino que también ha de ser considerada necesaria para la vida internacional y estar profundamente enraizada en la conciencia internacional.⁷

No han faltado positivistas que temen al *ius cogens* como una manifestación iusnaturalista basada en la ley divina. El jurista soviético Tun-kin, positivista y voluntarista, después de afirmar que el derecho consuetudinario es un pacto tácito, se manifestó explícitamente a favor del *ius cogens*, aclarando que las normas de éste no son reglas impuestas desde arriba en virtud de una ley natural.

Otra cuestión debatida fue la relativa a si el *ius cogens* deriva sólo del derecho consuetudinario o si también puede provenir de tratados. Al respecto, el profesor Roberto Ago expresó que las normas imperativas podían provenir tanto del derecho consuetudinario como del convencional, y que al adquirir tal carácter, obligarían *erga omnes*, y no sólo a las partes del tratado internacional.

Creemos que esa tesis es atinada, pues en la Carta de la ONU se aceptó en el párrafo 6 del artículo 2 que: “La Organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

También fue debatida en la Comisión de Derecho Internacional de la ONU la cuestión del *ius cogens* superviniente. El profesor Milán Bartos manifestó:

El problema queda fuera del campo del presente debate, pero es pertinente señalar que los derechos adquiridos de conformidad con tratados preexistentes son válidos mientras subsista el orden dentro del que fueron confluídos [(sic) concluidos] esos tratados; si el orden cambia, hay que modificar o poner fin a los llamados derechos adquiridos. En tal caso y siempre que el cambio sea debido a evolución y no a revolución, todos los juristas convienen en que debe mantenerse el orden existente hasta que se produzcan cambios radicales y haya de haber un periodo de ajuste, con medidas transitorias destinadas a facilitar el paso de un régimen a otro.⁸

7 Documento ONU ACIDI, vol. I, sesión 683, 20 de mayo de 1963, p. 66, par. 39.

8 *Ibidem*, par. 35.

Es fácil identificar normas de *ius cogens* supervinientes de manera retrospectiva. Por ejemplo, consideremos la Declaración relativa a los territorios no autónomos, incorporada en el capítulo XI de la Carta de la ONU, con la que las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial legalizaron, con la anuencia de los Estados entonces independientes, el régimen colonial con el que esas potencias explotaban pueblos sometidos a su poder. Ese régimen, a pesar de haber sido incorporado en el tratado multilateral de mayor jerarquía existente, fue superado por normas de *ius cogens* supervinientes que tuvieron manifestación en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU, sobre la declaración de la independencia a países y pueblos coloniales, según la cual, ningún Estado tiene derecho a someter a un pueblo a un régimen colonial.⁹

III. OPINIONES DE LOS GOBIERNOS

Gómez Robledo hace una selección de las opiniones más destacadas e ilustrativas de argumentaciones variadas que estudiaremos a continuación.

Una visión conservadora fue expresada por el Gobierno de Luxemburgo, en los siguientes términos:

La cláusula propuesta por la Comisión de Derecho Internacional puede crear una gran incertidumbre jurídica. Desde un punto de vista formal cabría preguntarse en primer lugar qué significa en este contexto “norma imperativa de derecho internacional general”. ¿Se refiere esta expresión a la costumbre internacional, a ciertos principios generales del derecho o puede significar también normas imperativas definidas por tratados internacionales? Si esta última hipótesis es la acertada —y parece que lo es con arreglo al comentario del artículo— habría que determinar a partir de qué nivel de generalidad podría considerarse que un tratado internacional formula válidamente una norma imperativa que se imponga a otros tratados. Además, la cláusula propuesta tendría la consecuencia de introducir la cuestión del conflicto de normas resultantes de sucesivos tratados internacionales, siempre que la fuente de una norma considerada como imperativa fuese un tratado internacional concertado con anterioridad al tratado discutido. Combinando con este artículo la norma *pacta sunt servanda* (que indudablemente es una norma imperativa) se podría afirmar que es

9 Véase Vallarta Marrón, José Luis, *op. cit.*, nota 6, pp. 275, 316 y 317.

nulo todo tratado internacional incompatible con otro tratado anterior, salvo en el caso de que los autores del tratado posterior tengan indiscutiblemente poder para abrogar el primer tratado.

El Gobierno de Luxemburgo reconoció que en el derecho interno son causa de nulidad de contratos privados la incompatibilidad de éstos con los criterios de la moral y el orden público, pero dudó que la transposición de ese principio fuera posible al ámbito internacional.¹⁰

El representante de Portugal en la Asamblea General de la ONU, después de recordar que aún en aquella época existían juristas que sostenían que un tratado entre Estados soberanos podía tener cualquier contenido expresó:

No obstante, es posible decir que, especialmente desde que entró en vigor el artículo 20 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, se viene dando por entendido que existen limitaciones al objeto jurídico de los tratados. En virtud del citado artículo 20, los miembros de la SDN acordaron que en el futuro no asumirían obligaciones contrarias al Pacto. Y la doctrina se ha venido orientando con creciente vigor en el sentido de que debe considerarse nula, por el carácter ilícito de su objeto, toda convención que viole el derecho internacional, las normas de la moral universal y los derechos humanos fundamentales.¹¹

Sorprende lo dicho por el representante de Portugal sobre la subsistencia de la noción de que los Estados pueden concertar tratados con cualquier contenido; sólo un instinto irracional de algunos internacionistas, que exaltan la soberanía como concepto absoluto que no admite restricción, puede explicar que en plena época de las Naciones Unidas sobrevivan tales aberraciones. Recordemos que ya el llamado derecho humanitario de La Haya, aplicable a los conflictos armados, reconocía en el siglo XIX que los medios para hacer la guerra no eran ilimitados, por tanto, ya desde entonces, un tratado en el que dos Estados acordaran agredir a un tercero con armas prohibidas por el derecho tendría que considerarse nulo.

10 Véase documento ONU, Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General: A/CN.4/SER.A/Add/1, p. 35.

11 *Ibidem*, p. 372.

IV. COMENTARIOS EN LA SEXTA COMISIÓN (DE ASUNTOS JURÍDICOS) DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU

En la Asamblea General de la ONU, correspondió a delegaciones de Estados entonces socialistas (Bulgaria, la antigua Checoslovaquia y Polonia) intentar un inventario de las normas de *ius cogens* y, sin proponerse hacer una lista exhaustiva, empezaron por enunciar como normas imperativas o perentorias los principios básicos de las Naciones Unidas, a saber: a) la prohibición de la amenaza o empleo de la fuerza; b) la no intervención en los asuntos internos de los Estados; c) el arreglo pacífico de las disputas, y d) la igualdad soberana de los Estados.¹²

En la época en que esos debates tenían lugar, otros juristas de renombre, por ejemplo, el belga Eric Suy manifestó:

Si en verdad constituyen [esos principios] los prerequisites de la paz internacional, la conclusión debe ser la de que son una parte del orden público internacional. Esos principios encuéntrase, de manera general, en la Carta de las Naciones Unidas, y podrían expandirse para incluir el principio del respeto a los derechos humanos.

V. DEBATES EN LA CONFERENCIA DE VIENA

El representante de México en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, el jurista don Eduardo Suárez, se pronunció a favor de la incorporación en la Convención sobre el Derecho de los Tratados de un artículo sobre la nulidad de los tratados contrarios a una norma de *ius cogens* en los siguientes términos:

En derecho interno, no se pueden concertar pactos contrarios a las leyes de interés público. En los albores del derecho internacional, Grocio y sus eminentes precursores españoles, imbuidos por la teoría del derecho natural, que entonces prevalecía de manera absoluta, postulaban la existencia de principios susceptibles de descubrirse por la razón y que gozaban de vigencia absoluta, eterna e inalterable, muy por encima de los intereses o pactos de los hombres e incapaces de ser influidos por éstos. Sin pretender formular una definición rigurosa que pueda servir de texto a un tratado, se puede decir que las normas de *ius cogens* son aquellos principios que la

12 Véase Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 2, p. 40.

conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico.

Los principios de *ius cogens* han existido siempre, en un número limitado, cuando las obligaciones entre los Estados eran pocas, pero que han ido creciendo y seguirán creciendo a medida que las relaciones que impone la vida contemporánea sean más complejas, y sean más complicados los vínculos internacionales de carácter humano, económico, social y político.¹³

Llama la atención la atinada observación del representante mexicano en el sentido de que los principios del *ius cogens* han existido siempre. Creemos que la apariencia de un surgimiento reciente de esa noción se debe más bien a que los Estados han abusado de un poder antaño ilimitado que contradice el carácter necesariamente limitado de sus atribuciones, y a que no se había intentado codificar esos principios.

La delegación de Estados Unidos de América, seguramente con el ánimo de limitar interpretaciones subjetivas y de anteponer su derecho interno y su hegemonía en la Organización de los Estados Americanos, propuso que el carácter de *ius cogens* de una norma se determinara por la aceptación de los sistemas jurídicos nacionales y regionales del mundo. Llama la atención que no se refiriera a los sistemas jurídicos de carácter universal, como es el derecho incorporado en la Carta de la ONU o emanado de ella. Tal vez el temor de que el derecho internacional de aspiraciones globales fuera determinado por las mayorías conocidas como *no alineadas* provocó que ese gobierno condicionara absurdamente el carácter de *ius cogens* a la aceptación por sistemas jurídicos nacionales y regionales.¹⁴

No es de extrañar que algunas delegaciones, por ejemplo la de Cuba, hayan rechazado la pretensión estadounidense, aduciendo que la aceptación de esa propuesta tendría como consecuencia legalizar la invocación del derecho interno para exceptuarse de una norma de *ius cogens*.¹⁵

Nos dice Gómez Robledo que gracias a una propuesta de España, Finlandia y Grecia, se logró la objetividad requerida. Nos hace ver ese

13 Véase documento ONU A/CONF.39/11, sesión 52, pars. 7 y 8.

14 Véase Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 2, p. 43.

15 Véase documento ONU A/CONF.39/11, sesión 52, par. 38.

extinto y docto jurista mexicano que el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sólo ofrecía dos criterios para determinar cuándo estamos ante una norma de *ius cogens*, a saber: a) la inderogabilidad, y b) la posible modificación únicamente por una norma superviniente del mismo carácter. Gracias a la propuesta tripartita citada, el artículo 53 de la Convención incorpora el reconocimiento de la comunidad internacional como el tercer criterio para identificar una norma imperativa del derecho internacional.

La delegación de Turquía también expresó temores por la propuesta transposición de la noción de orden público interno al ámbito internacional y propuso una instancia jurisdiccional internacional obligatoria para controlar la nulidad de tratados opuestos al *ius cogens*.

La delegación de Francia, que fue la única en registrar un voto en contra de la Convención, afirmó que de aceptarse la codificación del *ius cogens* propuesta por la Comisión de Derecho Internacional, iban a ser afectados de nulidad absoluta un buen número de actos jurídicos que hasta entonces habían podido los Estados celebrar válidamente, y todo por la interferencia de algunas nuevas normas, las llamadas normas imperativas, cuyo contenido nadie conocía a ciencia cierta y que escapaban a todo control jurisdiccional.¹⁶

Analicemos lo dicho por Francia, principal objetor del artículo sobre la nulidad de los tratados por oposición a una norma imperativa del derecho internacional:

Francia no puede formular objeciones a tal tentativa, pero la empresa es difícil. El problema se plantea, en efecto, en una esfera que se encuentra en la incierta frontera de la moral y el derecho, es el de saber a qué principios quiere reconocerse efectos tan graves como el de hacer ilícitos, al margen de la voluntad de los Estados que los han celebrado, ciertos acuerdos internacionales. Esta elección no es fácil, ya que si bien la idea de que existen principios jurídicos distintos del derecho convencional es sumamente antigua, determinar qué principios deben revestir el valor de *ius cogens* es algo distinto. La dificultad se agrava aun más si se tiene en cuenta que no se trata solamente de referirse a principios formulados actualmente sino también —y esto es lo que prevé el artículo 61— de admitir que pueden incorporarse al *ius cogens* reglas que aún no han sido establecidas. Dada la amplitud del problema es indispensable resolverlo de manera clara

16 Véase Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 2, p. 47.

y precisa en la Convención. Es absurdo, en efecto, admitir la existencia actual y futura de una ley suprema y atribuirle efectos tan graves como la nulidad *ab initio* de los acuerdos internacionales sin definir la esencia de esta regla de derecho positivo, las condiciones de su desarrollo y el control de su aplicación. A falta de tales precauciones, nadie puede prever la amplitud del desorden que ello podría provocar en la comunidad internacional, en perjuicio de los más débiles, para quienes el derecho sigue siendo la mejor salvaguardia.¹⁷

A pesar de que en la Convención de Viena se acordó un procedimiento para solucionar una controversia sobre la aplicación del *ius cogens* que prevé el recurso obligatorio a la Corte Internacional de Justicia de la ONU si no se soluciona el diferendo por otros medios, Francia mantuvo su objeción hasta el final, y opinó: “aún los procedimientos mejor ideados de solución de las controversias, incluso el recurso a la Corte Internacional de Justicia, no pueden compensar la falta de precisión en la redacción de los textos. Se dará al juez tan amplio arbitrio que se convertirá en legislador internacional, función que evidentemente no le corresponde”.¹⁸

No resistimos la tentación de comentar que tal preocupación de Francia respecto del amplio arbitrio dado a la Corte debería en todo caso manifestarse también a la atribución expresa que tiene la Corte de resolver una controversia aplicando la doctrina como medio auxiliar para la determinación del derecho; tal parece que Francia se quedó en las épocas inmediatas posteriores al Código de Napoleón cuando los exégetas pretendían que el Código resolvía todo.

Séanos permitido complementar la opinión de la delegación de Francia con el parecer de un autor francés, Emmanuel Decaux, quien ya en la actualidad, concluye lo siguiente:

Si bien el *ius cogens* ha dejado de ser indescifrable como lo fue hace treinta años —cuando Francia se pronunció contra una noción que, según ella, era vaga jurídica y políticamente— ahora no está del todo esclarecido. El método para establecer las normas imperativas del derecho internacional parece haberse estabilizado con una intervención combinada de los Estados como colectividad y del juez. Pero este último titubea todavía con fre-

17 Véase documento ONU: A/CONF.39/11, pars. 27 y 28, p. 341.

18 Véase documento ONU A/CONF.39/Add.1, par. 16, p. 215.

cuencia antes de usar la noción de *ius cogens* y la lista de esas normas sigue abierta. Además, aún está pendiente aclarar los lazos entre los diferentes tipos de principios y obligaciones invocadas —*erga omnes*, inviolables, cardinales, elementales, morales, etcétera— y el concepto de *ius cogens*. Al multiplicarse así los circunloquios, las calificaciones y las categorías ¿no corremos acaso el riesgo de perder lo esencial, de tener un contenido sin denominación y obligaciones impuestas a los Estados, sin garantías avaladas por un reconocimiento por la comunidad en su conjunto y de hacer lenta la especificación de las normas imperativas del derecho internacional?¹⁹ (traducción del autor).

La delegación de Italia, al apoyar el artículo propuesto por la Comisión de Derecho Internacional, se preguntó ¿cuáles son las normas que tienen ese carácter absoluto? Al respecto, se respondió:

Son las que protegen a la persona, que aseguran el mantenimiento de la paz, y la existencia y la igualdad de los Estados. Se encuentra aquí de nuevo el *ius naturale*, es decir el derecho que tiene su fuente primigenia en la conciencia jurídica humana. El positivismo creyó abrir brecha en el derecho natural. Pero esa doctrina condujo a los terribles acontecimientos de dos guerras mundiales. En consecuencia, no es de extrañar que la conciencia humana busque otra cosa. Es preciso pues agradecer a la Comisión de Derecho Internacional que haya tenido el valor de introducir el artículo 50 en la Convención.²⁰

Consideremos lo dicho como argumentación en pro de la inclusión del *ius cogens* como causa de nulidad de acuerdos internacionales por un ilustre internacionalista latinoamericano, el doctor Jiménez de Aréchaga:

La comunidad internacional reconoce ciertos principios que corresponden a intereses esenciales y a sus concepciones morales básicas, como la prohibición del uso de la fuerza y la agresión, del genocidio, de la discriminación racial o la violación sistemática de derechos humanos. No basta con condenar la violación de tales principios; es preciso sancionar preventivamente, con nulidad absoluta, el acto preparatorio, el tratado mediante el cual dos Estados se ponen de acuerdo para la ejecución concertada de actos que configuran la violación de uno de estos principios. Está en la

19 Véase Decaux, Emmanuel, *Droit international public*, 3a. ed., París, Dalloz, pp. 56-60.

20 A/CONF.39/11, par. 42, p. 343.

propia naturaleza de las cosas que, en la práctica, este tipo de tratado, desafío flagrante a la conciencia internacional, sea poco frecuente, y sea rara la hipótesis de tratados nulos por aplicación de este precepto. Debe existir, no obstante, un criterio preciso que permita identificar las normas de *ius cogens*, pues cada vez que se afirma que determinado principio constituye una regla de *ius cogens*, se disminuye el campo de aplicación de uno de los pilares del derecho internacional, la regla de que aquello que los Estados convienen es la ley para las partes (*pacta sunt servanda*).²¹

Nos dice este ilustre uruguayo que, en la práctica, este tipo de tratados, desafío flagrante a la conciencia internacional, es poco frecuente. No obstante, recordemos que cuando en marzo de 2003 EUA y el Reino Unido, con el vergonzoso apoyo de España, invadieron Irak, en violación de la Carta de la ONU, necesariamente hubo un acuerdo entre ellos (tal vez verbal), que adoleció necesariamente de nulidad. Si EUA o el Reino Unido hubieran acusado a España de violación de tal acuerdo, cuando el cambio de gobierno en este último Estado provocó el retiro de las tropas ibéricas, el nuevo gobierno español hubiera podido aducir la nulidad del acuerdo concertado por el gobierno de José María Aznar para apoyar la invasión ilegal. Ese alegato de nulidad se hubiera apoyado en el artículo sobre el *ius cogens* incorporado en la Convención de Viena.

Para calificar la aceptación de una norma que adquiera el carácter de *ius cogens*, el Comité de Redacción de la Conferencia de Viena hizo una adición que el profesor Yasín de Irak, en su calidad de presidente de ese Comité explicó así:

Al añadir en el artículo 50 las palabras “en su conjunto”, el Comité de Redacción ha querido subrayar que no se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehúsa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto.²²

21 A/CONF.39/11, par. 48, p. 335.

22 *Ibidem*, par. 12, p. 519.

Nos dice Gómez Robledo que en la segunda parte de la Conferencia de Viena una minoría reiteró argumentos contra la inclusión de la noción de *ius cogens* en un tratado llamado a codificar el derecho consuetudinario de los tratados.

Suiza calificó el texto del artículo sobre la materia como una fuente de incertidumbres, y Francia anunció que no podría votar un artículo tan flotante como absoluto, y se negó a dar lo que llamó un salto en el vacío y a aceptar una disposición que, por no fijar criterios bastante precisos, abría paso a la duda y a la coacción.²³

VI. LA IDENTIFICACIÓN DEL *IUS COGENS*

Salvo algunos negadores del *ius cogens*, parcialmente ausentes en las etapas de creación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el debate en el proceso de codificación y desarrollo del derecho internacional sobre la materia se dio entre dos grupos: a) los que reconocían el *ius cogens* pero veían problemas insuperables para identificar esas normas imperativas y, por tanto, se negaban a incluir en la Convención de Viena un artículo que reconociera su existencia y capacidad de anulación de tratados contrarios a ellas,²⁴ y b) quienes confiaban en que, después del reconocimiento en la Convención de Viena de la nulidad de los tratados que contravinieran normas de *ius cogens*, éstas se irían identificando por la jurisprudencia, la *opinio iuris* expresada por los Estados en diversos foros internacionales y la doctrina. Sabemos que este último criterio predominó en la Convención de Viena.

El jurista español José A. Pastor Ridruejo se manifiesta por un doble camino: dejar que la doctrina vaya dilucidando el tema y esperar a que procesos codificadores identifiquen las normas dejando constancia de su carácter imperativo o dispositivo.²⁵

23 A/CONF.39/Add. 1 par. 18, p. 100.

24 La Comisión de Derecho Internacional de la ONU llegó a afirmar en uno de sus informes: "There is not as yet any generally recognized criterion by which to identify a general rule of international law having the character of *ius cogens*". *Year Book of International Law Commission*, vol. II, 1963, p. 198.

25 Véase Pastor Ridruejo, José A., *La Determinación del Contenido del Ius Cogens*, Madrid, 1972, ponencia en el IX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, citado por Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 2, pp. 155 y 156.

El jurista polaco Stanislaw Naljik nos dice que de las intervenciones en la Conferencia de Viena pueden destacarse dos conjuntos de normas calificadas de *ius cogens*: las disposiciones de la Carta de la ONU sobre el uso de la fuerza, la solución pacífica de las controversias y las normas sobre la protección de los derechos humanos fundamentales, incluida la prohibición de la esclavitud, del genocidio, de la discriminación racial y las cardinales del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados.²⁶

El profesor iraquí, Mustafá Kamil Yasín, después de citar a Verdross, quien afirmó que: “el criterio de tales normas radica en el hecho de que no existen para satisfacer las necesidades de los Estados en particular, sino los más altos intereses de la comunidad internacional en su conjunto”, agrupó en dos rubros las normas que fueron consideradas como imperativas en la Conferencia de Viena:

1. Normas relativas a los intereses vitales de la comunidad internacional en cuanto tal, como por ejemplo, las normas que prohíben el recurso a la fuerza y que no admiten sino la solución pacífica de las controversias, y
2. Normas que reconocen los derechos fundamentales del hombre y que protegen ciertos valores morales y ciertos principios del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados.²⁷

Gómez Robledo con valor intelectual afirma que ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas son, de algún modo, legislativas, y fuentes formales de normas imperativas, por versar sobre los intereses más elevados de la comunidad internacional. Entre ellas menciona las siguientes:

1. Resolución 1514 (XV), declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. En esta resolución se ha visto siempre, y con razón, uno de los documentos de mayor autenticidad sobre la autodeterminación de los pueblos. La resolución dice, *inter alia*, lo siguiente: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en

26 Véase Naljik, Stanislaw E., *Ius cogens and the Codified Law of Treaties*, Temis, núms. 33-36, 1973-1974, pp. 85-111, citado por Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 2, pp. 156 y 157.

27 Véase Yasseen, Mustafá Kamil, *Reflexions sur la détermination du ius cogens*, París, Pedone, Société française pour le droit international, 1974, p. 208, citado por Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 2, p. 157.

virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.²⁸

2. Resolución 1893 (XVII) relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales.

3. Resolución 2131 (XX) sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía. Es una resolución complementaria del principio consagrado en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a la no intervención de la Organización en el dominio reservado de los Estados; y realmente no se explica uno cómo en la Carta misma, *a pari* cuando no *a fortiori*, no se consagró también el principio correlativo de la no intervención de un Estado o grupo de Estados en los asuntos de otro. Y si el primero, reconocidamente, tiene carácter de *ius cogens*, no deberá ser menos con el segundo, por resguardar ambos el mismo dominio, el de la soberanía del Estado.

4. Resolución 2625 (XXV): Declaración sobre los principios de derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la carta de las Naciones Unidas.

Para Gómez Robledo, tanto las convenciones internacionales como el derecho internacional consuetudinario sobre los derechos humanos y sobre el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, contienen entre sus disposiciones normas de *ius cogens*; la dificultad estriba en determinar qué normas son *de iure cogenti* y cuáles de *iure dispositivo*. Lo importante es destacar que hay un acuerdo sustancial respecto del carácter imperativo de ciertas normas fundamentales.

Con su habitual claridad para plantearnos problemas, Gómez Robledo nos compara la dificultad para identificar normas del derecho natural con la que enfrentamos para ponernos de acuerdo sobre qué normas son de *ius cogens*. Podemos imaginarnos a dos *ius* naturalistas de acuerdo respecto del bien común, como la justificación del derecho y del Estado, pero podemos vislumbrarlos también en un acalorado debate sobre si la propiedad privada emana del derecho natural. Así constatamos entre mu-

28 Nos dice Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 2, p. 161: “en su opinión consultiva del 16 de octubre de 1975, en el asunto del Sahara Occidental, la Corte Internacional de Justicia respalda por completo la resolución 1514 (*Recueil*, 1975, pars. 54 y ss.) y le da, según resulta de todo el contexto, pleno valor como norma jurídica. Los razonamientos de la Corte son incompatibles, a lo que creemos, con la idea de la resolución 1514 como mera ‘recomendación’”.

chos juristas un acuerdo sobre el carácter imperativo de las normas jurídicas que tutelan los más altos intereses de la comunidad internacional en su conjunto, pero podemos comprobar desacuerdos sobre si ciertas normas son realmente imperativas. Gómez Robledo califica a la Declaración sobre la independencia a los países y pueblos coloniales (Res. 1514 de la Asamblea General de la ONU) como norma de *ius cogens*, y estamos de acuerdo, pero sin duda alguna, juristas británicos y de países antaño colonialistas no serán tan entusiastas como el maestro jalisciense respecto de esa afirmación.

Segunda parte

VII. INTENTO DE APLICACIÓN DE LAS REFUTACIONES A LOS SOFISTAS DE ARISTÓTELES, A LOS NEGADORES Y SOSTENEDORES DEL *IUS COGENS*

Recordemos la distinción que hace el padre de la Lógica entre premisas axiomáticas de un silogismo (verdades evidentes a las que se llega mediante inducción o intuición) y premisas demostrables. Con esa base, podemos sostener que la afirmación de que las normas imperativas del derecho internacional son necesariamente hipotéticas y subjetivas es tan sólo demostrable y dista mucho de *ser* axiomática. Por tanto, toda conclusión basada en esa premisa es contingente y adolece necesariamente de la debilidad que lleva aparejada esa condición. La gran aportación de Aristóteles fue la aceptación de silogismos dialécticos, basados en opiniones razonables, que no obstante su valor retórico, no producen ciencia. Esos silogismos dialécticos son de especial interés para los juristas. El juez o árbitro puede resolver un caso mediante un silogismo judicial, compuesto por una premisa mayor (afirmativa y universal, que expresa una norma que no requiere demostración, pero que puede tener dos o más lecturas); por una premisa menor o fáctica (afirmativa y particular que sí requiere demostración y que seguramente presenta versiones distintas del actor y del demandado), y por una conclusión. Ese silogismo será científico en la medida en que la norma sea clara y sólo pueda tener una interpretación, y si los hechos han sido demostrados y se adecuan al supuesto jurídico de la premisa mayor. Por otra parte, sabemos que el silogismo judicial no resuelve todos los problemas porque a menudo la premisa mayor o normativa permite más de una lectura o bien porque ese

silogismo no soluciona todos los puntos petitorios de las partes. Es entonces cuando el silogismo dialéctico de Aristóteles, con premisas demostrables, que expresan una opinión razonable, puede llegar a una conclusión que, sin ser científica, lleva a un resultado igualmente razonable y plausible que, expresada mediante una correcta retórica, como la entendía el filósofo estagirita, puede llevar al argumentador a un fin favorable. Igualmente una doctrina es válida si sus postulados son dialécticos, razonables y contingentes, si bien no produce ciencia.

Refutamos la premisa dialéctica que afirma que las normas imperativas del derecho internacional son necesariamente hipotéticas y subjetivas. Basamos esa refutación en los razonamientos de los sostenedores de la existencia objetiva de algunas de esas normas imperativas. En la actualidad contamos con el hecho de que existe un orden público internacional codificado e incorporado en la Carta de las Naciones Unidas y otros tratados. Ningún Estado afirma, por ejemplo, tener derecho de agredir a terceros, y cuando lo hace, intenta justificar su acción, normalmente con falacias y niega ser agresor. Por tanto, podemos afirmar que, puesto que la premisa planteada en la segunda oración de este párrafo se basa en la realidad, en el reconocimiento universal de la norma, la misma es axiomática. Respecto de la negación del carácter positivo de múltiples normas de *ius cogens*, nos bastaría con reiterar como premisa axiomática o réplica la existencia de múltiples normas de *ius cogens* positivadas en tratados internacionales que consagran un orden público. Con base en estas afirmaciones, podemos sostener que las tesis de los negadores del *ius cogens* internacional, por nosotros refutadas, encajan en la noción aristotélica de sofisma, o por lo menos de paralogismo que, según el padre de la Lógica son falacias o raciocinios equivocados, presentados de buena fe. Si somos generosos, podemos aceptar que un silogismo basado en las premisas de los negadores del *ius cogens* internacional, sería a los sumo un silogismo dialéctico que produce una conclusión contingente y razonable para una minoría. Afirmamos también que ese razonamiento, que está sujeto a demostración, no produce ciencia.

VIII. INTENTO POR APLICAR LA DOCTRINA DE CICERÓN A LOS NEGADORES Y SOSTENEDORES DEL *IUS COGENS*

De las tesis de Cicerón podemos aplicar a nuestro estudio la determinación de lo que el orador filósofo llama el “estado de la causa”, que se

determina con el primer conflicto. Así podemos identificar el primer conflicto cuando los positivistas y voluntaristas rechazan tanto el derecho natural como la existencia de normas de *ius cogens* positivadas en tratados, y por la *opinio iuris* de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Cicerón, de manera similar a Aristóteles, considera que hay dos clases de premisas, que él llama “estados de causas jurídicos”: los absolutos, que contienen lo suficiente para establecer su veracidad, y los asuntivos, cuando se requieren elementos externos para rechazarlos.

Hemos encontrado algunas dificultades para aplicar las tesis ciceronianas al debate sobre el *ius cogens*, porque sus reglas sobre el debate judicial se refieren más a un debate entre actor y demandado que a debates entre representantes de gobiernos y entre académicos. No obstante, así como calificamos a las premisas de los negadores del *ius cogens* como meramente demostrables, si seguimos la clasificación del orador romano, las podemos clasificar de estados de causa jurídicos como asuntivos; es decir, que requieren de elementos externos para su comprobación. Por otra parte, después de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969, podemos calificar las tesis de los sostenedores del *ius cogens* de estados de causa jurídicos absolutos, que contienen lo suficiente para establecer su veracidad.²⁹

IX. INTENTO POR APLICAR LA DOCTRINA DE PLATAS PACHECO A LOS NEGADORES Y SOSTENEDORES DEL *IUS COGENS*

Nos dice la jurista y filósofa mexicana, María del Carmen Platas Pacheco, que el pensamiento jurídico ha estado separado al través de la historia por dos discursos: “a) el clásico que reconoce la existencia de lo debido, lo justo y lo igual, por naturaleza, y b) el nacido con la Ilustración del siglo XVIII, que consideró lo debido, lo justo y lo igual como meras convenciones”. También nos recuerda que filósofos de la Antigüedad reconocían que el objeto tiene identidad propia; que pensadores posteriores afirmaron, a la manera de los antiguos sofistas, que es el sujeto quien da realidad al objeto, y que con esta última tesis, el positivismo pretendió que sólo lo que está al alcance de nuestro conocimiento es comprobable. Como consecuencia de lo anterior, se concluyó que, en derecho, lo debi-

29 Cicerón, *La invención retórica*, Madrid, Gredos, 1997.

do, lo justo y lo igual es lo que la mayoría opine, lo convenido. Por el contrario, para las escuelas aristotelico-tomistas, el derecho debe orientarse al bien común, con independencia de la opinión de la mayoría.

Afirma Platas Pacheco que la argumentación jurídica, como acto prudencial, necesita fundamentarse en un principio universal que sirva de referencia principal para las predicaciones secundarias; que la prudencia es una virtud del intelecto que, mediante la razón práctica, aplica el principio de la *debitud* al caso concreto. Distinguimos la razón práctica como un raciocinio distinto del especulativo, que busca los primeros principios, punto de partida de cualquier investigación.³⁰

Para Platas Pacheco:

el razonamiento prudencial es práctico deductivo, sin embargo, es antecedido por un razonamiento inductivo por parte de la razón universal, a partir del cual se descubre mediante el conocimiento de las cosas particulares los principios universales que las rigen. Hasta este punto el razonamiento todavía no es prudencial sino hasta que se vuelve por vía de descenso a la realidad de la que se partió, que es proporcionalmente igual al principio universal que la determina, aunque esencialmente distinto a éste, de ahí que se haga atribuirle a una realidad concreta las características esenciales de aquel principio universal.³¹

Platas Pacheco nos propone a 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, y después se llega, mediante la analogía de la atribución, a lo que se predica secundaria o accidentalmente. De esta manera nos ofrece una argumentación jurídica analógica, que percibimos como complementaria, que versa sobre lo probable y no necesario, que admite relaciones de proporción y atribución.

Sabemos que para los positivistas no existe lo debido, lo justo en un orden previamente establecido por la razón a partir de un método inductivo y empírico, al menos en la ciencia del derecho, y se afanan por estudiar el deber ser sólo en la ley, en la norma jurídica. Aducen que estudiar

30 Véase Runes, Dagoberto D., *Diccionario de filosofía*, México, Grijalbo, 1969.

31 Véase Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Analogía de proporcionalidad*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 36 y 37.

lo fuera de ella es salir del terreno de lo jurídico para entrar en el ámbito de otras disciplinas y órdenes normativos no jurídicos que también se ocupan del deber ser desde otra perspectiva. Para los positivistas, el deber ser percibido fuera de la norma jurídica es un ente cambiante casi al infinito en conciencias subjetivas y volubles.³² Al parecer, los positivistas olvidaron que ya Santo Tomás de Aquino afirmaba que las leyes humanas no pueden tener la certeza de las ciencias y conclusiones demostradas, ni es necesaria tal perfección, ¿por qué entonces reconocieron el deber ser sólo en la norma jurídica, si es posible encontrarlo en la razón, en la naturaleza de las cosas, al menos en su aspecto básico o fundamental?³³

Con Platas Pacheco aceptamos a la analogía como método argumentativo intermedio entre lo unívoco y lo equívoco, y ahora aceptamos que la pragmática está entre lo necesario y lo plausible, probable o contingente, entre lo universal y permanente, pero en un diálogo pragmático que cuestione respuestas consideradas como inamovibles e irrefutables. También aceptamos que ese método argumentativo tiene raíces en el *en sí* de la naturaleza humana, en el de la naturaleza de las cosas y en la analogía de la proporcionalidad y de la atribución, mediante la cual se buscarán la similitudes y diferencias al través de un razonamiento práctico, como arte, que no como ciencia, partiendo de un principio logrado con inducción, desde la realidad y la verdad de las cosas, para deducir con múltiples posibilidades un analogado principal y luego otras proposiciones como analogados secundarios por atribución.

Platas Pacheco rechaza como argumentaciones jurídicas necesarias (opuestas a las contingentes) las basadas únicamente en entinemas o argumentos retóricos (que Aristóteles llama dialécticos, cuyas premisas sólo son demostrables). Sostiene que la argumentación jurídica debe ser analógica para buscar como principio absoluto lo debido, lo justo por naturaleza.

Si un negador del *ius cogens* afirma que los Estados pueden acordar cualquier cosa, por indebida o injusta que sea, y dan valor jurídico a ese

32 Véase Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 8a. ed., México, ITAM-Distribuciones Fontamara, 2001.

33 Véase 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, núm. 1, julio-diciembre de 2005, pp. 53-75.

acuerdo, están privando al derecho del contenido ideal que debe tener como ciencia del deber ser. Felizmente, si bien se reconoció en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que las normas imperativas emanan de la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional en su conjunto, sin aceptar expresamente un principio universal del cual emanen las normas imperativas, debemos preguntarnos: ¿qué sería lo debido respecto de la norma imperativa que reconoce la Convención de Viena como *ius cogens*? Si seguimos el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, el principio universal sería el bien común. Así obtenemos el primer principio, del cual deducimos la existencia de las normas de *ius cogens* como un primer analogado. A continuación, mediante una analogía de la atribución descubrimos lo debido, lo que la comunidad internacional de Estados en su conjunto considera como norma imperativa no derogable por un acuerdo particular entre Estados, con un contenido que expresa lo justo, lo necesario y el deber ser del primer analogado.

Resulta evidente que las normas aludidas descenden de lo debido, del principio universal que las determina, que encuentran el *en sí* del derecho, y así se llega al primer analogado expresado en el artículo de la Convención de Viena que reconoce la existencia de normas imperativas del derecho internacional. La propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados nos da unas reglas para la interpretación de esos acuerdos internacionales mediante las nociones de la buena fe, del uso del sentido corriente del lenguaje, y del objeto y fin del documento por interpretar.

Apliquemos ahora el método de interpretación de Platas Pacheco a las normas sobre derechos humanos, y las específicas de esa rama aplicables a los conflictos armados. Primero, busquemos lo debido a la luz de un orden previamente establecido; así llegamos nuevamente al *bien común* como primer principio que expresa lo debido, el *en sí* del derecho. Después, mediante un método deductivo llegamos a lo segundo, a las normas tutelares de la dignidad de la persona humana, tanto en tiempos de paz como en los tiempos de guerra. Por tanto, cualquier interpretación que se aparte del principio universal de lo debido, se apartaría de una hermenéutica correcta.

Podemos percibir que, salvo los positivistas y voluntaristas que negaron el *ius cogens* internacional o la conveniencia de su reconocimiento expreso en la Convención de Viena, los sostenedores de la existencia de esas normas imperativas buscaban, sin decirlo expresamente, lo debido

en el orden que reconoce Platas Pacheco, y que hemos identificado en el *bien común* como justificación del derecho y del Estado.

X. INTENTO POR APLICAR LA DOCTRINA DE PERELMAN A LOS NEGADORES Y SOSTENEDORES DEL *IUS COGENS*

Como muchos otros pensadores, Perelman distingue entre razonamientos analíticos o lógico-formales y razonamientos dialécticos o retóricos. Esa terminología es aristotélica. Recordemos que el Estagirita, a lo que hoy llamamos Lógica, el llamó *analíticos* y que a las premisas basadas en una opinión razonable las llamó *dialécticas*. Encontramos que tanto los sostenedores de la existencia de un *ius cogens* internacional como los negadores de esa institución jurídica recurrieron a razonamientos analíticos o lógico formales.

Nos parece que quienes, sin negar la existencia del *ius cogens* internacional, se negaron a incluir esa noción en la Convención sobre el Derecho de los Tratados usaron argumentos *dialécticos* o *retóricos*. Recordemos que la delegación de Francia sostuvo:

Aún los procedimientos mejor ideados de solución de las controversias, incluso el recurso a la Corte Internacional de Justicia, no pueden compensar la falta de precisión en la redacción de los textos. Se dará al juez tan amplio arbitrio que se convertirá en legislador internacional, función que evidentemente no le corresponde.³⁴

Esa argumentación, según la clasificación de Perelman, es también un razonamiento dialéctico o retórico que ese autor definió como: técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio.

Si tomamos lo dicho por Perelman respecto de la fuerza de una argumentación, que ese pensador la mide por la capacidad de la misma para convencer a un auditorio universal, podemos concluir que los sostenedores de la existencia de un *ius cogens* internacional esgrimieron argumentos *fuertes*, así como los que promovieron la inclusión en la Convención respectiva de un artículo sobre la nulidad de los tratados contradictorios de esas normas imperativas, pues la mayoría de los Estados representa-

34 Véase A/CONF.39/Add.1, par. 16, p. 215.

dos en la Conferencia de Viena apoyaron sus tesis. Por otra parte, Perelman nos diría que los argumentos de los negadores de la institución jurídica estudiada y de la delegación de Francia fueron *débiles* (según la clasificación de ese autor), pues sólo convencieron a un auditorio particular.

No consideramos concluyente la tesis de Perelman (quien no se preocupa por la verdad de los argumentos), porque una minoría puede tener razón y sus argumentos pueden ser más acertados que los de una mayoría indoctrinada. No obstante, la aplicación que hemos hecho a los negadores y sostenedores del *ius cogens* de la clasificación del filósofo ahora estudiado (argumentos *fuertes* y *débiles*) nos satisface, pues en la actualidad sí existe una convicción *fuerte* sobre la existencia de un orden público internacional con efectos nulificadores de los pactos acordados en violación de ese orden.

Perelman nos dice que todo argumentador busca un punto de acuerdo con su auditorio, y clasifica los puntos de acuerdo en los relativos a lo real (hechos, verdades y presunciones) y los relativos a lo preferible (valores y jerarquías).

Los negadores del *ius cogens* buscaron un punto de acuerdo con su auditorio académico sobre lo que ellos percibían como verdad, esto es, la imposibilidad de trasponer la noción de orden público del derecho interno al ámbito internacional. Mientras el auditorio académico fue positivista, el punto de acuerdo permitió la adhesión de un auditorio particular, pues el *ius-naturalismo* nunca desapareció y evitó la adhesión de un auditorio universal.

Quienes aceptaban el *ius cogens*, pero encontraban dificultades enormes e insuperables para determinar, con la precisión que exige la seguridad jurídica, las normas pertenecientes a esa categoría, colocaban a las normas imperativas como pertenecientes a lo real (hechos, verdades o presunciones), según la clasificación de Perelman, y a su existencia como una verdad. No obstante, esos argumentadores veían en la identificación de algunas normas imperativas, algo meramente preferible y carente de certeza. En esta posición encaja lo dicho por el filósofo estudiado respecto de que sí hay valores que pueden recoger la adhesión de un auditorio universal por su generalidad, pero que esa adhesión se pierde al deducir otros valores de esa generalidad. Quienes sostuvieron esta posición se apoyaron en premisas no aceptadas por la mayoría.

Hemos visto que en la Conferencia de Viena un grupo mayoritario de delegaciones aceptaba el *ius cogens* internacional y no encontraba dificultades para identificar con cierto grado de certeza esas normas imperativas en la aceptación y reconocimiento de ellas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Esas delegaciones encontraron un punto de acuerdo con un auditorio universal integrado por una *opinio iuris* generalizada y por la mayoría aplastante de los Estados representados en la Conferencia de Viena. Esos argumentadores partieron, si aplicamos la tesis de Perelman, de puntos de acuerdo relativos a lo real y a las verdades por ellos aducidas. Dudamos sobre el dicho de Perelman cuando afirma que las verdades, que al parecer siempre considera subjetivas, suelen convencer únicamente a un auditorio particular. Afirmamos que, por supuesto, sí hay puntos de acuerdo presentados como verdad, que pueden atraer a un auditorio universal. El autor estudiado nos habla de los lugares comunes como punto de partida del argumentador. En los sostenedores del *ius cogens* y de la conveniencia de su inclusión en la Convención sobre los Tratados Internacionales, detectamos el uso de un lugar común manifiesto en el interés de la mayoría en poner coto a las atribuciones del Estado para celebrar acuerdos violatorios del orden público internacional.

Perelman trata las presunciones desde un punto de vista más filosófico que jurídico, y hace emanar las presunciones de lo normal. Podemos decir que quienes aceptaron los postulados expresados en el párrafo precedente y reconocieron el *ius cogens* internacional, encontraron apoyo para sus tesis en la presunción (punto de acuerdo relativo a lo real) de que es normal que la sociedad, tanto nacional como internacional, identifique normas inderogables por acuerdos particulares.

La noción de argumentos cuasi-lógicos de Perelman nos sirve para analizar los discursos en torno al *ius cogens* internacional. Este filósofo afirma que los argumentos que él llama cuasi-lógicos hacen referencia a nociones de: a) contradicción o incompatibilidad; b) de identidad completa o parcial, o c) de transitividad. Encontramos que quienes se opusieron a la inclusión del *ius cogens* en la Convención de Viena recurrieron a argumentos cuasi-lógicos. Así la delegación de Francia recurrió a la noción de incompatibilidad entre el principio *pacta sunt servanda* y la pretensión de hacer ilícitos y nulos ciertos tratados con base en un “supuesto” orden público internacional no determinado. Esa tesis fue discutible,

no así la existencia de normas imperativas que, en nuestra opinión, fue demostrada mediante argumentos lógico-formales.

Ya vimos que la identidad completa o parcial es presentada por Perelman como argumento cuasi-lógico. Los sostenedores del *ius cogens* y de su inclusión en la Convención de Viena encontraron una identidad entre el orden público interno y el internacional. Nos asalta una duda respecto de si la identificación del orden público internacional, en sus generalidades o rasgos principales, tiene que ser argumentado necesariamente con premisas cuasi-lógicas, no axiomáticas, o si pueden usarse demostraciones formales pertenecientes a la Lógica. Creemos que en la actualidad no puede negarse la existencia de un orden público internacional, por mucho que sufra embates y violaciones de las grandes potencias, y que sí existe la identidad con el orden público interno que identificaron los autores de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Perelman nos lleva a considerar argumentos basados en la estructura de lo real, a buscar la solidaridad entre afirmaciones ya aceptadas y otras cuya aceptación se busca, y a unir un fenómeno con sus causas y consecuencias. Nos parece que los defensores del *ius cogens* y de su inclusión en la Convención de Viena usaron la argumentación descrita. Los sostenedores de esta posición, entre otras posibles normas imperativas, reconocieron como tales las relativas a la prohibición del uso de la fuerza, a la solución pacífica de las controversias y a los derechos humanos fundamentales. Percibimos que esos argumentadores establecieron una solidaridad entre la aceptación universal de esas normas y la consecuencia lógica de la nulidad de todo acuerdo que pretenda contradecirlas. En cuanto a las causas y consecuencias de ese fenómeno, creemos que los argumentadores se basaron en la realidad del desarrollo del derecho internacional desde la Carta de San Francisco, que tuvo como causa el interés en evitar el flagelo de la guerra y como consecuencia un notable progreso en la aprobación de tratados y declaraciones que desafortunadamente no han encontrado cabal cumplimiento.

Perelman analiza los argumentos de disociación. Entre los negadores del *ius cogens* internacional encontramos discursos que pretendieron mostrar que la transposición de la noción del orden público del ámbito interno al internacional es más que imposible, e insistieron en la disociación de esos campos. Recordemos, por ejemplo, a Rousseau, quién afirmó que la noción de un orden público es prácticamente inexistente en dere-

cho internacional por la estructura individualista y voluntarista de la comunidad internacional.

El filósofo-jurista estudiado nos dice que la Lógica jurídica, especialmente la judicial, se presenta, en conclusión, no como una Lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad. Analicemos el siguiente silogismo que seguramente hubiera tenido que aceptar la delegación de Francia:

Premisa mayor o normativa: la Carta de la ONU de manera imperativa prohíbe el uso de la fuerza.

Premisa menor o fáctica: los Estados A y B acordaron usar la fuerza contra un tercero en violación de la prohibición citada en la premisa mayor.

Conclusión: el acuerdo entre los Estados A y B es nulo.

No obstante, la delegación de Francia votó en contra de la Convención de Viena porque concibió su misión como guardiana de la seguridad jurídica y del principio *pacta sunt servanda*. A pesar de nuestra presunción de su posible aceptación del silogismo transcrito, esa delegación argumentó en contra de la codificación del *ius cogens* en la Convención sobre los Tratados entre Estados ante la dificultad por ella percibida para la identificación de normas imperativas nulificadoras de tratados que las contravinieren. Efectivamente, constatamos una lógica superada entre los negadores del *ius cogens*, pero en gran medida, una lógica jurídica como la concibe Perelman, es decir basada en premisas dialécticas o retóricas que, según Aristóteles, no produce ciencia.

Sostiene Perelman que el razonamiento judicial, tal como actualmente se concibe, no permite establecer una distinción clara entre el derecho natural y el positivo. Si al jurista llamado a interpretar la ley, sobre todo al juez, no se le sujeta con una camisa de fuerza que lo obligue a una aplicación gramatical de la ley, sino que se le permite buscar lo equitativo, lo razonable y lo aceptable, según Perelman, es obvio que el uso de esas nociones incorporan al derecho positivo, a través de la argumentación, elementos *ius* naturalistas, respecto de los cuales encontramos un manifiesto temor entre los negadores del *ius cogens* internacional porque, según ellos, la disposición propuesta por la Comisión de Derecho

Internacional de la ONU significaría el retorno del derecho natural y del subjetivismo.

XI. INTENTO POR APLICAR LA DOCTRINA DE ALEXY A LOS NEGADORES Y SOSTENEDORES DEL *IUS COGENS*

Sigamos a Alexy, quien aplica la teoría del discurso de Habermas a su teoría de la argumentación. Este último filósofo sostiene que todo hablante tiene una pretensión de validez que se expresa mediante actos de habla: a) constatativos (cuando se pretende tener la verdad); b) regulativos (se dan cuando se sostiene que lo mandado o exigido es correcto) y c) representativos (cuando hay sinceridad). Podemos apreciar que los sostenedores del *ius cogens*, tanto los que favorecían un artículo en la Convención de Viena, como los que se oponían a esa inclusión, se expresaron con actos de habla constatativos, pues pretendieron que sus enunciados eran verdaderos; también actuaron convencidos de la existencia de normas imperativas no derogables por acuerdos particulares, por lo que sus actos de habla regulativos manifestaron que lo mandado por las normas *ius cogens* es siempre correcto, y fueron igualmente representativos por la sinceridad de sus posiciones.

Si bien tenemos que expresar dudas sobre lo afirmado por Habermas en el sentido de que la verdad y la corrección de las proposiciones depende del consenso, en el caso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, el consenso logrado mayoritariamente es claro indicio de la corrección del resultado logrado.

Alexy distingue entre derechos basados en reglas y derechos basados en principios, y califica a estos últimos de derechos *prima facie*; agrega que en el marco de una argumentación, los derechos basados en reglas son objeto de subsunción, en tanto que los basados en principios, son objeto de ponderación, pues son derechos reconocidos para ser respetados en la mayor medida posible. En los debates habidos en la Comisión de Derecho Internacional, en la Asamblea General de la ONU y en la Conferencia de Viena, no encontramos que orador o gobierno alguno haya considerado que los derechos expresados en normas calificadas como Principios de las Naciones Unidas (artículo 2 de la Carta de la ONU) son derechos *prima facie*. Recordemos que no se puso en duda que la prohibición del uso de la fuerza y la obligación de resolver las controversias por medios pacíficos son normas imperativas. Es verdad que los Princi-

prios contenidos en el artículo citado están expresados en reglas bajo la forma de obligaciones, pero ello no afecta nuestra argumentación, pues para toda obligación existe un derecho correlativo. Por tanto, creemos que los participantes en los debates citados no consideraron que los Principios de la Carta de la ONU expresaran derechos *prima facie*, ni que los hechos presuntamente violatorios de los derechos y obligaciones incorporados en esos Principios tuvieran que ser ponderados y no susbsumidos a la norma y apreciados como relativos a la luz de otros principios. Tal vez nuestro problema con la tesis de Alexy es que sólo se refiere a principios no incorporados en reglas o a reglas que por su naturaleza admiten ponderación con otras; por ejemplo, una norma que garantizara la libertad de prensa en la medida en que no afecte la honra de terceros ni revele información de naturaleza confidencial y privada; en este caso, el juez puede recurrir a la ponderación para determinar el alcance de la norma y del principio incorporado en ella.

Alexy nos dice que el derecho está llamado a superar las limitaciones del discurso práctico. Entendemos que para Alexy es práctico todo discurso no sometido a reglas específicas, como es el discurso jurídico, sobre todo en el terreno de la dogmática. Percibimos entonces la afirmación de Alexy en el sentido de que si una controversia no se resuelve entre las partes mediante negociación y un discurso práctico, el juez y la coacción del Estado superan las limitaciones de ese discurso a veces ajeno al derecho. Nos dice que en el discurso jurídico se dan tres procedimientos que trataremos de aplicar a los debates sobre el *ius cogens* internacional. *Primero*, la Conferencia de Viena reconoció la norma jurídica mediante la selección de propuestas y la aprobación de la que se consideró idónea; en *segundo* lugar, ya reconocida y positivada la norma sobre el *ius cogens* internacional, surge la argumentación jurídica o el discurso jurídico que no resuelve el caso ni da una respuesta correcta (por ejemplo, todos los debates académicos sobre qué normas pueden entrar en la categoría de normas imperativas), y *tercero*, el proceso judicial decisorio que da una respuesta única y obligatoria entre las discursivamente posibles. Recordemos que la Conferencia de Viena incorporó en la Convención sobre los Tratados un procedimiento para solución de controversias respecto la pretensión de nulidad de un tratado, que incluye la solución judicial en la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.

Entendemos que Alexy reconoce que la decisión judicial, cuando adquiere la calidad de cosa juzgada, es final, obligatoria y única, pero sólo

respecto del caso que resuelve, pues una sentencia puede ser errónea y puede darse también un cambio de tesis judicial.

Recordemos que, según Alexy, el procedimiento para la argumentación jurídica debe someterse a cuatro exigencias: debe hacerse dentro de las normas jurídicas vigentes; debe tomar en cuenta precedentes; debe enmarcarse en la dogmática, en el sistema jurídico al que pertenece y debe fundamentarse correcta y racionalmente. Podemos comprobar que quienes se opusieron en la Conferencia de Viena a que se reconociera la nulidad de tratados contradictorios de una norma de *ius cogens*, adujeron que la incorporación de tal disposición era contraria al principio *pacta sunt servanda*, norma vigente de aplicación universal. Quienes adujeron la necesidad de reconocer esa nulidad, se apoyaron en el surgimiento de un sistema jurídico, compatible con la indudable vigencia del principio *pacta sunt servanda*, que indudablemente contiene normas imperativas que limitan la potestad del Estado para celebrar tratados contrarios a ese sistema y que, si bien las partes actuaron racionalmente, podemos encontrar mayor corrección entre quienes reconocieron la existencia de normas imperativas y apoyaron la codificación de los efectos de la violación a las mismas.

Para Alexy, la justificación interna trata de comprobar si la decisión (o la argumentación y la conclusión de la argumentación, podemos agregar) es consecuencia lógica de las premisas que se aducen como fundamentación, en tanto que el objeto de la justificación externa es la corrección de las premisas.

Si bien en los debates sobre la materia no encontramos que los alegatos se hayan presentado con la forma de silogismos, podemos intentar expresar las argumentaciones estudiadas en forma de silogismos para considerar las justificaciones internas y externas.

Empecemos por los negadores del *ius cogens*; su silogismo podría expresarse así:

Premisa mayor: para que exista un orden público dentro de un sistema, se requieren órganos legislativos y judiciales que lo determinen;

Premisa menor: en el derecho internacional no existen órganos legislativos ni judiciales con jurisdicción obligatoria;

Conclusión: por tanto, no existe un orden público internacional ni normas imperativas que limiten la potestad de los Estados para celebrar tratados.

Según Alexy, para la justificación interna se debe contar con una referencia a una norma de validez universal. Efectivamente, en el silogismo judicial la premisa mayor o normativa es afirmativa y universal. La justificación interna, nos dice Berumen, nos presenta posiciones opuestas como posibles y no nos ayuda a seleccionar una de ellas: para ello debemos recurrir a la justificación externa, en esta parte de nuestro estudio, a los criterios de Alexy para determinar la posición o argumentación que consideramos correcta.³⁵ Los sostenedores de la negación descrita podrían aducir como justificación interna a las reglas del silogismo, y como justificación externa, a la noción de la soberanía del Estado y su capacidad ilimitada para acordar tratados según su voluntad. Creemos que la justificación externa así aducida se enfrenta al problema de la evolución de la noción de soberanía que pasó de ser un concepto absoluto a uno relativo.

En cuanto a la justificación externa o corrección de las premisas, Alexy nos propone que fundamentemos las premisas en reglas de derecho positivo, en enunciados empíricos como presunciones y reglas procesales o en reformulaciones de normas o premisas. Creemos que, en su tiempo, los negadores de la existencia del *ius cogens* internacional pudieron presentar una justificación externa en las reglas de derecho positivo para la premisa mayor y en enunciados empíricos para la premisa menor. El problema que vemos, en la justificación externa de las tesis de los negadores del *ius cogens*, se encuentra en que no se toma en cuenta la evolución del derecho internacional público en los siglos XX y XXI.

Intentemos ahora formular un silogismo para las tesis de quienes, sin negar la existencia del *ius cogens*, se negaron a su codificación en la Convención sobre el Derecho de los Tratados; ese silogismo pudiera expresarse así:

Premisa mayor: el derecho internacional ha evolucionado hacia la aceptación de normas imperativas, no derogables por acuerdos particulares entre Estados;

Premisa menor: no obstante, no hay acuerdo sobre cuáles son las normas imperativas que deben tener ese efecto derogatorio;

Conclusión: no se debe correr el riesgo de dejar al arbitrio de Estados particulares la anulación unilateral de tratados con base en supuestas

35 Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 2003, pp. 333-335.

normas imperativas, ni codificarse el *ius cogens* en una Convención sobre Tratados entre Estados.

La justificación interna de este silogismo la encontramos en la universalidad de la afirmación que sostiene el reconocimiento del *ius cogens* y en la corrección del paso de las premisas a la conclusión, en tanto que la justificación externa la encontramos en el enunciado empírico de la ausencia de acuerdo sobre cuáles son las normas imperativas cuya violación lleva aparejada la nulidad del acto violatorio.

Intentemos ahora expresar en un silogismo la posición de las delegaciones que lograron incorporar en la Convención de Viena un artículo codificador del *ius cogens*:

Premisa mayor: el derecho internacional ha evolucionado hacia la aceptación de normas imperativas no derogables por acuerdos particulares entre Estados;

Premisa menor: existe ya un acuerdo considerable sobre muchas normas que pueden ser consideradas como normas de *ius cogens*, y en el correr del tiempo, la práctica de los Estados y la jurisprudencia habrán de aclarar el carácter imperativo de algunas normas;

Conclusión: procede la codificación del *ius cogens* en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados.

La justificación interna de este silogismo la encontramos en la universalidad de la premisa mayor y en la apreciación de que la conclusión es consecuencia lógica de las premisas. En cuanto a la justificación externa, puede fundamentarse en el derecho positivo (Carta de la ONU, convenciones sobre derechos humanos y sobre derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados), en enunciados empíricos y reformulaciones de un nuevo derecho, manifiesto en expresiones gubernamentales de *lege ferenda*. El *ius cogens*, presentado por la Comisión de derecho internacional de la ONU como *lege ferenda*, es hoy reconocido o positivado como *lex lata*.

XII. INTENTO POR APLICAR LA DOCTRINA DE MACCORMICK A LOS NEGADORES Y SOSTENEDORES DEL *IUS COGENS*

Para Neil MacCormick la argumentación jurídica debe estar de acuerdo con los hechos establecidos y con las normas vigentes, e insiste en que justificar una decisión jurídica quiere decir asegurar la justicia conforme a derecho.

Para este autor escocés, lo esencial es que gente honesta y razonable pueda discrepar, lo cual provoca que nuestra razón prefiera unos principios antes que otros que rechazamos emocional o racionalmente.

MacCormick acepta la Lógica deductiva como instrumento del jurista, pero como la mayoría de los pensadores modernos, es consciente de que esa Lógica no resuelve todos los problemas del derecho. Por tanto, exige que toda decisión del juez (de todo operador del derecho, podemos agregar), debe ser consistente con la norma, coherente con los valores de la sociedad y debe tomar en cuenta las consecuencias de la decisión.

El jurista, a quien ahora estudiamos, insiste en que no cabe pretender que exista un único sistema de principios prácticos y valores que sean, frente a todos los demás, suprema y perfectamente racionales; que para ser agentes racionales necesitamos otras virtudes, además de la racionalidad, tales como buen juicio, altura de miras, justicia, humanidad y compasión.³⁶

Creemos que los negadores del *ius cogens* internacional argumentaron sin cumplir con lo que MacCormick exige a todo discurso jurídico, esto es, conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes. El orden público incorporado en la Carta de la ONU es ya una realidad fáctica y jurídica que no aceptaron los negadores de la existencia de un orden público internacional, análogo al que existe en el ámbito interno. Es comprensible esa actitud de los teóricos del siglo XIX o de principios del XX, pero incomprensible para nosotros en la era post-Naciones Unidas.

No obstante, seamos comprensivos con los positivistas y voluntaristas que con brillo expusieron su parecer en la Conferencia de Viena y en etapas preparatorias. Hagámoslo, teniendo presente lo dicho por MacCormick, en el sentido de que “lo esencial es que gente honesta y razonable pueda discrepar, lo cual provoca que nuestra razón prefiera unos principios antes que otros que rechazamos emocional o racionalmente”.

Dicho lo anterior, con el respeto que merecen puntos de vista opuestos a los nuestros, estimamos que los negadores de la existencia y objetividad de normas imperativas del derecho internacional no cumplieron con las exigencias del profesor escocés ahora estudiado, quien exige que toda argumentación sea consistente con la norma, coherente con los valo-

36 Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 105-147.

res de la sociedad y debe tomar en cuenta las consecuencias de la decisión. A riesgo de ser repetitivos, nos parece que los negadores del *ius cogens* internacional fueron inconsistentes con las normas incorporadas en la Carta de la ONU; incoherentes con los valores de la sociedad internacional, ya decidida a poner coto al poder omnímodo de los Estados. Además, no tomaron en cuenta las consecuencias de su apoyo a una doctrina extrema de la soberanía absoluta de los Estados. Sin medir las consecuencias, reiteraron ese poder estatal, al grado de retroceder a los años de Grocio y de los juristas teólogos españoles quienes, a pesar de estar imbuidos en un espíritu cristiano, tuvieron que reconocer, con base en el pensamiento predominante de su época, el derecho subjetivo del Estado para hacer la guerra.

XIII. CONCLUSIONES

Quienes promovieron la inclusión de un artículo sobre las normas imperativas en la Convención de Viena, buscaban hacer prevalecer el valor justicia incorporado en las normas de *ius cogens* y limitar el poder de los Estados para concertar tratados violatorios de principios de validez universal.

Hemos concluido que las tesis de los negadores del *ius cogens* internacional no son válidas actualmente a la luz de los desarrollos del derecho internacional público.

El análisis de premisas correspondientes a las diversas posiciones, muestran que las tesis que prosperaron en la Conferencia de Viena se apoyan con mayor corrección en justificaciones externas.

Encontramos que la argumentación en torno al tema de este artículo fue fundamentalmente jurídica.

Identificamos normas de *ius cogens* que expresan principios no sujetos a ponderación respecto de otros principios.

Hemos desechado argumentos de disociación basados en rupturas no justificadas que pretenden que el orden público sólo se da en el ámbito interno.

Identificamos también argumentaciones basadas en la analogía de lo jurídico como proporcionalidad y atribución por parte de los sostenedores del *ius cogens*, y pudimos separar en los debates lo axiomático de lo opinable en argumentos o premisas científicas y dialécticas, según la clasificación aristotélica.

Encontramos que las tesis de los negadores del *ius cogens* internacional fueron inconsistentes con las normas incorporadas en la Carta de las Naciones Unidas que ya establecen un indudable orden público internacional; fueron incoherentes con los valores de la sociedad internacional de la era post-Naciones Unidas, y peligrosas por la implícita reiteración de los poderes omnímodos de los Estados.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- DECAUX, Emmanuel, *Droit International Public*, 3a. ed., Dalloz.
- DINH, Nguyen Quoc, *Droit International Public*, 7a. ed., París, LGDJ, 2002.
- Documento de la ONU A/CN.4/63.
- Documento ONU ACDI, vol. I, sesión 683, 20 de mayo de 1963.
- Documento ONU A/CONF. 39/11.
- Documento ONU A/CONF.39/Add.1.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de la ONU: A/CN.4/SER.A/Add/1.
- KELSEN, Hans, "The Draft Declaration on Rights and Duties of Status", *International Law in the Twentieth Century, The American Society of International Law*, Nueva York, Appleton-Century-Crofts.
- ORTIZ HALF, Loretta, *Derecho internacional público*, 2a. ed., Oxford University Press.
- PALACIOS TREVIÑO, Jorge, *Tratados. Legislación y práctica en México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2003.
- SHAW, Malcolm S., *International Law*, 4a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 1997.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2006.
- Year Book of the UN International Law Commission, 78a. ed., 1950, vol. I.

Bibliografía citada por el doctor Gómez Robledo

- ANZILOTTI, Dionisio, *Cours de droit international*, trad. de Gidel, Sirey, 1929, vol. I.
- KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, Nueva York, 1956.
- McDOUGAL, *Human Rights and World Public Order*, 1980.
- NAHLIK, Stanislaw E., *Ius Cogens and the Codified Law of Treaties*, Temis, núms. 33-36, 1973-1974.
- NISSOT, Joseph, "Le concept de *ius cogens* envisagé par rapport au droit international", *Revue Belge de Droit International*, 1968.
- OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law*, 8a. ed., Londres, 1958, vol. I.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., La Determinación del Contenido del *Ius Cogens*, Madrid, 1972, ponencia en el IX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.
- RIENSFEL, Stefan A., "*Ius Dispositivum* and *Ius Cogens* in International Law", *American Journal of International Law*, 1966, vol. 60.
- ROSSENE, Shabtai, *Developments in the Law of Treaties, 1945-1986*, Nueva York, Cambridge University Press, 1989.
- ROUSSEAU, Charles, *Principes généraux de droit international public*, 1944, vol. I.
- SCHWARZEMBERGER, Georg, "International *Ius Cogens*?", *Texas Law Review*, núm. 43, 1965.
- VERDROSS, Alfred von, *Forbidden Treaties in International Law*, AIJL, vol. 31, 1937.
- VIRALLY, Michel, "Reflexions sur le *ius cogens*", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 12, 1960.
- YASSEEN, Mustafá Kamil, *Reflexions sur la détermination du ius cogens*, París, Pedone, Société française pour le droit international, 1974.