

Contra los métodos en el Derecho Internacional: una crítica a partir de su contribución para la realización de la función social de la dogmática jurídica

Fecha de recepción: 30 de octubre de 2009

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2010

André Lipp Pinto Basto Lupi*

Resumen. Este artículo tiene como objetivo investigar la utilidad de los métodos para el cumplimiento de la función social de la dogmática jurídica. En este contexto, los métodos son presentados como instrumentos para formular respuestas más precisas en el ámbito de la práctica jurídica. Se intentará demostrar la imposibilidad ontológica de logro en esta tarea. Los métodos no pueden conferir más certidumbre a los argumentos dogmáticos.

Para poder demostrarlo, a través de investigación bibliográfica, se expondrá el debate sobre el método en la actualidad de la academia jurídica internacional, para después dedicarse a un ejemplo que sirve de punto de partida para el análisis del problema: la indeterminación del contenido de la costumbre internacional.

Con base en los métodos más conocidos, se investigan las respuestas que pueden ofrecer al problema práctico de la costumbre. El resultado es negativo, lo que comprueba la hipótesis inicial: hay que abandonar el sue-

* Doctor en Derecho Internacional (Universidade de São Paulo). Profesor de la Universidade do Vale do Itajaí, en los cursos de grado, maestría y doctorado en Ciencia Jurídica. Este artículo resume y actualiza algunas conclusiones del libro *Os métodos no Direito Internacional* (São Paulo: Lex, 2007).

ño de un método teórico de modelo deductivo para dar certidumbre a la “ciencia” del Derecho.

Palabras clave: Métodos, Derecho Internacional, teorías del Derecho Internacional.

Abstract: This article aims to analyze how methods contribute to accomplish doctrine’s social function. In this context, methods are presented as tools to elaborate more precise answers for legal practice. The article wants to demonstrate the ontological impossibility of that task. Methods cannot give certainty to doctrinal arguments.

To demonstrate this assumption through bibliographical research, the article presents the recent debate in international legal academy, and then starts with an example that serves as starting point to analyze the issue: the indeterminacy of the international customary law.

Based on the best known methods, the article projects their answers to the practical issue concerning custom. The outcome is negative, reaffirming the initial hypothesis: we have to abandon the dream of a theoretical method laid on deductive models to give certainty for legal “science”.

Keywords: Methods, International Law, International legal theory.

1. Renace un debate

Publicaciones recientes de importantes asociaciones académicas renovaron en los últimos años el interés por el método. La American Society of International Law (ASIL), la Escuela francesa de Reims y el *German Yearbook of International Law* fueron sede de debates y publicaron trabajos muy calificados sobre el tema.¹ En casi todos, el método es presentado como una herramienta intelectual dirigida a aquella que es vista como la mayor tarea del jurista, la determinación objetiva del derecho válido.

1 Peters, Anne. There is nothing more practical than a good theory: an overview of contemporary approaches to international law. *German Yearbook of International Law*, 44, 2001, pp. 25-37; Realités du Droit International Contemporain. *Les rapports entre l’objet et la méthode en Droit International*. Actes de la huitième rencontre de Reims, 27-28, mai 1989. Reims: Presses Universitaires de Reims, 1989; Ratner, Steven R. & Slaughter, Anne-Marie (eds.). The methods of international law. *Studies in Transnational Legal Policy*, 36, Washington: American Society of International Law, 2004.

Ya en los primeros textos sobre el tema en el Derecho Internacional contemporáneo, el método es una investigación paciente y cuidadosa, dotada de rigor, que trae como resultado una mayor certeza y objetividad, puesto que sus conclusiones se asientan en premisas demostrables y verificables por quien quiera seguir el mismo camino.² Quieren eliminar las quimeras, es decir, lo fantástico, haciendo que el Derecho baje al mundo real, empírico, donde la ciencia, según el modelo de las ciencias naturales, prepondere.

Muchos teóricos importantes, encantados con la idea de poder fundar sus proposiciones sobre bases sólidas, quizás incuestionables, se dedicaron a exponer y construir el método para la disciplina. Su objetivo fue común: alcanzar mayor objetividad en las respuestas sobre el contenido del Derecho. Sin embargo, sus caminos fueron diversos.

En la primera tarea, vinculada a la propia ontología del Derecho, mostraron divergencias en relación con la selección de los componentes del Derecho. Entre la concentración en el discurso normativo y la búsqueda de elementos axiológicos y empíricos, variaron las miradas, las perspectivas y los alcances de cada uno de los métodos.

La segunda tarea consistió en vincular los diferentes planos de la argumentación, de su fundamentación teórica, a las proposiciones dogmáticas resultantes. Para producir el encadenamiento deseado, deben ser establecidas algunas opciones sobre el contenido del Derecho Internacional, donde aparecen otras divergencias entre los autores. Estas opciones son respuestas a cuestiones como: ¿está el Derecho Internacional apoyado en la voluntad de los Estados o en una norma? ¿El método autoriza desvíos en el camino cuando las grandes potencias aparecen en la escena? ¿Acepta rectificaciones en los resultados de su método cuando ellos confronten supuestos consensos de la comunidad internacional?

El antes citado debate de la American Society buscó definir cuál de los varios métodos respondió mejor a esos desafíos. Por la estrecha ligación entre la objetividad de las aserciones dogmáticas con la propia función social

2 Esta asunción también corresponde a los apuntes más antiguos sobre el tema, v. g.: Oppenheim, Lassa. *The science of international law: its task and method*. *The American Journal of International Law*, 2(2), pp. 311-356, 1908; Schwarzenberger, Georg. *The inductive approach to international law*. London: Stevens & Sons, Dobbs Ferry; N.Y.: Oceana, 1965; Visscher, Charles de. *Méthode et système en Droit International*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1. 138, pp. 75-79, 1973-1; Bos, Maarten. *A methodology of international law*. Amsterdam: North-Holland, 1984; Castberg, Fred. *La méthodologie du Droit International Public*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 43, pp. 313-383, 1933-1; Rosenne, Shabtai. *Practice and methods of international law*. London: Oceana, 1984.

de la dogmática jurídica, que sería la solución de conflictos con un mínimo de perturbación social,³ es evaluar los métodos a partir de la contribución que brindan para la realización de esta función.

Sin embargo, antes de elegir el mejor método, cabe preguntarse si sería necesario algún método, cualquiera que sea, para este menester. Aquí reside el objetivo de este artículo: indagar sobre la contribución de los métodos para la realización de la función social de la dogmática jurídica. Dicho de otra manera, se debe evaluar su capacidad de minimizar la indeterminación del discurso normativo en el plano del discurso dogmático, dotándolo de mayor objetividad.

Es necesario agregar una nota sobre la relación de este artículo con la Escuela Crítica del Derecho Internacional (Critical Legal Studies). Apoyados en las investigaciones de Duncan Kennedy y Mangabeira Unger, entre otros, David Kennedy y Martti Koskenniemi, para citar solamente a los más famosos, desarrollaron en las últimas tres décadas un programa de investigación destinado a poner en evidencia la estructura de la argumentación jurídica internacional.⁴

Aunque oscilen entre un fuerte escepticismo en relación con el peso de los argumentos en las decisiones jurídicas —una radicalización del pensamiento realista norteamericano— y la importancia de un cierto formalismo en el Derecho para permitir el interrelacionamiento entre los Estados, constituyente de una liturgia, un rito, un *habitus* que estructura el diálogo y constituye una base para la interacción, sus investigaciones revelan puntos que son presupuestos importantes para este artículo: a) existe una indeterminación en el discurso jurídico, que no puede ser reducida a un grupo restringido de conceptos indeterminados y zonas grises —la indeterminación forma parte de la estructura de la argumentación jurídica internacional—; b) las grandes oposiciones políticas y las confrontaciones de intereses no son sublimadas por el Derecho, que constituye, como ya se había dicho, un modo de realizar estos enfrentamientos. En otras palabras, para los Critical Legal Studies, el Derecho tiene una baja autonomía en relación con la política.

3 Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998; Luhmann, Niklas. *Sistema jurídico e dogmática jurídica*. Trad. e intro. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978.

4 Véase, principalmente: Kennedy, David. Theses about international law discourse. *German Yearbook of International Law*, 23, pp. 353-389, 1980; Koskenniemi, Martti. *From apology to utopia: the structure of the international legal argument*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University, 2005.

Este trabajo se vale de esas perspectivas críticas para examinar el papel específico de los métodos en la argumentación jurídica internacional, no obstante guarde distancia en cuanto a los efectos de ese diagnóstico para una descripción adecuada del Derecho Internacional. El mayor desacuerdo se refería al papel de la racionalidad y, en consecuencia, de la argumentación en el Derecho Internacional.

Se reconoce que el grado de autonomía del Derecho en relación con la política es variable de acuerdo con el régimen, pero no se acepta la eliminación de la normatividad del Derecho, ni tampoco de las constricciones, también variables, que la necesidad de justificativas racionales basadas en normas impone a los actores de las relaciones internacionales.

A fin de ilustrar el problema de la indeterminación y así orientar la propia argumentación de este trabajo en un modelo ascendente, partiendo del tema más concreto hacia el más abstracto, habrá que hacer referencia a un problema crítico de indeterminación en la formación del Derecho Internacional, la costumbre. En particular, se cuestionará sobre los contornos dados a su elemento objetivo, la práctica general. Identificada la indeterminación, se pasará a describir los métodos y se intentará, a partir de ellos, resolverla. El éxito de uno o varios de ellos permitiría atender al objetivo fijado, en la medida en que comprobaría su eficacia instrumental para la realización de la función social de la dogmática jurídica. Este es el itinerario de la exposición que se va a seguir.

2. Un ejemplo: la indeterminación de la práctica en la costumbre internacional

La doctrina se habituó a describir la formación de la costumbre recurriendo a la teoría de los dos elementos, combinación de práctica y *opinio juris*. Para esa clave doctrinaria se debe analizar cada elemento por separado. En primer lugar, se examina la práctica, constituida por actos de los Estados. Una lista típica de tales manifestaciones figura en los manuales de la disciplina, que toman por base las colecciones nacionales de actos diplomáticos.⁵ Los actos de las organizaciones internacionales también pueden contar,⁶ pero circulan

5 Véase, p. ej.: Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale; Consiglio Nazionale delle Ricerche. *La Prassi Italiana dei Diritto Internazionale*. Prima serie, v. I. New York: Oceana, 1970; Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Repertório da prática brasileira do Direito Internacional Público*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984.

6 Cf. Virally, Michel. Fuentes del Derecho Internacional. En: Sorensen, Max. *Manual de*

dudas en relación con la extensión de esta aceptación a las organizaciones no gubernamentales (ONG) e individuos.⁷

Una investigación de los criterios doctrinarios demuestra diversos problemas en la descripción presentada.⁸ En efecto, la llamada teoría del Derecho Internacional consuetudinario tiene problemas para evaluar los precedentes que encuentra en aquellos y en otros repositorios. Se indaga sobre la concreción del acto, como, por ejemplo, si una ley interna debería ser aplicada por los tribunales o por el poder ejecutivo para que pudiese ser presentada como práctica de Estado. La prueba y el peso atribuidos para omisiones, así como para meras declaraciones no seguidas de actos concretos, también son motivo de incertidumbre.⁹

Cuando los criterios disponibles para responder a tales preguntas son examinados en profundidad, no se encuentra redención. Generalidad, uniformidad y frecuencia son términos que permiten empleos muy diferentes en la jurisprudencia. Aun cuando la primera algunas veces es asociada a la universalidad, un juez de la Corte Internacional de Justicia entendió que la práctica de un grupo peculiarmente pequeño de Estados con poder nuclear sería suficiente para demostrar una práctica *general*.¹⁰

derecho internacional público. Trad. Dotación Carnegie. México: Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 168; Cançado Trindade, Antônio Augusto. Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta. *Revista de Informação Legislativa*, 69, jan.-mar., 1981, pp. 126-127. Los actos de la práctica de las organizaciones también son compendiados, como la serie United Nations. *Repertory of the practice of the United Nations organs*. New York: UN, E 57.1.

7 Por la inclusión de actos de individuos escribió: Scelle, Georges. Les règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 46, 1933, p. 433. En contra: Akehurst, Michael. Custom in international law. *British Yearbook of International Law*, 47, 1974-5, p. 11; Wolfke, Karol. *Custom in present international law*. 2ª ed. rev. Dordrecht: M. Nijhoff, 1993, p. 58.

8 Dos importantes trabajos críticos de ese abordaje doctrinario son: Haggemacher, Peter. La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale. *Revue Générale de Droit International Public*, 1. LXXXX, pp. 5-125, 1986; Kelly, J. Patrick. The twilight of customary international law. *Virginia Journal of International Law*, 40, pp. 449-544, 1999-2000.

9 La doctrina recoge visiones claramente opuestas sobre esta cuestión. Favorece la inclusión de todos estos actos: Akehurst, Custom in . . . , ob. cit. En contra, exigiendo que los actos sean concretos: Thirlway, H. W. A. *International customary law and codification: an examination of the continuing role of custom in the present period*. Leyden: Sijthoff, 1972.

10 ICJ. *Legality of the threat or use of nuclear weapons*. Advisory opinion of 8 July 1996. Dissenting opinion of vice-president Schwebel.

El criterio temporal fue obviamente puesto en duda cuando la doctrina asumió la posibilidad de una “costumbre instantánea”.¹¹ Finalmente, el criterio de la uniformidad suscita indagaciones, pues implica un razonamiento por analogía derivado de la comparación de los actos compilados de la práctica y, en ese ámbito –el de la analogía–, se abre un amplio espacio para argumentar, con fuerte énfasis en los valores involucrados, como lo demostró Frederic Kirgis con su famosa teoría de la “escala flexible”.¹²

Las normas consuetudinarias están en la cotidianidad del Derecho Internacional, ya que son la principal fuente del Derecho Internacional general, aplicable a todos los Estados y organizaciones internacionales. Su aplicación va desde los tribunales penales internacionales hasta las reglas de interpretación de los tratados. Sin embargo, cuando son cuestionadas, como en casos sensibles, a ejemplo de la legítima defensa preventiva o de la licitud de armas nucleares, la fórmula de la costumbre se diluye y argumentos favorables y contrarios a la existencia de la regla se oponen sin perspectivas de una solución estable, definitiva, es decir, de una respuesta correcta.

Mientras unos podrán decir que hay precedentes suficientes en las leyes y decisiones judiciales de varios Estados, otros argumentarán que el consenso es fruto de la inviabilidad política de la disensión, no de la *opinio juris*. La fuerza y el poder forjan y, por lo tanto, enmascaran el consenso.¹³ En otros casos, aun faltando comprobación cabal de las manifestaciones de los Estados o incluso encontrando severas disonancias entre ellas, se asume la regla como existente.

Los valores, entonces, orientan la decisión. Más que el problema de una respuesta correcta en relación con el mérito de las cuestiones aquí referidas, está en duda el papel del método para construir un *pathos*, un camino para encontrarlas, en todos los casos, a partir de un conjunto fijo de presu-

11 Cheng, Bin. UN resolutions on outer space: “instant” international customary law? *Indian Journal of International Law*, 5, pp. 23-48, 1965.

12 Kirgis Jr., Frederic L. Custom on a sliding scale. *The American Journal of International Law*, 81(1), pp. 146-151, 1987. La teoría de la escala flexible argumenta, en síntesis, que, cuando están en juego valores sobre los cuales exista razonable consenso en la comunidad internacional, disminuyen las exigencias de comprobar con mayor rigor la existencia de un conjunto consistente de precedentes de práctica. El deber de demostrar precedentes sería proporcionalmente reducido en función del consenso en cuanto a los valores en cuestión.

13 V. Stern, Brigitte. Custom at the heart of international law. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11(1), pp. 89-104, 2000.

puestos teóricos. El próximo numeral presenta los intentos de cumplir esa ardua misión.

3. La determinación por el método

Siguiendo el itinerario propuesto, se intenta entonces encontrar soluciones para esos problemas recurriendo a los métodos. Se trata de probar los métodos a partir de su capacidad de trabajar con las incertidumbres halladas, principalmente aquellas relacionadas con los aspectos de poder y aquellas dependientes de los valores.

La principal afirmación de las propuestas metodológicas es la de que un método sería capaz de definir cuáles son los elementos que deben ser considerados para posibilitar una conclusión objetiva, esto es, para producir conocimiento confiable. Los métodos en el Derecho generalmente asumen esa tarea también. El positivismo de Hans Kelsen es un ejemplo; su teoría está basada solamente en factores jurídicos, primordialmente en normas emanadas por los Estados. El poder y el valor circulan en el mundo en el que vive el Derecho, pero no son objeto de una ciencia pura de este.¹⁴

En oposición, una ola de escuelas “realistas” refutó la exclusión de tales elementos del método jurídico. Este movimiento incluyó abordajes sociológicos, como el de Hans Morgenthau en *La réalité des normes* y el de Charles de Visscher en *Théories et réalités du Droit International*, para quien el Derecho debería considerar los diferentes aspectos de la distribución desigual del poder entre las unidades del sistema de las relaciones internacionales. Y, por otro lado, los mismos autores pretendieron reincorporar los valores al Derecho, para darle una dimensión prospectiva dirigida a la realización de los “fines humanos” del poder.¹⁵

En los Estados Unidos, el realismo jurídico señaló la influencia de una miríada de factores sobre la decisión judicial y se basó en la afirmación de que el objetivo de la ciencia del Derecho sería la previsibilidad de las decisiones judiciales. Aplicado al Derecho Internacional, aun con algunos elementos adicionales derivados de la sociología, este abordaje fue elaborado en un

14 Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

15 Morgenthau, Hans. *La réalité des normes, en particulier les normes du Droit International: fondements d'une théorie des normes*. Paris: Félix Alcan, 1934; Visscher, C. *Théories et réalités du Droit International Public*. 4ª ed. Paris: A. Pedone, 1970.

método que engloba el proceso mundial de toma de decisiones, conocido como Escuela de New Haven.¹⁶

Un examen cuidadoso de estos métodos frente a los problemas reales de la decisión judicial (o del estudio doctrinario del derecho aplicable) demuestra que no son exitosos en su tarea de aumentar la certeza en el proceso de determinación del derecho válido. Al retomar la cuestión del derecho consuetudinario, queda claro lo inútiles que son los métodos. Si, por ejemplo, se considera el poder como una variable relevante, este puede explicar por qué normas generales no pueden llegar a ser realmente generales sin el consentimiento de las grandes potencias.

Pero ¿cómo evitar la afirmación consiguiente de que el Derecho es tan solo el texto dictado en voz alta por las mismas grandes potencias? El efecto colateral de este abordaje es la eliminación del carácter normativo del Derecho. Para alcanzar una mejor descripción de la realidad, se pierde el principal aspecto del Derecho, su imperatividad.¹⁷

Decir qué valores tienen un papel por desempeñar en la determinación de la costumbre es algo relevante; la teoría de la escala flexible puede ser probada a través de un análisis amplio de decisiones de las cortes internacionales. No obstante, ha sido imposible, hasta el momento, presentar una teoría objetiva de los valores para la determinación del derecho. Varios autores intentaron hacerlo por diferentes caminos, desde la teoría de los “intereses conspicuos” de Michael Byers¹⁸ a la división entre vieja y nueva costumbre, presentada por Anthea Roberts,¹⁹ pero ninguna de ellas se libró de la elección subjetiva de los valores cuando la determinación del derecho dependía de la elección entre valores concurrentes.

16 Los trabajos iniciales de esa escuela en Derecho Internacional son de autoría de Myres McDougal, como ejemplifica su curso en la Academia de la Haya: McDougal, Myres S. International law, power and policy: a contemporary conception. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 82, pp. 137-259, 1953-1.

17 Koskenniemi ha sostenido que apología/realidad e utopía/normatividad son los extremos opuestos de la argumentación jurídica, que constituye la propia “gramática” de su discurso, en conclusión semejante a lo que puede ser dicho sobre los métodos, en la relación entre derecho y poder. Véase Koskenniemi, *From apology to utopia...*, ob. cit.

18 Byers, Michael. *Custom, power and the power of the rules: international relations and customary international law*. Cambridge: Cambridge, 1999, pp. 162-165.

19 Roberts, Anthea Elizabeth. Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation. *The American Journal of International Law*, 95(4), pp. 757-791, 2001.

Aunque haya algún potencial explicativo en la descripción de decisiones pasadas hecha por Byers con fundamento en su argumento de los “intereses conspicuos”, se debe reconocer que es imposible enumerar tales intereses en orden jerárquico. Y cuando él remite esa última verificación al examen de la práctica de los Estados, recae en el mismo defecto de circularidad en su argumentación, que es el de determinar lo indeterminado mediante el recurso a la práctica, la cual es indeterminada.

4. Contra el método

La conclusión central de este estudio es escéptica en relación con los métodos. Al contrario de lo que fue afirmado al final del Simposio de la ASIL sobre el tema en 1999, los métodos *no* son el mensaje. Ellos no logran promover el rigor sintáctico propuesto. La argumentación de los juristas se mueve a partir del problema y no a partir de un modelo predeterminado metodológicamente. Como resultado, las premisas teóricas no determinan las respuestas concretas, permitiendo sucesivos e indeterminados acoplamientos y re combinaciones.

Términos como positivismo y voluntarismo no tienen asociación necesaria, mucho menos implican una respuesta definitiva sobre el peso de las grandes potencias en la formación de la costumbre, por ejemplo. Cuando son enfrentados a la exigencia de restringir las variables del pensamiento jurídico, al controlar el poder y los valores, los métodos no logran construir respuestas confiables, ni pueden ofrecer el rigor sintáctico que prometen. En otras palabras, el discurso jurídico no puede seguir sus sendas axiomatizadas de pasos ciertos y encadenados.

En el rápido panorama trazado, se pretendió demostrar que las identidades de sus proposiciones teóricas se construyeron especularmente; una surge del rechazo a la otra. De la misma forma que muchos argumentos que incorporan, a ejemplo del voluntarismo o del objetivismo, del monismo o del dualismo, los métodos también son fórmulas teóricas que cobran significado por la oposición. Así sucede en el jusnaturalismo racionalista al voluntarista, en el positivismo al jusnaturalismo, en el realismo al positivismo. Son conceptos relacionales; el significado de cada uno depende de la existencia del opuesto.

Supuestamente, la crítica a estos abordajes precisa también enfrentar argumentos contrarios y ser bien sopesada. Para ello, la investigación propuesta se dirige a la estructura de la argumentación jurídica. El pasaje de una investigación de cuño semántico hacia el campo de la pragmática se

justifica porque uno de los problemas de los métodos es su insistencia en la construcción de modelos perfectos, sin conectarlos a situaciones reales.

Como es de conocimiento general, un abordaje pragmático del Derecho implica negación de algunas pretensiones de objetividad que guiaron las investigaciones anteriores. Un ejemplo es la aceptación de que el Derecho trabaja con lo que parece ser verdadero (verosimilitud), no con la verdad propiamente dicha. Las escuelas de la nueva retórica, de la tópica y de la argumentación jurídica explotan esta perspectiva, fundamentadas en el criterio del control racional de la argumentación y no en el objetivo de alcanzar la verdad por el proceso de decisión.²⁰

Este cambio en la argumentación demuestra que los métodos produjeron o permitieron la producción de un repertorio dinámico y siempre creciente de máximas, teorías, criterios distintivos entre categorías antinómicas, clasificaciones y otras herramientas lingüísticas que son aplicadas en la argumentación real. Entonces, es posible decir que los métodos constituyeron un repertorio que es el horizonte de la argumentación y también su límite.²¹ Para subrayar las características de este repertorio, se puede repetir que está permanentemente en estado de cambio y renovación.

Los métodos funcionan como “fórmulas de condensación” en la argumentación jurídica y presentan patrones discursivos de efecto “performativo”, pero no son aptos para desempeñar la función antes mencionada.

Como ya había sido anunciado, no se endosa aquí ningún nihilismo. La falta de determinación en el Derecho puede ser reparada parcialmente por estrategias argumentativas, sobre todo por la mayor proximidad a lo que Aulis Aarnio llamó “material normativo primario”.²² Los argumentos serán mejores y más correctos cuando se comparen a la experiencia pasada de los juristas, considerados en forma amplia. La masa de informaciones relativas a textos jurídicos dotados de autoridad, incluidos los trabajos doctrinarios,

20 Perelman, Chaïm & Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996; Viehweg, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979; Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

21 Sobre el papel de los *topoi* como repertorio, véase Viehweg, *Tópica e jurisprudência*, ob. cit., p. 78.

22 Aarnio, Aulis. Is legal science a social science? In: Krawietz, Werner; MacCormick, Neil & Von Wright, Georg Henrik (eds.). *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems*. Festschrift for Robert S. Summers. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 8.

las decisiones judiciales, la práctica de los Estados y así sucesivamente, constituye este material primario a partir del cual puede ser construido un argumento válido. Las soluciones producidas por esos caminos, trazados recién cuando se fija la meta (la resolución de un problema identificado), son siempre inestables y circunstanciales.²³

Para el objetivo delineado en este artículo, cabe decir que tales resultados no solamente son inestables, sino que, para llegar a ellos, poco importa cuál es el método usado. En ese ámbito todo vale, como dijo el anarquista Paul Feyerabend, refiriéndose a la ciencia en general.²⁴ La quimera del método debe ser evitada porque crea, desde el punto de vista descriptivo, una expectativa no realizada de certidumbre y, desde el punto de vista normativo, una censura innecesaria a la creatividad en la argumentación.

Esto recuerda el famoso poema de Octavio Paz que dice que la forma —y aquí el método es un intento de formalizar el razonamiento jurídico— “debe servir de piel al pensamiento, o se convierte en su prisión”.²⁵ Esta es, por cierto, una severa crítica a los abordajes metodológicos, aquí endosada.

23 Aguiló usa la expresión “síntesis inestables”. Aguiló Regla, Josep. Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, pp. 289-319, 2003, p. 294. Aproximase el sobredicho a la noción de *dubium* aportada por Ferraz Jr., definido como un conflicto intermitente, que debe parar y continuar a partir de la decisión. Ferraz Jr., Tércio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 75.

24 Feyerabend, Paul K. *Against method: outline of an anarchistic theory of knowledge*. London: Verso, 1979.

25 Paz, Octavio. Retórica. En: Paz, O. *Obra poética (1935-1988)*. Barcelona: Seix Barral, 1998.

Bibliografia

- Aarnio, Aulis. Is legal science a social science? In: Krawietz, Werner; MacCormick, Neil & Von Wright, Georg Henrik (eds.). *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems*. Festschrift for Robert S. Summers. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- Aguiló Regla, Josep. Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, pp. 289-319, 2003.
- Akehurst, Michael. Custom in International Law. *British Yearbook of International Law*, 47, pp. 1-55, 1974-5.
- Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- Bos, Maarten. *A methodology of International Law*. Amsterdam: North-Holland, 1984.
- Byers, Michael. *Custom, power and the power of the rules: international relations and customary international law*. Cambridge: Cambridge, 1999.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta. *Revista de Informação Legislativa*, 69, pp. 91-134, jan.-mar., 1981.
- . *Repertório da prática brasileira do Direito Internacional Público*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984.
- Castberg, Fred. La méthodologie du Droit International Public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 43, pp. 313-383, 1933-1.
- Cheng, Bin. UN resolutions on outer space: "instant" international customary law? *Indian Journal of International Law*, 5, pp. 23-48, 1965.
- Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- . *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- Feyerabend, Paul K. *Against method: outline of an anarchistic theory of knowledge*. London: Verso, 1979.
- Haggenmacher, Peter. La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale. *Revue Générale de Droit International Public*, 1. LXXXX, pp. 5-125, 1986.
- ICJ. *Legality of the threat or use of nuclear weapons*. Advisory opinion of 8 July 1996. Dissenting opinion of vice-president Schwebel.
- Kelly, J. Patrick. The twilight of customary International Law. *Virginia Journal of International Law*, 40, pp. 449-544, 1999-2000.

- Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- Kennedy, David. Theses about International Law discourse. *German Yearbook of International Law*, 23, pp. 353-389, 1980.
- Kirgis Jr., Frederic L. Custom on a sliding scale. *The American Journal of International Law*, 81(1), pp. 146-151, 1987.
- Koskenniemi, Martti. *From apology to utopia: the structure of the international legal argument*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University, 2005.
- Luhmann, Niklas. *Sistema jurídico e dogmática jurídica*. Trad. e intro. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978.
- McDougal, Myres S. International law, power and policy: a contemporary conception. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 82, pp. 137-259, 1953-1.
- Morgenthau, Hans. *La réalité des normes, en particulier les normes du Droit International: fondements d'une théorie des normes*. Paris: Félix Alcan, 1934.
- Oppenheim, Lassa. The science of International Law: its task and method. *The American Journal of International Law*, 2(2), pp. 311-356, 1908.
- Paz, Octavio. Retórica. En: Paz, O. *Obra poética (1935-1988)*. Barcelona: Seix Barral, 1998.
- Perelman, Chaïm & Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- Peters, Anne. There is nothing more practical than a good theory: an overview of contemporary approaches to International Law. *German Yearbook of International Law*, 44, 2001, pp. 25-37.
- Ratner, Steven R. & Slaughter, Anne-Marie (eds.). The methods of International Law. *Studies in Transnational Legal Policy*, 36, Washington: American Society of International Law, 2004.
- Realités du Droit International Contemporain. *Les rapports entre l'objet et la méthode en Droit International*. Actes de la huitième rencontre de Reims, 27-28, mai 1989. Reims: Presses Universitaires de Reims, 1989.
- Roberts, Anthea Elizabeth. Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation. *The American Journal of International Law*, 95(4), pp. 757-791, 2001.
- Rosenne, Shabtai. *Practice and methods of International Law*. London: Oceana, 1984.
- Scelle, Georges. Les règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 46, pp. 327-703, 1933.

- Schwarzenberger, Georg. *The inductive approach to International Law*. London: Stevens & Sons, Dobbs Ferry; N.Y.: Oceana, 1965.
- Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale; Consiglio Nazionale delle Ricerche. *La Prassi Italiana dei Diritto Internazionale*. Prima serie, v. I. New York: Oceana, 1970.
- Sørensen, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Trad. Dotación Carnegie. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.
- Stern, Brigitte. Custom at the heart of International Law. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11(1), pp. 89-104, 2000.
- Thirlway, H. W. A. *International customary law and codification: an examination of the continuing role of custom in the present period*. Leyden: Sijthoff, 1972.
- United Nations. Repertory of the practice of the United Nations organs. New York: UN, E 57.1.
- Viehweg, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.
- Visscher, Charles de. Méthode et système en Droit International. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1. 138, pp. 75-79, 1973-1.
- . *Théories et réalités du Droit International Public*. 4^a ed. Paris: A. Pedone, 1970.
- Wolfke, Karol. *Custom in present International Law*. 2^a ed. rev. Dordrecht: M. Nijhoff, 1993.

