

## INCIDENTES INTERNACIONALES: MEDIO LEGAL

Michael REISMAN

SUMARIO: I. *Influencias políticas y derecho internacional*; II. *Los abogados internacionalistas e incidentes*; III. *La búsqueda del derecho en sistemas nacionales*; IV. *Trasponiendo los métodos del derecho nacional al sistema internacional*; V. *Grados diferenciales del deterioro del texto y contexto*; VI. *El costo de la trasposición*; VII. *Hacia una nueva unidad epistemológica internacional*; VIII. *Elijiendo incidentes*; IX. *Identificación de los hechos relevantes*; X. *Predisposición en la elección e interpretación de los incidentes*; XI. *Implicaciones normativas de este enfoque*; XII. *El uso de los resultados de los estudios de los incidentes*.

Teoría capaz de enfrentar hechos... eso es lo que necesitamos.

Llewellyn

Agradezco esta oportunidad para compartir con ustedes algunas investigaciones recientes que con mis estudiantes hemos desarrollado en Yale. Esta investigación tiene relación con la elaboración de métodos más adecuados para identificar las concepciones del derecho que tienen realmente aquellos que detentan el poder. Ese trabajo conjunto será publicado en breve. Así, esta conversación será algo de un *tour d'harizon*. Menciono mi agradecimiento a Emilio Sahurie, candidato doctoral en la Escuela de Derecho de Yale, por ayudarme en la traducción de esta presentación.

Olvide el "derecho" por un momento. La escena es Beijing. Usted es un consejero de política internacional del gobierno de la República Popular de China. La noticia que monopoliza el tráfico del cable es la invasión de Argentina de las Islas Malvinas. A pesar de que la invasión ocurre al otro lado del planeta, en una región donde China no está directamente envuelta, usted probablemente seguirá con gran interés los eventos de las próximas semanas.

A algunos de sus colegas les importará la dimensión militar del conflicto, por ejemplo, los problemas encontrados en el lanzamiento,

ataques anfibios sobre posiciones bien guarnecidas en la isla, el establecimiento de canales de abastecimiento a través de largas distancias, y el uso de armas en un medio ambiente hostil. Pero usted estará absorto en un aspecto bastante diferente de la cuestión: las reacciones de la comunidad internacional a la aserción unilateral de una nación del derecho a capturar una isla fuera de sus costas.

La razón es obvia. China reclama la isla de Taiwan (reclamo cuya validez es ahora reconocida por la mayor parte de los otros Estados del orbe), la cual está situada a 100 millas del territorio continental chino. Pero incluso aquellos que admiten la validez de tal reclamo territorial le han prevenido que no use la fuerza para recuperar Taiwan. No obstante que la Carta de las Naciones Unidas prohíbe el uso de la fuerza en términos generales, usted reconoce que ésta es utilizada bastante a menudo en las relaciones entre Estados y que en ciertos casos ello no es siquiera seriamente condenado. La guerra distante de las Malvinas es de gran interés para usted pues representa casi una prueba de laboratorio sobre la verdadera intensidad de las objeciones al uso de la fuerza en esta clase de materias. Un alto grado real de tolerancia de la acción unilateral argentina —a pesar de las palabras y otras condenaciones verbales— puede ser una señal de que la comunidad internacional está presta a aceptar tal reivindicación de derechos a través de actos militares. Una condena sustancial de Argentina y apoyo efectivo a Gran Bretaña puede indicar exactamente lo contrario.

## I. INFERENCIAS POLÍTICAS Y DERECHO INTERNACIONAL

En su análisis de un evento tan complejo como el de las Malvinas, usted está en verdad trazando inferencias sobre las expectativas normativas de quienes son políticamente efectivos en la comunidad internacional. Aquellas expectativas constituyen una variable significativa en el comportamiento político internacional, puesto que nociones generalizadas de lo que es correcto influyen en percepción, reacción, capacidad de movilización. Tales inferencias acerca de qué es lo que otros actores consideran un comportamiento aceptable no derivan de fallos internacionales o de documentos constitucionales, de leyes o tratados. Ellas derivan casi completamente de las respuestas que actores claves dan a ciertos eventos críticos. Las expectativas y demandas de dichos actores en sí mismas pueden haber sido modeladas, en parte, por muchas de las fuentes formales del derecho recién men-

cionadas. Pero el que las fuentes formales del derecho tengan significancia genuina o sean simplemente una fachada encubridora de toscos y efímeros cálculos políticos puede ser evaluado solamente una vez que usted ha visto cómo les ha ido, qué rol efectivo jugaron, en un incidente en particular.

Los consejeros políticos constantemente estudian incidentes como el de la guerra de las Malvinas y de ellos efectúan inferencias acerca de las expectativas políticamente relevantes. En forma permanente estas inferencias son puestas al día con la información fresca que emana de eventos similares. Por supuesto, en la predicción o proyección del comportamiento futuro también es menester tomar en cuenta una variedad de otros factores políticos que son únicos a cualquier evento y que lo caracterizan. No es una falta de servicio al derecho el reconocer que prescripciones acerca de que uno *debe* hacer, desafortunadamente, son sólo un factor a considerar en la decisión de qué es lo que uno *hará*. Naturalmente, el peso otorgado a normas prescriptivas variará de acuerdo al contexto fáctico, a la identidad de los actores, y a la efectividad del sistema legal que hará cumplir las normas.

Las expectativas normativas que los analistas políticos infieren de eventos son la sustancia de mucho del derecho internacional contemporáneo. El hecho de que quienes infieren normas de los incidentes no se refieren al producto de su investigación como "derecho internacional" en manera alguna afecta la validez de su empresa, de la misma manera que el olvido del M. Jourdain de Moliere al hecho de que él estaba hablando prosa significaba que no lo estaba haciendo. Como quiera que se le llame, esto es derecho. Con todo, al menos como consideración primera, el sugerir que uno debiera orientarse en el sistema legal internacional con base en tales incidentes y no primariamente por referencia a las leyes, los tratados, la costumbre venerable y opiniones judiciales y arbitrales, es sorprendentemente inconsistente con las nociones aceptadas del derecho. Y, en efecto, como veremos, las implicaciones de esta reorganización en el enfoque son profundas en el campo de la filosofía del derecho, en formas que van más allá incluso de la inquietante observación de Jellinek acerca de la "fuerza normativa de lo fáctico".

## II. LOS ABOGADOS INTERNACIONALISTAS E INCIDENTES

Los abogados internacionalistas con frecuencia lamentan el que raramente ellos son consultados por quienes toman decisiones en materia

de política exterior. Esto no puede ser atribuido a un disgusto general, visceral, por los abogados, por cuanto los oficiales gubernamentales, cuando operan a un nivel nacional, constantemente consultan a sus abogados. Ellos asumen correctamente que los abogados son especialistas fidedignos que pueden ser confiables con respecto al entendimiento de las expectativas de quienes son política y legalmente efectivos. ¿Por qué razón es que quien toma decisiones no recurre a sus abogados internacionalistas con la misma frecuencia?

Existen numerosas razones por las cuales los abogados internacionalistas son cada vez más irrelevantes en muchas de las áreas de la política internacional; no todas ellas son atribuibles a los abogados. No podemos ignorar la decadencia avanzada del sistema legal formal que fue tan penosamente reconstruido después de la Segunda Guerra Mundial. Es poco probable que uno buscaría y pagaría por el consejo de devotos de un sistema legal demostradamente inefectivo de la misma forma que uno tampoco buscaría y pagaría por las bendiciones de sumos sacerdotes de una secta que está en manifiesto desfavor con la divinidad pertinente. Pero los problemas que llamamos "legales" continúan presentándose para su resolución, sea cual fuere el estado del sistema; incluso en un sistema decadente alguien debe desempeñar funciones legales. Las razones de la disminuida relevancia de los abogados internacionalistas es menos atribuible al sistema que a los abogados mismos y al marco teórico dentro del cual se desenvuelven. En áreas claves del derecho internacional público, los abogados internacionalistas se hacen ellos mismos irrelevantes al fallar primero en identificar cuál es el derecho internacional en este contexto y luego en comunicar sus indagaciones a aquellos que ocupan cargos de responsabilidad. Los abogados internacionalistas dan relativamente poca atención a los incidentes de los cuales consejeros políticos infieren sus universos normativos. En cambio, los abogados persisten en construir sus propios universos normativos de los textos. Ellos así confinan su atención a las fuentes del derecho internacional, las cuales fueron o meramente ceremoniales en su concepción, o que, aunque más animadas por intenciones normativas al momento de su creación, han cesado, como explicaré más adelante, en su congruencia con las expectativas de autoridad y control mantenidas por las elites efectivas.

Con seguridad, algunos abogados internacionalistas tratan de examinar la práctica efectiva, pero, como veremos, tal ejercicio es una empresa bastante diferente de la investigación legal intuitiva del consejero político. En vez de ver incidentes como indicadores de normas

o generadores de normas, como lo hace el consejero político, el abogado internacionalista generalmente reacciona a ellos en forma de juzgamiento, asumiendo que la norma en cuestión tiene una existencia *a priori* y permanente, y examinan incidentes en términos de su violación o conformidad con alguna norma en particular.

La pregunta que el consejero político formulará, en claro contraste, es no solamente si los actos en cuestión han violado alguna norma pre-existente, pero más bien si el comportamiento de las elites puede dar pauta para inferir sus expectativas acerca de lo que es permisible. Esta interrogante es eminentemente práctica, por cuanto incluso aquellos quienes no emplean regularmente la palabra "derecho" en sus discursos, e incluso quienes ven con sarcasmo el uso de esta palabra, deben efectuar estimaciones sobre las subjetividades de aliados y adversarios por igual. Estas subjetividades necesariamente incluyen lo que aquellos actores piensan que es correcto. En un mundo en el cual tanto aliados como adversarios no se someten a entrevistas intensivas y raramente se ofrecen voluntariamente a ellas o es permitido decir toda la verdad (o parte de ella), actos —acciones y reacciones— se convierten en una de las escasas ventanas disponibles hacia lo que otros piensan, consciente o inconscientemente.

En rebeldía del abogado, el consejero político toma su lugar.

### III. LA BÚSQUEDA DEL DERECHO EN SISTEMAS NACIONALES

Todos los abogados, sea que se desempeñen a un nivel nacional o internacional, enfrentan el mismo meollo en los problemas de determinación de la ley aplicable: la identificación de las normas operacionales empleadas por quienes son política y legalmente relevantes en una situación proyectada, a fin de predecir con exactitud cómo ellos probablemente caracterizarán y reaccionarán frente a diferentes opciones de conducta, y de esta manera adoptar y recomendar al cliente el plan de acción más prometedor.

Identificar el derecho en los Estados Unidos es una tarea simple y relativamente rutinaria. Por algo, el abogado sabe quienes toman decisiones. Las leyes son guías confiables de las expectativas legales, pero es la decisión de un tribunal lo que representa la prueba real: la experiencia ha enseñado a los abogados estadounidenses que para casi todos sus propósitos el derecho en realidad lo hacen los tribunales. Este discernimiento ha permitido a la ciencia jurídica de los Estados Unidos adoptar como su unidad básica del conocimiento, lo que podríamos lla-

mar su unidad "epistemológica", a los fallos de tribunales de segunda instancia. Una industria tremenda y de una tecnología impresionante se ha desarrollado para recolectar, catalogar y analizar esas unidades epistemológicas, los fallos de apelación, todos los cuales se ponen a la disposición de practicantes y académicos en sistemas de recolección de una rapidez y sofisticación cada vez mayores. Los sistemas de inferencia llamados "razonamiento legal" o "lógica legal" son aplicados a esas unidades epistemológicas y se convierten en una parte importante del repertorio del abogado en la predicción de los fallos futuros de los tribunales y en tratar de influir tales decisiones.

¿Por qué en los Estados Unidos los fallos judiciales han sido un indicador razonable de las normas operacionales del *stratum* políticamente relevante? Algunos abogados estadounidenses, sin ninguna perspectiva comparativa o histórica, han asumido que la respuesta a aquella pregunta puede ser encontrada en el carácter intrínseco de los tribunales. Esta simplificación extrema es indudablemente engañadora, por cuanto se mira al resultado sin atender a sus causas. En particular, ella evade la pregunta igualmente importante de *porqué* los tribunales son efectivos en tal ambiente. No es sorprendente que quienes aceptan esta agudeza aparente y han buscado aplicarla en el ámbito internacional han concluido que la indocilidad y violencia que caracteriza a la política internacional es atribuible a la ausencia de tribunales. Por ejemplo, el Movimiento para la Paz en los Estados Unidos a fines del siglo XIX fue, en gran parte, un movimiento destinado a establecer un sistema judicial internacional. En efecto, este fue un factor de la mayor importancia en la creación de los tribunales internacionales del siglo XX. El *locus classicus* de este punto de vista fue el legado de Andrew Carnegie para el establecimiento del Palacio de la Paz en La Haya como la sede de la Corte Permanente de Arbitraje. Tan confiado estaba Carnegie de que la Corte sería exitosa, que instruyó al Consejo de Administración a que usara el excedente del dinero a su arbitrio, en la forma más conveniente para servir a los intereses de la humanidad, una vez que la paz mundial hubiese sido asegurada.

Desde 1899, tribunales internacionales han existido en una u otra forma, mas la indocilidad y violencia del escenario han persistido. Llanamente, no es la presencia o ausencia de tribunales lo que determina que un orden mínimo será alcanzado. Son otros factores los críticos.

Los tribunales han sido instituciones políticas de significancia en los Estados Unidos no porque exista algo inherente en los tribunales o en las leyes que ellos procesan, sino por la continua congruencia en

el sistema político estadounidense entre las expectativas de autoridad y las de control. Las expectativas de autoridad son imágenes subjetivas de cómo el poder debe ser ejercitado; expectativas de control son imágenes subjetivas de cómo el poder será en efecto ejercitado. Mientras más congruentes sean estos dos conjuntos de expectativas, más efectivo será el sistema legal en cuestión. Pero aquella no es la única constelación de poder y autoridad posible. En Venezuela, en el siglo XIX, para mencionar solamente un contrastante ejemplo, un sistema de caudillaje recogió bajo su égida un poder tal que todas las instituciones formales de poder —las legislaturas, los tribunales y a veces incluso el poder ejecutivo— esencialmente carecían de poder y fueron casi completamente ignorados por quienes detentaban el poder real.

En los Estados Unidos la relativa estabilidad del sistema político, y el rol preeminente asignado a los tribunales dentro de él, tuvieron un efecto impresionante en la sociología del conocimiento legal. Este fue un factor de importancia en estimular primero la creación y luego la dirección única tomada por las escuelas de Derecho en los Estados Unidos, y en los métodos especializados que se desarrollaron para la enseñanza de la “ciencia del derecho”. Oliver Wendell, Holmes captó el espíritu básico de esta nueva ciencia legal cuando expresó que el derecho era no más que la predicción de lo que los tribunales harán en efecto: “Las profecías de lo que en efecto harán los Tribunales, y nada más pretensioso que ello, es el significado que le doy al derecho”. Obviamente, la función de los abogados estadounidenses era y continúa siendo más vasta que la mera predicción de lo que los tribunales harán. Pero el poder del juicio tan ingenioso de Holmes se deriva del hecho regularmente validado que lo que los tribunales en los Estados Unidos decían era un indicador remarcable de las probables acciones y reacciones futuras de las elites. Dado este alto grado de predicción, es difícilmente sorprendente que los abogados hubieran empezado a estudiar los fallos de apelación.

Se ha dicho que una parte clave del genio estadounidense es su capacidad para producir y distribuir masivamente una buena idea. Consistente con el apotegma de Holmes, Christopher Columbus Langdell estableció, en la Escuela de Derecho de Harvard, un método de enseñanza el cual asumió que la unidad epistemológica de la ciencia legal era el fallo de apelación. “Me pareció”, escribió Langdell en la introducción de su libro de casos en contratos,

... posible tomar una rama del derecho como contratos, por ejemplo, y sin exceder comparativamente moderados límites, seleccionar, clasificar, y disponer todos los casos que hubieren contribuido en cierto grado de importancia al crecimiento, desarrollo, o establecimiento de alguna de sus doctrinas esenciales.

Así uno podría organizar tales decisiones en un coherente cuerpo de derecho, tratando cada una de ellas como una unidad independiente y autoexplicatoria, más consistente en sus propiedades con las otras. El examen de tales unidades epistemológicas podría proveer las bases para una educación legal acabada y sistemática. Las escuelas de derecho estimularon el uso de un nuevo género en la literatura legal, el "libro de casos", a ser usado en las instituciones de educación legal. Los libros de casos abarcaban el universo legal, por cuanto Langdell hubo decretado "[p]rimero que el derecho es una ciencia; segundo, que todos los materiales disponibles de aquella ciencia están contenidos en libros impresos". Esta preocupación por los casos originaron procedimientos a escala nacional cada vez más sofisticados para recolectar, procesar, analizar y recuperar fallos de apelación. Estos desarrollos se combinaron para aculturar aún más intensamente, a aquellos entrenados en el derecho estadounidense para pensar en términos de casos, con todo lo que ello implicaba.

#### IV. TRASPONIENDO LOS MÉTODOS DEL DERECHO NACIONAL AL SISTEMA INTERNACIONAL

Desde fines del siglo XIX grandes esfuerzos han sido montados para crear en el ámbito internacional un conjunto de instituciones comparables a aquéllas a ser encontradas en Europa Occidental, en Norteamérica y América del Sur. Desde 1945 el resultado de esta obra hecha a mano ha sido una superestructura compleja y un aparato administrativo que guarda un parecido sorprendente, al menos superficialmente, con los gobiernos nacionales de Europa Occidental y Norteamérica.

En la Asamblea General de las Naciones Unidas, algunos quieren encontrar algo comparable a una legislatura. El Secretariado de las Naciones Unidas es comparado a la rama ejecutiva nacional, y las Agencias Especializadas de las Naciones Unidas son asemejadas a las agencias regulatorias del gobierno industrial moderno. Más aseguradamente, la Corte Internacional toma asiento en esplendor en La Haya, como el "órgano judicial principal" de las Naciones Unidas.



Llanamente, es absurdo asumir que la mera existencia de esta red internacional de instituciones significa que ésta es tan efectiva como un gobierno nacional y que sus edictos son de confiar; Holmes pudo plausiblemente dirigir sus lectores no más que estudiar el comportamiento de los tribunales para predecir el desarrollo del derecho por cuanto el contexto dentro del cual sus tribunales funcionaban les daba poder efectivo para prescribir reglas legales. Los profesores de derecho internacional que dieron las mismas instrucciones a sus alumnos son acreedores del cargo de guiarlos a un mundo de fantasía. El hecho lamentable es que la aparente red gubernamental que ha sido establecida en el sistema internacional tiene muy poco poder. Y el poder que tiene en casos particulares es asignado por elites efectivas que en ocasiones encuentran conveniente utilizar a las Naciones Unidas o a alguna de sus agencias.

Los estudiosos del derecho internacional, como sus contrapartes en derecho nacional, frecuentemente tienden a definir decisiones en términos de las instituciones de donde ellas emanan. En los sistemas nacionales de derecho de Europa Occidental y Norteamérica, los tribunales, por razones históricas, han sido considerados aplicadores autoritativos del derecho. De aquí que las decisiones legales son definidas esencialmente como la obra hecha a mano de aquellos tribunales. En la medida que existe congruencia entre el poder político real en la comunidad y la autoridad de los tribunales, dicho enfoque puede otorgar un indicador convincente para las decisiones. En efecto, tal congruencia es con rareza perfecta, y la identificación de una sentencia como decisiones en el sentido amplio con frecuencia llevan a la distorsión que caracteriza mucho del derecho de los académicos.

Incluso en sistemas legales efectivamente organizados, los cuales son caracterizados por una convergencia general de autoridad y control, una parte crucial del “derecho de los libros” puede fallar en aproximar las expectativas normativas reales de las elites. Esto puede ocurrir por dos razones principales, que son inherentes al carácter mismo del derecho: discrepancias entre el sistema mítico y el sistema operacional y las tasas diferenciales del deterioro del texto y del contexto.

En un estudio anterior he notado que en todos los sistemas legales mucho de lo que es expresado en fórmulas legales y que es atendido por señales de autoridad no es intentado para que gobierne, regule o provea una guía efectiva para comportamiento oficial o privado. Esta parte del “sistema legal” conlleva aspiraciones e imágenes, no de la forma en que las cosas son, pero en la forma que a los miembros del

grupo les gustaría creer que son. Esta es un área particularmente impresionante del derecho público.

El cuadro producido por instituciones de control no corresponde, punto por punto, al flujo actual del comportamiento de esas instituciones en el desempeño de sus funciones públicas: en efecto, pueden haber discrepancias de gran magnitud entre aquél y la manera en que éstas realmente funcionan. La persistencia de las discrepancias no significa necesariamente que no hay "derecho", que en dichos sectores "cualquier cosa ocurre", puesto que alguna de aquellas discrepancias pueden conformarse a otro código. Ellas pueden indicar un conjunto adicional de expectativas y demandas que son sancionadas efectivamente, aunque a menudo de manera informal, y que guían a los actores cuando ellos enfrentan al "mundo real". De aquí encontramos dos sistemas normativos "relevantes": el uno es supuestamente el aplicable, el cual continua prestando un servicio desdeñable a las elites; el otro es realmente aplicado. Ninguno de ellos debiera ser confundido con el comportamiento actual, que puede discrepar de ambos.

Un observador sin compromisos podría llamar al sistema de normas del cuadro oficial el sistema mítico del grupo. Partes de él proveen el código apropiado de conducta para la mayoría de los miembros del grupo; para algunos, este en su mayor parte constituye su guía normativa. Pero hay suficientes discrepancias entre el sistema mítico y la manera en la que ciertos actos son en efecto realizados por oficiales claves o actores efectivos, las cuales mueven al observador a dar otro nombre en aquellos sectores discrepantes para tales guías del comportamiento que a pesar de ser no oficiales son sin embargo efectivas: el código operacional. Tengamos en mente que los términos *sistema mítico* y *sistema operacional* son creaciones funcionales del observador para describir el flujo efectivo o el cuadro oficial.

Quienes buscan consejo legal simplemente requieren éste tanto con respecto al sistema mítico como al sistema operacional. Con respecto al sistema mítico, por cuanto este es en parte aplicado por ciertas instituciones de control; con respecto al sistema operacional, por cuanto este es aplicado por aquellas otras instituciones. El sistema mítico es fácilmente recobable por medio de investigación jurídica convencional en los repositorios formales del derecho. En contraste, el código operacional debe ser buscado en el comportamiento de la elite.

## V. GRADOS DIFERENCIALES DEL DETERIORO DEL TEXTO Y CONTEXTO

Incluso si hay sólo una pequeña divergencia entre el sistema mítico y el sistema operacional, el grado diferente de desgaste del texto y contexto puede limitar la utilidad de las fuentes formales del derecho. Los decretos proverbiales de los Medas y Persas aun existen; el contexto en el cual ellos fueron creados y tuvieron relevancia legal es cosa del pasado. Sea que un ejercicio particular de creación del derecho pretenda estabilizar o cambiar una situación, si a éste le concierne no ornamentar el mito pero hacer lo que dice estar haciendo, debe existir un mínimo de congruencia entre el contexto sociopolítico prevalente en tal entonces y las presunciones sociopolíticas de la legislación. Una vez que la legislación es expresada en una forma textual relativamente permanente, sin embargo, su grado de deterioro es mínimo, mientras que el grado de deterioro del ambiente sociopolítico será siempre mayor y puede, en efecto, ser extremadamente rápido.

En donde la fidelidad al texto adquiere en sí mismo un valor político simbólico, los textos cuya congruencia literal con la situación sociopolítica es menor que cuando ellos fueron creados, pueden desencaminar a quienes plenamente confían en ellos. Al final, quienes confían en ellos pueden necesitar de alguna técnica de validación a fin de determinar el grado de precisión que tienen. Los tribunales pueden servir para este propósito, pero si ellos mismos y el ámbito de su jurisdicción son creaturas de la legislación, una prueba de tipo funcional y no institucional es requerida.

## V. EL COSTO DE LA TRASPOSICIÓN

En el ámbito internacional, el derecho es en su mayor parte aplicado a través de una variedad de canales informales, y raramente se beneficia de una evaluación formal por los tribunales. La Corte Internacional, con su carga usual de dos o tres casos por año, y tribunales arbitrales en materias de derecho internacional público, con escasamente más casos, muy difícilmente pueden ser considerados que representan decisiones internacionales.

A pesar de la inactividad de esas instituciones, muchos estudiosos del derecho internacional continúan considerándolas como la apoteosis virtual y más autoritativa expresión del derecho internacional. La diferencia dada a tribunales arbitrales *ad hoc* es sintomática de este problema general, y a veces toma las formas más extraordinarias. Un

tribunal establecido por una de las partes, en la ausencia de la otra, y compuesta por una sola persona, digamos un profesor de derecho internacional, es tratado por otros académicos como un oráculo autoritativo del derecho internacional. Al mismo tiempo, aquellos comentaristas que defienden tal sentencia insistirán que un voto en contrario por la Asamblea General, apoyado por virtualmente todos los Estados miembros, no es más que una recomendación que no es indicativa del derecho internacional.

Con seguridad existen ciertas ventajas metodológicas en el uso del caso internacional como una unidad epistemológica. Parte de esta atracción descansa en su relativa simplicidad, economía, y disponibilidad. Una vez que los académicos logran un acuerdo en el sentido de que el caso es una unidad epistemológica, no es necesario acometer una investigación detallada del material fáctico afuera del caso, por cuanto el caso conlleva su propia relación autoritativa de los hechos. Métodos alternativos de investigación podrían requerir un extensivo trabajo de investigación o efectuar una selección a través de miles de páginas de documentos con un valor probatorio desigual, con el objeto de determinar el contenido efectivo de la decisión. Los casos presentan tales decisiones en un tamaño "a pedido de boca" y en un paquete fácilmente digestible, creando en el proceso una ilusión de consenso sobre los eventos subyacentes que probablemente no existe en verdad.

El "estipular" los hechos permite a los estudiosos de esta unidad epistemológica continuar con discusiones jurídicas liberadas de los problemas políticos que las complican. Para quienes confunden la pulcritud de oficina con método científico, está el éxtasis de imaginar que el método de casos es "científico", entusiasmo que consume a muchos de los seguidores de Langdell. Y por supuesto, hay un impulso latente entre quienes tienen un entrenamiento jurídico para percibir fenómenos en término de tribunales. Afuera de los Estados Unidos, admiración por su estabilidad y logros de su sistema político-jurídico mueve a muchos académicos a recomendar la adopción del estilo legal americano, como si el método de observación pudiese introducir cambios cualitativos en lo que es objeto de observación.

Cediendo a aquellas atracciones, la ciencia contemporánea del derecho internacional ha adoptado una unidad decisional que es conveniente para los académicos pero inadecuada para la materia de estudio. Esto es reminiscente de la historia de aquel hombre que, caminando una noche por las calles de Viena, se cruza con otro ciudadano, sobrio y bien vestido, quien se encuentra gateando en la acera bajo la luz que

arroja la lámpara de un poste. Naturalmente, aquel se detiene a fin de inquirir si existe algún problema. Cuando el hombre en el suelo le explica que ha perdido su reloj, el caminante le ofrece su ayuda y le pregunta por el lugar exacto donde el reloj cayó. "Allá", indica gesticulando el hombre en el suelo, apuntando hacia el otro lado de la acera. "Entonces", inquiera el caminante, ciertamente exasperado, "por qué usted no busca allá?" El hombre en el suelo replica, como si fuese algo obvio: "Pues allá al otro lado está oscuro y no puedo ver. En cambio aquí está más claro."

La trasposición de este caso a la esfera internacional ha permitido a los abogados internacionalistas explayarse en la confortable piscina de la claridad. Con todo, mucho de la descripción del sistema legal internacional es patentemente disconforme con las expectativas de las elites. La discrepancia es tan obvia que, con la excepción del círculo pequeño de abogados internacionalistas, ha terminado por desacreditar la noción misma del derecho internacional. No es de extrañarse entonces que consejeros políticos raramente recurran a sus abogados internacionalistas.

## VII. HACIA UNA NUEVA UNIDAD EPISTEMOLÓGICA INTERNACIONAL

Nuestro consejero político hipotético en Beijing, quien durante la guerra de las Malvinas estuvo estudiando las respuestas de elites efectivas alrededor del mundo, es un intuitivo seguidor de Holmes. En vez de examinar lo que está escrito en los libros de derecho, este consejero ubicó las elites funcionales, cuyo comportamiento determinó la forma y el resultado del incidente, e hizo las correspondientes inferencias sobre el derecho internacional.

Si el derecho va a ser encontrado en una parte significativa en la aplicación de normas a casos y controversias particulares, es simple que tal aplicación en política internacional debe ser buscada en un rango de escenarios más amplio que el altamente formalista y estructurado foro judicial de sistemas nacionales. Si esto es realizado en forma eficaz, ambos el académico y el practicante tendrán barómetros más apropiados de las concepciones prevalentes del derecho y de la realidad de la aplicación de normas. Mayor realismo puede ayudar no sólo al practicante a aconsejar a sus clientes, pero también a quienes atentan identificar las características patológicas del sistema legal internacional a fin de desarrollar alternativas.

Una de tales alternativas sería tomar en cuenta la limitada fuerza de los argumentos en el ámbito internacional como unidad epistemológica, y hacerlo mediante el desarrollo de una unidad adicional la cual puede ser genéricamente llamada "incidente". Defino al "incidente" como un conflicto manifiesto entre dos o más actores en el sistema internacional. Debe ser percibido como tal por otros actores claves, y debe ser resuelto de manera extrajudicial.

Finalmente, y lo que es crítico, su resolución debe proveer algún indicador sobre lo que las elites consideran, en una variedad de procesos efectivos, que es un comportamiento aceptable. Aunque el incidente sea "resuelto", no en un sentido fáctico sino autoritativo, con la falta de un *imprimatur* judicial el cual rutinariamente indica derecho en escenarios domésticos, el incidente a menudo puede ser un indicador del derecho internacional más confiable que los códigos o los casos judiciales.

Note usted que la inquisición que está siendo propuesta aquí es bastante diferente del examen rutinario de la "práctica" en derecho internacional. Tal análisis pretende establecer la existencia de una norma bilateral o general, sea de tipo contractual o consuetudinario, a través de la ostensible examinación de un amplio padrón relativo a la práctica de los Estados. Existen muchas dificultades intelectuales para poner esta investigación en práctica. Nunca el volumen y el grado de uniformidad requerido de la práctica han sido expresados con precisión. Además, análisis de la práctica no contemplan la variable relativa al poder. No se busca identificar quién, de entre una extensa lista de caracteres, es efectivo. Por el contrario, el incidente no está pasado en un volumen extenso o en flujo supuestamente "uniforme" de eventos, pero en cambio toma un evento singular crítico como el prisma del cual la reacción de las elites a un comportamiento en particular puede ser examinado y evaluado como un índice de sus opiniones sobre el derecho.

Como una unidad epistemológica, el incidente por sí mismo no provee un indicador más preciso y confiable de lo que las elites mantienen que es el derecho. Debe existir una manera sistemática y disciplinada de informar, codificar, y evaluar incidentes. Sin tal sistematización no hay mucho motivo para recomendar el incidente con preferencia a las inferencias intuitivas de nuestro consejero Chino. Además, confiar en un incidente singular, o en número reducido de ellos, puede llevarnos al mismo efecto distorsionador que encontramos cuando hacemos inferencias sobre el derecho internacional contemporáneo de un selecto

grupo de decisiones judiciales. En efecto, el efecto distorsionador puede ser incluso aumentado, dado que del contexto político de los eventos que están siendo examinados sólo un segmento pequeño de las elites a nivel global puede estar relacionado con tal incidente en particular. Se requiere un método sistemático para estudiar y recolectar incidentes de manera tal que, a través de su constante preparación, nuestro entendimiento sobre las expectativas de las elites puede ser refinado y corregido en forma continua. En breve, un paradigma debe ser establecido, y un género debe ser creado.

### VIII. ELIGIENDO INCIDENTES

Uno de los desafíos más formidables de esta proposición es el desarrollo de criterios para seleccionar incidentes. Mientras el desarrollo de un catálogo sustancial de incidentes permanece pendiente, la elección necesariamente subjetiva de entre un número infinito de eventos internacionales puede tender a reflejar las predisposiciones de quienes hacen la selección. Este no sería un problema nuevo para la epistemología legal, aunque a primera vista podría parecer que sí. A un nivel superficial, el cuerpo del derecho tanto nacional como internacional, exhiben la cualidad de ser fortuitos o accidentales. En la esfera nacional, la mayoría de los casos son iniciados por entidades privadas que buscan maximizar sus intereses especiales, y por consiguiente, las respuestas judiciales a esas demandas privadas puede tener poca relación con los intereses centrales de las elites. En la esfera internacional, los actores claves raramente ocurren a los tribunales. Si lo hacen, son cuidadosos para prescribir con antelación las normas que deberán ser aplicadas y para circunscribir las consecuencias potenciales de la sentencia. Esta casualidad parecería ser una forma de minimizar la predicción de un proceso formal de selección, aunque, por supuesto, también convierte el derecho de casos en un indicador menos confiable de las perspectivas de las elites.

Una mirada más de cerca a la función judicial revela un cuadro muy diferente. Quienes formalmente están a cargo de la toma de algún tipo de decisiones no son receptores pasivos de los casos que ellos escuchan o de los códigos que informan. En los Estados Unidos, la Corte Suprema se reserva en todos los casos, con la excepción de una categoría limitada, la facultad para determinar qué casos certificará para apelación ante ella. Esto es un factor implícito pero sin embargo decisivo en el establecimiento tanto del contorno como del contenido

de la normativa que se procesa. Siendo la agencia con la competencia de último resorte para determinar su propia jurisdicción, la Corte Internacional puede tener un rol comparable en su respectiva esfera. De aquí que esté lejos de faltar precedentes en el sentido de que sean los mismos quienes preparan los incidentes quienes escojan, desde la tristemente abundante cosecha de conflictos en la vida diaria internacional, eventos que sean especialmente adecuados para su estudio como incidentes.

En efecto, el estudioso de los incidentes puede estar en una posición tal como para hacer una elección más neutral que aquella de quien formalmente está a cargo de tomar decisiones, y también para dar una relación más precisa de la operativa del derecho internacional. Una institución como la Corte Internacional de Justicia pudo haber evitado casos en los cuales pudo haber caído de bruces en el abismo del proceso del poder con fines de autopreservación. Como resultado, el derecho de casos que produce puede estar limitado a ciertas áreas periféricas a la organización de la comunidad internacional. En cambio, el estudioso de los incidentes puede elegir examinar e informar como incidentes cualquier cúmulo de eventos pasados. El problema crítico es elegir eventos que reflejen con cierta precisión las expectativas claves de las elites. ¿Cómo puede ser esto realizado?

En el derecho constitucional, el arquetipo de un "caso importante" es caracterizado por una apreciación hecha por quienes están relacionados al caso de que este es "decisivo", es decir, que su normativa probablemente reformulará el proceso constitutivo o algún aspecto clave del orden público. Algunos incidentes pueden ser caracterizados por los participantes en igual manera; ellos sienten que las cuestiones comprometidas y la forma en que ellas son decididas tendrán un efecto decisivo en las expectativas de autoridad, lo que se extenderá a los procesos políticos. Pero este sentido del momento por parte de los participantes en una situación dada no es una característica necesaria de aquellos eventos que son elegidos para ser tratados como incidentes. Sus percepciones pueden ser poco o demasiado inclusivas, o ambas. Así, ellos pueden acordar poco peso autoritativo a los eventos que refuerzan normas, o que introducen cambios minúsculos en ellas, pero las cuales sin embargo son de importancia para explicar cómo las decisiones internacionales son hechas. Por otra parte, ellos pueden exagerar la importancia de ciertos eventos particulares como una forma de movilizarse ellos mismos, a sus comunidades políticas o a sus aliados en programas que sirven a sus propios intereses. En esto, en



un análisis último, la perspectiva del estudioso de los incidentes, más que aquella de quienes participan en tales eventos, debe ser determinante. No todos los casos importantes son constitucionales; y los incidentes no comprometen únicamente eventos "constitutivos".

## IX. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

Todos concedemos que los comentarios de Napoleón de que la historia es una colección de mentiras tiene en especial una relevancia perversa cuando consideramos al recital de hechos contenidos en una sentencia judicial como fuente de la historia. La relación de los hechos "relevantes" determinados por un tribunal raramente satisfará a un historiador; en efecto, lo que el tribunal excluye de tal relación es, a menudo, lo más importante para el estudiante de la política y la historia. Consideremos algunos pocos ejemplos.

La opinión de Marshall, jefe de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la sentencia relativa al *Schooner Exchange* es comúnmente citada como la piedra angular de la doctrina por la cual las acciones públicas de los gobiernos extranjeros no serán revisadas por los tribunales de otros Estados incluso si los efectos de las acciones son sentidos en dichos otros Estados. De alguna forma la sentencia no menciona el hecho extraordinario de que el caso fue decidido con el trasfondo de la Guerra de 1812, en la cual Gran Bretaña puso a Washington en llamas. Francia, el demandado real, era el único aliado de los Estados Unidos. Parecía así poco probable bajo tales circunstancias que un tribunal americano se hubiese arriesgado a poner en peligro dicha relación. En el caso del Canal de Corfú (Reino Unido contra Albania), la Corte Internacional de Justicia de alguna forma nunca mencionó que la Guerra Civil Griega estaba en pleno desarrollo, que el Reino Unido era uno de los principales países que apoyaban la causa realista, y que Albania, actuando como un intermediario para otro de los superpoderes, soportaba la insurgencia comunista. La presencia de barcos británicos en el Estrecho de Corfú sin duda alguna constituía una manifiesta comunicación militar a Albania y otros sobre los límites de la tolerancia británica, la susceptibilidad de Albania a ataques por la costa y la capacidad de la flota Bretona para proyectar sus fuerzas en tal escenario.

El punto no requiere de elaboración. Lo que aquellos casos demuestran es que no existe una institución autoritativa para decretar o esti-

pular que los hechos ensamblados en la sentencia cumplen los niveles necesarios de precisión histórica.

En efecto, la ciencia jurídica a menudo está impaciente por terminar con los "hechos" a fin de avocarse al "derecho". Determinaciones fácticas en primera instancia son raramente objeto de revisión. Las instancias subsecuentes simplifican los hechos aún más. En la educación legal en los Estados Unidos, la tendencia del estudiante de derecho de primer año de aprender más sobre los hechos del caso es con frecuencia caracterizado como un interés frívolo; a los estudiantes se les urge avocarse a análisis jurídicos.

Existen ciertas razones persuasivas por este astigmatismo cultivado. Cada ciencia desarrolla su lente propio y especializado para enfocar con mayor agudeza e intensidad los aspectos de su interés. El foco particular de la ciencia jurídica la distingue de la historia y la sociología, y en efecto le permite concentrarse más efectivamente en las dimensiones normativas o políticas de los problemas. Pero algunas veces, problemas políticos pegajosos u otras materias pueden ser encubiertas bajo una relación de hechos desnuda y sin respaldo y bajo las potencialidades obscurantistas infinitas del lenguaje jurídico. Esas abreviaciones selectivas, cualquiera que sean sus justificaciones intradisciplinarias, inevitablemente producen una versión legal de los hechos que los historiadores y consejeros políticos consideran endebles y frágiles, o peor: meras caricaturas de lo que realmente ocurrió. Debido a que un entendimiento más completo y preciso de los hechos son indispensables para determinar el contenido real de la decisión, la versión de los hechos presentada por los jueces a menudo socava la eficacia de la función predictiva del derecho de casos.

La forma esporádica en la cual los hechos llegan a ser disponibles en los incidentes presenta un problema especial. Muchos hechos son encubiertos por años o incluso generaciones. El ataque a Pearl Harbor, por ejemplo, no pudo ser descrito con precisión hasta que los archivos de todas las capitales relevantes quedaron finalmente accesibles para los historiadores. Tomó una generación de académicos el proveer un cuadro comprensivo que pudiese demostrar la incorrección de muchas de las conclusiones iniciales sobre el incidente. Similarmente, el grado de la participación estadounidense en el derrocamiento del Gobierno de Mossadeq en Irán y la reinstalación de la dinastía de Pahlavi en 1953 no fue establecida sino muchos años más tarde.

Si el estudio de los incidentes hubiese sido preparado para cada uno de esos eventos, ellos muy probablemente hubieran sido imprecisos e

incompletos en relación a los hechos. Ello sería desafortunado, por cuanto sea que los abogados estudien incidentes o no, los actores políticos indudablemente lo hacen. Ellos emplean la mejor información que está a su alcance para hacer inferencias, entre otras cosas, sobre su valor normativo.

Este no es un problema particular a los incidentes. En ciertos casos, los tribunales nacionales rehúsan ejercer jurisdicción debido a que la información indispensable para sentenciar no puede ser obtenida. En el derecho internacional, las sentencias de la Corte Internacional pueden ser abiertas a nuevo debate y revisadas sobre la base de información o hechos nuevos. En todo caso el problema es considerablemente menos severo en el estudio de los incidentes. Al estudiar de los incidentes, como recordaremos, no le concierne juzgar la legalidad del comportamiento de los actores en los eventos pertinentes, sino que la reacción de otros actores relevantes y, por medio de tales reacciones, inferir las concepciones subjetivas relativas a si la conducta de esos otros actores es correcta o tolerable. De aquí que la importancia de este ejercicio no es tanto en lo que ocurrió como es en lo que las elites efectivas piensan que ocurrió y en cómo ellas reaccionan.

Una dificultad práctica relacionada con la construcción del género de los incidentes es la cuestión de sus fronteras: ¿dónde un incidente en particular empieza y dónde éste termina? Un caso presupone consenso en que los eventos críticos empezaron y terminaron en cierto punto. Un incidente no está obligado a tener tal precisión. Así pues, si hay alguna interrogante, esta es respecto a su terminación. Pérdidas territoriales, por ejemplo, pueden ser vistas por la parte que obtiene la adquisición con la perspectiva de asegurarse de que esta es completada a través de la consolidación del título por prescripción adquisitiva. Pero la parte perdedora puede continuar considerando el territorio perdido como propio y así sonar y planear su reivindicación. De aquí que las dos partes en un incidente pueden tener concepciones diametralmente opuestas con relación a la fecha de término del incidente. Es el analista del incidente quien, en efecto, debe establecer sus fronteras en el tiempo. Tales fronteras son determinadas primeramente por las normas que el analista elige observar.

## X. PREDISPOSICIÓN EN LA ELECCIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS INCIDENTES

La mayoría de los incidentes que analizamos en nuestra investigación fueron preparados con jóvenes estudiantes norteamericanos en un seminario conducido por académicos de la misma nacionalidad. Hicimos intensos esfuerzos para ser lo más escrupulosos posible en la descripción de los eventos y de los hechos. Con todo, factores tales como nacionalidad, cultura, clase, raza o etnicidad, interés de grupos y exposición previa a crisis sin duda influenciaron la elección de los eventos, su descripción y su evaluación. Los estudiosos de los incidentes ciertamente están predisuestos a esta patología, pero la de ellos no es una susceptibilidad exclusiva. El personal de los tribunales está sujeto a predisposiciones como cualquier otra persona, y aun así, como hemos visto, las recitaciones que hacen de los hechos reciben una aceptación que remarcablemente carece de críticas, en virtud de la neutralidad que se les presume. Precisamente debido a que esta presunción es difícilmente obtenible para los estudiosos de los incidentes, puede argumentarse que el problema de predisposición en relación a los hechos será menos problemático en el caso de los incidentes de lo que es para las opiniones judiciales. La calidad de la descripción de los hechos será evaluada en sus méritos, y así, ésta debe satisfacer un nivel que ordinariamente no se aplica en las descripciones fácticas de las sentencias judiciales. Además, la relación de los hechos con las conclusiones es cualitativamente diferente en los incidentes. A diferencia de las sentencias, los incidentes no constituyen, después de todo, un juicio sobre la legalidad de la conducta de un actor dado. Más bien, su estudio intenta identificar, por medio de la examinación de la reacción de todos los otros actores, qué normas estuvieron realmente implicadas en el incidente en particular.

## XI. IMPLICACIONES NORMATIVAS DE ESTE ENFOQUE

La noción moderna del derecho es una visión de un proceso racional de deliberación pública organizada. Se considera que esta visión incrementa las posibilidades de consenso sobre las metas de la comunidad, a través de un escrutinio cuidadoso de los costos sociales comparativos de los métodos alternativos disponibles para lograr tales metas. Más aún, tal proceso asegura la igualdad en el trato y facilita la participación de todas las partes interesadas.

Algunos de los que endosan esta concepción del derecho son aptos a encontrarse con el hecho disturbados de que el enfoque de incidentes obtiene su inferencia normativa solamente de las expectativas aparentes de las elites. Este enfoque así pareciera devaluar los elementos de racionalidad y deliberación atribuidos al proceso de formación del derecho. Mas tal no es la intención del enfoque de incidentes. Este simplemente pretende el reconocimiento, por doloroso que sea, de que tales elementos son, con demasiada frecuencia, descartados por las elites efectivas en sus cálculos relativos a la toma de decisiones. Es cierto que, al reconocer el desuetudo o desuso potencial del sistema legal formal, nuestro enfoque puede en el futuro inmediato exacerbar el problema. Sin embargo, y en la medida que ayuda a la diagnosis del problema, podemos esperar que el enfoque de incidentes será un positivo primer paso en la restauración de los elementos de racionalidad y deliberación en el proceso formativo del derecho en la comunidad internacional.

## XII. EL USO DE LOS RESULTADOS DE LOS ESTUDIOS DE LOS INCIDENTES

En sistemas legales formales basados en el *stare decisis*, por el cual los tribunales deben observar los precedentes judiciales, las sentencias previas de los tribunales son con frecuencia invocados en disputas corrientes en un esfuerzo por persuadir a los tribunales que los hechos del caso antiguo son suficientemente similares a aquellos del caso de autos como para justificar la aplicación de la misma especificación legal. La cita de decisiones previas desempeña igualmente una función sistémica, por cuanto está válida la autoridad y significancia de las mismas instituciones que son llamadas a emitir juicio.

Es dudoso que los incidentes pueden aspirar a tener una utilidad comparable en situaciones de decisión formales. En el primer lugar, la adjudicación y el arbitraje internacionales son creaturas del contrato. El tribunal internacional ante el cual se presenta una contienda frecuentemente está obligado a aplicar el derecho en la forma en que éste es precisado en el instrumento constitutivo. Así, la Corte internacional de Justicia es advertida en sus Estatutos de que debe aplicar, en los casos que conoce, una concepción del derecho internacional que es del todo anacrónica y que excluye algunos de sus elementos más dinámicos. En este contexto, sería injustificado y por cierto peligroso invitar a la Corte a concebir el derecho aplicable en términos de incidentes.

En un sentido más profundo, puede esperarse que los tribunales internacionales resistan la idea misma de los incidentes como una unidad epistemológica del derecho. Después de todo, su razón de ser como género, como de igual manera cada estudio individual de los incidentes, presuponen la frecuente ineffectividad de las instituciones formales de decisión. En este respecto, no puede ni debe esperarse que el incidente reemplace al caso. Más bien, los incidentes pueden servir como una especie de "meta-derecho", que provee guías normativas a quienes toman decisiones en el derecho internacional en aquellas vastas áreas donde los casos no abundan. Y en aquellos escasos oasis donde el crecimiento es lujoso, el estudio de los incidentes puede ser útil para evaluar el producto del obrar de las instituciones formales del derecho internacional.