

EL GÉNERO DE LOS INCIDENTES

CARLOS ESPÓSITO

*"Temo decepcionarle si le doy una explicación,
pero tengo por costumbre no ocultar mis métodos,
ni a mi amigo Watson ni a nadie que demuestre
un interés inteligente en ellos".*

A. C. Doyle, *Los Hielos de Reigate*¹

Las cuestiones de método en Derecho Internacional han sido objeto de mucha reflexión y últimamente han surgido también algunas propuestas metodológicas "innovadoras". En ciertas universidades extranjeras se han llevado a cabo cursos opcionales de *incidentes* para el estudio del Derecho Internacional. Los iniciadores de esta experiencia fueron Michael Reisman y Andrew Willard, que impartieron un seminario sobre "incidentes" internacionales, que luego se convirtió en un libro llamado *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*². El libro citado podría ser un estudio más sobre

¹ He recogido la cita del trabajo de T. Seebeck y J. Umiker Seebeck, "Ya conoce Usted mi Método": Una Conferencia entre Charles S. Ferris y Sherlock Holmes, 1990. Para los aficionados a las historias de Baker Street y del método de Holmes, ver la magnífica compilación de U. Eco y T. Seebeck (eds.), *El Signo de los Tres*, traducción de E. Busquets, 1989.

² Reisman, M. - Willard, A. (eds.), *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*, 1987; sobre el tema pueden verse los comentarios de R. Falk, "The Validity of the Incidents Genre", *Yale J. Int. L.*, vol. 12, 1987, pp. 376-385, y Bowett, D. W., "International Incidents: New Genre or New Delusion?", *ibidem*, pp. 386-395. Ver también Chinkin, C. M., y Sedurka, R., "Learning about International Law through Dispute Resolution", *KCLQ*, vol. 40, 1991, pp. 529-550; estos últimos organizaron un

el análisis y la identificación de normas internacionales a partir de ciertos hechos relevantes de la realidad internacional, si no fuera porque los editores instan a "crear un nuevo género y establecer un nuevo paradigma" en el estudio del Derecho Internacional³. En consecuencia, de acuerdo con esta teoría, los incidentes se convertirían en una nueva unidad epistémica para el estudio del Derecho Internacional.

¿Qué es un incidente? Reisman define un "incidente" como "un conflicto abierto entre dos o más actores en el sistema internacional. El mismo debe ser percibido así por otros actores fundamentales y ser resuelto de alguna forma que no sea judicial. Finalmente, y de importancia extrema, su resolución debe proveer alguna indicación de qué es lo que las élites consideran una conducta aceptable en una variedad de procesos efectivos"⁴. Willard es más directo al definir un incidente: incidente es "una situación que crea, clarifica o cambia las expectativas de las élites frente a las normas internacionales"⁵.

Para Reisman, el incidente se diferencia de lo que conocemos como la *práctica*⁶ de los Estados en que el primero no examina una serie de actos de los Estados para establecer la existencia de una norma internacional, sino que considera las acciones de aquéllos a partir de un solo evento, es decir, el incidente. Puede decirse que esta distinción es una de las más controvertidas de la teoría de los incidentes, porque aquí divergen las diferentes tendencias que en Derecho Internacional existen sobre el valor de la práctica de los Estados en general y como elemento material de la costumbre. No entraremos en una discusión detallada sobre el problema de la costumbre como fuente de Derecho Internacional. Sin embargo, creo necesario, para lograr los objetivos de este trabajo, dejar constancia de las líneas generales de divergencia que existen en relación a la costumbre como fuente del Derecho Internacional.

curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sidney, que si bien estuvo basado en parte en el método de los incidentes, no puede asimilarse por completo, porque se trataba de un curso de resolución de controversias internacionales, en el que se incluía a los medios jurisdiccionales.

³ Reisman - Willard, *op. cit.*, p. 16.

⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁵ *Ibid.*, p. 29.

⁶ Reisman - Willard, *op. cit.*, p. 16; Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, ps. 4-11.

Coincido con parte de la doctrina en afirmar que costumbre es sinónimo de *Derecho internacional general* en el Derecho internacional⁷. Ello implica erigir a la costumbre en la fuente principal⁸ del Derecho Internacional. En este sentido, Bin Cheng dice que "costumbre internacional, en el uso general del término hoy, significa en realidad *Derecho internacional general*, el cual no corresponde necesariamente al uso tradicional del término "costumbre", porque está claro que el *consuetudo* no es un requisito⁹. La frase transcripta nos muestra también que no hay acuerdo sobre los elementos constitutivos de la costumbre. Si, siguiendo la línea del profesor Cheng, aceptáramos que la costumbre sólo necesita de la *opinio iuris* para ser una fuente de Derecho Internacional general, sería mucho más complicado establecer una diferencia clara entre la determinación del Derecho a través de un incidente frente a la que obtenemos por medio de la constatación de una *opinio iuris*. Esto es así, porque la postura mencionada conlleva la posibilidad de una costumbre instantánea¹⁰. La tesis de Cheng, en una palabra, es afirmar que sólo la *opinio iuris generalis* es el elemento constitutivo de la costumbre, mientras que la práctica (*consuetudo*) es evidencia de la que comúnmente se llama Derecho internacional consuetudinario¹¹.

⁷ Cheng, B., "Custom: The future of general state practice in a divided world", en Macdonald y Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law*, 1983, pp. 512-554.

⁸ ¿Existe una jerarquía normativa en Derecho Internacional público? ¿De qué sirve? ¿Cuáles son los criterios jurídicos para determinarla? Para una visión desde la Teoría General del Derecho ver: Ruiz Miguel, A., "El principio de jerarquía normativa", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 24, 1988, pp. 128-154.

⁹ *Ibid.*, p. 548.

¹⁰ *Ibid.*, p. 526, donde Cheng pone a la Declaración de Barcelona de 1921 como un ejemplo de este tipo de formación de una costumbre. Además, ver su artículo "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", en *Indian Journal of International Law*, vol. 9, 1965, pp. 23-68 (reimpresa en B. Cheng [ed.], *International Law: Teaching and Practice*, 1962, pp. 237-262).

¹¹ "On the nature and sources of international law", p. 223, en B. Cheng [ed.], *International Law: Teaching and Practice*, 1962. El autor cita en esa página una descriptiva frase del profesor Jennings: "The time has surely come to recognize boldly that it is not custom at all, and never was". Ver, también, las conclusiones de "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *loc. cit.*, p. 260 de la reimpresión.

Una vez establecida esta primera incertidumbre, hay que preguntarse cuáles son las unidades epistémicas que se utilizan para el estudio del Derecho Internacional. Esta es la pregunta que guía el trabajo introductorio del profesor Reisman, quien acusa a los que nos dedicamos al Derecho Internacional de construir nuestra ciencia sólo a partir de los textos. Para Reisman los incidentes internacionales brindan la posibilidad de convertirse en una nueva unidad epistémica para el estudio del Derecho Internacional mucho más rica que las decisiones de árbitros y de jueces de tribunales internacionales. Parafraseando a Oliver W. Holmes, diríamos que para Reisman el "Derecho Internacional son las profecías sobre lo que los actores relevantes de la escena internacional harán en un incidente".

La riqueza de los incidentes consiste en que no se basan en el estudio de lo que tradicionalmente se han llamado las fuentes formales del Derecho, sino en la respuesta de ciertos actores principales de la comunidad internacional frente a un evento crítico. Lo que se pretende es ir más allá de lo meramente institucional, probadamente inefectivo en el campo de las relaciones entre Estados, dirigir la mirada hacia lo que realmente tiene importancia en la toma de decisiones internacionales, las verdaderas normas, según Reisman, del Derecho Internacional.

En este punto, ya podemos introducir algún matiz sobre las consecuencias que, según mi entender, surgen de la adopción del método de los incidentes, en el sentido de que la aplicación de este método implicaría decir que el sistema institucional internacional no es efectivo. Yo diría que si bien hacer esta afirmación es posible, es mucho mejor decir que la efectividad del aparato institucional internacional es menor a la que existe en algunos Estados, donde el respeto a la regla del Derecho es usual y los sujetos pueden ser compelidos a respetarla¹². Por otra parte, si lo que se pretende es ir del análisis de las sentencias judiciales y laudos arbitrales hacia el estudio de los incidentes, alegando que los primeros elemen-

¹² Que ésta es la interpretación que el mismo Reisman parece adoptar se desprende del ejemplo de la ineficacia del sistema jurídico formal veneratoriano durante el siglo XIX, que el autor nos describe en su artículo (ps. 8-9).

tos son insuficientes para la determinación del Derecho, no habría ningún inconveniente, porque ese estudio se convertiría en una vía más de indagación de lo que los Estados, órganos creadores de Derecho, opinan que debe ser el Derecho Internacional (*opinio individualis iuris generalis*). A nivel internacional, no obstante, esa opinión individual de cada Estado debe tener el consenso general de la comunidad internacional para convertirse en una norma de Derecho Internacional general, es decir, debe gozar de una *opinio generalis iuris generalis*.

No obstante, la pretensión es presentada como algo más ambicioso, Reisman afirma que "las expectativas normativas que los analistas políticos infieren de los eventos son la sustancia de gran parte del Derecho Internacional contemporáneo"¹³. El profesor Reisman, en coherencia con la escuela de Yale, distingue entre expectativas de autoridad y de control¹⁴. Las expectativas de autoridad son ideas sobre cómo debe ser ejercido el poder; mientras que las expectativas de control son ideas sobre cómo el poder es ejercido de hecho. Pero, ¿cuál es la fuerza normativa de las expectativas de los analistas políticos internacionales? Una respuesta podría ser que las expectativas de los analistas tendrán una fuerza normativa directamente proporcional a la coincidencia que las mismas presenten con el poder político en un momento dado. El problema, sin embargo, sigue existiendo, porque lo fundamental es resolver las eventuales contradicciones entre el poder y el Derecho¹⁵ —a menos que consideremos al poder político como Derecho sin más, idea con la que no simpatizo. En definitiva, en mi opinión, el requisito del consenso general de los Estados sigue siendo necesaria.

¹³ *Ibid.*, p. 5.

¹⁴ Sobre esta terminología, que pretende liberarse de los prejuicios establecidos en otras más comunes, ver Virginia J. Leu L., vol. 8, 1988, pá. 188 y sigs.

¹⁵ Rosalyn Higgins, en su artículo sobre la identidad del Derecho Internacional, reflexiona sobre el problema del poder y su relación con la autoridad. La profesora Higgins afirma, frente a los que sostienen que las relaciones internacionales se ocupan del poder y que el Derecho Internacional se ocupa de la autoridad, que "el Derecho Internacional se interesa por la integración de poder y autoridad"; ver "The identity of international law", en B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, 1982, pá. 27-44 e "Integrations of authority and control", en Reisman, W. M., - Weston, B. (eds.), *Towards World Order and Human Dignity*, 1976.

Para terminar esta breve nota, hago más las conclusiones del profesor Bowett¹⁶. Este autor sostiene, en concordancia con nuestra argumentación, que el género de los incidentes no es tan nuevo como podría suponerse; y, segundo, que el estudio de los incidentes internacionales es sólo un complemento útil de los métodos tradicionales de estudio del Derecho Internacional, idea que también se deduce de la posición arriba defendida.

Estas conclusiones no obstan para considerar que la utilidad del incidente como alternativa para la determinación del Derecho es, sin embargo, grande. Esto es así porque el incidente, después de todo, no es una sentencia de legalidad de una conducta de un determinado actor. Es, más bien, un intento de identificación de las normas que realmente estuvieron en juego en un evento determinado a través del estudio de la reacción de todos los demás actores¹⁷. En este sentido, puede decirse que la investigación de los incidentes cubre espacios que otras vías de identificación del Derecho Internacional no abarcan. Los cursos de incidentes, en consecuencia, pueden ser de gran ayuda para la determinación del Derecho Internacional autointerpretativo frente al Derecho Internacional judicial o judicial.

¹⁶ *Op. cit.*, ps. 394-395.

¹⁷ Reisman - Willard, *op. cit.*, p. 22.