

DR 14 12

Derecho, Asignatura de Derecho Internacional Público, La Fundación del Derecho Internacional, 2, José Puente Ejido, 25 de octubre de 1982, 3 de noviembre de 1982. Después del examen del monismo o comprimacia del derecho interno, nos corresponde ahora exponer el dualismo. Esta posición doctrinal sostiene que en el orden jurídico internacional y los distintos ordenamientos estatales internos, hay una radical separación, que esta separación se manifiesta en los sujetos, en la naturaleza de los derechos y obligaciones que cada sistema jurídico configura, y sobre todo en el origen de las normas o reglas jurídicas de cada uno de ellos.

Hay dos nombres de internacionalistas ilustres, uno alemán, Dripel, y el otro italiano, Ancilotti, que van indisolublemente unidos a esta orientación dualista. Aunque por razones diferentes, ambos autores llegan a resultados iguales o casi iguales. Nos fijaremos de modo especial en la doctrina de Dripel.

Conviene además que sepamos que en el origen del dualismo está la intención de afirmar la existencia del derecho internacional como verdadero orden jurídico. En efecto, al final de la exposición anterior, veíamos que en el monismo comprimacia del derecho interno, si se llevaba esta posición a sus extremos, se encuentra en el fondo la negación misma del derecho internacional. El dualismo nace como reacción a esta actitud negadora y busca un mejor fundamento a la existencia del derecho internacional.

Veamos por qué y cómo. La teoría alemana jurídica anterior a Dripel venía manejando ya dos grandes categorías de contratos o acuerdos entre sujetos de derecho. Una primera es la de aquellos acuerdos en los que se configuran derechos y deberes subjetivos para las partes contratantes.

En ellos, la posición de cada uno de los sujetos que intervienen es contrapuesta. Tienen intereses encontrados, que se entrecruzan. De modo que lo que para uno es derecho, para el otro es obligación.

A esta primera doctrina, a esta primera categoría, la doctrina alemana, los ha denominado tradicionalmente Zertrag, es decir, contratos. La segunda categoría la forman aquellos convenios en donde los contratantes armonizan sus voluntades individuales de modo que vayan en paralelo. No se contraponen, sino que se orientan hacia la consecución de algo que colectivamente beneficia al común.

Y también tradicionalmente a esta clase de acuerdos se les ha denominado, tanto el lenguaje técnico como el lenguaje originario, con el término de Vereinbarungen. Esto es, convenios. La contraposición entre una y otra categoría estaría en que en la primera no hay más que configuración de derechos y deberes subjetivos, mientras que en la segunda hay creación de normas, de reglas jurídicas que establecen comportamientos para cada uno de los sujetos que intervienen en tales convenios.

La distinción ha sido ya utilizada por Jelinek para diferenciar los tratados que producían efectos respecto de terceros, pero fue Trippel quien posteriormente extrajo de ella el valor potencial que encerraba tal distinción a efectos de una mejor fundamentación del derecho internacional. El convenio, la *Vereinbarung*, crea una voluntad común que se impone obligatoriamente a las partes. Y es esta voluntad común, esta que *mainvile*, la que se constituye en base o origen de la validez de toda regla jurídica en un sistema concreto.

En la realidad jurídica, nos aclara Trippel, hay numerosos convenios, numerosas *Vereinbarungen*, pero siempre es posible llegar a una que sea fundamento y base de las demás. En el derecho interno, la constitución de cada estado es una gran *Vereinbarung* que expresa una voluntad común y justifica y fundamenta el sistema jurídico de ese estado. Así también en el derecho internacional hay distintas *Vereinbarungen* que manifiestan la voluntad común de los estados y justifican y dan fundamento al orden internacional.

Desde este punto de vista pues, por su origen, derecho internacional y derecho interno se diferencian de modo radical. Pasemos ahora finalmente al monismo con primacía del derecho internacional. Como indica ya el meronenciado, esta postura afirma sustancialmente la unidad de todos los sistemas jurídicos, una unidad que en principio está reducida a tal por el orden internacional.

Hablando en términos generales, diremos que es la posición más conforme con la idea y función misma del derecho internacional y que esta fue la concepción tradicional en la vieja doctrina del derecho de gentes hasta el positivismo del pasado siglo. Entre los autores que se confiesan monistas en este sentido, cabría distinguir varias orientaciones, pero nos fijaremos sustancialmente en dos, en la llamada Escuela Sociológica Francesa y en la llamada Escuela de Viena o Teoría Pura del Derecho. Para la Escuela Sociológica Francesa, cuyos representantes más caracterizados son Searle y Duguid, el derecho queda sustancialmente reducido a relaciones interindividuales.

Parten de la negación de la realidad del Estado, como de cualquier otro ente jurídico, al que consideran mera construcción, mera ficción. Todo el derecho, pues, es un derecho regulador de relaciones entre personas físicas, incluso en aquellos que, como el derecho internacional, contemplan preferentemente relaciones de carácter intersocietario, es decir, entre entes colectivos, porque las derechos y obligaciones internacionales, en la perspectiva de esta orientación, quedan reducidas a derechos y obligaciones de aquellas personas físicas que actúan en nombre de la colectividad. Pero mayor interés e influencia ha tenido el monismo de la Teoría Pura del Derecho, cuyo fundador es Hans Gelsen.

La Teoría Pura del Derecho pretende ser una doctrina que explica globalmente el fenómeno jurídico, y de aquí su interés e influencia en el derecho internacional. El estudio general de esta doctrina pertenece más bien al campo de la filosofía del derecho, pero también al derecho internacional. Le importa, sobre todo, en aquellos puntos que más relación tienen con nuestro tema.

La primera nota a retener es el formalismo de la Teoría Pura del Derecho. En tanto que Teoría Pura, Gelsen trata de explicar al derecho y a la regla jurídica al margen de cualquier contenido. Una regla jurídica para él se explica no por el contenido, sino porque está en relación, emana de un órgano que tiene fuerza normativa, tanto sea reglamentaria como legislativa.

Pero a su vez, estos órganos sólo tienen esta facultad normativa en base a reglas jurídicas que les autorizan a ello. Se establece así, pues, una Stufenbau, una gradación normativa, que va desde la norma inferior, sentencia o contrato, hasta las normas superiores, que en el sentido gelseniano son denominados o bien norma hipotética o bien constitución en el sentido formal. Esta regla, la norma hipotética, es la que da sentido y unidad a todo el derecho.

Hay aquí, pues, un monismo radical que engloba a todo el sistema jurídico. Pero conviene advertir que para Gelsen este monismo ultranza no es necesariamente un monismo con primacía internacional. Porque en ese formalismo gelsiniano de la norma hipotética, el contenido de ésta depende de la convicción personal de la Weltanschauung.

Gelsen, sin embargo, ha sido corregido por sus discípulos, que no aceptaron la posibilidad de esta opción por razón misma de la función ordenadora del derecho internacional. Hay, pues, aquí un monismo radical que engloba cualquier sistema jurídico. El derecho internacional y los distintos derechos estatales forman una unidad total.

Pero conviene advertir, para prevenir malentendidos, que para Gelsen este monismo radical a ultranza no es necesariamente un monismo con primacía del derecho internacional. Porque la regla hipotética que sirve de base a todo el orden jurídico es una regla exigida por la ciencia jurídica, pero cuyo contenido lo da la cosmovisión particular o personal, lo que él denominó la Weltanschauung. Y esta norma hipotética con ese contenido así tiene una proyección o bien monista con primacía del derecho internacional o bien monista con primacía del derecho interno.

Si se es liberal, universalista o demócrata se afirmará la primacía del derecho internacional. Si por el contrario se es nacionalista, imperialista, autoritario se afirmará la primacía del derecho interno. Hans Gelsen cree que en tanto que jurista no puede dar respuesta a una de estas opciones.

Pero en esta posición no le han seguido sus discípulos. Principalmente Ferdous y Kuntz han entendido que es una exigencia científica la norma hipotética que da primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Porque sólo así el derecho internacional sería capaz de cumplir