

VII. *Estado y derecho internacional*

- 42. La esencia del derecho internacional 323
 - a) La naturaleza jurídica del derecho internacional 323
 - b) El derecho internacional como orden jurídico primitivo 325
 - c) La construcción escalonada del derecho internacional 326
 - d) Obligación y facultamiento meramente mediato por el derecho internacional 327
- 43. Derecho internacional y derecho estatal 330
 - a) La unidad del derecho internacional y del derecho estatal 330
 - b) Ningún conflicto entre el derecho internacional y el derecho estatal 331
 - c) La relación recíproca de dos sistemas normativos 334
 - d) La inevitabilidad de la construcción monista 335
 - α) El reconocimiento del derecho internacional por el Estado particular: La primacía del orden jurídico estatal 335
 - β) La primacía del orden jurídico internacional 338
 - γ) La diferencia entre ambas construcciones monistas 341
- 44. Iusvisión y concepción del mundo 345

VII. ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL

42. *La esencia del derecho internacional*

a) *La naturaleza jurídica del derecho internacional*

El derecho internacional es, según la concepción corriente, un complejo de normas que regulan la conducta recíproca de los Estados, los sujetos específicos del derecho internacional. Qué signifique la afirmación de que los sujetos del derecho internacional son Estados, y si corresponde que sólo los Estados sean sujetos de ese derecho, es decir, que el derecho internacional sólo regule la conducta de Estados, será investigado más adelante. Aquí, por de pronto, se ha de responder a la cuestión de que el complejo de normas denominado derecho internacional —como en lo que antecede fue admitido sin mayor examen— es derecho en el mismo sentido que el derecho estatal, y, por ende, si en general puede ser objeto de una ciencia jurídica.

Conforme a la definición aquí expuesta del concepto de derecho, el llamado derecho internacional es derecho si constituye un orden coactivo de la conducta humana, supuesto como soberano; cuando enlaza ciertos hechos que él determina, como condiciones de actos coactivos por él determinados, y, por lo tanto, cuando, como el derecho de un Estado, puede ser descrito en enunciados jurídicos.

Que el derecho internacional, en la medida en que regula el comportamiento de los Estados, norma conducta humana, es cosa que más adelante se mostrará. Aquí se pregunta si regula esa conducta de manera tal que, frente a una conducta determinada como delito reacciona con una sanción como consecuencia de lo ilícito. La pregunta decisiva es: ¿estatuye el derecho internacional actos coactivos como sanciones?

Se supuso hasta aquí que las sanciones específicas del derecho internacional son las represalias y la guerra. Que esta suposición se adecua a la reacción nombrada en primer término, es fácil de mostrar. Puesto que es un principio del derecho internacional general que cuando un Estado cree que algunos de sus intereses han sido lesionados por la conducta de otro Estado, queda facultado para adoptar represalias contra el mismo. Por represalias se entiende una intervención, prohibida por el derecho internacional bajo otras circunstancias, en la esfera de intereses de un Estado, intervención que se produce sin, o inclusive, contra la voluntad del Estado, siendo, en este sentido, un acto coactivo, aun cuando, por falta de oposición del Estado afectado, se produzca sin recurrir a la coacción física, es decir, sin utilizar la fuerza de las armas.

Con todo, no se excluye el empleo de coacción física. Las represalias pueden ser llevadas a cabo, cuando sea necesario, con utilización de fuerza armada; pero este acto coactivo conserva el carácter de una represalia sólo en tanto la acción del poder armado no tome, por su amplitud y su intensidad, el carácter de una guerra.

La diferencia entre una represalia efectuada con fuerza de armas y una guerra es sólo cuantitativa. La represalia es una intervención limitada a la lesión de determinados intereses, mientras que la guerra constituye una intervención ilimitada en la esfera de intereses de otro Estado. Por "guerra" ha de entenderse la acción llevada a cabo con poder armado, que un Estado dirige contra otro, sin tomar en consideración si se reacciona en contra suya con acción similar, es decir, con una guerra contraria.¹⁷⁵ Dado que las represalias sólo son admisibles como reacción por la lesión de determinados intereses de un Estado, por otro Estado, revisten el carácter de sanciones, y las lesiones de intereses que las condicionan, son violaciones del derecho internacional, es decir, delitos internacionales. De esa manera, el derecho internacional protege ciertos —no todos los posibles— intereses de los Estados que le están sometidos. Los intereses estatales protegidos por el derecho internacional general son justamente aquellos en cuyo respecto el derecho internacional autoriza al Estado, en caso de lesión, a dirigir represalias contra el Estado que lesione tales intereses. La intervención limitada en la esfera de intereses de un Estado, admisible como reacción contra una violación del derecho, es decir, como represalia, constituye, cuando no se suscita con ese carácter de reacción, un delito internacional ella misma. Esta intervención es, por consecuencia, o bien una sanción, o, cuando no es una sanción como reacción contra un delito, un delito.

¿Vale lo mismo para la intervención ilimitada en la esfera de intereses de un Estado que se designa como guerra? En este respecto, en la teoría se enfrentan dos posiciones diametralmente contrapuestas. Según la primera, la guerra no es ni delito ni sanción. Cualquier Estado puede, según el derecho internacional general, ir por cualquier motivo a la guerra, sin violar por ello el derecho internacional. Para la segunda, también conforme al derecho internacional, la fuerza sólo es admisible como reacción contra una lesión del derecho internacional, es decir, contra una violación de los intereses de un Estado, contra la cual este Estado está facultado por el derecho internacional general a reaccionar con represalia o guerra. Se trata del denominado principio del *bellum iustum*.

La opinión de que este principio es parte integrante del derecho internacional, se encontraba como fundamento ya de los tratados de paz que concluyeron la Primera Guerra Mundial y que sustentaron las normas constitutivas

¹⁷⁵ Cf. H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, 1952, pp. 25 y ss.

de la Sociedad de Naciones. Desde entonces, el principio se ha convertido, por el Pacto Briand-Kellogg y la Carta de las Naciones Unidas, indudablemente en contenido de tratados, entre los cuales uno, el Pacto Briand-Kellogg tuvo prácticamente a todos los Estados como partes, mientras que el otro —la Carta de las Naciones Unidas— pretende, en este respecto, tener validez para todos los Estados del mundo. Dados estos hechos, es hoy casi imposible sostener que, según el derecho internacional válido, un Estado que no se ha obligado convencionalmente a evitar emprender la guerra por el motivo que estime suficiente contra otro Estado, no viola el derecho internacional, es decir, pueda negar la validez general del principio del *bellum iustum*.¹⁷⁶ La tesis de que tanto la guerra como las represalias constituyen sanciones del derecho internacional, pareciera estar bien fundada.

Estas sanciones consisten, como las del derecho estatal, en la privación coactiva de la vida, la libertad y otros bienes de los hombres, en especial bienes económicos. En la guerra se matan hombres, son convertidos en inválidos, son hechos prisioneros, se destruye propiedad estatal y privada; por vía de represalias se confisca propiedad estatal o privada, y se lesionan otros bienes jurídicos. Estas sanciones del derecho internacional no se diferencian, por su contenido, de las del derecho estatal; pero se encuentran, como se dice, dirigidas contra el Estado. Si la guerra y las represalias tienen carácter de sanciones, y si esas sanciones son vistas como dirigidas contra el Estado, aunque en forma inmediata estén dirigidas contra seres humanos, ello quiere decir que el sufrir la sanción es atribuida al Estado, atribución imputativa con la que se expresa que los hombres que de hecho sufren el mal infligido por las sanciones, pertenecen al Estado, es decir, están sometidos al orden jurídico cuya personificación es el Estado como sujeto del derecho internacional, y que en tanto tal es el sujeto del delito internacional que configura la condición de la sanción.

b) *El derecho internacional como orden jurídico primitivo*

El derecho internacional exhibe en tanto orden coactivo el mismo carácter que el derecho estatal, distinguiéndose de éste con todo en cuanto muestra cierta semejanza con el derecho de las sociedades primitivas el no establecer, por lo menos como derecho general que obliga a todos los Estados, ningún órgano que funcione con división del trabajo. Se encuentra aún en una etapa de amplia descentralización. Está justamente en el inicio de un desarrollo que el derecho estatal ya ha dejado atrás. La formación de las normas generales se produce por vía de la costumbre o por vía de convención (tratado), es decir, por medio de los miembros mismos de la comunidad jurídica, y no a través de un órgano legislativo particular. Y lo mismo sucede con respecto de la aplicación de las nor-

¹⁷⁶ Cf. *op. cit.*, pp. 33 y ss.

mas generales al caso concreto. Es el Estado mismo que cree que su derecho ha sido lesionado el que tiene que resolver si efectivamente se ha producido el hecho ilícito del cual otro Estado es responsable. Y si el segundo Estado niega la ilicitud afirmada, y no se logra ningún acuerdo entre las partes interesadas con respecto a la existencia del hecho ilícito, falta una instancia objetiva que tenga que resolver el litigio en un procedimiento jurídicamente regulado. Y por ende es el Estado mismo, lesionado en su derecho, el facultado para reaccionar contra el Estado autor de la lesión con el acto coactivo establecido por el derecho internacional general, con represalias o guerra. Se trata de la técnica de la autodefensa, de la cual también partió el desarrollo del orden jurídico de los Estados particulares.

c) *La construcción escalonada del derecho internacional*

El derecho internacional está constituido por normas que originariamente fueron producidas mediante actos de los Estados —es decir, de los órganos competentes al respecto, conforme a los órdenes jurídicos de cada Estado—, para regular las relaciones interestatales, y ello, por vía de la costumbre. Son éstas las normas del derecho internacional general, que obliga y faculta a todos los Estados. Entre ellas, tiene especial significación la norma que corrientemente se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*. La misma faculta a los sujetos de la comunidad internacional a regular su comportamiento recíproco, es decir, a regular mediante tratados el comportamiento de sus órganos y de sus súbditos con respecto de los órganos y súbditos de los otros Estados. El procedimiento consiste en que, mediante la expresa conformidad de las voluntades de los órganos competentes al respecto de dos o más Estados, se producen normas mediante las cuales se obligan y facultan los Estados contratantes. El derecho internacional convencional (tratados) hoy vigente, prescindiendo de ciertas excepciones, tiene sólo carácter particular. Sus normas no valen para todos, sino sólo para unos o para un grupo, mayor o menor, de Estados. Constituyen únicamente comunidades parciales. Debe observarse que no debe considerarse al derecho internacional convencional particular y el derecho internacional consuetudinario general como grupos normativos coordinados. Dado que el fundamento del primero se encuentra en una norma perteneciente al segundo, ambos derechos se encuentran en la relación de una grada superior a una grada inferior. Y si se toman en cuenta también las normas jurídicas producidas por los tribunales internacionales y por otros órganos internacionales creados por tratado, aparece en la estructura del derecho internacional también una tercera grada. Puesto que la función de tales órganos productores de derecho internacional reposa a su vez en un tratado internacional, es decir, en una norma que pertenece a la segunda grada del derecho internacional. Como ésta —el derecho internacional producido por vía de tratados internacionales— reposa en una norma del

derecho internacional consuetudinario general, la grada relativamente superior, tiene que valer como norma fundante básica presupuesta del derecho internacional, una norma que, como ya se expuso anteriormente, establezca a la costumbre constituida por el comportamiento recíproco de los Estados como hecho productor de derecho.

d) *Obligación y facultamiento meramente mediato por el derecho internacional*

El derecho internacional obliga y faculta a los Estados. Obliga a los Estados a determinada conducta en tanto enlaza a la conducta contraria las sanciones señaladas anteriormente: represalias o guerra, prohibiendo de ese modo esa conducta como delito, y ordenando la contraria. El enlace del delito con la sanción no se produce de suerte que sólo determinados delitos tienen como consecuencia una de ambas sanciones, mientras otros delitos tienen la otra, sino de manera que el Estado lesionado en su derecho tiene opción entre ambas. Y no sólo ello, sino que, conforme al derecho internacional general, el Estado no está obligado, sino sólo facultado, a reaccionar con una sanción ante una lesión jurídica, es decir, a dirigir los actos coactivos, por lo demás prohibidos, contra el Estado que ha actuado en su respecto contra el derecho internacional violando así sus obligaciones. El derecho reflejo de un Estado, idéntico con la obligación que otro Estado tiene en su respecto, está provisto con el facultamiento del primero para adoptar contra el Estado que viola sus obligaciones las sanciones estatuidas por el derecho internacional. En ello reside su derecho subjetivo.

Se diferencia de un derecho subjetivo privado en que la sanción no tiene que ser primeramente ordenada por una sentencia judicial, y ejecutada luego por un órgano que funciona con división del trabajo, puesto que el Estado, en cuyo respecto la obligación fue violada, no tiene ningún poder jurídico, sino que tiene el poder jurídico de resolver por sí si corresponde dirigir, en el caso dado, una sanción contra un Estado que ha violado, en su respecto, su obligación, y el poder de ejecutar por sí esa sanción.

Ello no significa —como se supone comúnmente— que el derecho internacional no obligue ni faculte a seres humanos individuales. Dado que todo derecho es, esencialmente, regulación de conducta humana, ningún deber jurídico, ni ningún derecho subjetivo, puede tener otro contenido que conducta humana (estando otros hechos regulados sólo en conexión con conducta humana); ésta no puede ser otra cosa sino el comportamiento de seres humanos individuales. Que el derecho internacional obligue y faculte a los Estados significa a la postre que los seres humanos individuales sólo son obligados y facultados, no en forma inmediata como pasa en los órdenes jurídicos estatales particulares, sino sólo mediatamente, por intermedio del orden jurídico de cada

Estado (cuya expresión personificadora sólo es el "Estado"). La obligación y facultamiento del Estado por el derecho internacional tiene el mismo carácter que la obligación y facultamiento de una corporación como persona jurídica por el orden jurídico de un Estado en particular. El Estado es una persona jurídica y las normas del derecho internacional, mediante las cuales los Estados, en tanto tales, son obligados y facultados, son normas incompletas, normas que requieren ser completadas. Determinan sólo el elemento material, pero no el personal, de la conducta humana que necesariamente tienen como contenido. Determinan solamente aquello que debe hacerse u omitirse, pero no quién (es decir, qué ser humano individual) tiene que llevar a cabo la acción u omisión prescritas. La determinación de ese individuo es delegada por el derecho internacional en los órdenes jurídicos de cada Estado. La conducta de ese individuo, ordenada o prohibida por el derecho internacional, que representa el cumplimiento o incumplimiento de la obligación, y por ende, la obligación misma, es atribuida al Estado, es decir, referida a la unidad del orden jurídico estatal, en tanto esa conducta se encuentra determinada por el orden jurídico estatal como una función que el individuo desempeña en razón de la división del trabajo, actuando así como órgano del Estado. Lo mismo vale para la conducta consistente en el ejercicio del derecho reflejo y el uso de una autorización: reaccionar con una sanción (represalias o guerra) a la violación de la obligación que se identifica con el derecho reflejo. La atribución de una conducta prohibida por el derecho internacional al Estado, es decir, la admisión de una responsabilidad delictual internacional del Estado, no provoca dificultad alguna. El orden jurídico estatal puede perfectamente facultar a un órgano estatal, y hasta obligarlo, a producir una conducta a la cual el orden jurídico internacional enlaza una sanción. En un contexto anterior,¹⁷⁷ ya se apuntó la diferencia que se da al delito estatuido en este respecto, sea por el orden jurídico internacional, sea por un orden jurídico estatal.

Como se indicó, afirmar que la guerra y las represalias son sanciones del derecho internacional dirigidas contra el Estado, significa que el padecer los males de esas sanciones, que de hecho son sufridas por los hombres pertenecientes al Estado, es atribuido a la persona del Estado. La situación objetiva que se presenta puede ser expuesta en forma más realista sin recurrir a esta atribución ficticia. En tanto y en cuanto los delitos internacionales, que son condiciones de las sanciones, son cometidos por hombres que actúan como gobierno de los Estados, pero en tanto las sanciones no son dirigidas contra esos hombres, sino contra otros hombres, el significado del enunciado que dice que las sanciones se dirigen contra el Estado, puede ser reconocido como que las sanciones estatuidas por el derecho internacional general (guerra y repre-

¹⁷⁷ Cf. *supra*, pp. 305 y ss.

salias) constituyen una responsabilidad colectiva de los miembros del Estado por los delitos internacionales cometidos por el gobierno.¹⁷⁸

Esta responsabilidad objetiva es una responsabilidad por el resultado, dado que el hecho ilícito en forma alguna es ejecutado por los individuos contra los cuales se dirige el acto coactivo de la sanción, y, por lo tanto, la lesión de intereses causada por ese hecho ilícito tampoco ha sido producida intencional o negligentemente por esos individuos.

También en lo que hace a esta responsabilidad colectiva se asemeja el derecho internacional general al derecho de una comunidad primitiva.

Las acciones bélicas constitutivas del hecho mismo de la guerra deberían estar dirigidas, según el derecho internacional general, sólo contra los miembros de las fuerzas armadas que son un órgano del Estado. Atribuir sus padecimientos al Estado sirve para expresar, pues, que están dirigidas contra un órgano del Estado; pero no está excluido que, en los hechos, esos actos afecten a seres humanos que no son miembros de las fuerzas armadas, lo que hoy, con la técnica actual bélica, no puede ya evitarse.

El sentido jurídico de esa peculiaridad del derecho internacional, según la cual éste sólo “obligaría y facultaría a Estados”, o según la cual, sólo “los Estados son sujetos del derecho internacional”, se agota en que el derecho internacional delega en los órdenes jurídicos estatales el determinar los individuos cuya conducta cumple o lesiona las obligaciones estatuidas por el derecho internacional, o ejercen los derechos estatuidos por el mismo. Lo que así se expresa es finalmente la obligación y facultamiento meramente mediatos, a saber: efectuado por intermedio de los órdenes jurídicos estatales particulares, de seres humanos individuales por el derecho internacional.

Por lo demás, cabe señalar que esta captación meramente mediata del comportamiento humano individual por el derecho internacional, es sólo la regla general. En este respecto, tanto en el terreno del derecho internacional consuetudinario general, como en el del derecho internacional particular convencional, hay muy notables excepciones, casos en que la norma internacional obliga inmediatamente a un individuo, en cuanto la norma internacional no sólo expone inmediatamente lo que debe hacerse u omitirse, sino también quién sea el individuo humano que tenga que llevar a cabo la conducta ordenada por el derecho internacional; casos, pues, en los cuales aparecen inmediatamente como sujetos del derecho internacional, seres humanos individuales.

¹⁷⁸ Muy característico es el recurso a esta atribución en una guerra civil. Los rebeldes no dicen que sus acciones, análogas a las bélicas, estén dirigidas contra el Estado, sino solamente que están dirigidas contra el gobierno contrario; es decir, no atribuyen el padecimiento del mal que sus actos ocasionan a hombres, al Estado. Pero el gobierno contra el cual, según lo dicho por los rebeldes, se dirige la acción revolucionaria, gobierno que, mientras se encuentre en control efectivo, es el gobierno legítimo, representante del Estado, calificará esa acción de acuerdo con los usos lingüísticos de algunas leyes penales, como “hostiles al Estado”, es decir, como dirigidas contra el Estado.

Una obligación inmediata de individuos por el derecho internacional no se produce en los hechos de manera que se enlacen a determinada conducta de ese individuo las sanciones específicas del derecho internacional: represalia y guerra. Las obligaciones que el derecho internacional impone inmediatamente a individuos se constituyen a través de las sanciones específicas del derecho estatal: sanciones penales y ejecución civil. El derecho internacional puede dejar a un orden jurídico estatal el estatuir y ejecutar esas sanciones, como en el caso del delito internacional de piratería. Esas sanciones pueden estatuirse también en una norma producida mediante un tratado internacional, dejándose su aplicación al caso particular a un tribunal internacional creado por un tratado internacional, como en el caso del procesamiento penal de los delinquentes de guerra, conforme al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945.

En la misma medida en que el derecho internacional penetra con sus regulaciones en materias que hasta ahora sólo se encontraban normadas por los órdenes jurídicos estatales particulares, tiene que reforzarse la tendencia al facultamiento y obligación inmediatas de los individuos. Con ello, y en igual medida, aparecerá, en lugar de la responsabilidad colectiva y por el resultado, una responsabilidad individual por la intención. Junto a ello se produce —lo que, presentemente, sólo se observa dentro de comunidades particulares de derecho internacional— la constitución de órganos centrales destinados a la producción y ejecución de normas de derecho. Esta centralización se refiere por de pronto —en entera semejanza con la evolución del orden jurídico de los Estados particulares— a la actividad jurisdiccional: tiende a la formación de una justicia (tribunales) internacional.

43. *Derecho internacional y derecho estatal*

a) *La unidad del derecho internacional y del derecho estatal*

Todo el movimiento técnico-jurídico aquí señalado tiene, a la postre, la tendencia a borrar la línea divisoria entre el derecho internacional y el orden jurídico de cada Estado, de suerte que, como última finalidad de la efectiva evolución del derecho, orientada hacia una progresiva centralización, aparece la unidad organizadora de una comunidad universal dotada de un derecho mundial, es decir, la constitución de un Estado mundial. Por el momento, sin embargo, no cabe hablar de tal cosa. Sólo contamos con una unidad epistemológica de todo el derecho; es decir, cabe concebir al derecho internacional, junto con los órdenes jurídicos particulares de cada Estado, como un sistema unitario de normas, de igual modo que se acostumbra ver en los órdenes jurídicos estatales particulares una unidad.

A ello se contraponen la tesis tradicional que quisiera ver en el derecho internacional y en los derechos estatales particulares dos sistemas normativos dis-

tintos, entre sí independientes, aislados recíprocamente en tanto se funden en dos normas básicas diferentes. Esta construcción dualista —que quizás, habría que denominar “pluralista”, atendiendo a la multiplicidad de los órdenes jurídicos estatales particulares— es, sin embargo, insostenible por razones puramente lógicas, si es que ha de verse tanto en las normas del derecho internacional, como en los órdenes jurídicos estatales particulares normas simultáneamente válidas, a saber, como normas jurídicas. En esta concepción, también compartida por la doctrina dualista, aparece ya la exigencia epistemológica: concebir todo el derecho en un sistema, es decir, en un todo en sí encerrado desde un mismo punto de vista. En tanto el conocimiento jurídico pretende captar el derecho caracterizado como derecho internacional, así como también al material que se ofrece como derecho de un Estado particular, como derecho, tiene que hacerse cargo de la tarea —igualmente que la ciencia natural— de exponer su objeto como una unidad. El criterio negativo de esa unidad es la falta de contradicción. Este principio lógico también vale para el conocimiento en el dominio de las normas. No cabe describir un orden normativo de manera de afirmar que vale tanto la norma “A es debido”, como “A no es debido”. Lo que sobre todo interesa en la determinación de la relación entre derecho estatal y derecho internacional, es la cuestión de si entre ambos sistemas normativos pueden darse conflictos insolubles. Sólo si esta cuestión tiene una respuesta afirmativa, quedará excluida la unidad del derecho estatal y el derecho internacional. Sólo será posible entonces, en la práctica, una construcción dualista o pluralista de las relaciones entre derecho estatal y derecho internacional; pero entonces no cabría hablar de la simultánea validez de ambos. Tal cosa muestra la relación entre derecho y moral. Aquí de hecho son posibles tales conflictos, como cuando, por ejemplo, un determinado orden moral prohíbe en todas las circunstancias el dar muerte a un hombre, mientras que el orden jurídico positivo estatuye la pena de muerte, facultando al gobierno, bajo las condiciones determinadas por el derecho internacional, para iniciar la guerra. Entonces, quien considere al derecho como un sistema de normas válidas, tendrá que prescindir de la moral, y quien considere a la moral como un sistema de normas válidas, del derecho. Se expresa esto de alguna manera diciendo que, desde el punto de vista de la moral, la pena de muerte y la guerra están prohibidas, mientras que desde el punto de vista del derecho ambas son obligatorias o por lo menos permitidas. Así no se dice sino que no existe ningún punto de vista común desde el cual puedan verse la moral y el derecho como órdenes normativos válidos simultáneamente. “Nadie puede servir a dos señores.”¹⁷⁹ Si aparecieran conflictos insolubles entre el derecho internacional y el derecho estatal, y si fuera por ende inevitable una construcción dualista, toda vez que se considere al derecho estatal como un sistema de normas válidas, no podría tenerse por derecho al derecho internacional, no podría considerár-

¹⁷⁹ Mateo VI, 24.

sele un orden normativo obligatorio que tuviera validez simultáneamente con el derecho estatal. Las relaciones que tengan que examinarse sólo podrían ser interpretadas sea desde el punto de vista del orden jurídico estatal, sea desde el punto de vista del orden jurídico internacional. Mientras sea esto lo que la teoría supone que cree tener que admitir conflictos insolubles entre el derecho internacional y el derecho estatal, viendo en el derecho internacional no un derecho, sino una especie de moral internacional, nada habría que argüir lógicamente contra la misma. Pero la mayoría de los representantes de la teoría dualista se ven constreñidos a considerar tanto al derecho internacional como al derecho estatal, como órdenes jurídicos simultáneamente válidos, independientes entre sí en su validez y que pueden entrar recíprocamente en conflicto. Esta teoría es insostenible.

b) *Ningún conflicto entre el derecho internacional y el derecho estatal*

La concepción de que el derecho estatal y el derecho internacional son dos órdenes jurídicos entre sí distintos, independientes recíprocamente en su validez, encuentra justificación en lo esencial en la existencia de conflictos insolubles entre ambos. Una investigación más detallada muestra, sin embargo, que lo que se considera un conflicto entre normas del derecho internacional y las normas de un derecho estatal, no constituye un conflicto normativo, dado que la situación puede ser descrita en enunciados jurídicos que de ninguna manera se contradicen lógicamente.

Se ve, sobre todo, un conflicto semejante en el hecho de que una ley estatal puede oponerse a un tratado internacional, como, poniendo por caso, cuando un Estado está obligado por tratado a otorgar a los pertenecientes a una minoría los mismos derechos políticos que a los miembros de la mayoría, mientras que por ley de ese Estado se priva a los miembros de la minoría de todo derecho político, sin que esta oposición afecte la validez de la ley o la validez del tratado. Sólo que este hecho encuentra su analogía plena dentro del orden jurídico particular del Estado, sin que por ello se ponga en duda en forma alguna su unidad. También la denominada ley inconstitucional es una ley válida, permaneciendo así, sin que por ello la constitución sea suprimida o tenga que considerarse que ha sido enmendada. También la llamada sentencia *contra legem* es una norma válida, guardando validez en tanto y en cuanto no sea revocada por otra sentencia. Que la "contrariedad normativa" de una norma no significa un conflicto entre una norma inferior y una norma superior, sino sólo la anulabilidad de la norma inferior, o la punibilidad del órgano responsable, es cosa que ya fue puesta en claro anteriormente. Debe advertirse especialmente que el establecimiento de una norma "contraria a norma" puede ser un hecho delictivo al cual el orden jurídico enlace sus actos coactivos específicos como sanciones. También surge de lo anteriormente expuesto que el delito no es una

negación del derecho —como lo expresa la palabra “antijurídico”— sino que sólo constituye una condición específica a la que el derecho enlaza consecuencias específicas, sin que se dé, por lo tanto, contradicción entre lo llamado “antijurídico” y el derecho. De ahí que no aparezca ninguna dificultad lógica en que mediante un acto, calificado como delito, puedan producirse normas jurídicas válidas. La promulgación de la norma puede llevar a sanciones, pero la norma así establecida mantiene validez; es válida, no sólo en el sentido de que guarda validez hasta su eliminación mediante un acto jurídico cumplido en un procedimiento especial previsto por el orden jurídico para ese fin, sino también en el sentido de que aun en procedimiento semejante puede que de ninguna manera sea posible eliminarla, en cuanto el orden jurídico no prevé un procedimiento tal. Ése es el caso en la relación entre derecho internacional y derecho particular de un Estado. El sentido con el cual el derecho internacional obliga al Estado a cierto acto y, especialmente, a la promulgación de normas de determinado contenido, es simplemente que el acto contrario, o la promulgación de una norma estatal de contenido contrario, constituye condición a la cual el derecho internacional enlaza una sanción específica: la consecuencia de la ilicitud consistente en represalias o en la guerra. La norma dictada en el orden jurídico particular de un Estado, en “violación” del derecho internacional, permanece válida; y ello inclusive desde el punto de vista del derecho internacional. Puesto que éste no prevé procedimiento alguno mediante el cual se pueda anular la norma “contraria al derecho internacional” del orden jurídico particular de un Estado. Semejante posibilidad sólo se da en el terreno del derecho internacional particular. La relación del derecho internacional con la norma considerada contraria al derecho internacional es la misma que se da cuando entre una constitución estatal que —por ejemplo, en el catálogo de los derechos fundamentales— determine el contenido de las leyes futuras, y la ley que afecte esos derechos fundamentales, siendo así contraria a la constitución, siempre y cuando esa constitución no prevea ningún procedimiento mediante el cual se pueda eliminar, fundándose en su inconstitucionalidad, la ley en cuestión, limitándose a la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos por la producción de la denominada ley inconstitucional. La determinación del contenido de los órdenes jurídicos estatales particulares por el derecho internacional se produce en un sentido alternativo, de igual modo que la determinación del contenido de leyes futuras por una constitución que no establece ninguna jurisdicción de control de constitucionalidad. No queda excluida, pues, la posibilidad de un contenido distinto del prescrito, contenido distinto que es posible, justamente por ello, aun cuando sólo en una segunda línea, instaurar por delegación. Su descalificación se produce únicamente en tanto la promulgación de tales normas, pese a su validez, es caracterizada como un delito internacional. Ni éste, ni la norma por él creada, designada como “contraria al derecho internacional” se encuentran en contradicción lógica con

el derecho internacional. El supuesto de la unidad del derecho internacional y el derecho particular de cada Estado no encuentra, por lo tanto, obstáculos por esta vía.

c) *La relación recíproca de dos sistemas normativos*

La unidad entre el derecho internacional y el derecho estatal puede ser planteada, con todo, en el terreno epistemológico, de dos maneras distintas; y si se considera a ambos como órdenes de normas obligatorias simultáneamente válidas, ello sólo puede resultar de que se concibe a ambos, de una u otra manera, como un sistema describible en enunciados jurídicos no contradictorios.

Dos complejos normativos de tipo dinámico, como el orden jurídico internacional y un orden jurídico estatal, pueden configurar un sistema unitario en tanto se pone un orden como subordinado al otro, en cuanto uno de ellos contiene una norma que determina la producción de las normas del otro, encontrando éste en aquél su fundamento de validez. La norma fundante básica del orden superior constituye así el fundamento de validez del orden inferior, pero dos complejos normativos pueden configurar también un sistema normativo unitario en tanto ambos órdenes están entre sí coordinados, es decir, en cuanto aparecen recíprocamente delimitados en sus dominios de validez. Ello supone, con todo, un tercer orden superior que determine la producción de los otros dos, los delimite recíprocamente en sus dominios de validez y, de ese modo, los coordine. La determinación del dominio de validez es, como surge de lo anteriormente dicho, la determinación de un elemento del contenido del orden inferior por el superior. La determinación del procedimiento de producción puede efectuarse directa o indirectamente, sea que la norma superior determine ella misma el procedimiento mediante al cual se produce la inferior, sea que se limite a establecer una instancia facultada a producir normas con validez para un determinado dominio según su propia apreciación. En ese caso se habla de una delegación, y la unidad en que se encuentran ligados el orden inferior con el superior, constituye una relación de delegación. De ello ya deriva que la relación de un orden superior a varios órdenes inferiores por él delegados, tiene que ser de consuno la relación de un orden total con los órdenes parciales que él abarque. Puesto que si la norma que constituye el fundamento de validez del orden inferior es parte integrante del superior, cabe pensar entonces a aquél como un orden parcial contenido en éste, como orden total. La norma fundante básica del orden superior —como grada suprema del orden conjunto— constituye al fundamento de validez supremo de todas las normas, inclusive de las de los órdenes inferiores.

Si el derecho internacional y el derecho particular de los Estados configuran un sistema unitario, entonces sus relaciones recíprocas tienen que darse en una de las dos formas aquí desarrolladas. El derecho internacional tiene que ser

concebido como un orden jurídico delegado por un orden jurídico estatal, y por ende, encadenado a éste, o como un orden jurídico supraordinado a los órdenes estatales, que son su delegación, como un orden jurídico total que abarque a todos los órdenes estatales como órdenes jurídicos parciales. Ambas interpretaciones de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho estatal constituyen una construcción monista. Una significa dar primacía al orden jurídico particular de los Estados, la otra, la primacía del orden jurídico internacional.

d) *La inevitabilidad de la construcción monista*

a) *El reconocimiento del derecho internacional por el Estado particular: la primacía del orden jurídico estatal.* Como ya se destacó, los representantes de una construcción dualista consideran al derecho internacional como un sistema de normas jurídicas obligatorias que poseen validez junto a las normas del derecho estatal. Por ello tienen que dar respuesta a la pregunta de por qué las normas del derecho internacional obligan a cada Estado, de cuál sea el fundamento de su validez. Para responder a ese interrogante, parten de la validez, presupuesta por ello como cosa evidente, del propio orden estatal. Pero si se parte de la validez de un orden jurídico estatal, se plantea la cuestión cómo pueda fundarse, con ese punto de partida, la validez del derecho internacional, debiendo entonces encontrarse ese fundamento de validez del derecho internacional en el orden jurídico estatal. Ello resulta suponiendo que el derecho internacional general sólo vale para un Estado cuando ese Estado lo ha reconocido como obligatorio para él, reconociéndolo tal como se encuentre configurado, por la costumbre, en el momento del reconocimiento. Ese reconocimiento puede producirse expresamente mediante un acto legislativo, o gubernamental, o bien tácitamente mediante la aplicación de hecho de las normas del derecho internacional, la concertación de tratados internacionales, el respeto de las inmunidades estatuidas por el derecho internacional, etcétera. Como ello, en los hechos, es efectuado por los Estados, el derecho internacional de hecho tiene validez para todos los Estados; pero sería sólo a través de este reconocimiento expreso o tácito como el derecho internacional adquiriría validez para el Estado. Esta concepción es la dominante en la ciencia jurídica anglonorteamericana, recibiendo expresión en las constituciones modernas que contienen disposiciones según las cuales el derecho internacional general adquiere validez como parte integrante del orden jurídico estatal, con lo cual el derecho internacional es reconocido y convertido en parte integrante del orden jurídico estatal de los Estados cuyas constituciones contienen semejante disposición. Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento del derecho internacional por un Estado particular no es una condición, que el derecho internacional de por sí esta-

blezca, que condicione su validez para el Estado particular. Ninguna norma del derecho internacional puede estatuir semejante condición, puesto que la validez de esa norma misma no puede depender de semejante condición; pero nada impide que los tribunales, y otros órganos de aplicación de derecho, sólo consideren al derecho internacional obligatorio para sus Estados cuando el Estado en cuestión lo ha reconocido como obligatorio. La consecuencia de esa concepción es que cuando un Estado no reconoce al derecho internacional como obligatorio para sí, el derecho internacional no tendría validez para ese Estado. La idea de que el derecho internacional no valga para un Estado, de que sus relaciones con otros Estados no estén sujetas al derecho internacional, no es irrealizable.

Según el derecho internacional válido, sólo es éste aplicable a la relación de un Estado con otra comunidad bajo la condición de que esa comunidad sea reconocida por el Estado como un Estado, en el sentido que le da el derecho internacional; debiendo observarse que no debe confundirse este reconocimiento de una comunidad como Estado, postulado por el derecho internacional —es decir, la comprobación de que una comunidad satisface las condiciones determinadas por el derecho internacional para que una comunidad pueda ser considerada como Estado en el sentido que tiene en el derecho internacional—, con el reconocimiento del derecho internacional por un Estado. Si para dar respuesta a la pregunta por el fundamento de validez del derecho internacional se parte de la validez del orden jurídico del propio Estado, al preguntarse por qué el derecho internacional vale para el orden jurídico válido considerado ya como Estado, no podría arribarse a otra respuesta sino a que el derecho internacional tiene que estar reconocido por ese Estado, para valer para él. En la pregunta misma se encuentra ya el supuesto de que el fundamento de validez del derecho internacional tiene que ser encontrado en el orden jurídico estatal; esto es, se supone la primacía del orden jurídico del propio Estado, lo que significa que se da por supuesta su soberanía, o, lo que significa lo mismo, se da por supuesta la soberanía del Estado en cuyo respecto se plantea la pregunta de la validez del derecho internacional.

Esta soberanía del Estado es el factor decisivo para la tesis de la primacía del orden jurídico estatal. La soberanía no es una propiedad perceptible, o reconocible objetivamente de otra manera, de un objeto real, sino un presupuesto: el presupuesto de un orden normativo como orden supremo no derivable, en su validez, de ningún orden superior. La pregunta de si el Estado es soberano no puede contestarse mediante una investigación de la realidad natural. La soberanía no es un máximo de poder real. Los Estados que, en comparación con las llamadas grandes potencias, no cuentan con ningún poder real digno de consideración, son tenidos como tan soberanos como esas grandes potencias. La pregunta de si un Estado es soberano es la pregunta de si se presupone al orden jurídico estatal como supremo. Ello se cumple cuando no

se considera al derecho internacional como un orden situado por encima del orden jurídico estatal, sino como un orden jurídico delegado por el orden jurídico estatal, es decir, cuando se considera que el derecho internacional sólo tiene validez para el Estado cuando es reconocido por éste. Ello es tan posible como es posible —aunque hoy ya no sea usual— considerar como válido para el ser humano individual sólo al orden jurídico estatal que sea reconocido por ese ser humano. Si se ve en el reconocimiento de ese orden por parte del individuo, para el cual ese orden estatal vale, el fundamento de validez del orden jurídico estatal, se está partiendo de la soberanía del individuo, de su libertad; así como, si se ve en el reconocimiento por el Estado particular el fundamento de validez del derecho internacional, se parte de la soberanía del Estado. Que el Estado sea soberano no significa sino que se da por supuesto que la promulgación de la primera constitución histórica es un hecho productor de derecho, sin que se efectúe referencia a una norma del derecho internacional que establezca a ese hecho como un hecho productor de derecho.

El derecho internacional que, desde el punto de vista de la primacía del orden jurídico estatal —o de la soberanía del Estado—, sólo vale en tanto un Estado lo ha reconocido como obligatorio para sí, no aparece por lo tanto como un orden jurídico supraestatal, ni tampoco como un orden jurídico independiente del orden jurídico estatal propio, como un orden jurídico aislado frente a éste, sino, en tanto es en general derecho, como una parte integrante del orden jurídico del propio Estado. Se le ha designado como “derecho externo”, partiendo del supuesto de que regula las relaciones del Estado hacia el “exterior”, de que regula sus relaciones con otros Estados. Pero el derecho internacional no puede ser definido por el objeto que sus normas regulan. Como ya se expuso, regula el derecho internacional no sólo el comportamiento de los Estados, y por ende, mediatamente, el comportamiento de los individuos, sino también lo hace inmediatamente. El derecho internacional sólo puede ser definido por el modo y manera en que se producen sus normas. Se trata de un sistema de normas jurídicas, producido por la costumbre entre los Estados, por tratados entre Estados y por órganos internacionales constituidos por tratados entre Estados. Si las normas así producidas sólo son consideradas válidas cuando, mediante su reconocimiento, se han convertido en parte integrante de un orden jurídico estatal, tendremos que su último fundamento de validez está dado por la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico, y, por lo tanto, la unidad del derecho internacional y del derecho estatal no proviene de la primacía del orden jurídico internacional, sino que se funda en la primacía del orden jurídico del Estado particular.

La necesidad de concebir al derecho internacional como un complejo de normas jurídicas válidas lleva a la construcción dualista al supuesto inevitable de que la validez del derecho internacional, con respecto de un Estado, de-

pende de su reconocimiento por ese Estado, supuesto que amenaza con la eliminación del derecho internacional. Puesto que si el derecho internacional sólo vale como parte integrante de un orden jurídico estatal, no puede ser un orden jurídico distinto, independiente en su validez de ese orden jurídico; y entonces no pueden suscitarse conflictos entre ambos, puesto que ambos reposan —para expresarlo en el lenguaje de la jurisprudencia tradicional— en la “voluntad” de un mismo Estado.

β) *La primacía del orden jurídico internacional.* El segundo camino por el que se alcanza el conocimiento de la unidad del derecho internacional y del derecho estatal, parte del derecho internacional como un orden jurídico válido. Si se parte, como se indicó en lo anterior, de la validez de un orden jurídico estatal, surge la cuestión de cómo fundar, en tal punto de partida, la validez del derecho internacional, lo que sólo puede efectuarse en cuanto se la funda en el reconocimiento por parte del Estado para el cual el derecho internacional tiene validez. Ello implica la primacía del orden jurídico estatal. Si se parte de la validez del derecho internacional, la cuestión que se plantea es cómo pueda fundarse, partiendo de ese punto, la validez del orden jurídico estatal; tendría que encontrarse el fundamento de validez en el orden jurídico internacional. Ello es posible porque, como ya se indicó en otro contexto,¹⁸⁰ el principio de efectividad, que es una norma del derecho positivo internacional, determina tanto el fundamento de validez, como los dominios de validez territorial, personal y temporal de los órdenes jurídicos estatales particulares, pudiendo concebirse a éstos como órdenes jurídicos parciales delegados por el derecho internacional, y, por ende, subordinados a éste y comprendidos por él en cuanto orden jurídico mundial universal, órdenes parciales cuya coexistencia en el espacio, su sucesión en el tiempo, justamente es jurídicamente posible a través del derecho internacional. Ello significa la primacía del orden jurídico internacional. La misma es compatible con el hecho de que la constitución de un Estado contenga una disposición según la cual el derecho internacional general debe valer como parte integrante del orden jurídico estatal. Si se parte de la validez del derecho internacional, que no exige ningún reconocimiento por parte del Estado, la mencionada disposición constitucional no significa que el derecho internacional adquiera validez para el Estado en cuestión, sino que, mediante una cláusula genérica, se le transforma en derecho estatal. Esa transformación es necesaria cuando los órganos del Estado, en especial sus tribunales, sólo están facultados por la constitución para aplicar derecho estatal, pudiendo solamente aplicar el derecho internacional cuando su contenido ha adquirido forma de derecho estatal —forma de ley, forma de ordenanza—, es decir, cuando se ha transformado

¹⁸⁰ Cf. *supra*, pp. 221 y s.

en derecho estatal. Si, por falta de semejante transformación, no pudiera aplicarse en un caso concreto la norma del derecho internacional que se refiere a ese caso, ello significaría, si se parte de la validez del derecho internacional, no que esa norma del derecho internacional no tuviera validez para el Estado, sino solamente que, si no la aplica y, por ende, si el comportamiento de ese Estado viola el derecho internacional, que ese Estado se hace susceptible de la sanción que el derecho internacional estatuye como consecuencia.

Dado que el derecho internacional regula el comportamiento de los Estados, es decir, que regula la conducta de los hombres que actúan, en mérito al orden jurídico estatal, como gobierno del Estado, el derecho internacional tiene que determinar qué sea un Estado para el derecho internacional; es decir, tiene que determinar bajo qué condiciones se considerará a ciertos hombres como gobierno del Estado, y, también, al orden coactivo en mérito al cual actúan, como un orden jurídico válido, y a sus actos, como actos del Estado, lo que implica considerarlos como actos jurídicos en el sentido del derecho internacional. El derecho internacional positivo determina que ciertos hombres tienen que ser considerados gobierno de un Estado cuando son independientes de otros gobiernos del mismo tipo y son capaces de establecer una obediencia duradera al orden coactivo, en mérito al cual actúan, por parte de los hombres cuya conducta ese orden coactivo regula; es decir, cuando ese orden coactivo relativamente centralizado, subordinado únicamente al derecho internacional, tiene eficacia en términos generales, siendo indiferente las maneras en que los hombres que, en mérito a ese orden, actúan como órganos gubernamentales, hayan llegado a sus puestos. Ello significa que la comunidad constituida por ese orden coactivo es un Estado, que el orden coactivo que la constituye es un orden jurídico válido en el sentido del derecho internacional. El derecho internacional estatuye además que el territorio de ese Estado, o el dominio territorial de validez del orden jurídico estatal, alcanza hasta donde ese orden es duraderamente eficaz; que todos los hombres que viven en ese territorio, con ciertas excepciones determinadas por el derecho internacional, están sujetos a ese orden estatal y a ningún otro. Ello significa que, según el derecho internacional, todo Estado puede presentarse en su aspecto de aparato represivo fundamentalmente sólo en su propio territorio, es decir, en el territorio que le concede el derecho internacional; o para decirlo sin metáforas: que el orden jurídico estatal de cada Estado sólo puede estatuir sus actos coactivos específicos con respecto del dominio de validez que le delimita el derecho internacional, y que esos actos coactivos sólo pueden ejecutarse, sin violación del derecho internacional, dentro de ese espacio. De esa manera se hace jurídicamente posible la coexistencia espacial de una multitud de Estados, es decir, la multiplicidad de órdenes coactivos; pero no sólo se trata de la coexistencia en el espacio, sino también de la sucesión en el tiempo, es decir, que también el dominio temporal de validez de los órdenes jurídicos particulares estatales

es determinado por el derecho internacional. El principio jurídico de la efectividad rige el comienzo y el fin de la validez jurídica del orden estatal. Comienzo y desaparición del Estado constituyen así, vistos desde este punto de vista, fenómenos jurídicos como los de la constitución y disolución de una sociedad con personalidad jurídica en el marco del derecho interno de un Estado. Pero también tiene importancia el derecho internacional en relación con el dominio material de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares. Dado que sus normas y, en especial, las producidas mediante tratados internacionales, pueden abarcar todo objeto posible y, por ende, también aquellos que hasta ahora fueron regulados por los órdenes jurídicos particulares de los Estados, el derecho internacional limita el dominio material de validez de éstos. Los Estados particulares guardan competencia, también conforme al derecho internacional, de normar básicamente todo; pero conservan esa competencia sólo en la medida en que el derecho internacional no se apodera de un objeto, sacándolo así de la esfera de la libre regulación por el orden jurídico particular del Estado. Éste no tendría ya, si se pone al derecho internacional como un orden jurídico supraestatal, ninguna competencia suprema. Sólo cuenta entonces con una pretensión de totalidad limitada por el derecho internacional; es decir, no está limitado de antemano por el derecho internacional a determinados objetos, como sucede con otros órdenes jurídicos o comunidades jurídicas inmediatamente reguladas por el derecho internacional y constituidas por tratados internacionales. El Estado aparece así determinado en todas las direcciones en su existencia jurídica por el derecho internacional, esto es, como un orden jurídico delegado por el orden jurídico internacional tanto en su validez, como en su dominio de validez. Sólo el orden jurídico internacional es soberano, y no algún orden jurídico estatal. Si se designa como "soberanos" a los órdenes jurídicos estatales, o a las comunidades por ellos constituidas, ello significa a la postre que sólo están subordinados al orden jurídico internacional; que dependen inmediatamente del derecho internacional.

Cabe esperar aquí el reproche de que no cabe concebir a un Estado particular como un orden delegado por el derecho internacional, dado que los Estados históricos, es decir, órdenes coactivos estatales particulares, tienen que haber precedido al surgimiento del derecho internacional general producido mediante la costumbre de los Estados. Sólo que este reproche reposa en la equivocada distinción entre la relación histórica de hechos y la relación lógica entre normas. También la familia es, en cuanto comunidad jurídica, más antigua que el Estado centralizado que comprende muchas familias; y sin embargo, la validez de los sistemas jurídicos familiares reposa hoy en el orden jurídico estatal. De igual modo, la validez de un orden jurídico provincial reposa en la constitución federal, aunque su existencia sea posterior temporalmente a la

de los Estados federales particulares, anteriormente independientes, que sólo posteriormente se constituyeron en un Estado federal. No debe mezclarse la relación histórica con la relación lógica normativa.

Si se parte del derecho internacional como un orden jurídico válido, entonces el concepto de Estado no puede ser definido sin referencia al derecho internacional. Visto desde ese ángulo, el Estado es un orden jurídico parcial, relacionado inmediatamente con el derecho internacional, relativamente centralizado, con dominios de validez territorial y temporal delimitados por el derecho internacional y, en lo referente al dominio material de validez, con una pretensión de totalidad sólo restringida por la ingerencia del derecho internacional.

γ) *La diferencia entre ambas construcciones monistas.* El derecho internacional, cuyo reconocimiento por el Estado, desde el punto de vista de la primacía del orden jurídico estatal, es la condición para su validez para ese Estado, y que, por lo tanto, sólo vale como parte integrante de un orden jurídico estatal, es, en cuanto a su contenido, el mismo derecho internacional que, desde el punto de vista de la primacía del orden jurídico internacional vale como un orden jurídico supraordenado a todos los órdenes jurídicos estatales, que son sus delegaciones. La diferencia entre ambas construcciones monistas de la relación entre derecho internacional y derecho estatal concierne solamente al fundamento de validez del derecho internacional, y no a su contenido. Según la primera de ellas, que parte de la validez de un orden jurídico estatal, el fundamento de validez del derecho internacional está dado por la norma fundante básica presupuesta, según la cual la instauración de la primera constitución histórica del Estado, cuyo orden constituye el punto de partida de la construcción, es un hecho productor de derecho. Según la segunda, que no arranca de un orden jurídico estatal, sino del derecho internacional, el fundamento de validez de éste es la norma fundante presupuesta, según la cual la costumbre de los Estados constituye un hecho productor de derecho. La costumbre de los Estados es también hecho productor de derecho en el marco de un derecho internacional válido solamente como parte integrante de un orden jurídico estatal. Pero aquí no lo sería sólo en razón de una norma presupuesta, según la cual la costumbre de los Estados es un hecho productor de derecho, sino en mérito a un acto de reconocimiento establecido con una norma positiva cuyo fundamento de validez, en última instancia, está dado por la norma fundante básica presupuesta del orden jurídico estatal, que constituye el punto de partida de la construcción y en cuyo respecto el derecho internacional vale como una parte integrante.

Como en ambos casos el derecho internacional tiene el mismo contenido, también en ambos casos tiene las mismas funciones: determina a través de su principio de efectividad el fundamento de validez y el dominio de validez de los órdenes jurídicos estatales. Uno de esos órdenes estatales es el que sir-

ve de punto de partida para la construcción que presupone la primacía de ese orden jurídico estatal; aquel orden que, conforme a esta construcción, contiene como parte integrante al derecho internacional. Sólo puede tratarse de un orden jurídico estatal, sea él cual fuere. Si se considera al derecho internacional como parte integrante de un orden jurídico estatal, es menester distinguir entre el orden jurídico estatal en sentido estricto, y el orden jurídico estatal en sentido lato. El orden jurídico estatal en sentido estricto son las normas de la constitución del Estado y las normas establecidas, conforme a esa constitución, por actos legislativos, actos jurisdiccionales y por administración. El orden jurídico estatal en sentido lato es el orden jurídico que configura el punto de partida de la construcción, en tanto comprende también al derecho internacional reconocido, esto es, las normas producidas por la costumbre de los Estados y mediante tratados entre Estados. El derecho internacional que constituye parte integrante de este orden jurídico estatal, determina mediante su principio de efectividad el fundamento de validez de todo orden jurídico estatal, tanto los de aquellos que no son punto de partida de la construcción, como el de aquel que desempeña esa función y que tiene como parte integrante al derecho internacional. Pero en el último caso, el derecho internacional —como parte integrante del orden jurídico estatal en sentido lato— cumple su función sólo en relación con el orden jurídico estatal en sentido estricto. En consecuencia, la relación de ambas parte integrantes de este orden jurídico estatal en sentido lato, no puede ser vista como una relación de coordinación, sino como una relación de supra y subordinación. La parte de ese orden jurídico estatal que representa el derecho internacional se encuentra por encima de la parte que representa al orden jurídico estatal en sentido estricto. Metafóricamente ello se expresa diciendo que el Estado, que reconoce al derecho internacional, se somete de ese modo al mismo. Pero el principio de efectividad de la parte integrante del orden jurídico estatal que configura el derecho internacional, no es el último fundamento de validez de ese orden jurídico estatal en sentido estricto. Ese fundamento está dado por la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico, que simultáneamente es el último fundamento de validez del derecho internacional convertido en una parte integrante suya. Sólo entre ese orden jurídico estatal en sentido lato y el orden jurídico internacional incluido en él aparece la relación entre derecho internacional y derecho estatal, que aquí se designa como primacía del orden jurídico estatal.

Y también la otra función que el derecho internacional cumple mediante su principio de efectividad —la delimitación de los dominios de validez de los órdenes jurídicos estatales—, la cumple el derecho internacional como parte integrante de un orden jurídico estatal particular, pero sólo en relación con las otras partes integrantes de ese orden jurídico, un orden jurídico estatal en sentido estricto. El derecho internacional, como parte integrante de un orden jurídico estatal en sentido lato, sólo limita el dominio de validez del orden jurídico esta-

tal en sentido estricto. Y nuevamente aquí, tenemos que el principio de efectividad de este derecho internacional no es el último fundamento de validez de esa delimitación. Ese fundamento está dado por la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico estatal, que contiene como parte integrante al derecho internacional.

En la medida en que se tome en consideración a los restantes órdenes jurídicos estatales, desde el punto de vista del orden jurídico estatal que abarca al derecho internacional y que constituye el punto de partida de la construcción, corresponde distinguir su relación con el derecho internacional de aquella que se daría según la primacía del orden jurídico internacional, en tanto el principio de efectividad del derecho internacional no sería el fundamento último de su validez y de la limitación de su dominio de validez; el fundamento último, visto desde el ángulo del orden jurídico estatal, que constituye el punto de partida de la construcción, es la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico estatal. Este orden jurídico estatal —tomado en su sentido más amplio, que comprende al derecho internacional reconocido— sería, por ende, el único soberano en el sentido de un orden jurídico supremo sobre el cual ningún otro es presupuesto. Pero como, sin embargo, dentro de ese orden jurídico estatal en sentido lato, una parte integrante, a saber: el orden jurídico estatal en sentido estricto, está subordinada a la otra parte integrante, a saber: al orden jurídico internacional, resulta que el orden jurídico estatal en sentido estricto no es soberano, sino —al igual que los otros órdenes jurídicos estatales que no constituyen punto de partida de la construcción— un orden inmediatamente relacionado con el derecho internacional. Es mediante el derecho internacional, que es parte suya, que el orden jurídico estatal que constituye el punto de partida de la construcción, se convierte en un orden jurídico universal del cual todos los restantes órdenes jurídicos estatales, que él abarca, son sus delegaciones. El resultado final es el mismo que al que conduce la primacía del orden jurídico internacional: la unidad gnoseológica de todo derecho válido. Pero mientras que el punto de partida de la construcción, en el caso de la primacía del derecho internacional, sólo puede ser este mismo, el punto de partida de la construcción en el caso de la primacía del orden jurídico estatal puede ser —como ya se indicó— cualquier orden estatal, aunque sólo uno por vez. Y si la construcción de la relación entre derecho internacional y derecho estatal parte de un orden jurídico estatal, tiene que llegar a suponer la primacía de ese orden jurídico estatal; más, tiene que haber presupuesto ya esa primacía.

Como se subrayó, la elección de una u otra de ambas construcciones, referentes a la relación entre derecho internacional y derecho estatal, no tiene influencia alguna con respecto al contenido del derecho internacional. El derecho internacional, válido como parte integrante de un orden jurídico estatal, es idéntico por su contenido al derecho internacional que vale como un orden jurídico supraordinado a los órdenes jurídicos estatales. También el contenido

del derecho estatal permanece incólume, sea cual fuere la construcción de su relación con el derecho internacional. Se trata, pues, de un abuso de una u otra construcción cuando, como siempre pasa, se pretende deducir de ellas decisiones que sólo pueden alcanzarse con fundamento en el derecho internacional positivo o en el derecho estatal positivo. Así afirman los representantes de la primacía del orden jurídico internacional que el derecho internacional está por encima del derecho estatal, que constituye en su respecto un orden jurídico superior, lo que tendría como consecuencia que, en caso de conflicto entre ambos, el derecho internacional tendría prelación, es decir, que el derecho estatal que lo contradijera sería nulo. Como se ve de lo anteriormente expuesto, un conflicto normativo semejante entre el derecho internacional y el derecho estatal no puede presentarse. Una norma del derecho estatal no puede ser nula, sino solamente anulable, pudiendo ser anulada, por ser contraria al derecho internacional, sólo cuando el derecho internacional o el orden jurídico estatal prevén un procedimiento que conduzca a su anulación. El derecho internacional general no prevé procedimiento tal. El hecho de que se represente al derecho internacional como situado por encima del derecho estatal, no puede compensar la falta de la norma correspondiente. De que el derecho internacional esté por encima de los Estados se cree poder concluir que la soberanía del Estado se encuentra esencialmente limitada, pudiendo ser posible una organización jurídica mundial eficaz. La primacía del derecho internacional desempeña un papel decisivo en la ideología política del pacifismo. La soberanía del Estado —que excluye enteramente la primacía del derecho internacional— es algo enteramente diferente de la soberanía del Estado que el derecho internacional limitaría. La primera significa: autoridad jurídica suprema; la segunda: libertad de acción por parte del Estado. Esta segunda limitación se produce, a través del derecho internacional, tanto cuando éste es pensado como un orden jurídico supraestatal, como cuando es visto como un orden jurídico imbricado en el orden jurídico estatal. Una organización jurídica mundial eficaz es tan posible bajo el supuesto de una construcción, como bajo el de la otra.

Más aún que la primacía del derecho internacional, el supuesto de la soberanía del Estado fundada en la primacía del orden jurídico estatal es susceptible de tales abusos. De que el derecho internacional sólo valga por su reconocimiento por el Estado, y, por lo tanto, sólo como una parte integrante del orden jurídico estatal, o —lo que es lo mismo—, de que el Estado sea soberano, se infiere que el Estado no está necesariamente obligado a los tratados que ha celebrado; o que sería incompatible con su naturaleza someterse —incluso en tratado que hubiera celebrado— a la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional, o estar obligado por la decisión mayoritaria de un órgano colectivo, aun cuando ese órgano y sus procedimientos hayan sido establecidos mediante un tratado celebrado por el Estado. Así como la primacía del derecho

internacional desempeña un papel decisivo en la ideología pacifista, la primacía del derecho estatal, la soberanía del Estado lo tiene en la ideología imperialista. Y tanto aquí como allá la ambigüedad del concepto de soberanía favorece la situación. Si el Estado ha reconocido al derecho internacional y éste, por ende, vale para ese Estado, tenemos entonces que vale como si se tratara de un orden jurídico supraestatal. Tiene validez entonces la norma internacional que obliga a los Estados a cumplir los tratados concertados, sea cual fuere el contenido que hayan dado a las normas contractualmente producidas. No hay contenido que, según el derecho internacional, tenga que ser excluido de la norma producida por vía de tratado entre Estados, fundándose en su incompatibilidad con la naturaleza del Estado contratante, y especialmente, con su soberanía. El hecho de que la soberanía del Estado no esté limitada por ningún derecho internacional situado por encima suyo, es plenamente compatible con el hecho de que el Estado, que soberanamente ha reconocido al derecho internacional, convirtiéndolo en parte integrante del orden jurídico estatal, limite él mismo su soberanía, es decir ahora: su libertad de acción, al tomar a su cargo las obligaciones que estatuye el derecho internacional general y los tratados celebrados. La pregunta de hasta dónde puede limitar esta soberanía del Estado soberano el derecho internacional que él mismo reconoce, sólo puede contestarse fundándose en el contenido del derecho internacional, pero no deduciéndola del concepto de soberanía. La limitación de la soberanía estatal, como libertad de acción del Estado, no pone límite alguno al derecho internacional positivo. Mediante un tratado internacional puede crearse una organización internacional que sea tan centralizada que tenga ella misma carácter de Estado, de suerte que los Estados-partes en el tratado, que son miembros de la organización, pierden su carácter de Estados. Hasta dónde el gobierno de un Estado deba o pueda limitar la libertad de acción de su Estado mediante tratados internacionales, es asunto político. La respuesta no puede deducirse ni de la primacía del derecho internacional, ni de la primacía del derecho estatal.

44. Iusvisión y concepción del mundo

La oposición de ambas construcciones monistas de la relación del derecho internacional y del derecho estatal, es decir, los dos caminos mediante los cuales se intenta alcanzar la unidad gnoseológica de todo derecho válido, se encuentra en evidente paralelismo con la oposición existente entre una concepción del mundo subjetivista y una objetivista. Así como la concepción subjetivista parte del propio yo soberano, para concebir a partir de él al mundo externo, de suerte que éste no puede ser entendido como mundo externo, sino solamente como mundo interno, como representación y voluntad del yo, de igual modo la construcción denominada "primacía del orden jurídico estatal" parte del propio Estado soberano para concebir desde ahí al mundo

jurídico externo, el derecho internacional y los restantes órdenes jurídicos estatales, concibiendo así ese derecho externo sólo como un derecho interno, como parte integrante del orden jurídico del propio Estado. Así como la interpretación subjetivista, egocéntrica del mundo conduce al solipsismo, es decir, a la concepción de que sólo existe el propio yo como ente soberano, existiendo todo lo demás únicamente en él y a partir de él, también la primacía del orden jurídico del propio Estado lleva a que sólo se pueda concebir al propio Estado como soberano, puesto que la soberanía de un solo Estado, el propio, excluye la soberanía de todos los restantes Estados. En ese sentido, puede designarse la primacía del orden jurídico del propio Estado como un subjetivismo estatal, más, como un solipsismo estatal. Así como la concepción objetivista del mundo parte del mundo real exterior, para poder concebir al yo, no sólo al yo propio del observador, sino a todo yo, admitiendo al hacerlo a ese yo, no como un ente soberano, centro del mundo, sino como parte integrante del mundo, también la construcción designada como "primacía del orden jurídico internacional" parte del mundo jurídico externo, del derecho internacional en tanto orden jurídico válido, para concebir desde allí la existencia jurídica de los Estados particulares, admitiéndolos solamente, no como autoridades soberanas, sino como órdenes jurídicos parciales imbricados en el derecho internacional. Y así como el conocimiento científico del mundo de ningún modo es afectado por esta oposición, siendo el mundo, como objeto de ese conocimiento, el mismo, permaneciendo las mismas leyes naturales que lo describen, sea este mundo el mundo interior del yo, sea que el yo sea pensado como situado dentro del mundo, también la oposición entre ambas construcciones jurídicas no tiene influencia alguna sobre el contenido del derecho, ni en el del derecho internacional, ni tampoco en el del derecho estatal, permaneciendo idénticos los enunciados jurídicos con los cuales se describe su contenido, sea que el derecho internacional sea pensado como incluido en el derecho estatal, sea que el derecho estatal está incluido en el internacional.

También cabe comparar la oposición entre ambas construcciones jurídicas con la oposición que se da entre la imagen del mundo tolomeico, una imagen geocéntrica, y la imagen copernicana, heliocéntrica, del mundo. Así como, según una de las construcciones, el propio Estado se encuentra en el punto central del mundo jurídico, en la imagen tolomeica del mundo la tierra ocupa el punto central, alrededor del cual gira el sol. Así como según la otra construcción, es el derecho internacional el situado en el punto central del mundo jurídico, en la imagen copernicana del mundo, es el sol el punto central alrededor del cual gira nuestra tierra. Pero esta oposición entre dos imágenes astronómicas del mundo es sólo una oposición entre dos sistemas distintos de referencia. Max Planck ¹⁸¹ señala al respecto: "Si se adopta, por ejemplo, un

¹⁸¹ Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*. Stuttgart, 1949, p. 311.

sistema de referencia firmemente ligado a nuestra tierra, entonces es menester afirmar que el sol se mueve en el firmamento; si se relega el sistema de referencia a una estrella fija, tendremos que el sol está en reposo. En la oposición entre estas dos formulaciones no tenemos ni una contradicción ni una oscuridad; se trata de dos formas distintas de ver las cosas. Según la teoría física de la relatividad, que actualmente bien puede considerarse posesión segura de la ciencia, ambos sistemas de referencia, y sus formas correspondientes de considerar las cosas, son igualmente correctos e igualmente justificados, siendo básicamente imposible encontrar, sin recurrir a una arbitrariedad, una medida o un cálculo que permita tomar una decisión a favor de uno de ellos." Lo mismo vale con respecto de las dos construcciones jurídicas referentes a la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal. Su oposición reposa en la diferencia entre dos sistemas de referencia distintos. Uno de ellos está fuertemente ligado al orden jurídico del propio Estado, el otro, al orden jurídico internacional. Ambos sistemas son igualmente correctos e igualmente justificados. Es imposible, a partir de una especulación jurídico-científica, adoptar una decisión jurídico-científica a favor de uno de los dos. La ciencia del derecho sólo puede exponerlos y establecer que, si ha de determinarse la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal, es necesario aceptar uno y otro de esos sistemas de referencia. La decisión a favor o en contra de uno u otro escapa a la ciencia del derecho. Sólo puede alcanzársela por consideraciones que no son científicas, sino que son políticas. Aquel que considere valiosa la representación de la soberanía de su Estado, porque se identifica con su Estado en un acto de autoconciencia exaltado, pondrá por delante la primacía del orden jurídico estatal a la del orden jurídico internacional. Quien valore más la idea de una organización jurídica mundial, preferirá la primacía del derecho internacional sobre la primacía del derecho estatal. Ello no significa, como ya se subrayó, que la teoría de la primacía del orden jurídico estatal sea menos favorable al ideal de una organización jurídica internacional, que la de la primacía del orden jurídico internacional. Pero parece ofrecer una justificación de una política que rechaza toda limitación amplia de la libertad de acción del Estado. Esta justificación reposa en una falacia, en la que juega, de manera subrepticia, un papel la ambigüedad del concepto de soberanía —una vez, como suprema autoridad jurídica, la otra, como libertad ilimitada de acción. Esta falacia —como se mostró— se ha convertido ya en una parte integrante ineludible de la ideología política del imperialismo, ideología que opera con el dogma de la soberanía del Estado. Lo mismo puede decirse —*mutatis mutandis*— con respecto de la preminencia de la primacía del orden jurídico internacional. No es menos favorable que la primacía del orden jurídico particular del Estado al ideal de una soberanía ilimitada en lo posible, en el sentido de libertad de acción del Estado; pero parece más bien justificar una limitación amplia de esa libertad de acción estatal, que la tesis de la primacía

del orden jurídico estatal. También aquí tenemos una falacia, y también aquí esta falacia desempeña de hecho un papel decisivo en la ideología política del pacifismo.

Al descubrir la teoría pura del derecho esas falacias, al quitarles la apariencia de demostraciones lógicas que, en cuanto tales, serían irrefutables, reduciéndolas a argumentos políticos, que pueden enfrentarse con contraargumentos similares, deja la vía libre para uno u otro desarrollo político, sin postular o justificar ni al uno ni al otro. Puesto que, como teoría, frente a ellos es totalmente indiferente.