Artículo: Monismo y dualismo. Constataciones y críticas
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Eugenio Gaete González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

REVISTA DE DERECHO

AÑO XLIV — Nº 165

ENERO - DICIEMBRE DE 1977

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCION — CHILE

Artículo: Monismo y dualismo. Constataciones y críticas
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Eugenio Gaete González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

MONISMO Y DUALISMO. CONSTATACIONES Y CRITICAS

EUGENIO ALBERTO GAETE GONZALEZ
Profesor Escuela de Derecho
Universidad de Chile - Valparaíso.

Tal vez la ya clásica división de la problemática conceptual acerca de las relaciones entre el Derecho Interno de los Estados y el Derecho Internacional, surgida a la luz de la praxis y necesidad supraestatal, en las tan necesarias relaciones entre las naciones, se exprese no tan sólo teóricamente sino en gran medida en el desarrollo de algunas modernas teorías relativas a aspectos muy determinados y específicos del Derecho Internacional y muy especialmente en su aplicación práctica, dando origen según se adopte un diverso criterio a diferentes soluciones, que difieren en gran medida una de otras llevando, por ende, al Jurista y muchas veces también al Magistrado a lograr distintos objetivos alcanzando diversas soluciones, las unas más o menos acertadas que las otras. Por ello resulta importante en esta oportunidad destacar algunos interesantes aspectos propios de la controvertida problemática de la fundamentación del Derecho Internacional Público.

Conocida es desde luego la disquisición existente entre la concepción voluntarista sustentada al respecto tan genialmente por Triepel (1) y que ya desde sus inicios (1899) recibiera la nominación de Dualista, concepción que luego fuera ampliada por Anzilotti (2), de aquéllas sustentadas por el Maestro de Viena, Hans Kelsen, y que fuera consagrada con la designación de Monista por su autor, siguiendo el modelo de la concepción objetivista.

Podríamos resumir la doctrina Dualista expresando que, mientras el Derecho Interno de los Estados se desenvuelve dentro del plano mismo de ellos, el Derecho Internacional —considerado como Derecho inter o supra estatal, esto es ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre los Estados, o constituido por normas destinadas a regular entes internacionales— se desarrolla en un plano absolutamente distinto y que no guarda relación con el interno estatal. De tal manera ambos derechos son diferentes entre sí, paralelos y no convergentes.

Desde luego son diversas sus fuentes y así mientras —según expresa Triepel— el Derecho Interno proviene de la voluntad unilateral del Estado, el Derecho Internacional se origina en cambio en el Común Consentimiento de varios Estados. Pero no sólo la diversidad de las fuentes caracteriza a esta doctrina sino también la diversidad estructural de ambos ordenamientos jurídicos, y así mientras el Derecho Interno posee definidos y permanentes órganos ejecutivos de coerción, el Dere-

(1) Triepel: Völkerrechts und Landesrecht. Leipzig, 1899.
(2) Anzilotti: Il Diritto Internazionale nei giudici interni. Bolonia 1905.

Artículo: Monismo y dualismo. Constataciones y críticas
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Eugenio Gaete González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cho Internacional sólo posee ingentes institutos que no siempre —por no decir la menor cantidad de las veces— sirven de adecuado marco a la norma procesal destinada a amparar la violación de este Derecho.

Así considerado el Dualismo nos conduce a ciertos excesos que, a mi juicio, no se avienen con la estructura actual del regulamiento jurídico internacional, y siendo, como lo son, dos ordenamientos jurídicos distintos ninguno de ambos podría dictar normas de Derecho que pretendan tener fuerza obligatoria dentro del otro sistema normativo, resultado sorprendente a que llega la teoría Dualista si se piensa que las normas internacionales se dictan para ser aplicadas en definitiva a los individuos —ya se trate de normas imperativas, prohibitivas o permisivas—, quienes son los últimos receptores de la regla internacional; no obstante tal recepción deberá percibirse a través del Estado el que, deliberando, determinará si se aplica o no, a través de la dictación de una ley, en su caso, la norma internacional. Es el llamado reenvío con recepción ya que a través de este sistema la norma internacional se transforma en norma interna, permitiendo entonces su aplicación a los individuos.

Desde luego con ello logran los Dualistas eliminar todo antagonismo posible entre Derecho Interno y Derecho Internacional, pudiendo consecuencialmente un Estado abrogar un Tratado a través de una ley posterior contraria sobre la misma materia.

Mucho se ha discutido al respecto si en definitiva debe predominar la tesis Monista con primacía del Derecho Interno o aquella que permite la prioridad del Derecho Internacional. Toda esta intríngulis vino a ser obviada por la concepción Monista que ya a partir de 1920 fuera esbozada por el insigne Hans Kelsen. Para éste: "El Derecho Nacional y el Derecho Internacional no constituyen dos derechos independientes, sino uno solo, siendo ello posible únicamente a condición de que el fundamento de validez de ambos fuese común..."(3). En efecto Kelsen impugna la posición Dualista atendido que las normas de Derecho tanto nacionales como internacionales pertenecen a un único y mismo sistema jurídico, que por tanto no puede poseer normas que pertenezcan a sistemas distintos o independientes entre sí, de manera tal que asienta las bases de la moderna teoría de fundamentación del Derecho Internacional en la existencia de un orden jurídico único del cual las normas básicas se encuentran constituidas por las que él denomina "Principios de validez", los cuales en definitiva permiten la existencia de las normas internacionales primando estas últimas precisamente porque son anteriores al Estado, por sobre las internas de una Nación; así por lo demás lo ha señalado Verdross: (4) "El Derecho de Gentes se superpone a los Derechos Nacionales en la coronación del edificio jurídico universal".

CONSTATACIONES Y CRITICAS DESDE UN PUNTO DE VISTA INTERNACIONAL.

En verdad no es del todo clara la práctica, la que se ha mostrado vacilante en lo relativo a la afirmación de las doctrinas Monista o

(3) Kelsen, Hans: Principios de Derecho Internacional Público. Buenos Aires 1965.
(4) Verdross, Alfred: Derecho Internacional Público, Madrid 1957.

Artículo: Monismo y dualismo. Constataciones y críticas
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Eugenio Gaete González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Dualista. En general se ha afirmado por los Tribunales Internacionales una u otra tesis en distintas oportunidades, aun cuando en todo caso se ha puesto el acento en el predominio del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno. Así lo confirma por ejemplo la resolución de la Comisión Franco-Mexicana de reclamaciones de 19 de Octubre de 1928, la cual afirma: "Que resulta indiscutible e indiscutido que el Derecho Internacional es superior al Derecho Interno". Esta afirmación expresada en distintos términos ha sido reiterada ya desde esa época en todas las oportunidades que ha sido necesario, tanto por los Tribunales Internacionales cuanto por diversos tratados; Tribunal permanente de Justicia Internacional, 31 de Julio de 1930, asunto Comunidades Greco-Búlgaras. Convenio General Franco-Tunecino, 3 de Junio de 1955, etc. Parece, de esta manera, cuestión decidida el que el Derecho Internacional deba primar por sobre el Derecho Interno y quisiéramos al respecto aportar una primera razón de orden lógico. En efecto si en la búsqueda del permanentemente buscado principio básico último del Derecho, sea que éste se considere como proveniente de Dios —tal como lo hace el Derecho Natural— sea que él provenga de los Padres de la Constitución —como lo expresa Kelsen—, no cabe duda de que la construcción jurídica universal es y debe ser única e indivisible, y de esta construcción normativa deben emanar todos los ordenamientos jurídicos particulares. En efecto, me parece que fuere cual fuere su sentido, lo cierto es que lo jurídico forma parte del Homnes Societatis, esto es, de la naturaleza misma del ser humano en su deseo y necesidad de permanecer vinculado a los demás seres humanos, naturaleza que es igualmente única e indivisible, no se ve, pues, cómo podrán existir distintas calidades de ordenamientos jurídicos. La búsqueda de los supuestos en que el hombre basa su ordenamiento normativo, nos conduce a buscar los elementos primarios a través de los cuales ha sido construido el edificio jurídico. En ello concuerdo plenamente con la Escuela de Viena, y en especial con lo expuesto por el Maestro Kelsen. La teoría pura del Derecho es en efecto una teoría del Derecho. (5)

Es del caso que los elementos primarios de un ordenamiento jurídico deben encontrarse más allá de la teoría del Estado pues, ¿de dónde emana la construcción del Estado? No es indudablemente la noción de Estado la última premisa concebida por el intelecto humano, ya que en definitiva también el Estado es interdependiente, y deberá al igual que el ciudadano sujetarse a normas metaestatales; si esta afirmación es válida, deberemos buscar la respuesta más allá del Estado, y concretamente en el orden jurídico internacional.

Pero no sólo este razonamiento se opone a la construcción Dualista, con su doble sentido del Derecho, sino también uno de orden práctico ¿Cómo podría la Comunidad Internacional hacer obligatorias sus normas en este mundo cada vez más complejo, y que enfrenta a cada instante una crisis mayor, sin dirigir sus pasos hacia un sistema jurídico internacional que, definitivamente, se encuentra por sobre el Estado y que contrariamente a lo que ocurre hoy pueda aplicar su normativa a cualquiera situación internacional, sea o no interna de un Estado, ya que en definitiva la Comunidad Internacional es una sola? Y como de práctica se trata, quisiera plantear a guisa de ejemplo, y

(5) Kelsen, Hans: On the Basic Norm, California Law Review, Marzo 1959. Nº 1, traducción de Agustín Squella. Revista de Ciencias Sociales Nº 6. Valparaíso.

Artículo: Monismo y dualismo. Constataciones y críticas
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Eugenio Gaete González

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a objeto de dar mayor fuerza a estas palabras, casos como el del asilo territorial, del terrorismo internacional, en fin, de la extradición, instituciones todas que requieren a la luz de un nuevo trato fuertes revisiones que permitan regular sus prácticas. En estos casos, no parece ya posible que los Estados invocando muchas veces un sentido Dualista del Derecho Internacional, eludan el cumplimiento de sus obligaciones, y más aún, de su real responsabilidad frente a actos internacionalmente reprochables. En este sentido los acuerdos internacionales deben ser respetados, y debe ser posible su aplicación a los ciudadanos de los Estados —que en definitiva son los ciudadanos del mundo— por el solo hecho de haber signado la Nación dicho Convenio; no podemos pensar en efecto la necesidad de dictación de leyes especiales para su aplicación; si los Gobernantes de un Estado firman el tratado comprometen con ello la voluntad toda de su pueblo, que no en vano representan; situaciones en contrario sólo conducen a la complejización de la mecánica procesal internacional.

En este sentido puede exhibirse como ejemplo del sometimiento del Derecho Interno al Derecho Internacional los establecidos en la constitución Francesa de 1958 (artículo 55). "Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a las de las leyes bajo reserva para cada tratado o acuerdo de su aplicación por la otra parte"; no obstante nos parece aún más perfecta la norma contenida en el artículo 66 de la Constitución Holandesa establecida por la Reforma de 1956: "Las disposiciones legales en vigor en el Reino no serán aplicables cuando dicha aplicación sea incompatible con las disposiciones obligatorias para los ciudadanos contenidas en los Acuerdos concluidos antes o después de la adopción de dichas disposiciones legales", y la del artículo 63 del mismo texto que considera la posibilidad de que un tratado llegue a derogar disposiciones constitucionales siempre que él haya sido aprobado por los dos tercios de los miembros del Parlamento.

De casos como los recién reseñados parece claro que, cada vez, el Derecho Internacional se inclina hacia su real dimensión: Erigirse en la piedra angular de la construcción jurídica universal de que nos habla Verdross, constituyéndose en la normativa per se, origen de toda otra fundamentación teórica del regulamiento estatal, el que en definitiva sólo podrá existir y desarrollarse en la medida en que sus normas no sean contrarias al orden jurídico internacional. Tal debe ser, a mi juicio, el objetivo final: Cuando el Derecho Interno se contrapone al Internacional debe primar este último derogando automáticamente toda norma interna en contrario; no en vano el Derecho Internacional es el Derecho Común a todas las naciones.