

Una nueva concepción en Derecho Internacional: El sociologismo de Myres S. McDougal

MANUEL MEDINA ORTEGA

Doctor en Derecho, Universidad de Madrid.

Es lugar común en la literatura jurídica referirse a la perspectiva empírica de los anglosajones, por contraste con la preocupación teórica de los juristas continentales.¹ Sin embargo, hay una cierta dosis de injusticia en esta apreciación, cuando no se trata de un efectivo desconocimiento de las corrientes doctrinales anglosajonas. En derecho internacional, nombres como el de Sir Hersch Lauterpacht, Lord McNair, Jenks, Quincy Wright, Jessup o Briggs constituyen una prueba suficiente de la importancia de la dirección teorizante en la Gran Bretaña y los Estados Unidos. Es más, en el campo de la filosofía jurídica en general, el siglo XX ha proporcionado figuras importantes y corrientes doctrinales muy interesantes, como el sociologismo de Roscoe Pound y el "realismo jurídico" del juez Oliver Wendell Holmes. Resulta así de lamentar que obras recientes de filosofía jurídica prescindan de lo que ocurre al otro lado del Atlántico —o peor aún— al otro lado del Canal de la Mancha, como si estuviéramos aún en la época de los galeones.² La limitación del estudio del pensamiento jurídico a un sector del planeta, como por ejemplo Europa occidental, constituye hoy un provincianismo inadmisibile.³

La reciente publicación en un sólo volumen de una serie de artículos del profesor de la Universidad de Yale Myres S. McDougal y de sus cola-

¹ Por ejemplo, en Sereni, *Diritto internazionale* I (1956) 79 s.

² Así, la por otros aspectos encomiable *Abendländische Rechtsphilosophie*, de Verdross. Viena, 1958.

³ Queremos hacer notar aquí el interés del curso de La Haya de Quincy Wright, raro como estudio hecho por un occidental de la concepción asiática del derecho internacional: "The strengthening of International Law" *Rec. des Cours*, 98 (1959-III) 1-23.

boradores y discípulos constituye un toque de atención al internacionalista europeo con relación a las concepciones doctrinales provenientes del mundo anglosajón.⁴ Constituye sin duda la más importante aportación americana al derecho internacional en la segunda postguerra. Es decir, en la fase histórica en que los Estados Unidos han desempeñado, precisamente, un papel más importante en la política internacional. El derecho internacional sigue estando en definitiva en relación íntima con el poder político, y las nuevas concepciones de derecho internacional se verán influidas con mucha mayor probabilidad por la ideología de las grandes potencias que por la de pequeños países con relevancia secundaria en la escena mundial.

Aunque la concepción de McDougal es original, no podemos decir que haya sido creada de la nada, "ex novo" Por un lado, encuentra paralelos en el pensamiento europeo actual. Por otro, es consecuencia de una evolución doctrinal americana, propia e independiente de la evolución europea, aunque también en paralelismo con ella. Es decir, la concepción de McDougal viene enmarcada en unas coordenadas temporales y espaciales; por ello iniciamos este trabajo con un estudio de ese condicionamiento, a saber, el intento de superar la pugna entre iusnaturalismo y positivismo con una concepción sociológica del derecho, y el cambio de mentalidad del jurista americano con relación a la problemática social, económica y política.

1. *La superación de la polémica positivismo versus iusnaturalismo.*

A partir de Emerico de Vattel, el pensamiento internacionalista tiene un tema en que ensarzarse en discusiones interminables. Los defensores del positivismo y los autores iusnaturalistas emplearán el siglo XIX en una monótona disputa doctrinal. Mientras que para los iusnaturalistas el derecho es ante todo una exigencia de la razón o una imposición religiosa basada en la naturaleza social del hombre, para los positivistas el derecho es una realidad "puesta" por alguien, por una voluntad superior. El derecho internacional en la concepción iusnaturalista suponía que los estados estaban "obligados" a actuar de una determinada manera en función a exigencias racionales, basadas en la existencia de una sociedad internacional. Para los positivistas, el derecho internacional era —a grosso modo— el producto de las voluntades de los Estados. Los Estados se auto-obligaban.⁵

La crisis que ha experimentado el derecho internacional durante el siglo XX ha motivado, no obstante, un esfuerzo doctrinal por salir del impasse iusnaturalismo-positivismo. Algunos de estos intentos no constituyen en definitiva sino modificaciones de alguna de las dos corrientes principales. Así, si examinamos el ensayo de Kelsen de una teoría "pura" del derecho,

⁴ McDougal & Associates: *Studies in World Public Order*. Yale University Press. New Haven. 1960.

⁵ Prescindimos de un análisis detallado de ambas corrientes. Dentro del iusnaturalismo y del positivismo, las concepciones de un autor a otro difieren en mucho. Pero carece de objeto el extendernos aquí sobre el tema. Para un estudio más preciso de ambas corrientes, remitimos al lector a la exposición del Prof. Truyol y Serra en *Fundamentos de derecho internacional público*. 2ª ed. Barcelona. 1955, p. 43 ss.

parece claro que —sobre todo en la primera fase de su evolución— puede ser adscrito perfectamente al positivismo. Debajo de la norma hipotética hay un sistema de producción de reglas jurídicas basado en la concepción positivista: acuerdo de voluntades, principio “*pacta sunt servanda*”. En definitiva, para Kelsen el derecho es un derecho *puesto* (positum, positivo). No hay una diferencia en el planteamiento esencial de la cuestión.

Mayor originalidad de planteamiento ofrecen quizás otras dos concepciones europeas del derecho internacional. Nos referimos en primer lugar a la concepción de Roberto Ago de un derecho *espontáneo*. Ago parte de una crítica del positivismo, y llega a afirmar que una parte del derecho al menos es producto de una formación espontánea. Pero Ago no descarta el positivismo. Por el contrario, su propósito es evitar “*le tentazioni di ritorni giusnaturalistici*”. Su teoría del derecho espontáneo consiste en una corrección del positivismo. Admitir la existencia de un derecho de “germinación espontánea” constituye, sin embargo, un salirse del positivismo mucho mayor que el que Kelsen pretendía haber conseguido. De hecho, Ago está en un campo distinto, tan lejos del positivismo como pretendía haberse separado del iusnaturalismo. Se coloca en una posición que podemos considerar “realista”, y en este sentido es acertada la clasificación que de él hace Sereni⁶ y la crítica de Kunz.⁷ En efecto, Ago es *realista* no sólo en cuanto se separa del positivismo para admitir una realidad jurídica extra-positiva, sino también en cuanto al valor creador que concede a la ciencia jurídica. La ciencia del derecho —dice Ago— habrá de descubrir la realidad jurídica por un método inductivo, y proceder a formular esa realidad. Le está asignando así un evidente papel creador al jurista, que, en la función formuladora de la “realidad” jurídica no podrá menos que aplicar criterios valorativos propios, aunque a esto parece oponerse totalmente él mismo.⁸

Todavía Ago se mueve muy cerca del positivismo, ya que, como él mismo reconocía, sólo aspiraba a una rectificación de esta concepción en el sentido de admitir las transformaciones impuestas al derecho internacional por el cambio de estructura de la sociedad internacional. Pero otras corrientes del pensamiento europeo van a romper de un modo más decidido con el positivismo. Son aquellas corrientes de matiz “sociologista”, cuya figura más destacada podemos considerar es Scelle. Para Georges Scelle, las reglas jurídicas provienen del “hecho social” (“*fait social*”), y de la unión de ética y poder, productos de la solidaridad social. Aquí vemos algo totalmente nuevo. La voluntad ha sido sustituida por la realidad social. El hecho social constituye para Scelle “*la nappe profonde, indéterminée dans son étendue et son contenu,*

⁶ Op. cit., p. 78.

⁷ “Roberto Ago’s theory of spontaneous International Law”. *A.J.I.L.* (American Journal of International Law) 52 (1958) 85 ss.

⁸ El pensamiento de Ago se recoge fundamentalmente en su estudio, publicado en diferentes lenguas y lugares, “Diritto positivo e diritto internazionale”: *Comunicazioni e studi*, 7 (1955) 33 ss.; *Studi in onore di T. Perassi*, vol. I; *A.J.I.L.*, 51 (1957) 691 ss.; *R.E.D.I.*, IX (1956) 579 ss.; *Archiv des Völkerrechts*, 3 (1957) 257 ss. Ver también *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milán, 1950, y “Science juridique et droit international”. *Rec des Cours*, 90 (1956-II) 851 ss.

d'ou s'échappent les sources du droit". Estos hechos sociales son conformados por el poder en derecho. Pero el poder sólo es aceptable cuando satisface la ética, y "no hay realmente derecho positivo sino en la medida en que se realiza la conjunción de ética y poder" Es decir, hay aquí una construcción triangular. Junto al elemento poder —que podemos considerar heredado del positivismo, lo ético introduce una concepción valorativa —casi iusnaturalista—; pero el nuevo elemento social condiciona el conjunto. La interpretación de las normas jurídicas habrá de estar condicionada por tanto por estos tres elementos.⁹

La concepción sociologista del derecho internacional ha aumentado su importancia después de la segunda guerra mundial. En Italia, por ejemplo, Quadri,¹⁰ y, en especial, el profesor Mario Giuliano.¹¹ En España, en la concepción *histórica* del profesor Aguilar Navarro.¹² Parece que resulta hoy imposible una comprensión del derecho internacional prescindiendo de un estudio de la sociedad internacional que constituye su base, y pocos autores se ajustarán a una estricta concepción positivista.¹³ La concepción sociológica suele llevar implícitos dos elementos: una crítica al formalismo positivista, en cuanto se admite la posibilidad de que el derecho internacional exista fuera de los tratados y sea capaz de romper el molde del derecho consuetudinario tradicional; y una concepción valorativa, en cuanto se supone que todo derecho aspira a la consecución de un fin. En la situación actual, la concepción sociologista suele ir unida a una concepción reformista del derecho. El derecho internacional ha de cumplir un fin; ha de ayudar a la transformación pacífica de la sociedad internacional, en especial en cuanto a la liquidación del orden colonial establecido por la Europa del siglo XIX. En este sentido, vale la pena una confrontación con la concepción soviética del derecho internacional, que en ningún modo podemos considerar como sociológica. La concepción soviética del derecho internacional parece haber oscilado de una postura negativa o casi negativa en Korovin y Pashukanis a un positivismo a ultranza, defendido por Tunkin.¹⁴

2. Realismo y sociologismo en Norteamérica.

La filosofía del derecho norteamericana ha avanzado en una dirección paralela durante el siglo XX. En definitiva, los fenómenos que influyeron

⁹ Reproducimos la argumentación tal como aparece en la edición de 1948 de su *Cours de droit international public*. Para una exposición breve, vid. Kopelmanas, "La pensée de Georges Scelle et ses possibilités d'application à quelques problèmes récents de droit international", *Journal de droit international*, 88 (1961) 350 ss.

¹⁰ "Le fondement du caractère obligatoire du droit international public" *Rec. des Cours*, 80 (1952-I) 579 ss.

¹¹ *La comunità internazionale e il diritto*. Padua. 1950.

¹² *Derecho internacional público*, I-1. Sevilla. 1952, p. 6 ss.

¹³ Una excepción importante, en Sir Gerald Fitzmaurice: "The general principles of International Law considered from the standpoint of the rule of law" *Rec. des Cours*, 92 (1957-II) 1 ss.

¹⁴ Con respecto al derecho soviético sólo podemos hacer juicios hipotéticos, por dos razones: la inaccesibilidad del material soviético y la dificultad del idioma. Sólo hemos podido utilizar fuentes directas en medida limitada: Serge Krylov: "Les notions principales du droit des gens (La doctrine soviétique du droit international)", *Rec. des Cours*, 70 (1947-I) 411 ss.; G. Tunkin: "Co-existence and International Law", *Rec. des Cours*, 95 (1958-III) 1 ss.; y Tunkin, "The role of International Law in the International Relations". *Festschrift Verdross*, 293 ss.

en el pensamiento jurídico europeo influyen también en los juristas norteamericanos. A saber, la crisis de la sociedad capitalista, las dos guerras mundiales, la aparición del Estado bienhechor. En Estados Unidos no se ha conocido un socialismo a la europea que pusiera en duda los mismos fundamentos del orden social. Pero el New Deal del Presidente Roosevelt supone igualmente una transformación de la concepción de la sociedad. De una sociedad basada en el contrato y la propiedad privada, se pasa a una sociedad concebida desde el derecho público, a un robustecimiento de la administración, a un aumento de los fines y poderes del Estado. Resulta en este punto digno de recordar que el primer obstáculo que tuvo que salvar Roosevelt fue precisamente un poder judicial extraordinariamente celoso del mantenimiento del orden tradicional. La batalla, afortunadamente, se resolvió sin mayor dramatismo cuando el Tribunal Supremo rectificó su postura, y dio el "placet" a las nuevas leyes intervencionistas.¹⁵

Como respuesta a esa transformación que experimentaba la sociedad americana, los juristas crearon por lo menos dos concepciones originales: el realismo de Oliver Wendell Holmes, y el sociologismo de Roscoe Pound. Como ha dicho Grant Gilmore, el realismo fue la formulación académica de una crisis que sufrió el sistema jurídico americano en la primera mitad del siglo.¹⁶ Es una postura anti-conceptual y anti-doctrinal, que le da un valor extraordinario a los hechos. El derecho no es estático, sino dinámico, y habrá de ajustarse en cada momento a los cambios que experimente la sociedad. Las reglas jurídicas no son otra cosa que declaraciones generalizadas de lo que se supone constituyen modelos de comportamiento de las personas que han de aplicar el derecho, fundamentalmente, de los jueces. El juez, por tanto, ha de prescindir de construcciones doctrinales estériles y ha de resolver de conformidad con sus propios modelos de comportamiento. Pero estos modelos de comportamiento se encontrarán principalmente fuera del derecho, en los fines, prejuicios y preferencias que tengan los propios jueces, dentro de una sociedad en marcha.¹⁷

Menos originalidad, aunque mayor paralelismo con el pensamiento europeo, ofrece la concepción de la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound. Esta concepción hunde sus raíces en la jurisprudencia de intereses de Ihering, criticando el conceptualismo y el formalismo jurídico. Para Pound, el derecho ha de ser comprendido como una nivelación de distintos intereses individuales y de grupo, cuyos límites han de ser determinados por los intereses de la sociedad y por la concepción política dominante.¹⁸

¹⁵ Tresolini, *American Constitutional Law*. Nueva York. 1959, ps. 18 ss.

¹⁶ "Legal realism: its cause and cure" *Yale Law Journal*, 70 (1961) 1037 ss.

¹⁷ O. W. Holmes: *The Common Law*. Boston. 1881. Harold J. Berman, "Philosophical Aspects of America in Law", en *Talks on American Law*. 1961, p. 231 ss.

¹⁸ Roscoe Pound, *Essays in Jurisprudence*, 1904-1917 Berman. loc.

3. *El sociologismo de McDougal y Lasswell.*

En este ambiente filosófico, dos profesores de la Universidad de Yale inician en 1943 una nueva formulación de la teoría jurídica. El pretexto es un artículo sobre reforma de la enseñanza del derecho en las universidades americanas. El título es significativo: "Legal education and public policy: Professional training in the public interest."¹⁹ La traducción al castellano es difícil: "Enseñanza del derecho y política: Formación profesional en interés público" es la más aproximada que se nos ocurre. Con la advertencia de que traducir "public policy" por "política" no es exacto. La palabra política tiene en España una significación peyorativa y envuelve siempre una idea de partidismo. La "policy" anglosajona es una palabra muy amplia, que alude en su significación más general a fines. Puede también ser traducida por política, pero la política en cuanto fines, en cuanto arte de planear el futuro, de gobernar con miras amplias, y no con pequeños intereses de partido o de grupo, sino guiada por el interés público.

La fecha es importante. En 1943 se vivía en los Estados Unidos el apogeo de la era de Roosevelt. Con la guerra, el intervencionismo del gobierno federal había llegado al máximo. La actividad económica privada estaba absolutamente controlada; los sindicatos habían pasado a ser el primer grupo de presión del país; el gobierno federal ordenaba gastos, importaciones y exportaciones, y centralizaba en sí el consumo primario del país: alimentos, vestidos, municiones y armas para sus ejércitos distribuidos a lo largo del planeta. Desde esta perspectiva política y social no resulta difícil comprender la necesidad de una reforma de la teoría del derecho americana.

Lo que McDougal y Lasswell proponen en 1943 es nada menos que una transformación radical del concepto del derecho. Se parte de una crítica al estudio tradicional del derecho en Estados Unidos, excesivamente preocupado por una sola institución de control social, los tribunales, olvidando frecuentemente nuevas formas de organización, en muchos casos más eficaces, y olvidando igualmente el estudio de formas alternativas de solución política. Para estos autores, el jurista no puede ser formado sólo en un miope legalismo, ya que está llamado hoy a ejercer una influencia social de primer orden en diferentes sectores, y el derecho no está sólo en las leyes y las sentencias de los tribunales. El derecho está inmerso en todo el proceso social, es el elemento que controla toda la vida social, y es algo más que leyes y sentencias.

En el curso que McDougal profesa en La Haya en 1953²⁰ sostendrá decididamente una perspectiva finalista en el estudio del derecho ("policy oriented approach"). Para sostener su punto de vista, critica totalmente la tradicional definición del derecho como "sistema de reglas". La formulación

¹⁹ *Yale Law Journal*, 52 (1943) 203 ss. Publicado en *Studies...* p. 42 ss.

²⁰ "International Law, Power and Policy: A contemporary conception". *Rec. des Cours*, 82 (1953-I) 137 ss.

del derecho como sistema normativo ofrece para él un inconveniente fundamental: que establece una separación absoluta entre derecho y política, entre formulaciones “de lege lata” y formulaciones “de lege ferenda”. La concepción tradicional suponía que las consideraciones política, de carácter finalista, habrían de influir desde luego en la construcción del derecho “de lege ferenda”; pero de ningún modo en la interpretación del derecho tal como existe ya, tal como está formulado. Para McDougal, por el contrario, “derecho” y “política” (“policy”) están íntimamente relacionados, y la aplicación de toda regla general de carácter consuetudinario o convencional, o cualquier otro que sea su origen, a casos específicos, requiere de hecho una decisión política. En este punto, la proximidad a Scelle es extraordinaria, ocupando aquí la “policy” el lugar que en Scelle correspondía a la “ética”. Kelsen, por el contrario, había sostenido la postura inversa: al jurista no incumbían decisiones políticas. Sólo cabía que hiciera un análisis de las posibles interpretaciones de que era susceptible una norma jurídica, pero sin verificar preferencias.²¹ Ahora bien, la formulación de decisiones políticas no puede efectuarse sin un conocimiento de la realidad social. Es necesario, por tanto, hacer sociología, y aplicar los conocimientos sociológicos al estudio del derecho que es en definitiva sociología, ya que parece imposible separar el uno de la otra. Por ello utilizarán sin ningún reparo categorías sociológicas en su construcción jurídica.

Hemos dicho que para McDougal y Lasswell el derecho es sociología. Esto es cierto, pero con un correctivo fundamental. Mientras la sociología ofrece una preocupación científica (la sociología es ante todo conocimiento de la realidad social), la ciencia jurídica ha de llevar implícita una labor valorativa. El derecho es ciencia de fines, previendo los desarrollos posibles de la sociedad, para influir en ellos, verificando reformas y escogiendo entre las diferentes alternativas. El jurista debe verificar una labor de clarificación de fines desde una perspectiva valorativa. El jurista no es simplemente un científico imparcial, sino que ha de tomar los datos proporcionados por la sociología en función de los objetivos humanos a alcanzar.

4. ¿Qué es el derecho?

“Entendemos por derecho —dicen McDougal y Laswell— la conjunción de expectativas comunes con respecto a la autoridad con un alto grado de corroboración en el funcionamiento efectivo”.²² Dos elementos integran esta concepción del derecho: 1) La existencia de una *autoridad* formal: se entiende por autoridad la estructura de expectativas relativas a *quien*, con *qué* requisitos y modo de selección es competente para tomar *qué* decisiones mediante *qué* criterios y con arreglo a *qué* procedimiento. Hay aquí un elemen-

²¹ Prólogo a su *The Law of the United Nations*. Londres y Nueva York, 1950.

²² “The identification and appraisal of diverse systems of public order”. *A.J.I.L.*, 53 (1959) 9 ss. En *Studies*. p. 14 ss.

to voluntarista y formalista heredado del positivismo. Pero la fuerza del derecho no está en la voluntad del que manda, sino en las *expectativas* de cumplimiento, factor psicológico tomado sin duda de la sociología, y que nos recuerda poderosamente a la concepción del juez Holmes. 2) Un principio de efectividad: sólo habrá derecho en cuanto haya un *alto grado de corroboración* en el funcionamiento efectivo; es decir, una participación efectiva en la decisión, esté o no autorizada. Este principio de efectividad recibe el nombre de control. Reduciendo esto a palabras más sencillas, es posible decir que el derecho consta entonces de tres elementos y no dos: 1) Existencia de una autoridad con facultades para emitir formalmente decisiones. 2) La autoridad está conferida por una estructura de expectativas. 3) El derecho sólo será derecho en cuanto las expectativas se confirmen con una grado importante de efectividad.

El derecho es un proceso social, cuyas notas más destacadas son la formulación y ejecución de decisiones. Pero es un proceso dinámico, en continuo cambio, y no centralizado. Existen una pluralidad de "decision-makers", de personas que hacen decisiones, situadas en muy distintas posiciones institucionales y con relación a diferentes contextos. Estos "decision-makers" están continuamente creando, interpretando y reinterpretando reglas, y formulando y reformulando también continuamente, aplicando y poniendo fin a diferentes "políticas" ("policies"). El "decision-maker", sin embargo, no es entendido en sentido formal, y se alude con esta expresión a toda persona o grupo de personas que formulan y ejecutan efectivamente decisiones: desde el individuo aislado, a los grupos de presión, los partidos políticos, el estado o las organizaciones internacionales. Pero el énfasis se coloca en aquellas personas que ocupan una posición "oficial", en el sentido de que actúan con facultades explícitas de decisión: los directores de empresa, los políticos, los jueces, los funcionarios internacionales.

El proceso jurídico puede dividirse a fines prácticos en siete fases funcionales: 1) Prescripción, o articulación de los requisitos generales de conducta. 2) Recomendación: promoción de prescripciones. 3) Inteligencia: reunir información sobre experiencias pasadas y prever las expectativas futuras, en especial haciendo un balance de pérdidas y ganancias según se adopte una u otra política. 4) Invocación: llamamiento preliminar a una prescripción con la esperanza de influir en los resultados. 5) Aplicación: caracterización final de una situación con referencia a las prescripciones relevantes. 6) Valoración: relación entre los fines oficiales y los distintos niveles de realización. 7) Terminación: poner fin a prescripciones autoritativas y a las situaciones que se han creado a su amparo.

Por lo que hemos expuesto en este apartado, el derecho es más ser que debe ser. Pero ya vimos en el apartado 3 que para estos autores, la distinción entre ser y deber ser carece de relevancia. Tanto en la creación como en la aplicación de las normas, el derecho es "policy", en cuanto los encargados de aplicarlo, crearlo o interpretarlo no pueden prescindir de la decisión política. Esta decisión política está orientada a un mundo de valores (y aquí parece advertirse un contacto con el iusnaturalismo). Estos valores pueden

ser distintos según las diferentes concepciones, e inspiran a su vez diferentes sistemas jurídicos, o "sistemas de orden público". Una comunidad es susceptible de inspirarse en uno u otro sistema, siendo una decisión política la que escoja entre uno y otro. Un sistema de orden público sería el despotismo (por ejemplo, en la Alemania nazi o en los países comunistas). Otro sistema de orden público sería el imperialismo decimonónico basado en la explotación de los pueblos menos adelantados por los que han alcanzado un grado mayor de desarrollo cultural. Los autores aluden, sin embargo, a un nuevo orden público en formación, un orden público de la dignidad humana, como ideal al que pueden apuntar los juristas occidentales, basados en ciertas realidades políticas y en ciertos ideales dirigidos hacia el futuro. Hay, pues, en McDougal y Lasswell una clara posición valorativa. El estudio del derecho no es un estudio neutral e incoloro. Es un estudio valorativo, basado en la creencia en unos determinados valores. ¿Cuáles son estos valores, que habrán de conformar un sistema de orden público basado en la dignidad humana? La dignidad humana habrá de conseguirse en un proceso social en que los valores sean ampliamente compartidos, y no de modo restringido, y en que prevalezca la decisión privada sobre la coerción como modalidad predominante del poder. Los valores que deben ser compartidos son fundamentalmente el poder, la riqueza, el respeto, el bienestar, la educación, la formación profesional, la rectitud y las relaciones afectivas. Aunque en lo publicado hasta ahora no se elaboran con detalle los límites en la participación de estas categorías y las modalidades de ejercicio, a través del esquema de problemas que se plantean, parece que el ideal, ese orden de la "dignidad humana", ha encontrado su plasmación más acabada en el "Welfare State", el Estado socialista y democrático característico de la Europa occidental y Norteamérica en el momento actual.

5. *El Derecho internacional.*

La distinción tradicional entre derecho internacional y derecho interno carece de relevancia —así como también carece de relevancia la distinción entre derecho público y derecho privado.—²³ No se adhiere con ello McDougal a una posición monista, sino que critica por igual monismo y dualismo (o pluralismo). El dualismo especialmente, en cuanto intenta "congelar los procesos fluidos de interacciones de poder mundiales en dos sistemas absolutamente distintos y separados de orden público". Pero tanto monismo como dualismo resultan insuficientes, porque ambas teorías concentran su atención en reglas "normativo-ambiguas" y en las interrelaciones "putativas" de tales reglas, en vez de fijarse en los procesos de decisión autoritativa en diferentes contextos de comunidad. Lo importante es que existe un proceso de interacción global, y en este proceso de interacción, las mismas personas

²³ McDougal: "The impact of International Law upon national law: a policy oriented perspective" *South Dakota Law Review*, 4 (1959) 25 ss. En *Studies*. p. 157 ss. También en el curso de La Haya citado.

que participan en las decisiones en el proceso interno lo hacen en la esfera internacional. Vuelven a ser aquí los individuos, los grupos de presión, los partidos políticos, los funcionarios y autoridades nacionales y los funcionarios internacionales participantes activos en este proceso. Derecho nacional y derecho internacional están íntimamente conectados, y lo único que cabe estudiar es las diferentes interacciones en "arenas" distintas. En la arena *externa*, y en la *arena interna*, existen procesos jurídicos. Estos procesos podrán ser *inclusivos* o *exclusivos*, valores relativos que pueden ser utilizados para aludir a lo que tradicionalmente venía siendo designado como competencia internacional y como competencia doméstica. De este modo, la competencia doméstica tiene sólo un valor relativo y mudable, dejando de ser el concepto absoluto que implicaba la idea tradicional de la soberanía.

Se rechaza la idea de un sistema universal del Derecho internacional. Esta concepción no es nueva. Ya Carl Schmitt había tenido ocasión de exponerla, en una cierta medida.²⁴ Lo que resulta original, de nuevo, es la perspectiva sociológica. Lo que determina la existencia de diferentes sistemas de derecho internacional o "sistemas de orden público" es la existencia de diferentes contextos de procesos de poder y procesos jurídicos. Existen una serie de contextos comunitarios que se inician en el globo en su conjunto y van disminuyendo de extensión territorial y ámbito. Algunas de las normas tienen un ámbito universal. Otras tienen un ámbito regional (derecho americano, derecho islámico). Otras pueden tener validez sólo entre dos o tres países (derecho de las comunidades europeas). En este terreno, una de las tareas primordiales del internacionalista es suprimir la ambigüedad que supone el creer en un derecho internacional universal, y rechazar el supuesto de que es indiferente qué sistema de orden público llegue a alcanzar universalidad.²⁵ Hay que reconocer la existencia de los diferentes sistemas de orden público, y buscar un sistema de orden público de la dignidad humana que llegue a imponerse sobre los demás. Es una actitud claramente militante, concreta y definida.

Sobre esta base teórica, McDougal traza un esquema de nueva sistemática del derecho internacional. Los temas clásicos son tocados desde una perspectiva distinta, agrupados en las siguientes categorías de denominación original: participantes, arenas, bases de poder, prácticas, y efectos. Las palabras no nos dicen nada. Pero el contenido va a coincidir con el contenido que estamos acostumbrados a encontrar en los manuales de derecho de gentes. Por ejemplo, bajo el rótulo participantes se estudia la teoría de los sujetos del derecho internacional (previo rechace, claro está, de la validez de la teoría de los sujetos). Bajo la denominación bases de poder se estudian las fronteras, la utilización de recursos naturales, la nacionalidad y protección diplomática de nacionales, la libertad de los Estados para elegir la forma política que tengan por conveniente.

No pretende el profesor de Yale dar hecha una solución a todos los

²⁴ *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Colonia. 1950.

²⁵ "The identification and appraisal..." cit.

problemas del derecho internacional. Por el contrario, se conforma con dibujar un esquema, sacando de él sólo algunos aspectos, a modo de ejemplo, ofreciendo a los juristas la posibilidad de utilizar su nueva metodología, en un vasto plan de comprensión del derecho internacional desde una perspectiva sociológica y valorativa. Así, ha estudiado aspectos parciales del derecho internacional, en colaboración con otros profesores y discípulos. Con Florentino P. Feliciano ha estudiado el derecho de la guerra.²⁶ Con Gertrude C.K. Leighton ha publicado un trabajo sobre los derechos humanos,²⁷ tema que también ha abordado con Bebr.²⁸ El derecho de los tratados, con Asher Lans.²⁹ El veto en las Naciones Unidas con Richard N. Gardner.³⁰ La convención sobre el genocidio con Richard Arens.³¹ El derecho del mar con Burke y Vlastic.³² El derecho del espacio "exterior" con Leon Lipson.³³ Las pruebas nucleares en colaboración con Norbert A. Schlei.³⁴ No nos detenemos en una exposición del contenido de esta "parte especial" para no alargar en exceso esta nota.

6. Conclusiones.

Si tuviéramos que resumir el pensamiento de McDougal en dos palabras, utilizaríamos éstas: sociologismo, y actitud valorativa. La concepción sociológica del derecho internacional ha sido llevada a un punto que creemos resulta imposible rebasar, porque derecho internacional y sociología se hacen una misma cosa. El normativismo ha quedado muy atrás, hasta el punto de que la terminología jurídica es al mismo tiempo terminología sociológica. No sabemos hasta qué punto puede resultar acertada la introducción de estos términos en la ciencia del derecho internacional. Fijémonos en que, por lo pronto, supone un ataque a las influencias privatistas en el campo del dere-

²⁶ "International coercion and World public order": The general principles of the Law of war". *Yale Law Journal*, 67 (1958) 771 ss. Reproducido en *Studies*, ., 237 ss. También de ambos: "Legal regulation of resort to international coercion". *Yale Law Journal*, 68 (1959) 1057, ss.

²⁷ "The rights of man in the world community: Constitutional illusions versus rational action". *Law and Contemporary Problems*, 14 (1949) 490 ss. Publicado también en *Yale Law Journal*, 59 (1949) 60 ss., y en *Studies*. 335 ss.

²⁸ "Human rights and the United Nations", en "*Die Grundrechte*", de Neumann, Nipperday y Scheuner (cit. en su Curso de La Haya).

²⁹ "Treaties and congressional executive agreements: Interchangeable instruments of national policy". *Yale Law Journal*, 54 (1945) ps. 181 ss. y 534 ss. En *Studies*., ., 404ss.

³⁰ "The veto and the Charter: An interpretation for survival". *Yale Law Journal*, 60 (1951) 258 ss. En *Studies*. 718 ss.

³¹ "The Genocide Convention and the Constitution". *Vanderbilt Law Review*, 3 (1950) 683 ss.

³² McDougal y Burke: "Crisis in the Law of the Sea: Community perspective versus national egoism". *Yale Law Journal*, 67 (1958) 539 ss. En *Studies*., ., 844 ss. McDougal, Burke y Vlastic, "The maintenance of public order at sea and the nationality of ships" *A.J.I.L.*, 53 (1960) 25 ss. McDougal y Burke: "The community interest in a narrow territorial sea: Inclusive versus exclusive competence over the "Oceans". *Cornell Law Quarterly*, 45 (1960) 171 ss. McDougal y Burke tienen en este momento pendiente de publicación un libro sobre el derecho del mar, cuyo manuscrito hemos podido utilizar por amabilidad de los autores.

³³ "Perspectives for a Law of outer space". *A.J.I.L.*, 52 (1958) 407 ss. En *Studies*.. 912 ss.

³⁴ "The hydrogen bomb tests in perspective: Lawful measures for security". *Yale Law Journal*, 64 648 ss. En *Studies*., ., 763 ss.

cho de gentes. Participantes sustituye a sujetos, arena sustituye a competencias; se introducen valores tan extraños al especialista de derecho privado como afección, bienestar y formación profesional. Esto puede liberar al derecho internacional de un excesivo lastre de derecho privado, pero amenaza también con privarle de toda apariencia jurídica, con lo que la acusación hecha frecuentemente por los tratadistas de derecho interno de que el derecho internacional "no es derecho" encontraría nuevos argumentos.

Hemos traducido la nueva terminología al castellano. Pero hay que tener en cuenta que los términos son ingleses y de muy difícil traducción automática. La dificultad a que aludimos con respecto a "policy" es extensible a muchos otros términos, como "skill", "process", "authority", que traducimos de un modo más o menos libre. La adopción de la concepción de McDougal en otros idiomas supondría una tarea lingüista de primer orden. No bastaría con traducir los términos directamente. Habría que extraer nuevas palabras. Esto constituye una limitación importante, si no se quiere incurrir en el barbarismo.

La concepción valorativa podría tener acogida en España, ya que se aproxima a la tradicional postura iusnaturalista de los autores españoles. Pero también hay que tener cuidado en este terreno, si no se quiere caer en la ambigüedad. El "orden público de la dignidad humana" tiene en McDougal un significado muy concreto. Alude a un orden político-social determinado, que no puede ser sustituido por una abstracción. En McDougal la dignidad humana sólo será protegida en un orden en que exista una participación amplia en el poder político, y donde se respeten determinadas facultades decisorias. Es la dignidad tal como se concibe y protege en el Estado social de derecho de nuestro tiempo.

En todo caso, la aceptación o rechazo de su concepción del derecho internacional no parece que pueda ser planteada en términos sencillos. La obra de McDougal y su escuela supone un progreso evidente en una dirección: la corriente sociológica y la lucha contra el formalismo jurídico. Por otro lado, hay una cierta parcialidad en el enfoque "valorativo" de los problemas jurídico-internacionales. Una escuela americana no puede ignorar la posición actual de los Estados Unidos en la política mundial, y un cierto grado de partidismo parece ineludible. Teniendo en cuenta estas consideraciones, parece imposible hacer un juicio definitivo sobre su valor, y no podemos aceptarla entusiásticamente, ni rechazarla de un modo total. Pero, a la hora de hacer un cierre de cuentas queremos resaltar lo que consideramos positivo de su aportación. Constituye quizás el intento más importante de reconstrucción del derecho internacional desde una perspectiva valorativa y concreta, no ambigua. Las posiciones formalistas encubren en este momento, en realidad, tras la llamada a las soluciones tradicionales, un conservadurismo negativo. La escuela de McDougal rechaza expresamente una postura neutral, y propone en definitiva una transformación del orden internacional existente en beneficio de un nuevo orden de la dignidad huma-

na, basándose en la creencia de que los valores que se postulan son auténticamente positivos. Por otro lado, nos encontramos ante una labor de equipo en gran escala, prácticamente ante una escuela. Los resultados obtenidos pueden ser criticables. Pero no podemos pasar por alto esta nueva concepción del derecho internacional, llena de sugerencias y nuevas perspectivas.

Nueva York - 1961.