

**ASPECTOS TEÓRICOS DE LAS RELACIONES ENTRE
EL DERECHO INTERNACIONAL Y
LOS DERECHOS INTERNOS**

J.-M. ARRIGHI

Jean-Michel Arrighi ***I. Un problema actual**

A todos los que han pasado por una Facultad de Derecho y asistido a un curso de derecho internacional público, aunque después nunca más hayan vuelto a estudiar esta materia, hay un punto del programa que, estoy seguro, les ha quedado grabado, y es que hay una escuela monista y otra dualista. Como dos palabras mágicas e irreconciliables los unos y los otros vienen enfrentándose en las páginas de los manuales de derecho desde hace casi un siglo. Y la respuesta tradicional cuando se pregunta por estas doctrinas es que hay quienes piensan que el derecho internacional debe ser transformado en derecho interno para poder ser aplicado por el juez nacional y otros que piensan que, directamente, el derecho internacional prevalece sobre el interno, pero que, en definitiva, la realidad es mucho más compleja. Una vez que comienza a ejercer la profesión, el joven abogado habrá olvidado estas clases y recurrirá a la aplicación de las normas nacionales vigentes con poco o ningún recurso a la norma internacional.

Sin embargo, este viejo debate no ha perdido en nada de su actualidad. Por el contrario, si durante mucho tiempo quedó encerrado entre las tapas de libros de derecho internacional hoy vuelve a resurgir en toda su actualidad y, sobre todo, con un fuerte impacto en la práctica y obligará a muchos a revisar lo que pensaban era un capítulo de teoría sin mayor influencia en sus labores cotidianas.

Podríamos imaginar ejemplos al infinito. Pero vayamos a algunos casos. A quien se dedique al derecho laboral, le será cada día más común la necesidad de tener en cuenta, al tiempo de resolver un conflicto, tanto la legislación nacional como la emanada de las Convenciones de la OIT; al civilista que debe resolver un problema de sucesión o de filiación verá cómo, de existir algún elemento extranjero, deberá no sólo recurrir al Código sino también a los tratados internacionales; ni que hablar de quien, en materia comercial, deba velar por la compatibilidad de las normas nacionales con las cada vez más numerosas normas de los acuerdos de integración económica regional. Otro tanto podemos decir, hoy, de las demás ramas del derecho y cada uno de ustedes me podría enumerar ejemplos en materia penal o en materia procesal. El juez nacional se verá con mayor frecuencia enfrentado al dilema de tener que aplicar ya una ley ya un tratado, y ahí deberá volver a aquel tema que alguna vez estudió en Facultad, aquello de dualismo y monismo. Pero el análisis que de él haga no podrá ser el que, en su momento, hicieron los padres fundadores de estas doctrinas. El derecho internacional ha cambiado, las relaciones jurídicas que regula son otras, las soluciones, por lo tanto, deben ser revisadas, y las soluciones que dicte tendrán directo impacto en las relaciones jurídicas entre particulares.¹

* Director del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría General de la OEA. Las opiniones aquí expresadas son de carácter exclusivamente personal. Clase dictada en 1997.

¹ Los temas abordados en este trabajo han sido analizados con mayor detalle en un

Es cierto, el orden jurídico internacional actual ha sufrido muchos cambios con relación al que conociera Anzilotti a principios del siglo. Es más, ningún otro orden jurídico ha sufrido los cambios que ha tenido el derecho internacional. En él se han visto seriamente modificados sus elementos esenciales. Nuevos sujetos, nuevas fuentes y nuevos objetos han modificado el orden tradicional. Nuevos sujetos: al Estado, sujeto tradicional y que ha visto incrementar su número, se le ha sumado un número creciente de organizaciones internacionales, sin entrar a considerar las discusiones sobre la aparición de otros nuevos sujetos. Nuevas fuentes: al tratado y la costumbre, se agregan ahora las resoluciones de algunas instancias intergubernamentales. Nuevos objetos: a un derecho limitado a algunas pocas relaciones entre Estados le ha sustituido un derecho internacional para el cual no hay actividad que le sea ajena, desde la paz y la guerra, pasando por el comercio, la salud, los derechos humanos, las comunicaciones, el medio ambiente. Estos cambios no se han producido en los órdenes jurídicos nacionales; éstos no han modificado ni su sistema de fuentes, ni sus sujetos, ni su objeto. El orden jurídico internacional hoy comprende una rica trama de acuerdos internacionales y de otras normas que regulan los más variados aspectos de la vida de los Estados y de sus habitantes, previendo disposiciones que, tradicionalmente, sólo eran objeto de regulación por el derecho interno. Clara, entonces, surge la posibilidad frecuente de que una misma actividad sea objeto, simultáneamente, de normas internacionales y de normas nacionales, con la consecuente probabilidad de un conflicto entre las mismas. Hecho casi anecdótico en el pasado, es hoy realidad cotidiana. De ahí que el viejo debate académico pueda ser ahora de frecuente aparición ante los estrados judiciales.

Y ello no es un cambio menor para el conocimiento de abogados y magistrados. Si ayer el enfrentamiento entre dualistas y monistas quedaba acotado a las aulas de derecho internacional público, hoy, tal vez, sea éste el lugar donde menor interés plantee. Por el contrario, no es aquí donde este debate tiene mayor actualidad. Donde realmente deberán medirse sus repercusiones será en el conocimiento y aplicación de las demás ramas del derecho.

II. La solución en el orden jurídico internacional

Para los internacionalistas, el problema no plantea mayores dudas. Dado un conflicto entre una norma de derecho internacional y una norma de derecho interno, si este conflicto debe ser dirimido por el orden jurídico internacional la solución es una sola: prevalece la norma de derecho internacional. Este orden tiene normas expresas que así lo dictaminan y su jurisprudencia ha sido unánime al respecto.

artículo anterior nuestro: *"Las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos"*, publicado en *"Derecho Internacional Público"*, tomo I, bajo la dirección de Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, 1993. En este trabajo pretendemos hacer una síntesis actualizada del mismo.

A nivel interamericano, pionero en muchos campos del desarrollo codificado del derecho internacional, ya la Convención sobre Tratados (La Habana, 1928), en sus artículos 10, 11 y 12 establecía la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, incluida la propia Constitución nacional² y señalaba la responsabilidad internacional en que incurría el Estado que incumpliese con la norma internacional.

A nivel universal, la Convención sobre Derecho de los Tratados (Viena, 1969) consagró, en su artículo 27 la superioridad de toda norma de derecho internacional sobre toda norma de derecho interno con la única excepción admisible contemplada en su artículo 46.³

Por su parte, la jurisprudencia internacional ha sido constante en afirmar la supremacía del derecho internacional, tanto el de fuente convencional como el de fuente consuetudinaria. Ello recorre los laudos arbitrales, los fallos de la Corte Permanente y de su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, así como de los tribunales regionales en materia de protección de los derechos humanos y de aquellos establecidos por los procesos de integración regional.

Para quien debe trabajar en el plano del orden jurídico internacional no caben, pues, dudas. Dado un conflicto entre una norma internacional y una norma nacional prevalece la primera. Así lo establecen normas expresas de solución de esta controversia; así lo reafirma toda la jurisprudencia. Para sólo citar un ejemplo reciente, en 1988 la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva en el caso "Acuerdo de Sede ONU-EEUU", en que existía un conflicto entre dicho acuerdo —norma de derecho internacional— y una ley norteamericana, afirmó que "alcanzaría con recordar el principio fundamental en

² Artículo 10. Ningún Estado puede eximirse de las obligaciones del Tratado o modificar sus estipulaciones sino con el acuerdo, pacíficamente obtenido, de los otros contratantes.

Artículo 11. Los Tratados continuarán surtiendo sus efectos aun cuando llegue a modificarse la constitución interna de los Estados contratantes. Si la organización del Estado cambiara de manera que la ejecución fuera imposible, por división de territorio o por otros motivos análogos, los Tratados serán adaptados a las nuevas condiciones.

Artículo 12. Cuando el Tratado se hace inejecutable, por culpa de la parte que se obligó, o por circunstancias que en el momento de la celebración dependían de esta parte y eran ignoradas por la otra, aquella responde a los perjuicios resultantes de su inejecución.

³ Artículo 27. Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Artículo 46.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

derecho internacional de la preeminencia de ese derecho sobre el derecho interno. Esta preeminencia —continúa diciendo la Corte— fue consagrada por la jurisprudencia desde el laudo arbitral del 14 de setiembre de 1872 en el asunto del Alabama entre los Estados Unidos y Gran Bretaña y fue muchas veces recordado desde entonces como en el asunto de las Comunidades greco-búlgaras en el que la Corte Permanente juzgó que es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que, en las relaciones entre Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no podían prevalecer sobre las del tratado".⁴

III. Soluciones y dificultades en los órdenes jurídicos internos⁵

Si bien hay un sólo orden jurídico internacional son muchos, en cambio, los órdenes jurídicos nacionales, uno por Estado independiente para simplificar el conteo y evitar entrar en debates tales como si el derecho comunitario europeo es un orden jurídico distinto al internacional y al nacional.

A diferencia de lo que ocurre en el orden jurídico internacional, donde existen disposiciones específicas que permiten solucionar las posibles controversias entre este orden y los órdenes jurídicos nacionales y hay una jurisprudencia uniforme, no todos los órdenes jurídicos nacionales, ni sus tribunales, tienen posiciones similares. Los hay quienes tienen disposiciones expresas en sus constituciones que otorgan primacía al derecho internacional —los menos—, los hay quienes mencionan al derecho internacional en la enumeración del derecho aplicable, pero sin establecer jerarquía, y los hay —la mayoría— quienes nada dicen al respecto.

A su vez, y sobre todo en los dos últimos casos, las jurisprudencias nacionales han sido muchas veces erráticas al respecto. Por lo tanto, un estudio exhaustivo obligaría al análisis de las normas vigentes y de la jurisprudencia de casi doscientos órdenes jurídicos. Debe tenerse presente, además, que los textos constitucionales cambian así como aparecen nuevas orientaciones en los tribunales.

A este respecto es de hacer notar las sensibles modificaciones que han conocido la mayoría de las constituciones europeas como consecuencia del proceso de integración que ha vivido ese continente así como la evolución de la jurisprudencia en esos países.

Pero como no podemos aquí, en las dimensiones de un curso de poco tiempo, hacer una revisión que siempre sería incompleta y rápidamente desactualizada, me voy a limitar a indicar algunos de los criterios que encontramos en el derecho comparado. Es una mera orientación que, espero, les sirva para analizar la situación en cada uno de vuestros países y, tal vez, les permita influir en uno u otro sentido al tiempo que se presenten las posibilidades de revisión de los textos

⁴ C.J.I. Recueil 1988, p.12.

⁵ Para no recargar de citas este trabajo, pondremos, en Anexo, una bibliografía no exhaustiva comentada así como algunas referencias a textos constitucionales y a fallos de cortes nacionales.

constitucionales o de propiciar cambios en las tendencias jurisprudenciales.

Un primer grupo de constituciones⁶ son aquellas que establecen expresamente la prevalencia del derecho internacional sobre la ley. Y aquí podemos distinguir entre aquellas que reconocen dicha prevalencia en general y sin limitaciones (ej. Holanda, Francia, España, Alemania, y en nuestro continente, Costa Rica, Paraguay y Honduras⁷) de aquellas que limitan dicha prevalencia a ciertos tratados (ej. Argentina). En todos estos casos se reconoce la preeminencia jerárquica del derecho internacional sobre la ley. El problema se mantiene en lo que respecta al posible conflicto entre norma internacional y norma constitucional. La solución más adecuada es la que disponen algunos de estos países y consiste en evitar la controversia. Para ello, el medio ideado ha sido el del contralor de constitucionalidad de un tratado previo a su ratificación, por alguna instancia como la Corte Constitucional o la Suprema Corte de Justicia. Si se detecta la posibilidad de un conflicto, se abren dos caminos: o no se ratifica el tratado o, como ocurriera en algún caso reciente, se debe ir a una modificación del texto constitucional.⁸ En cuanto a la jurisprudencia en estos países, si bien la norma constitucional es clara, no siempre ha sido fácil su aplicación por algunos tribunales. Pese al texto vigente desde 1958, el Consejo de Estado francés tardó treinta años en reconocerlo en sus fallos.

Un segundo grupo de constituciones enuncian a los tratados como una de las fuentes del derecho nacional sin establecer expresamente ninguna jerarquía entre ellas. Es el caso de la Constitución de los Estados Unidos de América y de la anterior Constitución de Argentina. Allí la interpretación que dé la jurisprudencia es determinante. En general, la tendencia de los jueces ha sido la de asimilar el tratado a la ley en cuanto a su jerarquía, con las consecuencias pertinentes, a saber que, al no aplicarse el principio de jerarquía para solucionar el posible conflicto, se recurre a los principios que regulan los conflictos entre normas de igual jerarquía y, en particular, al principio de "ley posterior deroga a ley anterior". Ello, por supuesto, no elimina el problema de la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del tratado. Tampoco aquí podemos entrar en un análisis detallado de la jurisprudencia. La tendencia mayoritaria, sino casi unánime, es la que acabo de mencionar. Existen, sí, notables excepciones en que tribunales norteamericanos o argentinos (antes de la reforma constitucional reciente) reconocieron la prevalencia del tratado sobre la ley.

Una situación similar se presenta en el tercer grupo de países, aquellos en los cuales las constituciones nada dicen al respecto. En estos casos (la mayoría de

⁶ A fin de no sobrecargar con citas el texto de la exposición, nos limitaremos a dar las líneas generales de cada tipo de constitución. En el Anexo Bibliográfico transcribiremos algunos modelos de disposiciones extractados de diversas constituciones nacionales.

⁷ Perú tenía una disposición en este sentido en su Constitución de 1979, pero ésta fue eliminada en la reforma de 1993.

⁸ Tal fue la situación planteada en Francia y en España con relación a la necesidad de modificar las respectivas constituciones para permitir la posterior ratificación del Tratado de Maastricht. Ver RGDIP, 1992-2, p.507.

nuestros Estados), las disposiciones constitucionales sólo refieren a los tratados en los capítulos relativos a las funciones y competencias del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Lo más común es, en dichos textos, que se establezca que el Poder Ejecutivo es quien firma los tratados, que el Poder Legislativo los aprueba y que, finalmente, el Poder Ejecutivo es quien los ratifica. En dichos Estados la jurisprudencia, en su gran mayoría, ha considerado que el proyecto de tratado presentado por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo se convertía en ley mediante el acto de aprobación parlamentaria y que, por lo tanto, tratándose de una ley nacional tiene la misma jerarquía que las otras leyes. Quiero detenerme un poco sobre este argumento tan usual en la práctica profesional. Es común referirse a un tratado —por abogados y jueces— como el tratado tal, ley número cual, convirtiendo así a un instrumento internacional en una norma legislativa nacional. Sé que ésta es la interpretación más arraigada. Con ella me permito discrepar y exponerles brevemente las razones, argumentos que a fines de los años cincuenta desarrollara, para el caso uruguayo, el profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Es cierto que, cuando el parlamento aprueba un tratado dicta una ley, es ésta su forma de manifestar su voluntad. Pero ¿cuál es el contenido de dicha ley? Desde mi punto de vista, el contenido de la ley se limita a decir: "apruebo el texto presentado por el Poder Ejecutivo y lo autorizo para que lo ratifique". Ese es el texto de la ley, y nada más. ¿Porqué considero que en él no está incluido el texto del tratado? Por diversas razones: (a) si el texto del tratado fuese parte de la ley, el Parlamento podría modificarlo, introducirle cambios, cosa que no puede hacer; (b) si el tratado se convirtiese en ley, el Poder Ejecutivo estaría obligado a aplicarlo de acuerdo a los mecanismos de entrada en vigor de las leyes, es decir cuando lo disponga el propio Parlamento o por el transcurso de cierto plazo. Sin embargo no es ésto lo que ocurre con los tratados. Estos entran en vigor de acuerdo a los propios mecanismos que en él se establezcan y para ello es necesario, primero, la ratificación por parte del Estado, acto que el Poder Ejecutivo puede no realizar nunca, y segundo, en función de las ratificaciones de otros Estados, cosa que puede no ocurrir. Por lo que, pese a la aprobación por el Parlamento de un tratado éste puede no ser nunca derecho vigente. Esto no ocurre con las leyes debidamente aprobadas. (c) una ley posterior no deroga al tratado ya que si éste es incumplido, pese a la ley posterior, el Estado es responsable internacionalmente por dicho acto. Por ello pienso que el tratado no se convierte en ley, en ningún caso. Este, a diferencia de las leyes, exige para su entrada en vigencia no sólo de la actividad de instancias nacionales sino de la actividad de otros Estados. Esto nos demuestra que ley y tratado son distintos, pero no nos dice si hay diferencias jerárquicas entre ellos. Y aquí tenemos que recurrir a la doctrina.

IV. La evolución de la doctrina

Las doctrinas no son inmutables ni podemos juzgar como si hubiese sido escrito hoy lo que fue elaborado y pensado para situaciones completamente

distintas. No era la misma sociedad internacional la que tenía Anzilotti ante sus ojos a principios del siglo a la que vivimos actualmente. Por ello trataré de ser cuidadoso y no caer en la crítica fácil a trabajos que han sido pilares fundamentales para que hoy vivamos el derecho internacional que vivimos. Porque, y ésto es un paréntesis, tan mal no le va al derecho internacional. Es más, yo no sé si no será hoy el derecho más respetado, pese a su mala fama. Es cierto que hay conflictos sin resolver que ocupan la primera página de los diarios, pero no son tantos, aunque sí muy graves. Pero, cuántas fronteras no presentan problemas, y están reguladas por el derecho internacional, cuántas actividades tan corrientes en nuestra vida cotidiana no presentan problemas y están reguladas por el derecho internacional, cuando llaman por teléfono al exterior, cuando viajan, cuando miran una transmisión por televisión, es el derecho internacional funcionando, y funciona mucho y bien. Pero nos estamos saliendo del tema de esta charla.

Ustedes ya saben que las doctrinas clásicas se dividen en monistas y dualistas. Los dualistas, en síntesis muy apretada, sostienen que el orden jurídico internacional y el orden jurídico nacional son distintos pues tienen sujetos, fuentes y objeto diferentes. Los sujetos del primero son fundamentalmente los Estados, sus fuentes principales los tratados y la costumbre y su objeto la relación entre Estados. Distintos son los sujetos, las fuentes y el objeto del derecho nacional. De allí derivan que una norma de un orden para ser válida en otro debe ser transformada a su sistema de sujetos, fuente y objeto. Un tratado (fuente de derecho internacional) que regula relaciones entre Estados (objeto del derecho internacional) y acordado por Estados (sujetos del derecho internacional), para ser válida en el orden interno, aplicable a las personas (sujeto del derecho nacional), capaz de regular relaciones entre personas (objeto del derecho nacional) debe ser transformada en ley (fuente del derecho nacional). Para estos autores, pues, el tratado debe convertirse en ley y como tal será aplicada e interpretada por el juez nacional, con el consiguiente riesgo de que, si se incumpliese el tratado por existir una ley contraria posterior, el Estado sería responsable internacionalmente. El argumento central de esta posición es el de que dos órdenes jurídicos distintos no pueden reconocerse mutuamente como válidos; sólo son válidas, para un orden jurídico dado, las normas de él emanadas. Esta doctrina ha recogido, en la práctica, la mayor adhesión. Es cierto que se le han ido adjuntando limitaciones. Una de ellas es la conocida en los Estados Unidos como la doctrina de los tratados "*self executing*" y "*non self executing*". Según esta doctrina habría tratados que, por su especificidad, podrían ser directamente aplicados, en cambio otros requerirían de ley para asegurar su cumplimiento. No entraré al análisis de esta doctrina de fuerte impacto en la jurisprudencia. Me limitaré a señalar que tal diferencia no es reconocida por el orden jurídico internacional. El principio "*pacta sunt servanda*", según el cual "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"⁹ no admite ninguna distinción entre tratados, y por lo tanto, el incumplimiento de cualquiera de ellos genera la

⁹ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26.

responsabilidad del Estado incumplidor. Resumiendo entonces: para los dualistas los dos órdenes jurídicos son distintos, no hay, pues, un problema de jerarquía entre ellos, son simplemente distintos, y por lo tanto —según estos autores—, como dos órdenes jurídicos distintos no pueden reconocer como válidas en su orden las normas del otro, es necesario transformar las normas de un orden al sistema normativo del orden en que se quieren hacer cumplir.

Más variada es la gama de las doctrinas llamadas monistas. Tenemos tres posibilidades: o el orden jurídico internacional prevalece y absorbe al orden jurídico nacional, o el orden jurídico nacional prevalece y absorbe al orden jurídico internacional, o, por último, existe un tercer orden que incluiría a los otros dos. La primera de estas posiciones es la que sostuvo Kelsen quien, a lo largo de sus trabajos, fue modificando el fundamento. En sus últimos escritos, el profesor austríaco sostuvo que la norma fundamental —hipotética— del orden jurídico es una norma de derecho internacional consistente en que los Estados deben comportarse como lo han hecho por costumbre. De ahí se derivarían distintos escalones que ponen en la primera jerarquía a las distintas normas internacionales. Ello supone negar toda distinción entre derecho internacional y derecho nacional ya que todo órgano debe aplicar la norma de jerarquía superior. La segunda de las teorías monistas, seguida en su momento por algunos autores soviéticos, ya ha caído en desuso —por lo menos a nivel de la teoría— ya que sujetaría el cumplimiento de los acuerdos internacionales a la sola voluntad de uno de los Estados partes del mismo. La tercera posición —la existencia de un orden que incluiría a los demás— ha tenido su arraigo en la doctrina española, donde se ha hablado de un derecho natural abarcador de los demás órdenes jurídicos.

¿A qué nos enfrentamos, hoy, cuando miramos el estado de las relaciones de la sociedad internacional? No estamos en la situación descrita por los monistas, lejos aún de ello, aunque puedan percibirse esbozos. Estamos aún muy cerca de la situación que sirviera de base a los estudios de los autores dualistas. Es cierto que el orden jurídico internacional es distinto del orden jurídico nacional, aunque cada día su objeto se asemeje. Pero, en cambio, como lo señalara el profesor Virally, no es cierto que exista un sólo orden jurídico nacional; lo que conocemos es un orden jurídico internacional y multitud de órdenes jurídicos nacionales). No es cierto, tampoco, que dos órdenes jurídicos distintos no se reconozcan mutuamente como válidos; el orden jurídico del Estado A reconoce como válidas las normas y resoluciones dictadas en cumplimiento de las mismas por el Estado B, por lo que nada impide que un orden jurídico nacional reconozca como válidas las normas emanadas del orden jurídico internacional. En lo que refiere a la jerarquía entre los distintos órdenes —problema inexistente para los dualistas— debe recordarse que todo Estado se reconoce como sujeto de derecho internacional, ello supone que está sujeto al derecho internacional, que éste lo obliga y si lo incumple lo sanciona. Cuando decimos que el Estado está sujeto al derecho internacional, su orden jurídico —elemento del Estado— también lo está. Por ello, según esta posición que compartimos, orden jurídico internacional y órdenes jurídicos nacionales son distintos, se reconocen mutuamente como

válidos y siendo, por definición misma de sujeto de derecho, el orden jurídico internacional de jerarquía superior a los órdenes jurídicos nacionales. Debo reconocer, a mi turno, que esta posición está aún lejos de ser compartida por las normas y jurisprudencia nacionales, sobre todo cuando el conflicto se da entre normas internacionales y normas constitucionales, que son, por supuesto, normas del orden jurídico interno.

V. Conclusiones

Dado un conflicto entre una norma de derecho internacional y una norma de derecho interno, posibilidad que el desarrollo que conoce el derecho internacional tiende a multiplicar, creemos que, desde un punto de vista doctrinario, debe reconocerse la preeminencia jerárquica de la norma internacional. Así ocurre si el conflicto debe ser resuelto por el propio orden jurídico internacional. Pero, en la práctica, la mayor probabilidad de que se plantee dicha divergencia se da ante los órdenes jurídicos nacionales. Y ahí, como viéramos, las soluciones varían. Sea cual sea la solución que se sostenga, sí debemos subrayar la importancia de contar con mecanismos que disminuyan el riesgo de dicho conflicto: control de constitucionalidad previa a la aprobación o ratificación de un tratado y cuidado sobre este aspecto al tiempo de negociar un tratado y al tiempo de aprobar una ley. Sin embargo el problema se agudizará con el creciente desarrollo de normativas comunes emanadas de procesos de integración. Por ello me gustaría concluir esta breve exposición con unas palabras referidas al Mercosur, pero de validez general, del profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, dichas poco tiempo antes de su trágica muerte: "cuando llegue el momento en el cual el proceso de integración se complete y perfeccione su estructura y su organización institucional, entonces será indispensable dictar normas constitucionales que autoricen las necesarias limitaciones de soberanía y atribuyan primacía al tratado y al derecho derivado de él, respecto de la ley interna".¹⁰

¹⁰ En *"III Encuentro de Cortes Supremas del Cono Sur"*, p.40, Montevideo, 1993.

ANEXO

I. Bibliografía básica

Esta bibliografía no pretende ser exhaustiva, ni mucho menos. El tema ha sido recurrente en la doctrina y la jurisprudencia de todas las latitudes. Sólo tiene como intención servir de guía al estudiante que pretenda profundizar sus principales aspectos, acercándole una lista de trabajos que nos ha parecido de más fácil acceso en las bibliotecas de las Facultades de nuestro continente.

a.general

Todos los tratados y manuales de derecho internacional público cuentan con un capítulo en que se hace una presentación general de las distintas doctrinas. Una reciente presentación de las doctrinas dualistas y monistas puede verse en:

RUDA, José María: *"Relación jerárquica entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno. Reexamen de los problemas teóricos"*, en "Liber Amicorum en homenaje a Eduardo Jimenez de Aréchaga", t.I, Montevideo, 1994

Los textos clásicos de la doctrina dualista son:

TRIEPEL, Heinrich: *"Les rapports entre le droit interne et le droit international"*, RCADI, 1923

ANZILOTTI, Dionisio: *"Cours de Droit International"*, Paris, 1929

También puede consultarse la doctrina italiana reciente, con fuerte predominancia del dualismo:

CONFORTI, Benedetto: *"International Law and the role of domestic legal systems"*, Holanda, 1993, y SPERDUTTI, Giuseppe: *"Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne"*, RCADI, 1976

Para la doctrina monista:

KELSEN, Hans: *"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public"*, RCADI, 1926, y *"Principles of International Law"*, Nueva York, 1952

Con distintos fundamentos a los expuestos por Kelsen:

VERDROSS, Alfred: *"Derecho Internacional Público"*, Madrid, 1967

SCELLE, Georges: *"Précis de Droit des Gens"*, Paris, 1932

Autores que sostienen la existencia de un tercer orden —derecho natural— que incluye a los demás:

TRUYOL Y SERRA, Antonio: *"Fundamentos de Derecho Internacional Público"*, 4a.ed., Madrid, 1977

Entre quienes sostienen la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos con primacía del orden jurídico internacional:

VIRALLY, Michel: *"Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes"*, en "Mélanges Henri Rollin", Paris, 1964

b. el problema en el orden jurídico internacional

Con relación a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados:

DE LA GUARDIA y DELPECH: *"El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969"*, Buenos Aires, 1970

REUTER, Paul: *"Introduction au droit des traités"*, 3a.ed., Paris, 1995

y, en particular sobre la excepción prevista en el artículo 46,

MERON, Theodor: *"Article 46 of the Vienna Convention on the law of treaties (ultra vires treaties): some recent cases"*, BYBIL, 1978

Con relación a las convenciones americana y europea de protección de los derechos humanos:

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: *"La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno"*, en Revista del IIDH, San José de Costa Rica, 1988

CANÇADO TRINDADE, Antonio: *"A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos Direitos Humanos"*, revista Arquivos do Ministério da Justiça, n.182, Brasília, 1993

SUDRE, Frédéric: *"La Convention européenne des droits de l'homme"*, Paris, 1990

Con respecto al proceso de integración europeo:

J.-M. ARRIGHI

RIDEAU, Joël: *"Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes"*, RGDIP, 1990

LOUIS, Jean-Victor: *"El ordenamiento jurídico comunitario"*, Bruselas, 1986

Con relación a los distintos procesos de integración americanos:

ARRIGHI, Jean Michel: *"La solución de controversias entre normas internacionales y nacionales (con especial referencia al MERCOSUR)"*, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n.91/92, Brasilia, 1994

"El Mercosur después de Ouro Preto", Seminario organizado por UCUDAL, Montevideo, 1995

"Memoria del Seminario sobre Aplicación de Normas Internacionales", organizado por la Corte Centroamericana de Justicia y la OEA, Managua, 1996

y para una presentación general de los mecanismos de solución de controversias en los distintos procesos de integración general:

Comité Jurídico Interamericano: *"Dimensión jurídica de la integración. Estudio de los métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración o libre comercio en el hemisferio"*, Rio de Janeiro y Buenos Aires, 1996

c. la situación en algunos ordenamientos jurídicos nacionales:

En lo que respecta a países europeos, una excelente presentación de la situación en diversos países en los estudios recopilados en:

"L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national", dirigida por Pierre-Michel Eisemann, La Haya, 1996.

Otros estudios:

para Francia:

BUFFET-TCHAKALOFF: *"L'interprétation des traités internationaux par le Conseil d'Etat"*, RGDIP, 1991

para Gran Bretaña:

MANN, F.A.: *"The enforcement of treaties by english courts"*, Oxford, 1973

para España:

REMIRO BROTONS, Antonio: *"Derecho internacional público"*, t.2, Madrid, 1987

para Italia, y en particular referido a los recientes cambios de la jurisprudencia de ese país atenuando su tradicional posición dualista:

LA PERGOLA: *"La articulación del Derecho comunitario y del Derecho interno"*, Granada, 1996

En lo que respecta a los Estados Unidos de América:

PAUST, Jordan: *"International Law as Law of the United States"*, Durham, 1996

y con relación a la doctrina desarrollada en ese país sobre los tratados autoejecutables y no-autoejecutables:

BUERGENTHAL, Thomas: *"Self-executing and non self-executing treaties in national and international law"*, RCADI, 1992

En lo que respecta a algunos países de América Latina:

con relación a Argentina, y fundamentalmente a los recientes desarrollos jurisprudenciales y cambios constitucionales:

ARMAS BAREA, Calixto: *"Derecho internacional público y derecho interno: nuevo criterio de la Corte Suprema Argentina"*, en *"Liber Amicorum en homenaje a Eduardo Jimenez de Aréchaga"*, t.I, Montevideo, 1994

con respecto a Brasil:

GRANDINO RODAS, João: *"Tratados Internacionais"*, San Pablo, 1991

REZEK, José Francisco: *"Direito Internacional Público"*, San Pablo, 1991

en Chile:

BENADAVA, Santiago: *"Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos"*, en *"Nuevos enfoques del Derecho Internacional"*, Santiago, 1992

en Uruguay:

J.-M. ARRIGHI

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: "Curso de Derecho Internacional Público", t.I, Montevideo, 1959

ARRIGHI, Jean Michel: "*Convenio 95 de la OIT y ley 14.490: un conflicto entre el derecho internacional y los derechos internos*", en Rev. Derecho Laboral, n.132, Montevideo, 1983

Una excelente colección de estudios que analiza la jurisprudencia de distintos países en lo que tiene que ver, en particular, con la recepción por los tribunales nacionales de los fallos internacionales en:

"International Law Decisions in National Courts", editado por FRANCK, Thomas y FOX, Gregory, Nueva York, 1996

II. Disposiciones constitucionales de particular interés

a.ejemplos de constituciones que reconocen la prevalencia total o parcial del derecho internacional sobre la ley:

España (1978), artículo 95 párrafo 2:

"Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional".

Francia (1958), artículo 55:

"Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte".

Holanda (1972, revisada en 1983), artículo 94:

"No serán aplicables las normas jurídicas vigentes en el Reino cuando su aplicación sea incompatible con las disposiciones de un tratado o con las resoluciones de las instituciones internacionales que obliguen a los particulares"

Costa Rica (1949, reformada en 1968), artículo 7:

"Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos

debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

Argentina (1994), artículo 75:

"Corresponde al Congreso:

(...)

22.- Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.

(...)

24.- Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes ..."

Honduras (1982), artículo 18:

"En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley prevalecerá el primero".

Paraguay (1992), artículo 137:

"La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios

J.-M. ARRIGHI

o acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado".

b.ejemplo de constituciones que distinguen entre tratado y ley nacional sin indicar jerarquía entre dichas fuentes:

Estados Unidos de América (1787), artículo VI párrafo 2:

"Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que serán dictadas en acuerdo con ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la Autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del País; y los jueces, en cada Estado estarán sujetos a ellas aunque la Constitución o las leyes del Estado dispongan lo contrario".

c.ejemplo de constituciones que refieren exclusivamente al procedimiento de adopción de tratados:

Por ser éste el caso más común en nuestras constituciones daremos un sólo ejemplo, que se repite, en términos similares, en numerosas constituciones.

Uruguay (1967):

"Artículo 85: A la Asamblea General compete:

(...)

7.- Decretar la guerra y aprobar o reprobado por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras.

(...)

Artículo 168: Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:

(...)

21.- Concluir o suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo."