



Estudios del CURI

Dr. Heber Arbuét Vignali

¿QUIÉN PRIMA?

**El lastre de una teoría heredada,
sobre un problema real del derecho en la posmodernidad.**

***Consejo Uruguayo
para las Relaciones Internacionales***

8 de octubre de 2013

Estudio No 08/13

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

¿QUIÉN PRIMA?

El lastre de una teoría heredada, sobre un problema real del derecho en la posmodernidad.

Por Heber Arbuét-Vignali ¹

El Pinar, junio y julio 2013.

1. Presentación del asunto.

Nadie puede discutir, porque es un hecho notorio en el mundo actual (2013), que existen diversos ordenamientos jurídicos de derecho positivo, los que están en vigor a la vez en diferentes ámbitos que, en ocasiones, se superponen. Existe un sistema de Derecho Internacional Público general, de alcance mundial, que regula las relaciones internacionales del planeta en su conjunto, fundado en el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados. Se le suman otros sistemas jurídicos de derecho interno, con los cuales regulan sus respectivos ámbitos de jurisdicción doméstica cada uno de los 195 Estados miembros de Naciones Unidas; la mayoría de ellos fundados en el atributo de la soberanía a partir del pacto constitucional ² y todos guardando su autoridad interna a partir de la idea de supremacía territorial. Hay, además, muchos sistemas jurídicos de Derecho Internacional Público especiales que regulan las relaciones entre los Estados miembros de Organizaciones Internacionales intergubernamentales, regionales o con finalidades determinadas, de alcance limitado, cuyo fundamento deriva del Derecho Internacional Público general y se concretan en sus tratados constitutivos. Se suma otro sistema jurídico internacional supranacional de alcance europeo ³, que se funda en el Principio de la Supranacionalidad. Y se agregan múltiples sistemas internos de Organizaciones Internacionales.

Cada uno de estos tienen sus ámbitos de aplicación exclusivos; pero en determinadas materias y ámbitos de competencia, pueden y aparecen, asuntos que están reglados a la vez por dos o más de estos ordenamientos jurídicos: sobre un mismo y único asunto, existen reglas de dos o más sistemas diferentes que pueden ser aplicables. Si en los dos o más sistemas coinciden las soluciones definitivas, no existe problema porque se aplica la solución común que satisface a todos los involucrados. Pero si no coinciden aparece un problema: ¿cuál sistema prima? e, inmediatamente se plantean otros ¿por qué? ¿Cuál es el respaldo material efectivo que se cuenta para imponer la solución que se adopte? ¿Existen formas de conciliar las dos o más respuestas para que todas sean atendidas? ¿Es posible encontrar una salida que pueda sostenerse objetivamente? En este trabajo sólo nos ocuparemos de intentar determinar cómo se debe resolver una oposición entre una norma del Derecho Internacional Público general de alcance

¹ Antiguo catedrático de Derecho Internacional Público y también antiguo catedrático de Historia de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho UDELAR; Premio CONICYT a la investigación jurídica, grado III, 1999-2001; Consejero y antiguo Director del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CARI). Este trabajo también se publica en H.Arbuét-Vignali 2013/3, con los Numerales 1, 2, 5 y 6 abreviados.

² Además, especialmente a partir de las décadas del 60 y 70 del siglo XX, se encuentran países que fundan su orden jurídico interno en principios ideológico religiosos o ideológico políticos, en las tradiciones del absolutismo monárquico o en solidaridades tribales más primitivas. Nuestros comentarios en el texto no se refieren a estos, sino exclusivamente a los Estados del pacto: repúblicas y monarquías constitucionales.

³ Teóricamente puede decirse que existen dos sistemas de este tipo si se cuenta para ello a la poco operante Comunidad Andina.

mundial y otra que la contradice en un sistema jurídico interno de un Estado del pacto; entre aquel y una norma interna de una república o de una monarquía constitucional ⁴.

Este asunto ya se planteó desde el comienzo mismo de echar a rodar un proto sistema de Derecho Internacional Público. La paz de Munster, en el marco de los tratados de Westfalia de 1648 tenía disposiciones que colidían con el derecho interno de España y los Países Bajos, Estados miembros de aquel acuerdo⁵. Pese a esta temprana aparición, por entonces y hasta mediados del siglo XX, la presencia práctica de este tipo de oposiciones fue realmente excepcional y se dio en muy escasas ocasiones⁶. Durante los próximos 300 años se mantienen las posibilidades de conflictos entre el Derecho Internacional y un sistema interno; pero no constituyen problemas frecuentes, ni la doctrina y la práctica encuentran dificultades para resolverlos. El Derecho Internacional Público se ocupaba de las relaciones externas entre Estados poniendo atención en los intereses públicos, en tanto los derechos internos eran los únicos que se ocupaban de los asuntos vinculados con los intereses privados de los seres humanos individuales y sus empresas. Era difícil que un Estado dictara normas nacionales sobre materia internacional y si lo hacía (anchura del mar territorial, tratamiento de extranjeros etc.), era mucho más raro que estas contradijeran sus compromisos internacionales. En este marco, eran pocas las posibilidades de conflicto entre sistemas, y menos aún las que no se solucionaran por negociación y en que los tribunales internos debieran intervenir, y, cuando ello ocurría, no resultaba muy difícil decidir ya que, prevaleciendo las ideas jusnaturalistas con su concepción universalista y jerárquica, se entendía que el Derecho Internacional, derivado del Derecho Natural o en su caso de Dios, prevalecía sobre los ordenamientos jurídicos internos, productos de la voluntad de los seres humanos.

Se trataba de un problema teórico doctrinario, más bien ubicado en el ámbito de la filosofía del derecho, que en el de la interpretación y aplicación del derecho positivo en vigor. Tan es así que la primera vez que la doctrina se ocupó en profundidad de este asunto lo hizo en el marco de la lucha de dos escuelas filosóficas: jusnaturalismo y positivismo y recurriendo primordialmente a categorías de esta naturaleza, monismo y dualismo, y secundariamente al asunto de la prevalencia del derecho interno o del Internacional. Respecto a este último punto, debe

⁴ Quedan fuera de este esfuerzo: las relaciones con los ordenamientos jurídicos internos de las Organizaciones Internacionales; las relaciones con el sistema supranacional de la Unión Europea; aquellas que se den con Estados de fuera del pacto: monarquías absolutas y monarquías o república de fundamento ideológico religioso o ideológico político; y también los casos de vínculos con organizaciones más primitivas.

⁵ En la Paz de Münster con España y los Países Bajos del 30 de enero de 1648, el art. 76 establece una serie de disposiciones que afectan a particulares en relación a asuntos regulados también por el derecho interno de aquellos Estados, y para clarificar las conductas a seguir según las normas, se convino en que, para cumplirlas, los Estados renunciaban "a cualquier ley, costumbre y otras cosas contrarias a estas obligaciones" convencionales. Aparece acá lo que resultaba para aquellos tiempos una excepcional posibilidad de colisión entre un derecho interno y el Derecho Internacional Público y se la resuelve expresamente y por razones políticas, dando primacía a este último.

⁶ Hasta el fin de la Primera Guerra Mundial, pudiendo extenderse el período de esta apreciación hasta mediados del siglo XX, las relaciones internacionales y su regulación jurídica, se desarrollaban a partir de una serie de paradigmas que les permitían desarrollarse armónicamente. Uno de ellos era la existencia de un mundo jurídico dual en el cual había unos pocos ámbitos de competencia internacionales regulados exclusivamente por el derecho internacional (adquisición de territorios, guerra, neutralidad y paz, cuestiones de fronteras, relaciones diplomáticas, regulación de ámbitos geográficos comunes, responsabilidad de los Estados, celebración de tratados y algunos pocos más); y el resto de las competencias pertenecían sólo al ámbito interno de los países situándose en un amplio espacio comprendido por la jurisdicción exclusiva (doméstica) de los Estados. No habían muchas posibilidades de superposición de normas, porque de lo que se ocupaba un sistema, en general, no se ocupaban los otros. Los escasísimos asuntos cuya competencia se superponía (protección diplomática, inmunidad de jurisdicción de los Estados, tratamiento de extranjeros y algunos más), generalmente estaban bien regulados por normas consuetudinarias que eran aceptadas por los Estados en su jurisdicción interna. Esto determinaba las pocas posibilidades de que se presentara el problema que nos ocupa. Ver H.Arbut-Vignali 2013, Numeral 7, párrafo 2; H.Arbut-Vignali 2011, Numeral 8 párrafo 7.

señalarse porque interesa, que en todas las corrientes filosóficas, monismo, dualismo o componedoras, se ubican autores con diferente posición, unos dando prevalencia a los sistemas internos y otros al internacional, dejando así sin solución el problema práctico del derecho positivo en vigor ⁷.

Hasta mediados del siglo XX este asunto normalmente se trataba en el plano de la filosofía del derecho⁸. Contribuía también a las confusiones académicas el hecho de que, para resolverlo, se le vinculaba con el atributo de la soberanía, lo que resulta correcto, pero la idea de soberanía que por entonces, y en muchos casos aún hoy, se integraba al sistema jurídico del Derecho Internacional Público, era “tomada prestado” por éste de la teoría política, con todas las confusiones y problemas que ello produce (ver H.Arbut-Vignali 2013/1, Numerales 6 y 7). No obstante, esto no creaba graves distorsiones en la interpretación y aplicación del derecho positivo vigente, ya que, por entonces, sólo excepcionalmente llegaban a los tribunales asuntos en los que estos debieran resolver decidiendo si primaba una norma internacional o una interna (ver supra, párrafo 2); y cuando ello ocurría, se daba en relación con campos de competencias propios y reglados originariamente por el derecho internacional ⁹, razón que facilitaba dar la prevalencia a este ya que, además, las normas internas eran dictadas para permitir la ejecución de aquellas dentro de la jurisdicción doméstica. Cuando resolvían tribunales internacionales, siempre daban primacía al Derecho Internacional Público, y cuando decidían tribunales internos, en general, daban a las reglas internacionales valor supra legal, pero infra constitucional¹⁰.

Pero, a partir de mediados del siglo XX, esta historia comenzó a cambiar. Primero la inmensa mayoría de las colisiones entre normas internacionales y constituciones, se produjeron entre estas y reglas del naciente Derecho Comunitario europeo, que se origina desde el Derecho

⁷ Entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX se plantean una serie de posiciones de filosofía del derecho que terminan concentrándose en una oposición frontal entre “jusnaturalistas”, que sostienen la existencia de un orden natural o divino prevalente, al que hay que descubrir y al que todas las reglas positivas deben subordinarse y “positivistas” que afirman que sólo hay que atender a las reglas del derecho positivo creadas por los Estados. Por esa misma época y vinculada con estas corrientes, Triepel, 1899, realiza el primer esfuerzo para solucionar el problema del orden jurídico que debe prevalecer, al mismo tiempo en que retoma importancia el problema del fundamento del Derecho Internacional, apareciendo las doctrinas positivistas de las cuales Triepel y sus seguidores son claros exponentes. En esos momentos, si bien el asunto de las relaciones entre el Derecho Internacional y los sistemas internos tenía algunas repercusiones prácticas, primordialmente se le ubicaba como un tema teórico, con vuelo doctrinario, pero casi sin importancia para el derecho positivo dentro de la parte especial destinada a solucionar los problemas cotidianos. Esto explica la razón por la cual, hace casi un siglo el asunto se planteó exclusivamente referido a la teoría general. Originalmente se le toma como un argumento a su favor por los doctrinos dualistas (Triepel que en 1923 lo presenta en el Curso de la Academia de La Haya, seguido luego por Anzilotti, Quadri, Morelli, Oppenheim, etc.); luego se produce la respuesta monista (Verdross, Kelsen, Scelle, etc.) abriéndose la lucha de escuelas; y posteriormente aparecen las teorías conciliadoras de base dualista (Walz) o monista (Verdross en su segunda posición, Kunz, Lauterpacht, Guggenheim, etc.). En el marco de las corrientes opuestas y también en el de las conciliadoras, para dar respuesta al problema real de qué ordenamiento jurídico prevalece cuando se dan oposiciones se encuentran autores que dan prevalencia al Derecho Internacional Público y los hay que hacen primar a los sistemas jurídicos internos. Allí no encontraremos respuesta para el asunto. Ver: D.Anzilotti, 1923; E.Jiménez de Aréchaga, 1959, tomo I, Capítulo VII; J.M.Arrighi 1993.

⁸ Aunque los tratadistas del Derecho Internacional Público y los de Derecho Constitucional, hacían referencia a él

⁹ Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros; reconocimiento del estatuto diplomático de sus funcionarios; actividades vinculadas con el estatuto de neutralidad; delimitación y competencias en zonas de jurisdicción marítimas; y otras similares.

¹⁰ Generalmente, tampoco esto último generaba problemas ya que no era común que compromisos internacionales colidieran con las normas de la constitución, porque esta no se ocupaban, o lo hacían en forma muy genérica y complementaria, de los ámbitos de competencias propios del Derecho Internacional Público. En nuestro país, hasta mediados del siglo XX, yo sólo recuerdo un caso en que las normas constitucionales sobre nacionalidad de nuestro sistema entraron en colisión con un tratado sobre el mismo asunto celebrado con EE.UU.. Otro tanto ocurría en los demás Estados.

Internacional Público, pero tiene otra naturaleza (Ver H.Arbut-Vignali 2004, Capítulos V y especialmente VI Sección VII) ¹¹. Poco más adelante, en las décadas del 60 y 70 del siglo XX por los cambios en los posicionamientos psico-políticos y jurídicos de la Humanidad (los pueblos y sus Estados) se decidió y se hizo, lo que nos parece muy bien, que el sistema del Derecho Internacional Público se ocupara de algunos asuntos hasta entonces exclusivos del ámbito de las jurisdicciones internas e los Estados, tales como la protección internacional de los Derechos Humanos fundamentales y del ambiente humano. Un tiempo después, sobre el filo de los dos siglos, los adelantos tecnológicos y científicos de la posmodernidad conducen a que otra parte de los campos de competencias que eran propios y exclusivos de la jurisdicción interna de los Estados ¹², pasarán a ser reglados también por el Derecho Internacional Público general. Como consecuencia, aquel mundo jurídico dual (ver supra llamada 6), desapareció respecto a importantes ámbitos de competencia, tales como las señaladas en la segunda frase de este párrafo y los indicados en la llamada 12. Respecto a ellos comienzan a existir reglas del Derecho Internacional Público que se superponen en muchas ocasiones a las de los sistemas jurídicos internos, ya sean estas de carácter legal o constitucional.

En esos casos, si las soluciones de ambos sistemas coinciden, no se suscitarán problemas; pero si se contraponen, el asunto a decidir será cual de las reglas de derecho positivo vigente aplicables, la internacional y la interna, debe prevalecer; el asunto deja de ser una cuestión teórico filosófica pasando a ser un problema de aplicación práctica de reglas en vigor, el que debe resolverse atendiendo a la hermenéutica jurídica y no a razonamientos filosóficos. Esto no significa dejar de lado que la justificación última de la respuesta debe procurarse en las disciplinas filosóficas, la moral y, complementariamente en el sentimiento socio político de las sociedades a las cuales la regla se aplique.

Aunque se ha producido ese cambio radical que exige nuevos enfoques y nuevas respuestas, todavía la doctrina en general, en ciertos casos la jurisprudencia y en ocasiones las corrientes de opinión, para determinar cómo se relacionan los sistemas y qué norma debe prevalecer, continúan recurriendo a los enfoques de la filosofía del derecho, muy validos e importantes, pero que no necesariamente son adecuadas y coinciden con las de la hermenéutica jurídica que deben atenderse para aplicar el derecho positivo ¹³. Posteriormente en el tiempo, en momentos más recientes, aparece otra confusión doctrinaria: la de identificar el valor y rango de las sentencias de un tribunal internacional, creado y funcionando en el marco del sistema del Derecho Internacional Público, con el valor y rango de las normas de este sistema, sean consuetudinarias o convencionales, y, en consecuencia, pretender que ellas ingresan al sistema

¹¹ Cuando el Tribunal de las Comunidades Europeas, entre principios y mediados de la década de 1950, interpretando los tratados fundacionales, comenzó a sostener que en las materias pactadas no existían dos jurisdicciones (interna y comunitaria) sino una sola, que en consecuencia las reglas comunitarias no debían ser ingresadas en los ámbitos jurídicos internos, sino que desde que se aprobaban en el ámbito comunitario, estaban en vigor en todos los sistemas internos de los Estados asociados y que, además, dentro de ellos prevalecían sobre todas las normas internas, incluso las constitucionales, los Estados partes, especialmente Bélgica, Alemania, Francia e Italia, debieron resolver las contradicciones que existían o parecían existir, entre sus Constituciones internas y el derecho supranacional comunitario. Y así lo hicieron interpretando sus constituciones (Alemania e Italia) o modificándolas (Francia y Bélgica), porque de lo contrario, la única alternativa era retirarse del sistema. Ver. A.Mangas Martín y D.J.Liñán Noguera, 1996, Parte Quinta. Aplicación interna, Capítulo XIX y ss..

¹² Represión de actividades delictivas; contralor de actividades económico-comerciales; control de las comunicaciones; lucha contra el terrorismo; etc..

¹³ En aquellas circunstancias en que el contenido de la norma a aplicar en el caso, cualquiera que sea ella, internacional o interna, sea de menor valor axiológico que la desechada, esto debe constituir el fundamento filosófico para procurar derogar la ley, modificar la constitución, o denunciar el tratado, según se trate, para así permitir aplicar la solución más valiosa.

jurídico interno como reglas de alcance general, y que puedan, en su caso, primar sobre sus propias reglas ¹⁴.

Desde hace 21 años, nosotros nos venimos ocupando en publicaciones del ingreso y jerarquía que debe darse en el sistema jurídico interno a una norma (convencional o consuetudinaria) del Derecho Internacional Público ¹⁵; en cambio aún no hemos expresando por escrito nuestra opinión sobre la situación y efectos de las sentencias de tribunales internacionales en el ámbito jurídico interno de los Estados. Procuraremos hacer una recopilación ordenada y coordinada de nuestras opiniones ya expresadas sobre el ingreso y la jerarquía de las normas internacionales que ingresan en los sistemas internos y, especialmente en el nuestro¹⁶.

2. La doctrina nacional¹⁷.

a. Gregorio Pérez Gomar, 1864 y 1866, que a mediados del siglo XIX fuera catedrático de la materia y escribiera antes de que H.Trieppel abriera la discusión doctrinaria monismo-dualismo, en la Advertencia del tomo I, página 9, al explicar las características y alcance de su obra, expresa que procura un enfoque "...adaptado a las necesidades de América y, en particular a las nuestras...", señalando la importancia práctica de los temas que abordará. En el texto realiza algunas aproximaciones a los asuntos que tradicionalmente se consideran al referirse al problema que nos ocupa en este trabajo. Reivindica el Principio de la Igualdad Jurídica de las Naciones (tomo I, 18 y 19). Se manifiesta jusnaturalista: "...No basta que haya un principio admitido generalmente para que sea obligatorio, es menester además que sea justo..." (tomo I, 13). Sin decirlo expresamente se manifiesta monista: "... el derecho civil, el derecho político, etc., no son sino aplicaciones del derecho natural. Del mismo modo que el derecho internacional..."; "...No hay varias clases de derecho, es el mismo, pero (el derecho internacional) emana inmediatamente de fuentes distintas..." (tomo I, 11 y 20 respectivamente).

Más adelante, en el resto de su obra no hace ninguna referencia al problema de la jerarquía de las normas del Derecho Internacional Público dentro del marco de un sistema jurídico interno, ni en especial del nuestro; de ello deducimos que, de acuerdo con lo expresado en la Advertencia (ver supra), no lo considera, por entonces, un asunto de interés práctico relevante, lo que confirma nuestra posición (ver supra Numeral 1, parágrafos 2 y 3).

b. Alberto Domínguez Cámpora, 1947, catedrático de la materia poco antes de mediados del siglo XX, se plantea el problema de las "Relaciones entre el derecho internacional con el derecho interno" (tomo I, pp. 119 a 129). Se pregunta si se trata de un solo sistema (monismo) y en ese caso cual predomina, o si se trata de dos sistemas en paralelo, que no se encuentran (dualismo) (pág. 119). Inmediatamente dice, y da ejemplos, que las "...vinculaciones y relaciones entre ambos ordenes son numerosas e innegables..." (pp. 119 y 120), inclinándose así

¹⁴ Este es otro asunto importante y estrechamente vinculado con el que nos ocupa, pero que dejaremos de lado por que merece un tratamiento especial ajeno por su especificidad a nuestro actual esfuerzo.

¹⁵ Ver: H.Arbut-Vignali, 1992, 1993, 1994, 1995, 1997; H.Arbut-Vignali y J.M.Arrighi, 1990; H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll, ¹⁵ 2005; y H.Arbut-Vignali y D.Vignali Giovanetti 2011.

¹⁶ Como estos temas deben ser considerados y resueltos atendiendo a las disposiciones constitucionales de los distintos sistemas jurídicos internos, cuando lo ameriten las diferencias entre ellos, haremos referencias a las situaciones diferentes a la de nuestro país.

¹⁷ Sólo nos referiremos a los autores que han expuesto el tema dentro de un marco mayor en cursos o tratados y que han servido a nuestra información y formación en el marco del Derecho Internacional Público. No intentaremos revisar todos los demás trabajos específicos sobre el tema, lo que escapa a los propósitos y dimensiones de este esfuerzo. Tampoco nos referiremos acá a las posiciones de los autores que con nosotros han escrito sobre el tema (ver supra, llamada 15 in fine), los que incluiremos en el conjunto de nuestras posiciones.

por la doctrina monista. Presenta luego las doctrinas dualistas y las críticas que los autores monistas le hacen a ella: Triepel y Anzilotti, entre los primeros y Kelsen, Mirkine Guetzevitch, Verdross y Jitta, entre los segundos (pp.120 a 128).

En definitiva, es indudable que considera el asunto como exclusivamente doctrinario, sin repercusiones prácticas, porque no se ocupa de presentar solución al problema de la primacía y sólo señala que algunas Constituciones, entre las que cita las de Alemania y España, integran en su orden jurídico a las normas internacionales (pp. 128 y 129). Luego pasa a otros temas, sin adoptar posición sobre cómo, cuándo y en qué condiciones pueden primar, en caso de contradicciones, las normas de un origen sobre las del otro. Es evidente que el autor piensa que, antes de la mitad del siglo XX, el asunto aún se trata de un problema doctrinario con muy escasas repercusiones prácticas; y por la época en que escribe, creemos que está acertado.

c. Eduardo Jiménez de Aréchaga, 1959. Escribiendo sobre la década de los 60 del siglo XX, con el sistema de Naciones Unidas ya en pleno funcionamiento, repercutiendo en la cotidianeidad muchos de los adelantos tecnológicos y científicos que cambiaron el antiguo mundo jurídico dual (ver supra llamada 6) y a las puertas del auge de la descolonización, este autor, nuestro maestro, comienza diciendo sobre el asunto que nos ocupa que es “...Un tema de gran importancia teórica y práctica...” (pág.181). Aunque se privilegia su importancia teórica, por primera vez la doctrina nacional también apunta a su importancia práctica.

Con la claridad didáctica que le caracteriza, inmediatamente separa dos asuntos. Uno de ellos resulta altamente teórico y especulativo, para nosotros más de filosofía del derecho que de hermenéutica jurídica y, según dice Jiménez, “...consiste en saber si el derecho internacional y el derecho interno constituyen ordenamientos jurídicos independientes (diversos, absolutamente separados e incomunicados entre sí, entre los cuales no existen trasiego de normas, como lo sostiene la doctrina dualista), o si son dos ramas de un mismo sistema jurídico (de un solo ordenamiento, entre las cuales existe la posibilidad de comunicación, de trasiego de normas, como lo apoya la doctrina monista)” (pág. 181). Al otro de los problemas le atribuye un carácter eminentemente práctico y es el asunto de la jerarquía; dice a su respecto que, “...Trátense de dos ramas distintas de un mismo sistema normativo (monistas), o de dos sistemas diferentes (dualistas) ¿las reglas del derecho internacional priman sobre las de derecho interno, o viceversa?” (pág. 182).

Afirma de inmediato que “...La demostración más acabada de que estos dos problemas.....configuran..... dos cuestiones lógicamente distintas, que requieren estudios separados, radica en que son susceptibles de respuestas divergentes...”¹⁸. Para Jiménez de Aréchaga, el asunto dualismo-monismo es ajeno y debe separarse del problema de la jerarquía, del tener que resolver cual norma prima si se confrontan una interna y otra internacional sobre un mismo tema. Por esta razón obviaremos resumir su pensamiento respecto al primero¹⁹ y

¹⁸ Expone que hay monistas que dan primacía al derecho internacional (Kunz, Verdross) y otros al ordenamiento interno (Wenzel, Decenciere-Ferrandiére) y que hay dualistas, la mayoría, que hacen prevalecer el orden interno, mientras otros le dan la prevalencia al internacional (Perassi). Ver supra Numeral 1, párrafo 3 in fine.

¹⁹ En muy apretada síntesis el autor plantea la tesis dualista exponiendo el pensamiento de Triepel y su teoría de la transformación (pp. 182 a 185), presenta las críticas a esta teoría y su rechazo por la práctica (pp. 186 a 188); expone luego la teoría monista según como funciona en varios países y las réplicas a ella de Triepel (pp. 188 a 196), concluyendo en que tanto el Poder Ejecutivo, como la Suprema Corte de Justicia en el Uruguay, cuando debieron resolver casos prácticos, lo hicieron a partir de la idea monista y que el Decreto del 25 de junio de 1959 (Registro Nacional de Leyes 1959, pág. 644), la recibe en su texto (pág.198). Explica por fin que la intervención

sólo diremos que concluye diciendo que “...en la práctica.....el derecho internacional y el derecho interno no funcionan como dos ordenamientos jurídicos distintos, separados.....incomunicados...”, y que, “...hay trasiego constante de normas de una rama a la otra.”; por último acepta la teoría de la incorporación automática y rechaza la de la transformación (pp.204 y 205).

Aceptada la posición monista por el Maestro fundador de la Escuela de Montevideo de Derecho Internacional Público, entra a resolver el problema práctico, el de la relación jerárquica entre ambos ordenamientos (pp. 210 a 243). Admitido el trasiego entre normas originadas en diferentes fuentes, dos reglas aplicables a un mismo caso pueden plantear soluciones diferentes y, entonces, debe decidirse por el juez o árbitro llamado a resolver cuál de ellas prima y debe ser preferida para aplicar al caso. Para responder a esta interrogante comienza haciendo un enfoque teórico en el que considera los planteos doctrinarios de quienes dan primacía al derecho interno o al derecho internacional con el fin de fundar la obligatoriedad del Derecho Internacional Público ²⁰ (pp. 209 a 213). Concluye diciendo que “...la realidad internacional... muestra... la primacía del orden internacional sobre los órdenes internos... El ordenamiento internacional constituye un orden jurídico total, del cual deriva.....la validez de los ordenes jurídicos parciales, que son los ordenamientos internos...”. No obstante esto no quiere decir, como veremos más adelante que para Jiménez el juez nacional siempre deba aplicar la norma internacional que contradiga a una interna.

Luego el autor entra a considerar la importancia práctica del problema, a resolver como debe procederse en casos de contradicción entre normas de los diferentes sistemas. Para ello hará una primer gran distinción: si la oposición se da entre una norma internacional y una ley posterior que la contradice (pp. 213 a 221), o si la oposición es entre una norma internacional y una norma constitucional interna, anterior o posterior (pp. 222 a 243).

En el primer caso, el de la ley, para resolver cual de las dos normas prima, comienza haciendo una distinción en consideración al ámbito en el cual debe ser adoptada la decisión, concluyendo en que si se trata de un juez o árbitro internacional, este siempre aplicará la norma internacional (pág. 214). Si se trata de un juez nacional que debe resolver entre una norma internacional y una ley nacional ajena a su sistema jurídico, es decir de un tercer Estado que no es el del tribunal, dice que el juez deberá dar primacía a la norma internacional (pág. 216); pero si se trata de un juez nacional que debe optar entre una ley posterior de su propio Estado y una norma internacional anterior que la contradice, afirma que, si bien “...hay algunos autores que sostienen que el juez debe dar primacía al tratado.....Sin embargo, la realidad internacional, el examen de la jurisprudencia de los tribunales de justicia, nos muestra que esto no ocurre en la mayoría de los casos (ya que).....cuando la incompatibilidad existe de un modo cierto e indudable, se da preferencia a la ley posterior.” (pág. 216) ²¹

Luego entra a considerar las relaciones entre el tratado (o la norma consuetudinaria) y la Constitución y, para ello distingue entre aquellos casos en que entra en juego el Principio de Derogación (cuando a una norma internacional se le opone una norma constitucional posterior

parlamentaria en nuestro país, no constituye “transformación” y expone la posición de la Suprema Corte de Justicia nacional (pp. 198 a 204).

²⁰ Problema del fundamento, cuya posición por extenso expone en E.Jiménez de Aréchaga, 1959/1.

²¹ En el marco de este dilema, oposición entre norma internacional y ley interna, se refiere luego a la jurisprudencia de EE.UU., a las consecuencias de la tesis de Anzilotti y a las réplicas a la misma (pp. 216 a 222).

que la contradice) y aquellos casos en que entra en juego el Principio de Jerarquía (cuando el conflicto se presenta entre una norma constitucional ya establecida y un tratado -o costumbre- posterior que la contradiga). Antes de entrar a dar sus soluciones y para ambas posibilidades vuelve a distinguir los casos en que resuelva un juez nacional del Estado de la norma constitucional afectada y aquellos en que resuelva un juez o árbitro internacional.

El primer caso que se plantea es aquel en que deba resolverse una oposición entre las reglas de un tratado (o norma consuetudinaria) anterior y una regla constitucional incompatible que se haya establecido posteriormente. Para este caso, si el asunto se ventila ante el juez nacional de la norma constitucional a aplicar, la opinión de Jiménez es terminante, dice que "...el problema no presenta dificultades: es evidente que este (el juez nacional) dará preferencia a la norma constitucional.....que tiene más fuerza todavía que la ley...". Analiza luego el mismo caso, pero en el que tenga que resolver un juez o árbitro internacional y dice que, si bien hay opiniones en contra, la verdadera tesis a sostener, si el tratado es preexistente, es que existe un compromiso de limitar la discrecionalidad del Estado para dictar normas en contrario del mismo, sean estas de rango legal o constitucional, por lo cual debe primar la regla internacional, sobre la constitucional ²². Por último, Jiménez cita un fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional del 04/02/932 en el que se decide que "...Un Estado no puede invocar su propia constitución para sustraerse a las obligaciones del derecho internacional y los tratados..." ²³.

Finalmente entra a considerar los casos en que debe aplicarse el principio de Jerarquía, cuando un tratado posterior contradice a una norma constitucional en vigor. Para los casos que deban ser resueltos por el juez nacional de la norma constitucional afectada, Jiménez, con toda

²² Jiménez hace este argumento a partir de la decisión de la Comisión Arbitral del Caso George Pinzón, entre Francia y Méjico. Lo que no dice expresamente Jiménez es cómo se resuelva en definitiva la contradicción que se presenta al considerar legítimo para un mismo caso, tanto que el juez nacional aplique la norma constitucional, cómo que el juez o árbitro internacional aplique la del tratado. Entendemos que el camino de la armonización es el siguiente: el juez nacional debe aplicar su Constitución y esto se debe acatar y ejecutar. El Estado perjudicado por esta decisión puede y debe reclamar por el daño que se le infringe al ser violada la norma internacional; si en el ámbito interno se agota su reclamo sin obtener satisfacción, le queda expedita la vía de ocurrir ante un tribunal internacional. Este fallará dando preferencia a las disposiciones del tratado y condenando al Estado que aplicó su Constitución. En consecuencias este Estado deberá resarcir todos los daños causados y, si no quiere que se repitan casos similares, tendrá dos caminos: o modifica su constitución o denuncia el tratado. Si, en cambio, este Estado mantiene la vigencia tanto de la norma constitucional, como la del tratado, los problemas se extenderán por siempre, ya que el juez nacional fallará, como debe hacerlo, según la Constitución, si hay reclamos el juez internacional, como debe hacerlo, aplicará la norma convencional y el Estado de la primer decisión será condenado a reparar los daños que haya ocasionado y sufrirá las sanciones internacionales que se le apliquen mientras no se resuelva a adoptar, como Estado, uno de los dos caminos señalados. La solución para superar la contradicción no la puede dar el tribunal nacional que interviene, sino el Estado como tal y actuando interna e internacionalmente a través de sus órganos competentes. El sistema del Derecho Internacional Público, en el marco del cual se ha creado el tratado en el caso de marras, por los Principios que le fundan y por la estructura y poderes de sus tribunales, no puede brindar otra respuesta a problemas como el considerado. En cambio, otros sistemas jurídicos que regulan otro tipo de relaciones internacionales diferentes, con otros Principios y otras estructuras, sí los brindan, como es el caso de aquellos sistemas, como el Derecho Comunitario Europeo, que permiten incorporar en el compromiso de los Estados el que estos aceptarán y respetarán el Principio de la Supranacionalidad que estos sistemas incorporan. Ver H.Arbut-Vignali 2011, 2013 y 2013/1.

²³ Esta misma solución será recogida después del texto de Jiménez, en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, del 23 de mayo de 1969. Dado el marco en que Jiménez hace referencia a este precepto, es evidente para el que su alcance consiste en no redimir al Estado de sus responsabilidades en el ámbito internacional: resarcimiento de daños y perjuicios, sufrimiento de las sanciones internacionales que se le impongan. Pero no impide al juez nacional aplicar su Constitución, ni impide que su sentencia se ejecute, porque de lo contrario se estaría violando el principio de la igualdad Soberana de los Estados y sus corolarios, especialmente el principio de No Intervención en los Asuntos Internos. En definitiva el Derecho Internacional prevalece, pero esa prevalencia no se actualiza en el caso, sino en las consecuencias que su resolución acarrea en el ámbito internacional. Al menos, hasta que se modifique la Constitución o se denuncie el tratad (ver llamada 22 y las obras citadas en ella).

claridad, expresa que “...no existe dificultad alguna: existe opinión pacífica en el sentido de que prima de modo indudable la norma constitucional...”²⁴. Y concluye diciendo que en “...la fase interna no existe duda en cuanto a la actitud que debe adoptar.....podrá haber recurso de inconstitucionalidad y el tratado.....o las normas inconstitucionales que contenga, será dejado de lado, haciendo aplicación analógica de los principios que rigen en materia de inconstitucionalidad de las leyes...” (pp. 225 y 226).

Concluye señalando²⁵ que son pocos los casos prácticos que se han presentado sobre el tema ante la jurisprudencia interna y recuerda dos. Uno en Alemania en 1954, en que no recayó fallo judicial porque el asunto se superó mediante “...una revisión constitucional.....por medio de la cual se podían conciliar los términos del acuerdo (tratado) con las disposiciones constitucionales”. Y otro, el caso de Holanda que, “...para contemplar las exigencias de la organización internacional moderna.....Teniendo en cuenta las modalidades del movimiento de unificación europea, como el Mercado Común y la Comunidad del Carbón y del Acero.....se ha establecido (en su Constitución el).....art. 63: ‘Si el desarrollo del orden jurídico internacional lo requiere, el contenido de un acuerdo puede desviarse de ciertas disposiciones de la constitución. En tales casos la aprobación del acuerdo se dará.....’ y se establecen para ello iguales requisitos que para modificar la Constitución. Agrega que similar sistema fue adoptado por Dinamarca y concluye, en relación al sistema jurídico supranacional de la actual Unión Europea “...en estos países, para obviar la inconstitucionalidad de las leyes aprobatorias que delegan poderes soberanos en organismos internacionales, se ha modificado la constitución, reclamando para su aprobación las garantías exigidas para introducir enmiendas constitucionales...” (pp. 225 a 227).

En conclusión, en los casos en que el juez interno debe dictaminar, ya se trate cuando deba resolver qué norma prevalece al oponerse una internacional con una constitucional posterior a aquella (aplicación del Principio de Derogación), como cuando la oposición sea entre norma internacional posterior a una constitucional precedente (aplicación del principio de Jerarquía), la posición de Jiménez es clara y terminante: el juez nacional debe aplicar su norma constitucional, la que en el ámbito interno prevalece sobre el tratado o costumbre anterior o posterior a ella.

Si esto es así es muy posible que, quienes se sientan perjudicados en el ámbito interno reclamen frente a una autoridad internacional para que castigue al Estado cuyos jueces dejaron de lado, aun que con razón jurídica, la norma internacional. Para el caso de enfrentamiento entre tratado y ley anterior, ya expusimos que Jiménez sostiene que aquel deroga a esta y no hay problema, si una ley posterior parece contradecir las disposiciones de un tratado en vigor, el juez interno deberá tratar de contemporizar en lo posible ambas normas y, recién cuando esto resulte imposible, preferirá a la ley y dejará de lado al tratado o costumbre y lo mismo ocurrirá cuando el enfrentamiento de estos se da con una norma constitucional. En todos estos últimos casos el

²⁴ Luego de hacer esta afirmación Jiménez resalta que “...el tratado, en virtud de ser aprobado por medio de una ley, en nuestro país, como en la mayor parte de los Estados, queda ubicado dentro de la estructura jerárquica..... en el mismo plano que la ley. Puede derogar leyes; puede ser derogado por leyes. Pero..... no puede modificar a su vez las normas de jerarquía superior,.....las normas constitucionales, en tanto que pueden ser derogados por estas. Agrega que “...siendo el tratado aprobado.....por una ley, en caso de que sus normas sean contrarias a la constitución, aquella ley es susceptible de recurso de inconstitucionalidad...”.

²⁵ Lo que continuamos exponiendo, a esta altura parece poco importante, pero lo es por lo que se expondrá más adelante en los Numerales 4 párrafo 3 y 7e.

perjudicado verá abierta la posibilidad de reclamar ante juez o árbitro internacional el que “...fallará (o laudará) dando primacía a la norma internacional...”²⁶.

Por último Jiménez expone su opinión sobre lo que puede hacer un tribunal internacional en el caso de que un juez interno aplicando normas constitucionales ya en vigor, deja de aplicar las normas de un tratado posterior a aquellas. Se pregunta “...¿El Estado que deje de ejecutar en su esfera interna un tratado inconstitucional, es internacionalmente responsable frente al Estado o Estados contratantes por ese defecto de ejecución? En otros términos el problema que se plantea es el siguiente: si este tratado inconstitucional es internacionalmente válido y, por lo tanto, si su incumplimiento genera responsabilidad ante el juez internacional”. Para responder encara dos posibilidades, la más frecuente, que la inconstitucionalidad resulte por razones de forma, o que lo sea por razones de fondo. En ambos casos arriba a igual conclusión: “...el tratado celebrado con violación de las formas constitucionales no es internacionalmente válido y su incumplimiento no genera responsabilidad...” (pág. 234) y cuando el tratado contiene violaciones de fondo “...se deberían aplicar los mismos principios de invalidez del tratado inconstitucional que rigen en materia de inconstitucionalidad formal, porque el órgano del Estado designado por el derecho constitucional actúa en la esfera internacional limitado en su poder por las restricciones de fondo que también establece la constitución. Esta no sólo dice quienes son los que han de contratar por el Estado, sino que dice también que es lo que no podrán contratar, hasta dónde no podrán llegar en sus compromisos. El órgano del Estado al ultrapasar esas restricciones constitucionales actuaría “ultra-vires” y su acto no podría obligar al Estado.” y, por lo tanto no recibirá condena en el ámbito internacional²⁷.

²⁶ Jiménez, en este trabajo no se expide sobre las consecuencias de esta contradicción, ni sobre cómo se resuelve esto y tampoco lo hace al estudiar la responsabilidad del Estado por actos del Poder Judicial (ver E.Jiménez de Aréchaga, 2008, Sección VI, Numeral 4). Nuestra opinión puede verse supra llamada 22.

²⁷ En el mismo texto, Jiménez, precisa y ajusta estas conclusiones terminantes. Respecto a las inconstitucionalidades formales, que dice son más frecuentes de lo que se piensa, expone primero los argumentos que sostiene parte de la doctrina para afirmar que mantienen su vigor en el ámbito internacional (las condiciones de validez de los tratados son determinadas por el derecho internacional; la existencia del “jus representationis omnimoda”; y los requerimientos de la seguridad jurídica en las transacciones internacionales), para inmediatamente descartarlos al acompañar a la posición predominante que privilegia al derecho constitucional y decir que si el tratado “...no ha sido concluido de conformidad con tales normas, no expresa la voluntad del Estado y no es obligatorio para él, ni interna, ni internacionalmente....” (pp. 228 a 231): analiza luego algunos casos prácticos (pp. 231 a 234). Y concluye señalando que se establecen limitaciones a este principio para evitar abusos de los Estados: ellos son el “stopel” que impide al Estado ampararse en la nulidad de un tratado después de haberse beneficiado de él, o de haber manifestado aquiescencia al mismo durante un prolongado período y, además, dice que, “...el Estado que obtiene la nulidad de un tratado por razón de la inconstitucionalidad en que ha incurrido, tiene la obligación de compensar a la otra parte los daños y perjuicios que esta ha experimentado por confiar de buena fe y sin culpa propia, en la autoridad ostensible...”. Concluye afirmando que esta no sería una responsabilidad “ex contrato”, emergente del acuerdo (que no existe), sino....”ex delicto”, emergente del acto de representación equívoca, de la “culpa in contrahendo” (pp.234 a 236). Respecto a las inconstitucionalidades en razón de fondo, comienza diciendo que hay algunos autores que consideran que el tratado continúa siendo válido en el ámbito internacional argumentando que las normas constitucionales que deben darse por conocidas por los Estados extranjeros sólo son aquellas que se refieren a cuales son los órganos competentes para celebrar tratados (pág. 237). Jiménez rechaza esta posición y sostiene que deben aplicarse los mismos principios que en materia de inconstitucionalidad formal, porque “...la constitución no sólo dice quienes son quienes deben contratar por el Estado, sino que dice también qué es lo que no podrán contratar, hasta dónde no podrán llegar sus compromisos...” (pág. 238); luego da ejemplos de casos prácticos y agrega que “...para que un Estado pueda eludir el cumplimiento de un tratado por razón de inconstitucionalidad material es menester que esa inconstitucionalidad sea clara y manifiesta y no exista forma de conciliar las dos normas en conflicto” (pp. 238 y 239). Dice finalmente que “Esta conclusión a que se ha llegado, en el sentido de que todas las normas constitucionales, de forma o de fondo, poseen relevancia internacional, no pueden abonarse con mayores antecedentes por razón de que rara vez se ha planteado...”, no obstante lo cual recuerda algunos casos (pp. 239 y 240). Concluye en que “...no todas las inconstitucionalidades de fondo podrán conducir a la invalidez internacional del tratado...” y da algunos ejemplos (pp. 240 a 243).

En **E.Jiménez de Aréchaga, 1975**, el autor repite exactamente el texto anteriormente comentado y en **E.Jiménez de Aréchaga, 1980**, no se ocupa de este asunto. Por último, en **E.Jiménez de Aréchaga, 1988**, vuelve a tratar, por última vez el tema. Comienza diciendo que el título del estudio que realiza plantea la cuestión más basta de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, la cual comprende dos problemas diferentes: el de la independencia o interconexión entre ambos ordenamientos, y el de la jerarquía de la norma internacional respecto a las internas (pág. 27).

En cuanto a la dicotomía monismo-dualismo (primer asunto) dice que “La determinación de si un Estado sigue esta doctrina dualista (necesidad de transformación) o, por el contrario, admite la incorporación automática de normas internacionales en su orden interno (monismo), no es cuestión regida por el Derecho Internacional Público, sino que resulta de una opción que hace el Derecho Constitucional de cada Estado” (pág. 28). Agrega que la mayoría de los Estados han optado por la doctrina monista de la incorporación automática de las normas internacionales convencionales y consuetudinarias ya sea mediante una norma constitucional expresa que diga que las normas generales del derecho internacional (tratados y costumbres) son parte del derecho del Estado o, a falta de norma expresa, cuando la jurisprudencia, interpretando la Constitución así lo determina, como ha ocurrido en el Uruguay en que “...ha primado la posición monista, tanto respecto a las normas internacionales de origen consuetudinario como de aquellas que emanan de los tratados...”, según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (pp. 28 y 29) y luego da el ejemplo de varios fallos. Respecto a este tema y en relación directa con la Convención Interamericana de Derechos Humanos dice que “...la propia ley de aprobación.....(expresa).....que su texto ‘forma parte de la presente ley’. Se le atribuye así carácter de ley nacional, si bien esto no era.....necesario dada la clara y unánime posición de la jurisprudencia y de la doctrina nacional sobre la equiparación de todo tratado con la ley interna” (pág. 31).

Se ocupa luego del problema de la jerarquía y dice: “Tampoco la cuestión de la norma que prevalece en caso de conflicto.....es regida por el derecho internacional, sino que depende del derecho constitucional de cada país. Y en esta materia hay grandes diferencias. Hay Estados que acuerdan a las normas internacionales la más alta jerarquía.....que pueden modificar las normas de la Constitución; otros (las) equiparan.....con las disposiciones de la Constitución; un tercer grupo.....admite que..... aunque no pueden modificar la Constitución, prevalecen sobre las disposiciones legislativas. Finalmente la posición más difundida, y a la que está afiliado el Uruguay, es la que coloca en un pie de igualdad a las disposiciones de los tratados, así como a las normas consuetudinarias, con los actos legislativos...” (Pág. 31). Citando jurisprudencia nacional reflexiona también diciendo que la consecuencia de esta posición que sostiene “...que la ley ordinaria posterior deroga tácitamente al tratado...”, no significa introducir el dualismo, porque “...del punto de vista internacional, el acto legislativo en conflicto con la norma de Derecho Internacional, no es sino un hecho equivalente a cualquier otra violación del Derecho Internacional que origina la responsabilidad internacional del Estado...” (Pág. 32). Y concluye demostrando cómo, aunque en el ámbito interno debe prevalecer la disposición interna, cualquiera sea ella, en definitiva no le quita virtualidad a la norma internacional, porque “La norma internacional subsiste, así como queda en pie la obligación internacional que de ella deriva, aunque no sea ejecutable por los tribunales internos, o las autoridades administrativas, pero sí es ejecutable ante los tribunales internacionales” (pp. 32 y 33), que podrán imponer daños y perjuicio y, eventualmente sanciones en el ámbito internacional.

Jiménez pasa luego a otro tema, el de las normas internacionales auto ejecutivas o ejecutables por sí mismas, tema comprendido en una teoría elaborada por el Derecho Internacional para decidir en que casos es aplicable la teoría de la incorporación automática y en cuales no ²⁸, asunto que es cercano, pero ajeno a la pregunta que tratamos de responder, acerca de qué norma prima. Antes de entrar en este asunto reafirma Jiménez: “Hemos visto que la opción entre la escuela monista o dualista, así como la elección del sistema que cada Estado adopte en caso de conflicto de normas, son cuestiones regidas por el derecho constitucional de cada país y no por el Derecho Internacional Público” (pág. 33).

d. Héctor Gros Espiell, 1988, al comentar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dice “Aunque la competencia internacional es, en general y en principio subsidiaria respecto a la protección interna de los Derechos Humanos, derecho que los Estados tienen el deber, impuesto por el Derecho Internacional, de respetar y garantizar.”

En cuanto a la jerarquía de la norma internacional en el derecho interno uruguayo, coincidiendo con Jiménez dice Gros: “La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (un tratado), se ha incorporado en el derecho uruguayo, es parte de él y se aplica directamente en el país.....Las normas de la Convención en el derecho interno tienen una jerarquía igual a la de la ley. Derogan en consecuencia, a la legislación anterior incompatible con ellas, pero sin que la Convención, a la vez, pueda ser derogada, en cuanto acto unilateral, por una ley posterior. El Uruguay sólo puede desvincularse de la convención.....si, procediendo de acuerdo con el Derecho Internacional, realiza su denuncia...” (pp. 22 y 23); aunque no dice por qué ello es así.

e. Jean Michel Arrighi, 1993. En relación a la jerarquía de las normas internacionales cuando se ubican en el ámbito interno, el autor comienza diciendo que esta situación se planteó a fines del siglo XIX cuando “...era escasa; rara vez el objeto del derecho internacional coincidía con el del derecho nacionalMuy otra, en cambio, es la situación hoy.....Resulta difícil hablar, actualmente, de actividades humanas que no sean objeto de regulación, también, por el derecho internacional. Las normas nacionales coexisten con normas internacionales que regulan la protección de los derechos humanos, el comercio, el transporte, las telecomunicaciones, las relaciones laborales, la cooperación judicial.” ²⁹. Y concluye “Hoy.....este problema no solo mantiene su interés para el internacionalista. Es un problema al que, cada vez con mayor frecuencia, se ve enfrentado quién actúa.....ante los tribunales locales.....Un juez que debe optar entre una ley sobre despidos y una convención de la Organización Internacional del Trabajo, un comercialista entre las disposiciones del código de comercio y un tratado, son situaciones comunes...” (pp. 333 y 334).

Dice que, aunque hay posibilidades de otros tipos de conflictos sólo se ocupará de los que ocurren entre “...el derecho internacional y el derecho creado por.....el Estado” (pp. 334 y 335). Se plantea luego el problema doctrinario entre dualistas que “...deberán, entonces, determinar cómo se vinculan ambos ordenes, (y) los partidarios de la segunda opción –monistas- (que deberán precisar cual será la relación jerárquica entre la norma del derecho interno y las normas del derecho internacional...”. Describe luego ambas posiciones en términos similares a la hecha por E.Jiménez de Aréchaga, 1959 (ver supra literal c de este Numeral) y concluye en que el

²⁸ Las normas internacionales auto ejecutivas o ejecutables por sí mismas (“self executing”), son las que pueden incorporarse automáticamente, y las que no lo son, requieren otra norma que las incorpore y complemente (pp. 33 a 53).

²⁹ A estos ejemplos, pueden agregarse otros campos de competencias significativos: el resguardo de la protección ambiental, el combate al terrorismo, la persecución y represión de los delitos internacionales, piratería, narcotráfico, tráfico de órganos, de personas, de armas, de sustancias contaminantes, etc..

debate está superado, pasando a tratar el problema práctico y que sí le interesa, el de la jerarquía (pp. 335 a 340).

Para encarar este asunto lo dividirá según que el caso penda ante un tribunal internacional o ante un juez interno. En el primer caso dice que “...el propio orden internacional regula la solución...” (pág. 340) ³⁰ y “...consagra, sin excepciones ³¹, la superioridad de toda norma de derecho internacional -y no solo de los tratado-sobre toda norma de derecho interno, inclusive las constitucionales” ³². Luego da noticias de casos de jurisprudencia internacional arbitral y judicial ³³ ocurridos entre 1872 hasta 1988, todos los cuales, en su sede, dan primacía a la norma internacional sobre las internas, incluso las de rango constitucional (pp. 341 a 343). Al concluir esta sección (pp. 343 a 346) trata con acierto y con igual solución, el caso de la jurisprudencia de las Cortes Regionales para la Protección de los Derechos Humanos; además se ocupa, a nuestro juicio incluyéndola erróneamente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente Unión Europea) ³⁴.

Por último Arrighi encara el problema de cómo se resuelve la cuestión de la jerarquía entre norma interna e internacional, en los diferentes sistemas jurídicos internos ³⁵ llegando a similares conclusiones que E.Jiménez de Aréchaga 1959 (ver supra, literal c de este Numeral). La respuesta depende de lo que diga cada ordenamiento y cada Constitución; razón por la cual resultan variadas: hay países cuyas Constituciones solucionan expresamente el asunto y hay otros en que eso no ocurre y debe interpretarse el contexto de la Constitución, lo que hará la jurisprudencia quién será la que determine la jerarquía. En cualquiera de los dos casos, la decisión de la ubicación de la norma internacional en la jerarquía interna, que debe ser establecida en la Constitución, puede adoptar una de estas variantes: la norma internacional posee jerarquía superior o igual a la norma constitucional, o posee jerarquía superior a la ley o

³⁰ Expone que si bien la Carta de Naciones Unidas nada dice sobre el tema, sí lo hace el art. 13 de la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados del 06/12/949 y el Convenio de Viena sobre Celebración de Tratados entre Estados de 1969, disponiendo este, como aquella, que el Estado no podrá invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado (art.27), salvo 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.....que....sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno” (art. 47).

³¹ Creemos que resulta correcto utilizar la expresión “sin excepciones” porque en los casos en que en la celebración del tratado aparezca una violación manifiesta, de forma o de fondo, al orden jurídico interno, especialmente al constitucional, pero también al legal, con respecto al Estado en que se produjo la violación, el tratado bi o multilateral no existe. Pero no podríamos afirmar que este sea el sentido que a la expresión le da el autor.

³² Es notoria la diferencia de posición respecto a E.Jiménez de Aréchaga, quién hace diferencia entre la norma constitucional posterior que contradiga al tratado y el caso en que lo pactado por este sea contrario a una norma constitucional ya en vigor (ver supra en este Numeral, literal c, párrafos 7 a 11).

³³ 4 casos arbitrales, 2 de la Corte Permanente de Justicia Internacional y 2 de la Corte Internacional de Justicia.

³⁴ Debe señalarse que, parcialmente, salva su error al citar a A.Remiro Brotons, 1987, tomo 2, 343, diciendo que en este caso “...estamos frente a un ‘mênage á trois’: derecho nacional, derecho comunitario y derecho internacional”. Esta es una posición equívoca ya que el Derecho Internacional Público, a partir de cuyo sistema se crea el del Derecho Comunitario europeo (y deberá crearse cualquier otro de esta naturaleza que se intente), cuando lo hace deja de ser tal y se constituye en derecho comunitario originario, el que se funda y recepta otros Principios, entre los cuales el de la Supranacionalidad y el de que, en la materia abarcada por el sistema comunitario, desaparece la dicotomía derecho interno-internacional. En el Derecho Comunitario, no se da la dicotomía comunitario-interno, sino que hay un solo nuevo sistema, el comunitario, dentro del cual se ubican el Derecho Comunitario común, originado en los órganos comunitarios (Consejo, Comisión, Parlamento, incluso sus tribunales) y el Derecho Comunitario de origen nacional; el primero prevalece sobre todas las normas de cada Derecho Comunitario nacional, aún las de más alto rango, las constitucionales. En este caso no existe un problema de relaciones jerárquicas entre normas de dos sistemas, entre normas internas y comunitarias, porque no hay dos sistemas, sino sólo uno que ha establecido la jerarquía entre todas ellas privilegiando a las comunitarias de origen común (ver infra Numerales 4, párrafos 3 a 9 y 7e).

³⁵ Considera las situaciones de Gran Bretaña, Francia, España, Países Bajos, Portugal, Austria, Italia, EE.UU., Argentina, Brasil, Chile, Perú, Costa Rica y Paraguay.

igual a ella (pp.346 a 354 y 358 y 359). Concluye analizando la situación de Uruguay, dónde la Constitución no aporta solución expresa ni para este asunto, ni para el del monismo-dualismo (pp.354 a 357), por lo cual la jurisprudencia los ha interpretado decidiendo por regla general que el tratado (y la regla consuetudinaria) tiene igual jerarquía que la ley, aunque en algunas ocasiones ha decidido que es superior a esta y siempre que está por debajo de la Constitución.

3. Plan de desarrollo de nuestra posición.

En los numerales siguientes procuraremos estudiar el desarrollo de la última etapa histórica por la que transita este asunto y las preocupaciones que sembró en la doctrina. Procuraremos demostrar que con la antinomia monismo-dualismo se incurre en un paralogismo nominativo (ver C.Vaz Ferreira, 1962) que conduce a graves confusiones, las que deben aclararse, para poder optar por denominaciones correctas y explicar dónde realmente se encuentran los problemas y las soluciones; además entendemos que este asunto es propio de la filosofía del derecho y en el marco del derecho positivo vigente, está largamente superado. Procuraremos demostrar que el problema de la jerarquía que corresponde a la norma internacional que ha ingresado en el ámbito interno, es totalmente ajeno al anterior, que es propio del derecho positivo vigente y que se presenta en la actualidad con mucha frecuencia. Procuraremos demostrar que en el marco de las relaciones internacionales, ante sus tribunales, siempre prevalece la norma internacional, convencional o consuetudinaria; pero que debe tenerse en cuenta que cuando un Estado se ha comprometido por un tratado violando para ello las disposiciones de su Constitución, sean estas de forma o de fondo, para el Estado infractor que así ha procedido no existe tal tratado, los demás no pueden invocarlo; y no en todos los casos el Estado de referencia será responsable internacionalmente por su conducta inadecuada. Procuraremos demostrar que en el ámbito interno, el juez local siempre debe atenerse a su Constitución ubicando a la norma internacional en la jerarquía que aquella disponga y, que a falta de norma constitucional expresa, debe estarse a lo que interprete sobre su jerarquía el tribunal más importante, Tribunal Constitucional, Alta o Suprema Corte, respecto a esa ubicación. Procuraremos exponer las razones por las cuales, a nuestro juicio, en el ámbito interno, respecto a la jerarquía, debe prevalecer lo que disponga la norma constitucional expresa o lo que resulte del análisis de las normas constitucionales en su conjunto. Y, finalmente, procuraremos explicar cuáles son, a nuestro juicio, las consecuencias de que un Estado, en su ámbito interno, haciendo prevalecer las normas internas, quebrante las disposiciones internacionales.

4. La evolución del asunto que nos ocupa y sus consecuencias³⁶.

En nuestra exposición ya señalamos cómo este asunto, si bien se presenta desde los orígenes del Derecho Internacional, recién marca presencia a principios del siglo XX con un enfoque teórico-doctrinario y sólo empieza a manifestarse como un problema de aplicación práctica del derecho, a partir de mediados del mismo siglo cuando comienza a ser frecuente su presentación ante tribunales.

A mediados del siglo XX, al mismo tiempo en que por la instalación de la nueva civilización se intensifica la repercusión práctica del problema que nos ocupa, ocurre otro fenómeno que incidirá indirectamente en él, y lo harán en forma negativa, generando confusiones sobre el

³⁶ Ver supra, Numeral 1, párrafos 1 a 5; H.Arbut-Vignali 1994, Numeral 1; H.Arbut-Vignali 1995, Numeral 1; H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll, 2005, Sección I, Numerales 1, 2 y 4; H.Arbut-Vignali y D.Vignali Giovanetti, 2011, Numeral 1.

asunto de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y la respectiva jerarquía de sus normas.

En 1952 se crea la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, antecedente inmediato de las Comunidades Europeas (1957). Este nuevo sistema de integración, se establece a partir de tratados que se originan en el sistema del Derecho Internacional Público, el que funda sus estructuras en el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados (Carta de la ONU, art. 2 inc. 1). Pero en estos casos, como consecuencia de la manifestación de la voluntad soberana de esos Estados, ellos crean un nuevo sistema jurídico absolutamente original, el que pasará a conocerse como Derecho Comunitario Europeo, y que se funda en un Principio diferente al del Derecho Internacional Público. Ese Principio es el de la Supranacionalidad, el cual, en relación al asunto que nos ocupa, modifica sustancialmente la situación ya que elimina el problema del ingreso de la norma comunitaria general en el ordenamiento jurídico de los Estados partes y soluciona de principio el problema de la jerarquía entre normas comunitarias de origen común y normas comunitarias de origen nacional.

El Derecho Internacional Público se funda y organiza sus normas y estructuras a partir del respeto del atributo de la soberanía de los Estados y otorga a estos un papel protagónico en las relaciones internacionales, por encima de las Organizaciones Internacionales y de toda otra estructura operante. En el marco de este sistema de coordinación ³⁷, si un Estado no quiere ser alcanzado por sus normas le bastaría con aislarse ³⁸; y si decide relacionarse con los demás Estados, las reglas que le vinculen deberán de haber contado con su apoyo ³⁹ y, además, las sentencias de los tribunales de este tipo de sistema, sólo le obligarán cuando los Estados hayan aceptado previamente la competencia de los mismos y se hayan sometido expresamente a su jurisdicción. El asunto en estudio se presenta y debe resolverse en este exclusivo y estrecho marco de reglas que regulan las relaciones internacionales a través del sistema del Derecho Internacional Público.

En cambio el Derecho Comunitario, sistema hasta ahora sólo de alcance regional ⁴⁰, se funda en el atributo de la supranacionalidad el cual legitima que un tipo especial de Organizaciones Internacionales supranacionales, en el marco de determinados ámbitos de competencias previamente acordados, adopten decisiones creando normas de Derecho Comunitario de origen común, inmediatamente vinculantes para sus Estados miembros, incluso en los casos en que estos se hayan abstenido u opuesto, y que prevalecen sobre todas las normas comunitarias de origen nacional; y permite también que los Estados partes conserven su atributo de la soberanía para guardar sus identidades profundas y diferenciales. En el Derecho Comunitario, respecto al

³⁷ Dónde los sujetos reglados asumen a la vez el papel de protagonistas inmediatos en el sistema que los regula; son quienes directamente crean sus reglas, vigilan el cumplimiento de las mismas y se encargan de castigar a los infractores.

³⁸ Situación que si se quiere concretar en la práctica, resultará muy dificultosa, exigirá grandes sacrificios y perjudicará, sin duda, al Estado que la adopte; pero que no es imposible que se de, si el Estado está de acuerdo con resignar muchas ventajas. En este caso el Estado no sería alcanzado por las reglas de Derecho Internacional Público, las que se crean y obligan para la regulación de unas relaciones internacionales que en este supuesto no existen.

³⁹ Para las normas contractuales se requiere la manifestación de la voluntad expresa del Estado ya que los tratados sólo obligan a quienes lo firmaron y perfeccionaron; y para las normas consuetudinarias se requiere la voluntad expresa cuando el Estado de que se trata haya contribuido con sus actos a forjar la práctica que consolida la norma consuetudinaria, o la voluntad tácita si, conociendo la existencia de la práctica, no se opuso a ella, porque si se constituyó en objetor sistemático, la norma que obliga a los demás, a él no le condiciona.

⁴⁰ En el marco de la Unión Europea y en el de la Comunidad Andina.

conjunto de competencias en que los Estados partes acordaron transferir poderes de gobierno ⁴¹, no existen dos ámbitos de ejercicio jurisdiccional, ni dos sistemas jurídicos aplicables, sino sólo un ámbito y un sistema jurídico, el comunitario, que tiene fuentes comunes y nacionales. Estas características excluyen de los sistemas comunitarios los problemas de relaciones entre sistemas, ya que sólo hay uno, y por ello también el del ingreso de normas, y, en cuanto al problema de la jerarquía, está determinada por principio la superioridad de las de origen común.

Cuando el primer sistema comunitario aparece con cierta timidez y en medio de confusiones, incluso figuras muy gravitantes en la caracterización del mismo, no tomaron conciencia de estar creando un sistema jurídico nuevo y absolutamente original ⁴², sino que pensaron estar aportando al desarrollo del sistema del Derecho Internacional Público ⁴³. En nuestra doctrina nacional y en relación con los asuntos que nos ocupan, también se miró al naciente Derecho Comunitario como “una rama avanzada del Derecho Internacional Público” y, al considerar el asunto de la jerarquía, tomaron en cuenta las decisiones de los tribunales comunitarios europeos, considerándolas como si fueran decisiones de tribunales que actuarán dentro de un sistema de Derecho Internacional Público ⁴⁴. Esta confusión ha sido largamente esclarecida y superada; la doctrina del Derecho Comunitario ha marcado la autonomía y las originalidades propias de su sistema y las profundas diferencias que tiene respecto a los Principios, estructuras y funcionamiento del Derecho Internacional Público, así como las diferentes consecuencias que ello determina. En este marco del Derecho Comunitario, no existen los problemas que nos planteamos en este trabajo dentro del marco del Derecho Internacional Público, ni ellos pueden existir, porque sólo hay un sistema, el comunitario.

No obstante esto, importantes grupos doctrinarios, especialmente en el marco de la teoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin apartarse del sistema del Derecho Internacional Público al que su rama pertenece, ni proponiéndose transitar hacia un sistema de Derecho Comunitario lo que es posible pero exige otro tipo de seguridades y compromisos para los Estados, sostienen que a algunos tratados aprobados dentro del marco jurídico del Derecho Internacional Público y por lo tanto sometidos a sus principios y estructuras, se les apliquen las consecuencias y produzcan los efectos (pertenencia inmediata al sistema interno y prevalencia dentro de él) de los tratados aprobados en el marco del Derecho Comunitario. Se pretende que, tratados del Derecho Internacional Público, celebrados al amparo y con las seguridades que otorga el principio de la Igualdad Soberana, produzcan los efectos que son propios de los tratados del Derecho Comunitario en razón del atributo de la supranacionalidad, que los Estados han aceptado expresamente en este marco, pero que no tiene cabida dentro del ámbito del Derecho Internacional Público.

Dentro del Derecho Comunitario es posible que sus normas entren en vigor en el ámbito interno de los Estados partes de la comunidad, desde que son publicadas en el marco comunitario; que desde entonces deban ser respetadas por todos los habitantes de aquellos, ser aplicadas por

⁴¹ No sólo transferencia de competencias y ámbitos de jurisdicción estatales limitados; sino propiamente Poderes de Gobierno: Legislativo, de Administración, Ejecutivos, Jurisdiccionales, de Contralor.

⁴² Diferente al único sistema jurídico que regulaba hasta entonces las relaciones internacionales a partir exclusivamente de estructuras de coordinación y a los múltiples sistemas jurídicos que regulaban las relaciones internas de los diferentes Estados, a partir de estructuras casi exclusivamente de subordinación; con el Derecho Comunitario se le suma a estos uno nuevo que recurre, en forma equilibrada a estructuras de coordinación y subordinación.

⁴³ Ver el caso de uno de los jueces más gravitantes y famosos del sistema: Pierre Pescatore, 1973.

⁴⁴ Ver supra Numeral 2 c, parágrafo 11 y Numeral 2 e, parágrafo 3 y llamada 34; así como los libros de los autores que en esos literales y llamada son citados.

todos sus funcionarios y que la norma comunitaria prevalezca sobre todas las normas del sistema jurídico interno de cada Estado parte. Todo ello es posible porque en su compromiso los Estados partes han aceptado someterse, en el conjunto del ámbito de competencias pactadas, al Principio de la Supranacionalidad. Este permite que una Organización ejerza, en determinadas materias previamente acordadas, como puede ser la protección internacional de los Derechos Humanos, todos los poderes de gobierno necesarios para hacer cumplir sus disposiciones; porque esos poderes les han sido transferidos por los Estados a la Organización para que esta pueda establecer las reglas del tratado, ejercer el control de su cumplimiento, obligar a cumplirlas, juzgar a los infractores, ejecutar coercitivamente sus decisiones jurisdiccionales aún en el ámbito interno y obligar a los Estados a castigar a los infractores. Por tan importantes consecuencias, la Comunidad exige que sus Estados partes acepten expresamente en sus Constituciones esta posibilidad de sometimiento tan extenso al orden comunitario⁴⁵, pues esta es la única manera de que las decisiones últimas sean democráticamente adoptadas por el común de las gentes, la mayoría de los ciudadanos que siempre deben aprobar los proyectos de Constitución y no por sus meros representantes en segundo o mayor grado, como lo son los Jefes de Estado, los legisladores, los representantes diplomáticos, y los funcionarios internacionales.

En el ámbito de las relaciones internacionales de alcance mundial y en el de las relaciones internacionales regionales interamericanas ⁴⁶, el único sistema que las regula es el del Derecho Internacional Público, fundado y estructurado a partir del atributo del Principio de la Igualdad Soberana de los Estados y con sus corolarios ⁴⁷. En estos ámbitos geográficos, los Estados han asumido hasta ahora sus compromisos internacionales con el alcance que permite el Derecho Internacional Público. En los ámbitos mencionados nunca se ha creado un sistema comunitario de alcance general, fundado y estructurado a partir del Principio de la Supranacionalidad, para regular alguna materia, cualquiera fuere ella; ni siquiera en campos de competencia en que sería tan importante, positivo y ético hacerlo (por ejemplo en el campo de la protección internacional de los Derechos Humanos) o en campos en que resultaría altamente ventajoso y práctico (por ejemplo, para combatir las mafias internacionales) ⁴⁸. Pero esto no se ha hecho y deberá hacerse si se quiere que estos tratados produzcan unos efectos que ahora, por su origen, no producen ni pueden producir.

5. Monismo y dualismo.

En la actualidad, respecto al enfoque del derecho positivo vigente, este es un aspecto superado, aunque sigue teniendo su importancia desde un enfoque de filosofía del derecho. En la realidad no existe un mundo unificado, compacto ⁴⁹ y sin estas manifestaciones de unidad a nivel mundial, existiendo diferentes sociedades, necesariamente estas deben darse diferentes

⁴⁵ Como lo han hecho, de diferentes formas, todos los Estados miembros de la Unión Europea y también algunos Estados que no integra ninguna comunidad, como, en las cercanías es el caso de Argentina y de Paraguay, pero no así el de otros Estados de la región, entre ellos Uruguay.

⁴⁶ Haciendo excepción del sistema propio de la Comunidad Andina.

⁴⁷ Entre ellos los Principios de No Intervención y de Respeto a la Jurisdicción Doméstica.

⁴⁸ Ver H.Arduet-Vignali 2004, Capítulos V y VI, H.Arduet-Vignali 2013 y A.Mangas Martín y D.J.Liñán Nogueras 1996.

⁴⁹ En el cual todos los pueblos compartan costumbres, modos de vida, convicciones, sentimientos, escalas de valores, ideales que les sean comunes, que les permita sentirse identificados para poder concretar en conjunto las opciones respecto a su vida social y a su organización política.

sistemas jurídicos internos para que les regulen, cada cual a la manera que cada una desee ⁵⁰. También en la realidad, a nivel mundial, existe un solo sistema de Derecho Internacional Público general, el que todos aceptan y deben cumplir; pero este sistema, a diferencia de lo que sería un sistema comunitario, deja amplísima libertad a los Estados que a él se someten, porque respeta sus características y necesidades individuales; en él el compromiso es la excepción y la libertad con responsabilidad posterior (Principio de Soberanía) es la regla. Pero este sistema también permite a los Estados, en uso de su soberanía, crear a partir de los institutos del Derecho Internacional Público, sistemas de Derecho Comunitario, en los cuales la obligación de cumplir efectivamente con el compromiso es la regla (Principio de Supranacionalidad) y la libertad con responsabilidad posterior, es la excepción. Pero para que esto último entre a funcionar, los Estados deben expresamente manifestar su voluntad de crear estos sistemas más vinculantes, porque ellos se crean a partir del Derecho Internacional Público, cuyo principio es la libertad de los Estados.

Como ya señalamos existen diversos ordenamientos jurídicos (ver supra Numeral 1, párrafo 1). En el plano del derecho positivo vigente, es un hecho de la realidad la presencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, también es un hecho que estos están interconectados entre sí porque esto conviene a todos los Estados del mundo y ellos deciden asumir compromisos de vinculación ⁵¹. Pero si un Estado, optando por un “dualismo” ⁵² radical, quisiera mantener su sistema jurídico ajeno y al margen de todos los demás aislándose totalmente de todos los demás, puede hacerlo, aunque pagando altísimos precios negativos (ver supra Numeral 4, párrafo 4 y llamada 38). Si un Estado, optando por un “dualismo” relativo, quisiera mantener a su sistema jurídico con los menores vínculos posibles respecto a los demás, también podría hacerlo pagando altos precios ⁵³. Además, si para algún tipo de actividades, un grupo de Estados desea optar por un “monismo” selectivo en cuanto a los ámbitos de competencia, pueden hacerlo a nivel regional, como lo ha concretado la Unión Europea y podrían hacerlo a nivel mundial, porque nada lo impide. Por último, si todos o la gran mayoría de los Estados optaran por un “monismo” radical el mismo se podría concretar transitando hacia un sistema que acepte a nivel general y para todas las materias, el atributo de la supranacionalidad, tendiendo a establecer una especie de gobierno mundial.

El sistema del Derecho Internacional Público, a partir de sus Principios y estructuras, permite llegar a cualquiera de las opciones expuestas, por lo cual, en la práctica, resulta ocioso determinar si el sistema es monista o dualista, ya que el mismo permite llegar a cualquiera de las soluciones; aunque para ello, necesariamente deben de transitarse por las etapas exigidas.

6. El asunto de la auto ejecutoriedad de las normas del Derecho Internacional Público.

La discusión monismo-dualismo, que es un asunto propio de la filosofía del derecho, enmascara una cuestión eminentemente práctica: una norma internacional, para producir efectos en al

⁵⁰ Esta realidad no es obstáculo para que esos diferentes sistemas jurídicos se entrelacen en sus compromisos a través de otro sistema jurídico distinto (como por ejemplo el Derecho Internacional Público), cuyas normas ingresan en aquellos y les inter vinculan abriendo paso a la solución monista.

⁵¹ Es una realidad que todo nuevo Estado que aparece, y aún entidades estatales que no han definido todavía su carácter de Estado, procuran ser reconocido por el máximo posible de sus pares y ser aceptado como Estado miembro de Naciones Unidas.

⁵² Ponemos comillas en esta y las siguientes referencias calificativas, porque no usamos las expresiones dualismo y monismo en el sentido que habitualmente se les da en el Derecho Internacional Público.

⁵³ Para ello bastaría no ser Estado miembro de Naciones Unidas, seleccionar cuidadosamente sus vínculos bilaterales y procurar eludir ser miembro de Organizaciones Internacionales de alcance limitado.

ámbito jurídico interno de los Estados ¿requiere ser transformada en ley nacional o basta que se haya concretado internacionalmente el perfeccionamiento de la obligación del Estado y esto la hace aplicable internamente sin más trámite? Y aunque no sea necesaria una transformación formal para su vigor interno ¿no es necesaria ninguna actividad propia del Estado, para hacerla operativa?

En el campo filosófico-doctrinario podrán darse diversas opiniones, pero nos interesa saber qué ocurre en la aplicación del derecho positivo en vigor y, para ello, es necesario revisar las actitudes de los Estados. En esta última circunstancia y enmarcados en el ámbito del Derecho Internacional Público, lo que ocurre es que ninguno de los Estados del pacto, que nosotros conozcamos, exige para que la norma internacional, tratado o costumbre, tome vigor en el ámbito interno que ella deba ser transformada dictándose una ley con igual contenido que aquella ⁵⁴; por el contrario, todos los Estados, a través de distintas formalidades, admiten la incorporación automática del tratado una vez que se han cumplido los requisitos constitucionales para aprobarlo, lo cual además, ha creado una norma internacional consuetudinaria que acepta la necesidad de sólo estos trámites para que el tratado obligue y sea aplicado internamente.

En cambio, para que la norma internacional obligue internamente, todos los Estados exigen el cumplimiento de determinados trámites, los cuales coinciden con las necesidades para perfeccionar el consentimiento en el campo internacional. Por ejemplo, el tratado negociado y firmado por el Poder Ejecutivo de nuestro país, para producir efectos internos requiere que el Poder Legislativo autorice su ratificación o adhesión y esta sea canjeada con la otra parte o depositada en caso de acuerdo multilateral. Cuando el tratado no es auto ejecutable y se requieran disposiciones internas que le complementen, para que sea operativo cada Estado parte deberá consagrar las reglas internas necesarias para ello; pero esto no es “transformar” el tratado en ley, sino crear reglas jurídicas complementarias al mismo, para poder ejecutar los compromisos asumidos, cuando las reglas del acuerdo no son auto ejecutables (Ver E, Jiménez de Aréchaga, 1988, 33 a 41).

7. El asunto de la jerarquía.

a. Introducción. Existe una muy antigua norma consuetudinaria de Derecho Internacional Público, recogida en la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados entre Estados que determina que las convenciones entran en vigor una vez manifestado el consentimiento de los Estados en obligarse y que este puede manifestarse de diversas formas siempre que se cumplan determinados requisitos (arts. 11 a 15 de la Convención). También hay otra tan antigua regla consuetudinaria de Derecho Internacional, parcialmente recogida en tratados, que deja en manos de cada Estado, determinar las condiciones internas que deben exigirse para manifestar legítimamente ese consentimiento ⁵⁵; y otra de igual antigüedad, no recogida en tratados, que también deja en manos de cada Estado, la forma en que ingresará en

⁵⁴ Esto lo hizo Uruguay cuando su Parlamento autorizó la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al transformarla en ley interna N° 15.737, cuyo art. 15 dispone: “Apruébase la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.....cuyo texto forma parte de la presente ley”. Esta disposición era innecesaria, aunque representaba en su momento (08/03/85) una manifestación importante de voluntad política a la salida de una dictadura y su único efecto jurídico, que no es menor pero teórico, es que la Convención produciría efectos jurídicos en el país desde la vigencia de la Ley, aún antes del depósito de su ratificación y aunque el ejecutivo no la depositara.

⁵⁵ En nuestro país: negociaciones llevadas por el Poder Ejecutivo a través de diplomáticos que dispongan de las credenciales y los poderes habilitantes; autorización parlamentaria otorgada por la mayoría exigida para canjear las ratificaciones o para depositar la ratificación o adhesión; canje o depósito de estas por el Ejecutivo.

su sistema la regla comprometida internacionalmente para que ella sea obligatoria en el ámbito jurídico interno y la jerarquía que se le otorgará dentro de él a la norma internacional ingresada. Estas decisiones son absolutamente discrecionales de cada Estado ⁵⁶ y la norma internacional consuetudinaria que lo recoge se origina en la práctica interna de los Estados, que no ha sido objetada por ninguno y ha sido pacíficamente respetada y receptada hasta hace muy poco tiempo por los tribunales arbitrales y jurisdiccionales internacionales que la han aplicado.

En la misma forma, la práctica de los Estados en el marco de las relaciones internacionales ha creado otra antigua norma consuetudinaria internacional que establece que si el Estado que se comprometió por un tratado (o por la costumbre), no ingresa estas normas internacionales, o las ingresa mal o las ubica jerárquicamente en tal forma que imposibilite o dificulte su cumplimiento en el ámbito interno ⁵⁷, en estos casos, si en su consecuencia resulta un perjudicado y este reclama ante un tribunal internacional, ante él, prevalece la norma internacional ya que este ordenamiento considera al derecho interno como un hecho (art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre celebración de tratados entre Estados). Por lo tanto, en esa instancia, el tribunal internacional condenará al Estado que no ha recogido la norma internacional, le ordenará aplicar internamente las disposiciones del tratado (o costumbre) y si no lo puede hacer porque se lo impide su sistema jurídico, o acata el fallo y remueve los obstáculos para cumplirlo modificando su ordenamiento o lo mantiene y tendrá que sufrir las penas internacionalmente impuesta (retorciones, represalias) y pagar los perjuicios que cause a los damnificados ⁵⁸.

Es por estas razones que, desde hace mucho tiempo venimos sosteniendo ⁵⁹ que para resolver el asunto de la jerarquía y determinarla en los ordenamientos jurídicos internos, debe estarse exclusivamente a lo dispuesto expresamente en cada Constitución y, si esta no tuviera una referencia expresa y clara debe estarse a lo que resulta del análisis de su contexto que realice y consagre el tribunal competente de más alta jerarquía al respecto: Corte Constitucional o Suprema (Alta) Corte de Justicia. En cambio, en el ordenamiento jurídico internacional, ante los tribunales internacionales, prevalece la norma jurídica internacional. Fundamos nuestra posición respecto a esto último en lo expuesto supra en el párrafo 2 de este literal y respecto a la solución en el derecho interno, en lo que decimos infra Numeral 8; para ver como entendemos que se resuelven las contradicciones que eventualmente puedan producirse a consecuencias de

⁵⁶ Esto responde a la propia naturaleza del Derecho Internacional Público, sistema de coordinación, que se basa en el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados (Carta de Naciones Unidas) (ver H.Arbut-Vignali 2011, 2013 y 2013/1). Si el sistema jurídico del Derecho Internacional Público, pretendiera obligar coercitivamente a un Estado, para que ingresara su norma, o la ubicara en una jerarquía determinada, a lo que el Estado no está dispuesto, el sistema se estaría destruyendo a sí mismo porque atacaría a su Principio paradigmático de la Igualdad Soberana de los Estados y a sus principales corolarios, tales como el Principio del Respeto a la Jurisdicción Doméstica y el Principio de No Intervención en los Asuntos Internos. En el Derecho Comunitario la solución es diferente.

⁵⁷ Por ejemplo por debajo de todo su sistema jurídico, como norma infra legal, etc..

⁵⁸ Esto implica, en definitiva, que prevalece el Derecho Internacional, porque él puede obligar a que el Estado procure modificar su sistema legal o constitucional y, si no quiere, o no puede hacerlo, el Estado, como un todo, deberá pagar las consecuencias de su imposibilidad de cumplir sufriendo retorsiones, represalia y sirviendo indemnizaciones, salvo en los casos en que sea de aplicación el art. 46 del C.Viena/969. Si quiere evitar futuros problemas deberá denunciar el tratado. Y si prefiere mantenerlo, el Estado, como un todo, estará obligado a mover todos sus recursos para modificar la Constitución y hacer operativo el tratado (o la costumbre); lo que no se puede, ni debe hacer, es pretender que el Poder Judicial, violando su Constitución aplique el tratado, pasando por encima de ella (esto ni siquiera lo pretende el Derecho Internacional Público, ya que atentaría contra su Principio fundacional, el de la Igualdad Soberana); y tampoco que el Poder Ejecutivo no cumpla y deje de ejecutar los fallos por aquel dictado, ya que esto configuraría una omisión de sus deberes, al violar gravemente la Constitución.

⁵⁹ Ver H.Arbut-Vignali 1994 y 1995, en ambos casos Numeral 3, especialmente 4 y también 5 y H.Arbut-Vignali y D.Vignali Giovanetti, 2011, Numerales 4 y 5.

reconocer la legitimidad de diferentes jerarquías en cada ámbito debe verse infra Numeral 9. Pero antes de pasar a ellos sistematizaremos nuestra posición respecto de la jerarquía.

b. En el ámbito jurídico interno e internacional. Si un Estado se aísla totalmente del resto del mundo (ver supra Numeral 4, parágrafo 4 y llamada 38), el problema desaparece porque su sistema jurídico está aislado del de los demás Estados y no existen normas para regular unas relaciones internacionales que tampoco existen, lo que elimina el problema de una supuesta jerarquía entre ellas.

c. En el ámbito jurídico internacional. Como lo señalamos supra, ante tribunales internacionales prevalece la norma internacional convencional o consuetudinaria, porque existe una muy antigua norma consuetudinaria recogida por el art 27 del C.Viena/969 que así lo dispone, salvo que ocurra el caso presisto en el art. 46⁶⁰: que el consentimiento del Estado se haya otorgado en “violación manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno”, en cuyo caso prima la norma interna, se mantiene su solución y ni siquiera se genera responsabilidad internacional. Debe recordarse que E.Jiménez de Aréchaga, 1959 sostiene, posición que compartimos, qué, en el caso de que un juez nacional aplique una norma interna, desechando el tratado por haberse aprobado este violando en el fondo o la forma una norma constitucional nacional, este rechazo resulta legítimo no sólo en el ámbito interno (ver infra literal d), sino que, además, el juez internacional no puede responsabilizar al Estado, porque el tratado no existe para el Estado que lo postergó por inconstitucional, tanto cuando el negociador no dispuso de credenciales y poderes constitucionalmente válidos (violación formal), cómo si los disponía y actuó “ultra vires” (más allá de sus potestades), violando él la Constitución al asumir un compromiso internacional prohibido por la misma (violación sustancial, de fondo); como ocurriría en nuestro país, si se comprometiese a aplicar la pena de muerte a determinados delitos en violación de norma constitucional expresa y clara; en estos casos, la no aplicación en el ámbito interno, tampoco surte efectos ni genera responsabilidad internacional.

d. En el ámbito jurídico interno. * Introducción. Los asuntos que vamos a tratar y las soluciones propuestas, solo corresponden y serán válidas respecto a los Estados del pacto, monarquías y repúblicas constitucionales⁶¹. Además, nos referiremos pura y exclusivamente a las normas del Derecho Internacional Público general, el de alcance mundial que obliga a todo los Estados del pacto que participan en las relaciones internacionales a nivel planetario⁶².

*** Si la Constitución tiene disposición específica.** En estos casos, cuando la Constitución tiene alguna norma que expresamente determina la jerarquía que se le otorga a la norma del Derecho Internacional Público que ha ingresado en el sistema interno, la práctica interna e

⁶⁰ Art. 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. 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 art. 46”.

⁶¹ Quedan fuera de consideración los casos de los Estados que fundan su orden jurídico y político interno en concepciones ideológico religiosas o políticas, en los cuales se parte de otros supuestos y, por ello, exigen y ameritan un análisis especial que no está comprendido en los propósitos de este esfuerzo.

⁶² No nos ocuparemos, salvo como referencia, a otros sistemas normativos, como el Derecho Comunitario regional europeo, que es totalmente diferente de aquel, pertenece a otro orden, responde y se funda en otros principios y se desarrolla a partir de otras bases; por lo cual las soluciones en materia de ingreso y jerarquía de sus normas a un sistema interno, son diferentes y no deben confundirse.

internacional de todos los Estados indica que siempre se está a lo que se disponga en la Constitución ⁶³, ateniéndose a sus consecuencias.

Las posibilidades en este caso son varias. Hay Constituciones que admiten para la norma internacional ingresada **la supra constitucionalidad o la igualdad de rangos**, en cuyos casos se suele establecer para el ingreso de la norma internacional iguales exigencias que para modificar la Constitución; con esta solución no se generarán problemas internacionales o estos serán muy escasos. Puede ocurrir que se de a la norma internacional jerarquía **supra legal** ⁶⁴ y, en este caso, pocos serán los problemas que se produzcan, o ninguno ya que deben ser muy toscos y muy ignaros los negociadores, Jefes de Estado y legisladores que permitan la entrada en vigor de un tratado que contenga inconstitucionalidades de forma o de fondo. Cuando la Constitución determina **la igualdad de rango con la ley** es cuando se producirán los mayores problemas; en este caso la norma internacional derogará las leyes anteriores, pero las posteriores podrán derogar a aquella y sería necesario denunciarla. La otra posibilidad, absurda⁶⁵, es que la Constitución determine que **la norma internacional que ingresa ocupa una jerarquía inferior a la de la ley o a la de todo el ordenamiento jurídico interno**; esta sería una solución irracional y políticamente un tremendo error porque ¿Qué Estado se comprometería con otro que no le de la más mínima seguridad de que cumplirá lo pactado y que legitima internamente sus incumplimientos? En todos estos casos, en el ámbito interno, debe aplicarse lo que dispone la Constitución y asumir las consecuencias internacionales que este hecho genere.

***Si la constitución no tiene norma expresa.** Como señaláramos, en este caso, en el ámbito interno de cada Estado, se estará a la jerarquía que le otorgue a la norma internacional incorporada el más alto tribunal competente en la materia, interpretando de acuerdo con las reglas de la hermenéutica jurídica, que es lo que resulta del contexto de la Constitución y, por tanto, que es lo que esta ordena.

Respecto a este último supuesto la Constitución de Uruguay no tiene disposición expresa y su jurisprudencia ha sido errática. En términos generales ha ubicado a los tratados (y a las normas consuetudinarias) en un igual rango que las leyes, pero a fines de la década del 1970, sostuvo la primacía del tratado sobre la ley (anterior o posterior) “...pues estos, que son la fuente más importante del Derecho Internacional, poseen un vigor superior a la ley interna de los Estados signatarios...”.

En lo que sí la jurisprudencia nacional es constante es en cuanto a que el tratado posee jerarquía infra constitucional. La doctrina de derecho internacional uruguaya también ha sido constante en la infra constitucionalidad de la norma internacional incorporada: la mayoría, en la que nos incluimos, la consideramos supra legal y el resto le reconocen igual rango que la ley.

⁶³ Debe recordarse que no nos estamos refiriendo a las normas del Derecho Comunitario europeo, ni a las de un sistema que incorpore el Principio de la Supranacionalidad, dónde las exigencias para su creación y sus consecuencias son diferentes. Para crear estas normas supranacionales se dan mayores garantías a los Estados y para que tengan carácter supranacional esto debe ser aceptado expresamente por el Estado parte, incluyendo en su Constitución una norma que le permita asumir esos compromisos. Si ello no ocurre, para entrar a un sistema supranacional el Estado deberá modificar su Constitución, como lo hiciera Francia para ingresar en las Comunidades Europeas y otros Estados para entrar a ellas o a la Unión Europea.

⁶⁴ Nosotros entendemos que esta es la jerarquía que resulta del análisis del contexto de la Constitución de Uruguay, aunque su jurisprudencia no ha sido constante y avale más otra solución.

⁶⁵ Tan absurdo es que no hay ninguna Constitución que haya adoptado esta posición y, aunque no puede descartarse la existencia de algún fallo aislado, ninguna jurisprudencia que marque tal tendencia se ha dado.

e. ¿Qué razón existe para que estas soluciones que fueron hasta hace poco generalmente aceptadas y consideradas claras y coherentes, sean ahora controvertidas? Creemos que ello se debe a la actual presencia de algunas corrientes doctrinarias e, incluso jurisprudenciales de ciertos sectores, que sostienen la supremacía de la norma internacional sobre toda regla interna y pretenden ejecutar coercitivamente las sentencias de tribunales del marco del Derecho Internacional Público en el ámbito interno. Y pensamos que estas posiciones tienen su origen en la confusión que en estos grupos de doctrinos y jueces se generaron a partir de la aparición a mediados del siglo XX de un sistema para regular ciertas relaciones internacionales, que es nuevo y diferente de aquel: el Derecho Comunitario (ver supra Numeral 4). Al surgir este, en un principio, los autores creyeron que se encontraban ante una nueva rama del Derecho Internacional Público, muy evolutiva y avanzada, y lo trataron como tal; incluso la jurisprudencia comunitaria tuvo al principio sus dudas. Pero, estas dudas pronto fueron aclaradas por esa misma jurisprudencia del Tribunal Jurisdiccional de las Comunidades Europeas, la que comenzó a esclarecer los Principios diferenciales del nuevo sistema jurídico y de sus normas: entre otros el de la eficacia inmediata y el de la preeminencia, que son los más relacionados con el asunto que tratamos. Posteriormente la doctrina comunitaria europea, tomó igual camino y afirmó la independencia del nuevo sistema comunitario de todo otro existente y la radical diferencia de los principios que le informan en relación a los del Derecho Internacional Público.

Es indudable que estas confusiones de origen se han mantenido o han reaparecido en ciertos sectores de la doctrina, de la práctica e, incluso, de la jurisprudencia interamericana. En efecto, los autores y los operadores de una rama especializada del derecho internacional, que, hasta ahora no ha dejado de ser parte del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han procurado adjudicar a este sistema especial que regula todo un sector muy importante de las competencias internacionales, las consecuencias que se derivan del Derecho Comunitario regional europeo, en especial su supra constitucionalidad, la virtualidad jurídica de las decisiones de sus órganos jurisdiccionales en el ámbito interno de los Estados y la posibilidad de ejecutar coercitivamente las sentencias de aquellos en este ámbito.

En el marco de las relaciones internacionales el lograr estas consecuencias no resulta imposible; la prueba está que se producen en un sistema que recepta el Principio de la Supranacionalidad, como el de la Unión Europea. Pero es absolutamente imposible que se produzcan a partir de tratados que pertenecen al sistema del Derecho Internacional Público que se apoya y desarrolla a partir de un Principio antagónico, el de la Igualdad Soberana de los Estados.

Nosotros entendemos que resulta de mucho interés discutir profundamente el tema ya que se le ha enfocado desde una perspectiva muy ideologizada y con pocos intercambios de opiniones académicas. También pensamos que es muy posible que a través de una discusión esclarecedora sobre el mismo se concluirá, como nosotros lo sostenemos (ver H.Arbut-Vignali 2011, 2013 y 2013/11), que para determinados ámbitos de competencia de las relaciones internacionales es bueno y necesario en estos temas, transitar hacia otras soluciones de mayor compromiso para los Estados, ubicada en el marco de sistemas jurídicos internacionales supranacionales, lo que daría satisfacción a todas las expectativas sin violar las normas jurídicas. Pero esto hay que hacerlo. Deben enmarcarse esos ámbitos de competencias de las relaciones internacionales y a sus tribunales en el campo de un sistema jurídico internacional que recepte el principio de la Supranacionalidad. Hay que conducir a los Estados a firmar tratados por los cuales, para estas materias, se deje de lado al sistema del Derecho Internacional Público fundado en el atributo de

la soberanía, que les otorga muchas libertades, y acepten en cambio someterse a sistemas jurídicos que les obligan más rígidamente al basarse sobre el Principio de la Supranacionalidad.

Dadas las circunstancias y el devenir de los tiempos en los últimos años, podría sostenerse que se ha generado un sistema de protección de los Derechos Humanos de naturaleza supranacional, que se ha evadido del sistema del Derecho Internacional Público y se expande más allá de él. No creemos que ello sea así, porque la doctrina, la práctica y la jurisprudencia, no se han encaminado por este derrotero y han optado por no discutir su pertenencia al Derecho Internacional Público y sostener que este ampara sus pretensiones, lo que es, a nuestro juicio, un error jurídico. Para lograr el propósito a que se apunta, deben ubicarse esas competencias en el marco de compromisos expresos y supranacionales.

Pensamos que, en el marco del Derecho Internacional Público, los tratados sobre ciertas materias muy especiales, aquellas que inciden tanto en el ámbito interno como en el internacional y requieren ser reguladas por ambos, no permiten los deseados desarrollos y es por ello que repetidamente hemos propuesto, para varios ámbitos de estas competencias que lo necesitan, el transitar hacia otros sistemas jurídicos internacionales que recepen el Principio estructurador de la Supranacionalidad (ver H.Arbut-Vignali 2011, 2013 y 2013/1).

8. Justificación de la primacía de la Constitución en el ámbito interno.

a. Planteo. Hemos sostenido que en el ámbito interno de los Estados prima la norma constitucional sobre todas las demás, incluidas las normas incorporadas desde el Derecho Internacional Público ⁶⁶, y esto es así por varias razones.

b. La práctica de los Estados. Desde tiempos inmemoriales, en el marco del Derecho Internacional Público, ningún Estado, ni sus tribunales, han dispuesto aplicar en el ámbito interno otro derecho que el constitucional y aquel derivado de él, sea de origen interno o internacional, que esté autorizado y jerarquizado por su Constitución. Tampoco los demás órganos de los Estados han pretendido hacerlo, ni obligar a sus tribunales a seguir otra práctica forzando sus decisiones. En aquellos casos en que los tribunales dieron prioridad a una norma internacional sobre una interna o sobre su propia constitución, fueron porque así lo disponía esta, por lo que, en definitiva, la estaban aplicando al proceder de esa forma.

Si un juez, conscientemente, violara la Constitución para aplicar una norma internacional, como consecuencia de teorías internacionales o, simplemente, porque esta le pareciere más justa, estaría realizando un acto contrario a la certeza y seguridad jurídica, faltando a los deberes de su cargo y, quizá, cometiendo un delito contra el Estado ⁶⁷.

Esta larga práctica de los órganos y la jurisprudencia interna de los Estados de todo el mundo, ha aportado los elementos necesarios que, junto con otros (tiempo, no contestación, etc.) permiten la aparición de una norma internacional consuetudinaria que determina la legitimidad de que, en el ámbito interno, se priorice la norma constitucional en todos los casos. Esta norma existe y está en vigor en el marco del Derecho Internacional Público.

⁶⁶ Esto es notorio porque, incluso cuando un país dispone que en su sistema la norma internacional es de igual rango o supraconstitucional, esto está dispuesto en la propia Constitución.

⁶⁷ Sería diferente el caso del juez que, en el acierto o en el error, aplicara la norma internacional que aparece contradiciendo a la Constitución, por entender y fundar que esa aplicación no violenta a esta o por interpretar del análisis del contexto de su Constitución se desprende que esta dispone la primacía de la norma internacional.

d. Nuestra práctica jurisprudencial. Nunca la jurisprudencia nacional, interpretando la Constitución, dio primacía a una norma internacional sobre nuestra norma constitucional e, indirectamente, rechazó esta posibilidad al exponer los fundamentos en aquellos casos en que equiparaba la norma internacional con la ley o le daba rango supra legal.

Por otra parte, ningún Poder Ejecutivo, ni el Parlamento en nuestro país, proyectó una norma legal en que se comprendiera esa solución.

d. la distancia del soberano con el creador de cada norma. En nuestro sistema jurídico interno, el productor originario de normas jurídicas, nacionales e internacionales, es la Nación ⁶⁸, el radicante de la soberanía ⁶⁹. La Nación se integra con el común de las gentes, los ciudadanos registrados en el cuerpo electoral cuando son convocados, no para elegir a los representantes que actuarán por ellos para resolver las cosas comunes y corrientes del Estado, sino para adoptar las decisiones esenciales: cómo establecer el orden político y social del país, decidir su estructura, determinar cuáles facultades les ceden a sus representantes, los gobernantes, cómo los controlará y cuáles serán las sanciones a aplicarles cuando no cumplan con sus obligaciones. Este soberano es también el primer productor de normas jurídicas para el ordenamiento político y social, en todos los países del pacto y, claramente en nuestro país.

Este grupo humano es el que directamente crea la regla constitucional al aprobar la norma jurídica fundamental de la que derivarán todas las demás disposiciones secundarias y complementarias. Ese mismo pueblo, al tiempo que crea las normas constitucionales básicas y originarias, es quién determina en ellas cuáles serán los Poderes de Gobierno y cómo se elegirá a quienes sean las autoridades que los harán funcionar. Estas autoridades así determinadas por el soberano serán quienes concreten las otras reglas jurídicas: el Poder Legislativo y el Ejecutivo para las leyes, el Poder Legislativo y el Ejecutivo con sus negociadores diplomáticos para los tratados. ¿Pueden abrirse dudas acerca de que las normas establecidas directamente por el soberano prevalecen sobre aquellas que se harán en forma complementaria por quienes han sido determinados por él para que cumplan con sus mandatos? La respuesta racional, no ideológica ni de intransigencia voluntarista, no parece ser más que una. La inmediatez de la Constitución con el pueblo soberano que crea la norma constitucional determina que esta, dentro del ámbito de su Estado, prime sobre todas las demás: leyes o tratados.

⁶⁸ Materialmente la nación se integra con un conjunto de seres humanos inter actuantes en un territorio. También es un concepto difuso, mítico, extrajurídico, pero que adquiere significado y relevancia en el ámbito del derecho desde que muchas Constituciones, incluida la uruguaya en su art. 4, la considera el radicante de la soberanía: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará”. Según Sánchez Viamonte, el concepto de Nación como titular de la soberanía (en nuestro concepto como radicante de la misma), aparece con la Revolución Francesa, especialmente en el pensamiento de E.J.Sieyès (ver Anexo II, Numeral 15). Con esta concepción política se procuraba eliminar a la realeza como titular del atributo, pero también se quería evitar algo que no se deseaba, el hacerla descansar en el pueblo, porque de esa manera se le daría participación en el poder legitimador a grupos a los cuales se deseaba excluir de él. Se recurre entonces a la idea de Nación como la concepción de un grupo social dinámico, integrado por quienes habitaban el Estado y contribuyeron a su formación, por quienes lo integran en la actualidad de un momento determinado y por los que vendrán y lo recibirán de las manos de estos. Tales grupos humanos se entrelazan por elementos psico-políticos-sociales comunes que los vinculan, los identifican y los distinguen de otros grupos similares mediando un “querer vivir colectivo”, que se expresa a través de instituciones desde el fondo de la historia, en el presente, y en la voluntad de mantenerse y proyectarse hacia el futuro, ligada por acontecimientos, héroes, costumbres, tradiciones, felicidades y tragedias comunes y organizada por un sistema jurídico que ella misma se ha dado y que sólo puede modificarse legítimamente de la manera establecida por la misma dimensión temporal y que se inserta en la Constitución que la regula. Descripción que realizamos a partir de una consulta verbal formulada al Dr. Aníbal Cagnoni.

⁶⁹ Por el concepto de radicante ver H.Arduet-Vignali 2013/2, Capítulo II, Numeral 3 h. El art. 4 de la Constitución de Uruguay dice: “La soberanía en toda su plenitud (interna e internacional) existe (radica) esencialmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes del modo en que más adelante se expresará”.

Para sostener la primacía de la Constitución existe otro argumento de fondo que respalda la opción. El que provenga ella del pueblo no sólo le otorga una destacada jerarquía jurídica, sino que también la dota de un respaldo axiológico extraordinario: sus reglas están hechas directamente por todos los que en su momento gozarán en su propia persona de las bondades de la norma construida o sufrirán las consecuencias de ellas por sus errores e imprevisiones. Esas normas no sólo darán certeza y seguridad por ser jurídicas y superiores, sino también serán las que dispondrán de la mayor justicia que pueden crear los falibles seres humanos⁷⁰.

9. Conclusiones.

Para tratar el problema de los vínculos del Derecho Internacional Público con los sistemas internos deben dejarse de lado tanto la lucha de escuelas monismo-dualismo, como las discusiones doctrinarias de principios del siglo XX, de naturaleza filosófica, con poca o ninguna repercusión práctica. En la posmodernidad corresponde hacer un análisis jurídico positivo del asunto, teniendo en cuenta la realidad, y la frecuencia con que esta cuestión irrumpe en el funcionamiento de los sistemas jurídicos vigentes y se plantea ante sus tribunales.

Es un hecho que no existe un solo sistema jurídico totalizador. Hay varios sistemas de diferentes naturalezas, con distintos principios fundadores y diversos tipos de estructuras. Hay un sistema jurídico Internacional de coordinación, el Derecho Internacional Público, fundado en el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados; hay ciento noventa y cinco sistemas jurídicos internos de subordinación, los derechos internos de los Estados, fundados en los Principios de sus respectivas Constituciones o en las bases ideológico políticas o religiosas en que se apoyan; hay dos sistemas jurídicos regionales de coordinación y subordinación, los sistemas comunitarios de la Unión Europea y la Comunidad Andina, fundados en el Principio de la Supranacionalidad; y hay muchos sistemas internos de Organizaciones Internacionales intergubernamentales y comunitarias. Hay una pluralidad de sistemas.

Pese a esta multiplicidad y merced a ella, todos ellos interactúan de alguna forma. Nosotros sólo nos ocupamos de las relaciones entre las normas del Derecho Internacional Público y los Estados del pacto ⁷¹, que son las que se dan más frecuentemente y suscitan más problemas. En esta relación, las normas nacionales no ingresan al sistema internacional, dónde son consideradas como meros hechos (ver supra Numeral 7 c); en cambio las normas internacionales ingresan en los sistemas jurídicos internos una vez que se han cumplido a su respecto determinados requisitos establecidos en cada Constitución ⁷².

⁷⁰ La justificación de la norma puede basarse en otros fundamentos. En las sociedades homogéneas que coinciden, en sus inmensas mayorías, en una misma convicción política o religiosa, podrá justificarse en las teorías de los ideólogos del régimen o en la revelación de Dios. En una sociedad pluri cultural, pluri religiosa, con diversidad de ideas políticas y de aspiraciones sociales, estos fundamentos no funcionan. En este tipo de sociedades debe recurrirse al pacto, a la voluntad del común de las gentes. Nosotros pertenecemos a una sociedad de ese tipo y, aunque filosóficamente en lo personal entendamos que la justificación última proviene de un Dios creador identificado en una religión, como estas en nuestro país son muchas, y hay muchos ciudadanos agnósticos y ateos, pensamos y sostenemos que, en estas circunstancias, la mejor justificación que es correcto procurar para una norma resulta del pacto a que arriban por mayoría aquellos que la van a gozar o sufrir.

⁷¹ Estos vínculos también se dan en otros casos, pero no ocurren en el marco del sistema comunitario, porque en ellos, la materia pactada es regulada por un solo sistema jurídico que se nutre de fuentes comunitarias y nacionales.

⁷² En nuestro país los establecidos en los arts. 85 inc. 7 y 168 inc. 20 de la Constitución. En los distintos países, las exigencias son muy variadas, yendo desde la mera publicación a la pretensión de los teóricos que exigen su transformación en ley interna.

Después que la norma internacional ha ingresado en el sistema interno se abre el problema de su ubicación y jerarquía: cuando una norma internacional ha ingresado y propone una solución diferente a la de una norma nacional de determinado rango, y el juez debe resolver ¿cuál prima? Si el asunto se plantea ante un tribunal internacional, el juez o árbitro, aplicará la regla del Derecho Internacional Público, no en razón de su jerarquía, que en este ámbito no existe, sino porque en su sistema, el Derecho Internacional Público, las normas nacionales no ingresan, ni se instalan, sino que solo son consideradas como un hecho, no existen como fenómeno jurídico⁷³.

Si el asunto se plantea ante un juez interno dónde la norma internacional sí ingresa y se instala, debe resolverse que jerarquía ocupa esta. La práctica de todos los Estados⁷⁴ es que esa jerarquía la determina expresamente la Constitución y, a falta de regla expresa en ella, la determina la interpretación de la alta jurisprudencia acerca de lo que resulta de su contexto al respecto. Esto es así aún en los sistemas que dan a la norma internacional jerarquía supraconstitucional, ya que en ellos esta determinación debe estar en la Constitución y, en definitiva es ella la que se aplica: la Constitución prima. Si la oposición de la norma internacional es con una ley, nuestra posición doctrinaria es que debe primar la norma internacional, pero sólo lo fue de nuestra jurisprudencia en casos aislados ya que ha sostenido tradicionalmente que el tratado tiene igual rango que la ley.

Las reglas bien establecidas del derecho consuetudinario internacional a que hacíamos referencia anteriormente⁷⁵, pueden conducir a que, en un mismo caso un juez nacional y otro internacional fallen en sentidos opuestos y en forma totalmente legítima. En estos casos, en el ámbito interno, si la opción del juez es por una norma constitucional que hizo prevalecer sobre la internacional, la sentencia interna debe ejecutarse tal como se dictó. Esto no puede impedirlo la comunidad internacional, porque si lo hiciera estaría destruyendo el Principio de No Intervención en los Asuntos Internos y destruyendo el propio sistema del Derecho Internacional Público al atacar al Principio que le sustenta, el de la Igualdad Soberana de los Estados; tampoco pueden impedirlo las otras autoridades del Estado, porque su intento constituiría un atentado contra la Constitución y la estabilidad jurídica y política del país.

En los casos en que se trate de la oposición de una norma internacional con una ley, en el ámbito interno, habrá que estar a lo que determine la Constitución en forma expresa y si esta nada dice, como ocurre en nuestro país, habrá que interpretar que es lo que resulta de su contexto; atendiendo a este, al marco internacional y a los precedentes, nosotros entendemos que, en nuestro país debe primar el tratado sobre la ley; aunque esta no es la opinión general de nuestra jurisprudencia que, en la mayoría de los casos le ha otorgado rango igual al de la ley.

Estas situaciones, que crean fuertes inconvenientes para los particulares y los Estados, pueden atenuarse o evitarse para el futuro. Para esto el Estado debe denunciar el tratado opuesto a la Constitución o, de lo contrario, si así lo amerita la bondad de las normas internacionales, los Poderes Ejecutivo y Legislativo disponer de los instrumentos necesarios para iniciar una reforma constitucional que permita aplicar el tratado. Si ellas no se evitan y se da el caso de que un juez nacional, aplicando la norma interna que indica la Constitución perjudique a una parte,

⁷³ También puede ocurrir que el juez internacional no tome en cuenta el tratado por considerarlo inexistente respecto al Estado que incurrió en evidentes inconstitucionalidades formales o de fondo, al ocuparse de el (ver supra Numeral 2 c, párrafo 13).

⁷⁴ Con lo cual se ha generado una norma consuetudinaria de Derecho Internacional que recoge esa práctica.

⁷⁵ Ante un tribunal internacional prima la norma internacional y ante uno interno prima la disposición constitucional.

esta, después de agotar los recursos internos, acudirá a los tribunales internacionales y estos aplicarán la norma internacional, pero su fallo o laudo no podrá ser ejecutado coercitivamente dentro del Estado condenado. De los perjuicios que se causen a la parte perdedora será responsable el Estado como un todo, por haber ratificado un tratado que contiene normas inconstitucionales al cual no podrá honrar. Por lo tanto deberá indemnizar a los perjudicados y sufrir las sanciones internacionales (retorsiones, represalias) que se le impongan. Además para dar muestras de su buena fe, deberá denunciar el tratado o hacer reserva de los artículos que no puede cumplir por su sistema jurídico interno o iniciar los trámites de una reforma constitucional que le permita cumplir con los compromisos asumidos.

De esta manera, en definitiva prima el orden jurídico internacional porque el Estado será sancionado, aunque en el orden jurídico interno se deberá cumplir el fallo dictado aplicando la norma constitucional por encima de la internacional.

OBRAS CITADAS.

1. ANZILOTTI, Dionisio (1923): *Corso de Diritto Internazionale*. Traducido al francés por G.Gidel de su 3ª. edición italiana. Paris 1929.
2. ARBUET-VIGNALI, Heber (1992): Os vínculos entre o Direito Internacional Público e os sistemas internos. En *Revista da informacao legislativa*, Año 29, N° 115, Brasilia 1992.
3. ARBUET-VIGNALI, Heber (1993): Condiciones para la aplicación de una norma internacional en el ámbito interno. En *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 5, Montevideo julio-diciembre 1993.
4. ARBUET-VIGNALI, Heber (1994): Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y los derechos internos. El juez nacional ante el Derecho Internacional. En *Revista de Derecho Laboral*, tomo XXXVI, N°s. 174 y 175, pp.78 a 99.
5. ARBUET-VIGNALI, Heber (1995): Las relaciones entre el Derecho Internacional y un sistema interno. El juez nacional ante el Derecho Internacional. En *H.Arbut-Vignali 1995/1*, Sección V.
6. ARBUET-VIGNALI, Heber (1995/1): *Derecho Internacional Público. Temas de la teoría general*. Ed. Secretaría de posgrados y servicios a terceros. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, Argentina, 1995.
7. ARBUET-VIGNALI, Heber (1997): Las relaciones entre el Derecho Comunitario y los sistemas internos. En libro colectivo: *Roma e América Latina. Diritto romano comune 4/1997*. Ed. Macchi Editore, Roma 1997.
8. ARBUET-VIGNALI, Heber (2004): *Claves jurídicas de la integración*. En los sistemas del Mercosur y la Unión Europea. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2004.
9. ARBUET-VIGNALI, Heber: (2011) *Un nuevo frente: los desafíos y amenazas de la posmodernidad en las relaciones internacionales. Carencias jurídico institucionales*. En:

- Revista Estrategia. Tercera época N° 3. Ed. Centro de Altos Estudios Nacionales (CALEN), Montevideo 2011, pp. 6 a 28.
10. ARBUET-VIGNALI, Heber (2013): Necesidad de un nuevo sistema jurídico para las relaciones internacionales posmodernas. En Libro colectivo: Tendencias actuales del Estado Constitucional. Apuntes para una discusión. Ed. ARA Editores. Lima. Perú, 2013. También en soporte electrónico en Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI), Estudio 02/13, Montevideo 12 de junio de 2013.
 11. ARBUET-VIGNALI, Heber (2013/1): Un concepto entre las brumas: La construcción de la soberanía en las ciencias jurídicas. En trámite de publicación en Revista de Derecho Público, Año 2013 N° 43, Montevideo 20213. Ed. Fundación de Cultura Universitaria.
 12. ARBUET-VIGNALI, Heber (2013/2): Teoría jurídica de la soberanía. Y su influencia sobre la teoría del Estado posmoderno. En trámite de publicación. Montevideo 2013.
 13. ARBUET-VIGNALI, Heber (2013/3): Norma constitucional y norma internacional ¿Cuál prima, dónde y por qué?. En Revista El Soldado, año XXXVIII, N° 185 Montevideo, octubre 2013.
 14. ARBUET-VIGNALI, Heber y ARRIGHI, Jean Michel (1990): Los vínculos entre el Derecho Internacional Público y los sistemas internos. En Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, tomo VII, N° 37, Montevideo 1990.
 15. ARBUET-VIGNALI, Heber y PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005): Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y otros sistemas. En E.Jiménez, H.Arbut y R.Puceiro, 2005-13, Tomo I, Capítulo VIII.
 16. ARBUET-VIGNALI, Heber y VIGNALI GIOVANETTI, Daniel (2011): Función del Derecho Internacional Público en el ámbito interno. En Revista Crítica del Derecho Privado, N° 8, año 2011. Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2011, pp. 1075 a 1098.
 17. ARRIGHI, Jean Michel (1993): Relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos.
En E.Jiménez. H.Arbut-Vignali y R.Puceiro Ripoll 1991-96, tomo I, Capítulo VIII.
 18. DOMÍNGUEZ CÁMPORA, Alberto (1947): Derecho Internacional Público. 2 volúmenes. Ed. Organización Taquigráfica Medina. Montevideo 1947.
 19. GROS ESPIELL, Héctor (1988): Introducción. En H.Gros Espiell y E.Jiménez de Aréchaga, 1988, pp. 5 a 25.
 20. GROS ESPIELL, Héctor y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1988): Normas vigentes en materia de Derechos Humanos, en el sistema interamericano. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1988.
 21. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1959): Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el derecho interno. El problema de la relación jerárquica entre los dos ordenamientos. En E. Jiménez de Aréchaga, 1959-60, tomo I, Capítulo VII.
 22. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1959/1): Fundamento del Derecho Internacional Público. En E. Jiménez de Aréchaga 1959-60, tomo I, Capítulo II.
 23. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1959-60): Curso de Derecho Internacional Público. 2 volúmenes. Ed. Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo 1959 y 1960.
 24. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1975): Relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno. En E.Jiménez de Aréchaga y otros (1975-76-77-78), tomo II, Capítulo IV.
 25. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1980): Derecho Internacional contemporáneo. Ed.Editorial Tecnos, Madrid 1980.
 26. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1988): La convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno. En H.Gros Espiell y E.Jiménez de Aréchaga, 1988, pp. 27 a 53.
 27. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (2008): Responsabilidad internacional del Estado. En E.Jiménez, H.Arbut y R.Puceiro, 2005-13, tomo II, Capítulo XIV.
 28. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y otros (1975-76-77-78): Curso de Derecho Internacional Público. 5 volúmenes, edición mimeografiada, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1975-78.

29. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, ARBUET-VIGNALI, Heber y PUCEIRO RIPOLL, Roberto (1991-96): Derecho Internacional Público. 5 volúmenes. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991-96.
30. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, ARBUET-VIGNALI, Heber y PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005-13): Derecho Internacional Público. Principios-Normas-Estructuras. 4 volúmenes. Ed. Fundación de cultura Universitaria, Montevideo 2005-13.
31. MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (1996): Instituciones y derecho de la Unión Europea. Ed. Mac Gran Hill, Madrid 1996.
32. PÉREZ GOMAR, Gregorio (1864 y 1866): Curso elemental de Derecho de Gentes. 2 volúmenes. Tomo I, Ed. Imprenta tipográfica a vapor, Montevideo 1864 y tomo II, Ed. Imprenta del Pueblo, Montevideo 1866. Reeditados en Ediciones del Senado. Biblioteca Artigas, Colección de clásicos uruguayos, volúmenes 115 y 116, Montevideo 1967.
33. PESCATORE, Pierre (1973): Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales. Ed. Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) y BID. Buenos Aires 1973.
34. REMIRO BROTONS, Antonio (1987): Derecho Internacional Público. 2 volúmenes, Madrid 1987.
35. TRIEPEL, Carl Heinrich (1899): Volkerrecht und lndersrecht. Traducción de Brunet: Droit international et droit interne. París 1920.
36. VAZ FERREIRA, Carlos (1962): Lógica viva. Ed. Labor, Buenos Aires 1962.