

LOS CONFLICTOS DE LA LEY NACIONAL CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES *

*Por el Dr. Modesto SEARA VAZQUEZ,
Investigador Titular de Tiempo Completo
en el Instituto de Derecho Comparado de
México*

INTRODUCCIÓN

A) La ley nacional y los tratados internacionales

El proceso de creación del derecho a través de la ley en el derecho interno, ofrece similitudes importantes en relación con el proceso de formación del derecho en el orden internacional, a través de los tratados.

Pero el estudio comparado de ambas instituciones reviste un gran interés, que no se debe sólo a esas similitudes en la formación. Por medio de los tratados, los Estados adquieren derechos y obligaciones en el orden internacional, sin relevancia para el derecho interno algunas veces; pero a menudo, el cumplimiento de las obligaciones inscritas en el tratado, significa su transformación en derecho interno, o mejor dicho, la aplicación del tratado en el orden interno, y esa aplicación puede realizarse mediante la transformación de las obligaciones contenidas en el tratado, en derecho interno, o simplemente mediante la aplicación del tratado en el orden interno, aunque podría discutirse si esta aplicación de normas internacionales en el ámbito interno no equivale en realidad a una transformación del derecho internacional en interno, de normas convencionales en normas legislativas.

El procedimiento de conclusión de los tratados es distinto según los países, de acuerdo con la diversidad de sus sistemas constitucionales y la distribución de facultades entre los diversos poderes, legislativo, ejecutivo y judicial; pero puede considerarse norma general la de que el procedimiento de conclusión de los tratados exige modalidades distintas

* SECCIÓN IV: A. *Derecho internacional público*. 2) Los conflictos de la ley nacional con los tratados internacionales.

de las que convienen al proceso legislativo, y ello aparece reflejado en las distintas constituciones, al distribuir las facultades de los diversos órganos del Estado. Si aceptamos entonces que ciertas normas de derecho interno puedan ser creadas por órganos diversos, y siguiendo procedimientos distintos, puede concebirse que haya un desajuste entre las normas que emanan de los mecanismos de creación del derecho interno y de los procedimientos internacionales, en una palabra: es posible que se den situaciones en que la norma originada en un tratado, cuando no ha sido incorporada al derecho interno a través del procedimiento legislativo, y la originada en la ley puedan entrar en conflicto. Naturalmente, cuando la norma convencional es incorporada al derecho interno a través del procedimiento legislativo, adquiere todas las características de la norma legislativa, y si se produce un conflicto con otra norma, el conflicto sería entre dos normas legislativas, conflicto puramente interno, y no entre una norma legislativa y otra convencional.

Nuestro tiempo se caracteriza por una creciente relación entre los estados, que lleva a la proliferación de los tratados, muchos de ellos de aplicación interna, y ello tiene que ocasionar conflictos del tipo a que nos hemos referido, entre tales tratados y las leyes internas, lo cual plantea al jurista numerosos problemas, tanto de orden constitucional como de carácter internacional.

B) Plan del estudio

Al punto de vista del derecho interno, aparecería como necesario un estudio comparado de los diversos sistemas constitucionales, para fijar con exactitud el diverso papel que cada país ha atribuido a los tratados y a la ley en la formación del derecho, primer paso para una exacta comprensión del problema, y para buscar posibles soluciones a los conflictos entre ambas fuentes del derecho, así como para perfeccionar los sistemas constitucionales y prevenir los conflictos.

Pero si ello tiene interés desde el punto de vista del derecho interno, y si es cierto que para el derecho internacional no es indiferente la aplicación o no aplicación que se dé a los tratados, también es cierto que las consideraciones de orden constitucional son (o deben ser) irrelevantes para el derecho internacional, al que interesan, sobre todo, las consecuencias internacionales de la no aplicación de tratados que entran en conflicto en la ley nacional, ya que si los tratados son aplicados, no hay

conflicto ninguno, y no se provoca ningún problema de derecho internacional.

En el desarrollo de nuestro trabajo, siguiendo las instrucciones de la Academia Internacional de Derecho Comparado, adoptaremos el cuestionario sometido por el ponente general,¹ aunque ello trae como resultado el cambio del tema de “conflictos de la ley nacional con los tratados internacionales”, por el más general de relaciones y conflictos entre el derecho interno y el derecho internacional. A nuestro juicio, el punto V (y quizá el III) del temario del ponente general debían haber sido desarrollados, y eliminados los demás. En la forma actual, es imposible, dadas las limitaciones de espacio que se han impuesto a las ponencias, tratar el tema concreto solicitado con la profundidad necesaria.

I

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO, EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA EN GENERAL

El problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ha recibido la atención particular de la doctrina² que, al tratar de resolverlo, ha adoptado diversas posiciones que prácticamente agotan todas las posibilidades. En efecto, ante el problema en cuestión no cabían más posibilidades racionales que tres: 1) el derecho internacional y el derecho interno son órdenes jurídicos distintos y separados, sin relación entre ellos, y sin posibilidad, por lo tanto, de que se produzca entre ellos un conflicto, del orden que sea; esta es la teoría dualista, cuyo principal representante, TRIEPEL, la desarrolló plenamente en su obra *Völkerrecht und Landesrecht*³ (1899); 2) el derecho internacional y el derecho interno, no pueden ser más que partes del mismo

¹ Ch. N. Fragistas.

² Ver, Triepel, *Droit International et Droit Interne*, Dotation Carnegie pour la Paix Internationale, Pedone, Paris, 1920; del mismo: *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, R.C.A.D.I., 1923, 1, 77-121; Verdross, *Le fondement du droit international*, R.C.A.D.I., 1927, 16, 251-321; Lambertus Erades, y Wesley L., Gould. *The relation between international law and municipal law in the Netherlands and the United States; a comparative study*, Nithoff, Leyden, 1961; Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Transformation or adoption of international law into municipal law*, en “International and comparative Law Quarterly”, vol. 12, 1963, pp. 88-124; H. Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, R.C.A.D.I., 1926, 14, 231-239; G. A. Walz, *Les rapports du droit international et du droit interne*, R.C.A.D.I., 1937, 61, 379-455.

³ Ver su obra más reciente en la versión francesa publicada en el R.C.A.D.I., arrriba citada.

sistema de derecho, porque el derecho es uno, hay una construcción jurídica universal, que puede adoptar formas distintas según su objeto; pero dado que el individuo es el destinatario último de la norma jurídica, poco importa que la aplicación de la norma se realice directamente, como en el caso del derecho interno, o indirectamente, atribuyendo una titularidad ficticia al Estado; una concepción correcta del orden jurídico universal nos tiene que llevar necesariamente a la aceptación de que la idea de justicia como origen y fin del derecho sería inconcebible si se hace abstracción del individuo como sujeto único, y si pudieran coexistir con esa idea única de justicia universal; esta idea única de justicia exige entonces una unidad del orden jurídico, y el derecho interno y el derecho internacional no serían más que aspectos o partes del orden general. Claro que esta afirmación lleva a considerar dos posibilidades, partiendo de la suposición de que todo ordenamiento, del tipo que sea, exige una jerarquización, y ello supone subordinación de unas normas a otras; en otras palabras, si el orden jurídico no puede ser más que único, y si el derecho internacional y el derecho interno no son, por consiguiente, más que partes de ese orden jurídico, ambos no pueden ocupar una posición jerárquica similar, ya que si bien es verdad que forman parte del mismo orden jurídico, también es que son distintos sistemas; para responder a este planteamiento han surgido dos teorías que se oponen, partiendo de las dos posibilidades que la solución de este problema permite considerar: a) el derecho internacional es superior, b) el derecho interno es superior. La primera posibilidad ha sido desarrollada principalmente por KELSEN,⁴ cuyo sistema piramidal de normas lleva a colocar en la cúspide la norma hipotética, el punto final de imputación (*Zurechnungspunkt*), a partir del cual se desarrolla el sistema del derecho internacional, que se prolonga hacia la base de la pirámide, por el sistema normativo interno.

La segunda posibilidad es, en el fondo, la interpretación que aparece como lógica consecuencia de la teoría de la autolimitación como explicación del fundamento del derecho internacional: si el derecho internacional no es más que la suma de limitaciones que el Estado acepta en su actuación respecto a otros Estados, si no es, en suma, más que el resultado de una serie de actos voluntarios del Estado, entonces está claro que el derecho internacional debe estar subordinado al derecho interno.

Para tratar de encontrar el enfoque correcto al problema, sería de

⁴ Kelsen, *ob. cit.*

gran utilidad seguir el método inductivo, partiendo de lo que la observación de la práctica de los Estados nos muestra, para sacar de ella los principios generales. A la primera pregunta, de si el derecho internacional es un orden distinto completamente del derecho interno, y de si no hay intercomunicación entre ambos sistemas, respondemos negativamente. La razón es muy simple: si no fuera así, habría que aceptar que el derecho internacional o el derecho interno no pueden influirse recíprocamente en nada. Ahora bien, ¿es eso lo que la práctica internacional nos muestra?; ciertamente no. Un Estado no puede ordenar su sistema jurídico interno sin tener en cuenta y respetar las normas jurídicas internacionales; no podría, por ejemplo, despojar de todo derecho a los extranjeros, ni derogar el derecho de paso inocente por las aguas territoriales. Estas y otras instituciones aparecen entonces como limitaciones internacionales a la actuación del Estado en el orden interno, lo cual es una clara muestra de la interferencia del orden internacional en el orden interno, interferencia que no existiría si ambos órdenes fueran totalmente distintos, como se dice. Del mismo modo, el derecho interno puede tener efectos internacionales. Si un Estado viola en cualquier forma las normas de derecho interno de otros Estados (por ejemplo, normas sobre la navegación por las aguas territoriales, en materia de seguridad, pesca, etcétera), se considera que su responsabilidad internacional está comprometida, y esta responsabilidad nace de la violación de una norma de derecho interno.

Por todo ello, no podemos sino defender la existencia de una relación íntima entre el derecho internacional y el derecho interno. El otro problema de la superioridad del sistema interno o del sistema internacional nos parece un problema artificial, al plantearlo en forma demasiado rígida. Creemos que lo procedente es considerar en cada caso la jerarquía de la norma particular en conflicto. El derecho interno puede crear obligaciones internacionales, lo cual no ocurriría si el derecho interno estuviera subordinado al derecho internacional; inversamente, el derecho internacional establece a menudo limitaciones al derecho interno, así que tampoco se le podría considerar como inferior. Por consiguiente, creemos que lo que procede es examinar cada caso particular, y tratar de fijar la relativa jerarquía de las normas en conflicto, para ver cuál prevalece sobre la otra. Claro que este problema exigiría un estudio más detallado, porque no cabe duda de que el interés colectivo de la sociedad internacional, es superior al interés de cualquiera de las sociedades nacionales; pero lo que nos llevó a las anteriores conclusiones es el hecho evidente de

que no siempre el conflicto entre normas de derecho interno y de derecho internacional envuelve una decisión sobre intereses vitales para las dos sociedades (interna o internacional), en cuyo caso creemos que la internacional prevalecería, y de lo que precisamente se trata es de determinar con exactitud la jerarquía de las respectivas normas, determinación en que las consideraciones de interés tendrán un papel importante.

La jurisprudencia⁵ de la mayor parte de los países muestra una tendencia general a aceptar e incorporar las normas de derecho internacional en el ámbito interno, lo que en realidad no es más que el reflejo de las tendencias observadas también en las respectivas legislaciones nacionales. Tal tendencia encuentra su expresión en la célebre frase de BLACKSTONE de que el derecho internacional es *part of the law of the land*.

II

APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

El rigor científico obliga a hacer una distinción que creemos no sólo justificada y conveniente, sino indispensable, en todo análisis que se haga de los principios generales como fuente del derecho internacional. Esta distinción es la que existe entre los principios generales del derecho y los principios del derecho internacional, distinción que ha sido delimitada con acierto por VERDROSS.⁶ Ambas categorías de principios son fuentes del derecho internacional, pero su origen, así como su ámbito de aplicación, es diferente. Sin entrar en un análisis fuera de lugar, ni en una detallada descripción de las dos categorías de principios, podríamos convenir en que una caracterización general podría designar a los principios generales del derecho como aquellos que el derecho internacional ha recogido de la práctica interna de los Estados, y que, respondiendo a un ideal común de Justicia, son aplicables en el orden internacional. Esta última característica es importante, porque permite distinguir tales principios de los que, aun respondiendo a un ideal común de justicia,⁷ o a

⁵ Lambertus Erades y Wesley L. Gould, *ob. cit.*; Richard Falk, *The role of the domestic courts in the international legal order*, Syracuse University Press, Syracuse (New York), 1964.

⁶ Verdross, *Derecho internacional público*, Aguilar, Madrid, 1957; del mismo, *Les fondements du droit international*, R.C.'A.D.I., 1927, 16, 251-321.

⁷ Puede encontrarse la aplicación de principios generales del derecho comunes a los Estados en el caso Wyoming c. Colorado (1922) 259, U.S., 419. Como estudios doctrinales pueden citarse los de Karl Wolf, *Les principes généraux du droit*

una concepción general del derecho, no son, sin embargo, aplicables en las relaciones entre Estados, como sería el caso de la regla de recurso unilateral al juez, aceptado en el derecho interno, pero no en el derecho internacional, por lo menos mientras la estructura de la sociedad internacional no experimente una profunda evolución.

Los principios del derecho internacional surgen de las relaciones entre Estados, y son directamente aplicados en la práctica internacional.

En la práctica de la Corte Internacional de Justicia se encuentran ejemplos de las dos categorías: así, no cabe duda de que nos encontramos frente a la enunciación de un principio general del derecho, que la Corte recoge de la práctica interna de los Estados, cuando dice que *“c'est une règle de droit bien établie qu'une partie ne saurait invoquer une erreur comme vice du consentement si elle a contribué à cette erreur par sa propre conduite, si elle était en mesure de l'éviter ou si les circonstances étaient telles qu'elle avait été avertie de la possibilité d'une erreur”*.⁸ Por el contrario, es evidente que no puede tratarse más que de un principio del derecho internacional, surgido de la práctica entre los Estados, e inaplicable en el orden interno, cuando habla de *“considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États”*.⁹

La distinción a que nos referimos reviste importancia en lo que se refiere, sobre todo, a la prueba de la existencia del principio a aplicar por el tribunal nacional. Cuando se trata de un principio general del derecho, el tribunal ve facilitada su tarea por el hecho de que tales principios son utilizados en la práctica interna del propio país y de los otros países, y son principios en los que por su misma generalidad, es fácil ponerse de acuerdo. En el caso de los principios del derecho internacional, es a menudo difícil probar su existencia, o su aceptación general, y muchas veces es difícil establecer una distinción exacta entre tales principios del derecho internacional y la costumbre internacional. Incluso puede admitirse

applicables dans les rapports internationaux, R.C.A.D.I., 1931, 36, 483-553; Verdross, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, R.C.A. D.I., 1935, 52, 195-251; ver también H. Rolin, *Les principes de droit international public*, R.C.A.D.I., 1950, 77, 309-476.

⁸ Asunto del Templo de Préah Vihéar, Sentencia del 15 de junio de 1962, C.I.J.: *Recueil des Arrêts*, 1962, p. 26.

⁹ Asunto del Canal de Corfu (Fondo), Sentencia del 9 de abril de 1949, *Recueil des Arrêts*, 1949, p. 22.

que en no pocos casos el principio de derecho internacional ha surgido como abstracción de una costumbre internacional.

La dificultad de establecer esa diferencia precisa entre costumbre y principio del derecho internacional aparece, por ejemplo, en una decisión debida al juez doctor CROCKE: "...*The arts and sciences are admitted, amongst all civilized nations, as forming an exception to the severe rights of welfare, and as entitled to favor and protection.*"¹⁰

Tanto las legislaciones nacionales, como la jurisprudencia de los diversos países, no se refieren concretamente a la aplicabilidad interna de los principios del derecho internacional, aunque cuando los Estados aceptan de modo concreto en sus legislaciones nacionales el derecho internacional como parte del derecho *of the land*, en las diversas formas en que esta aceptación puede tener lugar, debe entenderse que bajo el rótulo general de derecho internacional se entiende tanto los tratados y la costumbre como las demás fuentes del derecho internacional, incluyendo los principios generales (principios generales del derecho y principios del derecho internacional).

En la aplicación de estos principios generales no encontramos, como hemos dicho ya, más que una dificultad particular respecto a las demás fuentes del derecho internacional, y esta dificultad es la de la prueba de tales principios, la de su exacta localización y definición, así como la determinación de su relativa fuerza jurídica.

El problema de la existencia y relativo valor de tales principios no es meramente académico, sobre todo en el momento presente, y la discusión en torno a ello nos podría llevar a una discusión general sobre el valor mismo del derecho internacional respecto a algunos países. Baste señalar la inclusión en el artículo 38, párrafo *c*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de la referencia a "naciones civilizadas", en relación con los principios generales del derecho.¹¹ Por una parte, en efecto, podríamos discutir qué se entiende por naciones civilizadas, o qué se entendía y ello nos llevaría, a su vez, a discutir acerca de si esos principios que fueron aceptados por naciones llamadas civilizadas en otros tiempos, deben considerarse también aceptados hoy por naciones que en aquellos momentos todavía no se consideraban civilizadas; y, en fin, si respecto a los principios del derecho internacional no habrá demasiados problemas, porque surgen fundamentalmente relaciones entre Estados, reflejando así

¹⁰ *The Marquis de Somerueles v. Stewart Administration (Nova Scotia)*.

¹¹ "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ... *c*) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas."

una mentalidad universal, el problema es grave respecto a la aplicabilidad internacional de los principios generales del derecho,¹² que por surgir en la práctica interna de naciones diversas, deben reflejar las concepciones de tales pueblos, diversos no sólo en el orden jurídico, sino también en sus concepciones políticas,¹³ filosóficas, religiosas o culturales. Por no citar más que un ejemplo, el principio de igualdad jurídica de la mujer, perfectamente aceptable para una gran parte de los países del mundo, difícilmente podría considerarse como principio general del derecho respecto a algunos países islámicos. Todo ello nos lleva a considerar que el valor jurídico de los principios generales del derecho atravesará un periodo de crisis, mientras no se incorporen concepciones jurídicas, políticas, religiosas, etcétera, de pueblos que han sido considerados hasta hace poco tiempo como no civilizados, y que no pudieran influir en la formulación de principios que ellos consideran hoy como extraños a su idiosincrasia.

Por este camino llegamos a considerar la posibilidad de países aplicando a través de sus tribunales nacionales, principios generales del derecho, que ellos consideran aceptables, pero que chocan con las concepciones de otros países.

III

APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Cuando los tratados deben aplicarse en el orden internacional (como es el caso de un tratado de alianza, participación en una organización internacional, etcétera), los tribunales internos de los países signatarios no tendrán que preocuparse mucho de la aplicación de tales tratados en el orden interno. Distinto es el problema de aquellos tratados cuya aplicación va a realizarse precisamente en el ámbito interno del Estado, entrando así en concurrencia, si no en conflicto, con la legislación nacional. En tales casos, al juez se le plantea el problema de la aplicación de esos tratados, y de su valor relativo, teniendo en cuenta la ley nacional.

La aplicación interna de los tratados¹⁴ hace surgir diversas cuestiones,

¹² K. Wolf: *ob cit.*

¹³ Puede consultarse sobre la influencia que la política interna de los Estados ejerce sobre su actuación internacional, el excelente trabajo de Joseph Barthelémy, *Politique interieure et droit international*, R.C.A.D.I., 1937, 59, 429-520.

¹⁴ Ver Achille Mestre, *Les traités et le droit interne*, R.C.A.D.I., 1931, 38, 237-305. Ver también el estudio general de H. Mosler, *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, R.C.A.D.I., 1957, 91.

de las cuales, las más importantes son las siguientes: 1) la aplicación del tratado internacional dentro del contexto general de la legislación nacional: a) obligatoriedad de los tratados, b) jerarquía de los tratados en relación con la ley interna, 2) aspectos internacionales de la aplicación o no aplicación del tratado en el ámbito interno.

1) Tanto el problema de la obligatoriedad interna de los tratados, como el de su jerarquía respecto a la ley nacional, aparecen regulados de modo general en las constituciones, y si la inmensa mayoría atribuye fuerza obligatoria a los tratados en el ámbito interno, el valor relativo que se le atribuye respecto a la ley nacional es diferente: para algunas constituciones, los tratados tienen una posición privilegiada en relación con la ley, y no sólo el Estado no podrá legislar en forma contraria a los tratados en vigor (a menos que los denuncie), sino que también estará obligado a promulgar la legislación necesaria para la aplicación interna de los tratados concluidos, como era el caso en la Constitución española de 1931; también la Constitución francesa de 1958 subraya este papel importante de los tratados, al decir en su artículo 55, que "*les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont de leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*"; el artículo 60 de la Constitución de Holanda¹⁵ contiene una disposición similar.

La Constitución de México, de 1917, en su artículo 133 afirma terminantemente que la Constitución, las leyes del Congreso y los Tratados (concluidos de acuerdo con la Constitución) serán la ley suprema del país. Esta obligación todavía se refuerza al señalar a los jueces la necesidad de aplicar los tratados (y las leyes del Congreso) aun cuando entren en conflicto con las leyes de los Estados miembros de la Federación.¹⁶

Los sistemas constitucionales de Estados Unidos, Austria y Suiza, en la práctica, llevan a una asimilación por el derecho interno del derecho convencional, y esa asimilación debe entenderse en sentido amplio, que significa la aplicación a los tratados del principio, válido para la ley nacional: *lex posterior derogat prior*.

Los tribunales nacionales deben aplicar los tratados concluidos por el Es-

¹⁵ De acuerdo con el artículo 60, los tratados que concluye Holanda son ratificados por el rey, previa aprobación de los Estados Generales. Se convierten entonces en obligatorios para el juez nacional, que "no será competente para juzgar acerca de la constitucionalidad de los tratados".

¹⁶ El artículo 27 de la Constitución de México se remite también al derecho internacional respecto a la extensión y régimen jurídico del mar territorial y del espacio aéreo.

LEY NACIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES

123

tado cuando la constitución lo señala. Ahora bien, la función del tribunal en lo que respecta a la aplicación de los tratados, puede ir más allá de esa simple aplicación, y muchos sistemas constitucionales atribuyen a los tribunales una función suplementaria de controlar la constitucionalidad de los tratados, así como de las leyes.¹⁷ En efecto, en los sistemas representativos, la labor legislativa es privilegio del legislativo, y a los tribunales corresponde determinar si la función legislativa (lo mismo que la función legislativa indirecta de la conclusión de tratados) ha respetado las disposiciones constitucionales. En relación con este problema, debemos considerar el de las ratificaciones irregulares, y los pactos ejecutivos, o *executive agreements*. En los sistemas representativos, suele atribuirse al legislativo cierto control en la conclusión de tratados (cada constitución determina, a su modo, cuál es el órgano provisto del *treaty making power*), lo cual se explica, no sólo por el deseo de controlar los compromisos exteriores que el ejecutivo pueda contraer para el Estado, sino también, porque a través de los tratados de aplicación interna el ejecutivo podría interferir con la función legislativa del órgano representativo.¹⁸ Esto nos obliga a considerar no sólo problemas particulares de los pactos ejecutivos, sino también el de los tratados que son ratificados irregularmente, con violación de la Constitución. Los pactos ejecutivos pueden ser previstos en la Constitución, pero aun en esos casos habrá que considerar: a) si el ejecutivo ha respetado los límites que la Constitución le establece, y que son generalmente bastante estrictos; como consecuencia de esto último, el ejecutivo muestra cierta tendencia a salirse de los límites que se le establecen para hacer pasar como pactos ejecutivos acuerdos que deberían, por su importancia, seguir el procedimiento propio de los tratados; esta tendencia se observa principalmente en los países que poseen un legislativo políticamente importante, como es el caso de los Estados Unidos;¹⁹ b) parece difícil admitir que por medio de los pactos ejecutivos, el legislativo vea usurpadas sus funciones, y a espaldas suyas se elaboren normas obligatorias en el ámbito del Estado, y que deben ser aplicadas por el juez nacional.

¹⁷ Otros sistemas, no sólo no atribuyen a los jueces esa función de control, de la constitucionalidad de los tratados, sino que expresamente la excluyen, como es el caso de Holanda (art. 60), según señalábamos antes (ver, *supra*, Nota 15).

¹⁸ Ver Florence Ellinwood Allen, *The treaty as an instrument of legislation*, Macmillan, New York, 1952.

¹⁹ La literatura jurídica sobre los *executive agreements* es sumamente numerosa, pero puede ofrecer una visión bastante correcta de esta institución, el libro de Elbert M. Byrd, *Treaties and Executive Agreements in the United States; their separate roles and limitations*, Nijhoff, La Haya, 1960.

En fin, tanto respecto a la aplicación de tratados en el ámbito interno o de los pactos ejecutivos, habrá que atenerse a las consideraciones de orden constitucional, que el juez debe respetar. El problema de los efectos internacionales de la no aplicación de tratados en el orden interno es independiente totalmente de si tales tratados son o no acordes con la constitución y con el derecho interno. Cuando los acuerdos internacionales son concluidos siguiendo los canales normales, los Estados se comprometen internacionalmente, y el hecho de que no puedan ser aplicados en el orden interno, por violación al proceso constitucional en la ratificación de dichos tratados, o por cualquier otra causa, es irrelevante para el derecho internacional, ante el cual los Estados son responsables por la aplicación de los tratados, tanto en el orden internacional como interno. Las razones son lo suficientemente obvias como para no insistir en ello.

IV

*CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO NACIONAL Y LOS
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO*

Los conflictos entre la ley nacional y los principios del derecho internacional o los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, pueden producirse siempre que haya un desajuste entre el sistema jurídico internacional y el interno, cuando el legislador nacional, por las razones que sea, ha hecho pasar el interés nacional antes que el de la comunidad internacional.

El caso de los principios del derecho internacional es el más típico a este respecto, puesto que se trata concretamente de conflicto entre derecho internacional e interno. En lo que a los principios generales del derecho se refiere (los principios generales del derecho con aplicación en el orden internacional, se entiende), el problema es mucho más complicado; cuando el principio general del derecho en contradicción con la ley interna sea de los que responden a una concepción jurídica a la que pertenece el país en cuestión, el desajuste existirá no sólo entre la norma interna y el derecho internacional, sino entre la norma interna y la concepción misma del derecho, y entonces es evidente una falta del legislador y puede esperarse (a menos de circunstancias políticas excepcionales) una pronta corrección al desajuste. El problema es mucho más difícil cuando el conflicto se produce entre la ley nacional y principios generales del derecho que respondan a una concepción jurídica de una parte, pero no de la otra. Este conflicto se da hoy en gran escala en el orden interna-

cional: la idea de libertad del hombre, por ejemplo, es concebida de forma distinta, por no decir opuesta, en los países capitalistas y en los países comunistas; la posición de la mujer en el derecho, significa para los países islámicos algo diferente de lo que significa para los países cristianos o comunistas; el concepto de la propiedad no es el mismo en los países capitalistas desarrollados, o en los países subdesarrollados, para no hablar de los comunistas. En todos esos casos, nos encontramos no sólo entre dos concepciones distintas del derecho, y será muchas veces difícil determinar los límites exactos entre lo que son principios generales del derecho auténticamente incorporados en el derecho internacional, y lo que son simplemente principios generales del derecho, que responden a la concepción jurídica de una serie limitada de Estados, que desean imponerlos a los demás.

En lo que a los efectos prácticos se refiere, desde el punto de vista del juez nacional, todas estas consideraciones que acabamos de hacer carecen de importancia, ya que el juez nacional debe aplicar la ley nacional, y para ello debe, en primer lugar, ver lo que la Constitución establezca, porque si atribuye prioridad al derecho internacional incorporándolo al orden interno, entonces es claro que el derecho internacional debe aplicarse, aunque conviene precisar que tal aplicación se hace no en virtud de una prioridad *per se* del derecho internacional, sino del mandato del legislador interno.

Si desobedeciendo las disposiciones de la Constitución, o simplemente actuando en ausencia de ellas, el juez nacional otorgara prioridad al derecho internacional, estaría usurpando funciones que no le corresponden; la misión del juez es la de aplicar las normas internas, y si a veces aplica también normas internacionales, ello es porque el legislador así lo ha establecido. Claro que cuando el derecho internacional en conflicto con la ley interna aparece en forma de principios generales del derecho que no respondan a concepciones jurídicas propias, el juez puede ejercer cierta labor moderadora mediante su función de interpretación de la ley nacional; pero eso es todo lo que puede hacer. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad internacional en que el Estado haya incurrido por sus leyes nacionales contrarias al derecho internacional.

V

CONFLICTOS ENTRE LA LEY NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN VIGOR

El conflicto entre la ley interna y los tratados²⁰ puede surgir por razón del contenido del tratado, o por razón del procedimiento de conclusión del tratado.

1. *Conflicto por el contenido.* Como hemos señalado antes, el valor jurídico interno de un tratado depende de los diversos sistemas jurídicos, y es en las constituciones donde debe buscarse la posible referencia al derecho internacional y a la conclusión de los tratados, en particular. El tratado puede ir al encuentro de la constitución o de otras leyes internas, cuando contenga disposiciones contrarias a la misma, y a la inversa, la constitución y las leyes internas de un país pueden ser redactadas incluyendo disposiciones contrarias a compromisos internacionales contraídos por el Estado. El conflicto que resulta lo resuelve a veces la constitución, cuando incorpora el derecho internacional al derecho interno; si proclama la supremacía del derecho internacional, no hay ningún problema, porque entonces deben considerarse sin valor todas las disposiciones contrarias al derecho internacional, y particularmente a los tratados; en los otros casos, y puesto que el derecho es incorporado en el ámbito interno, recibe así un tratamiento similar al de ese derecho interno, y en caso de conflictos habrá que aplicar las reglas comunes al conflicto entre otras leyes internas, como es el de la *lex posterior derogat prior*, o el de que la ley particular deroga a la ley general, etcétera.

Este es el criterio que debe seguir el juez nacional en la aplicación del derecho, ya que él no puede llevar su función más allá de esos límites, excepto cuando la constitución le conceda la facultad de control de la constitucionalidad de las leyes, en cuyo caso podrá descartar tanto las leyes que por ser contrarias a tratados constitucionalmente válidos son anticonstitucionales (cuando la constitución establezca la prioridad del derecho internacional), como la aplicación interna de los tratados que, aun cuando concluidos regularmente, violan la constitución.

Pero para el derecho internacional, el problema de la oposición entre tratados y derecho interno tiene un aspecto distinto, que veremos más adelante.

²⁰ Sobre el derecho de los tratados es interesante consultar los diversos informes que han sido presentados ante la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, por los ponentes sucesivamente designados; debe también consultarse la nueva edición del clásico de Mc Nair, *The Law of the treaties* (1938).

2. *Conflicto por razón del procedimiento.* Dejando aparte el problema de los pactos ejecutivos (*executive agreements*), que ofrece problemas mucho más complejos, los tratados irregularmente ratificados plantean la necesidad de establecer su validez interna o internacional. Al punto de vista interno, creemos que no puede haber duda ninguna de que la participación en la labor legislativa,²¹ mediante la conclusión de un tratado con aplicación interna,²² por el órgano que no está constitucionalmente autorizado para ello (o, cuando lo está, sin la concurrencia del otro órgano que la constitución normalmente fija), priva a tal acto anticonstitucional de todo valor jurídico interno. Pero en el orden internacional, el efecto será otro muy distinto.

El argumento *ad absurdum* nos llevaría a considerar los efectos nefastos para las relaciones internacionales, que traería consigo el considerar nulos en el orden internacional todos los tratados constitucionalmente nulos; cualquier país podría desligarse de todos sus compromisos internacionales sin más que declararlos anticonstitucionales; o bien los países, al concluir tratados internacionales, y para prevenir la conclusión de tratados constitucionalmente irregulares, se verían obligados a entrar en la interpretación de la constitución del país cocontratante, para ver si éste actúa de acuerdo con la constitución, y ello constituiría obviamente una intervención en los asuntos internos de otros Estados, ya que los problemas de interpretación de una constitución no son de la competencia de países extranjeros.

Para resolver este dilema, la solución correcta nos parece ser la de considerar la aplicación interna de un tratado un asunto de orden interno, que el juez nacional debe decidir de acuerdo con los lineamientos que antes hemos ofrecido, pero por otra parte, y puesto que un tratado constituye una obligación internacional, y el Estado debe ser responsable internacionalmente de la violación de ese tratado, que resulte de su no aplicación interna.

Este enfoque que nosotros damos al conflicto entre ley nacional y derecho convencional no debe ser interpretado como significando nuestra aceptación de la doctrina de la ruptura del derecho público, de la separa-

²¹ Ver Florence Ellinwood Allen, *ob. cit.*

²² Triepel, no acepta las diversas teorías que hablan de aceptación o asimilación del derecho internacional por el interno: "C'est induire en erreur que de dire que la publication d'un traité international par l'État en vue de le faire observer par les autorités et les sujets a pour effet de "donner au traité sa validité interne", en fait un élément du droit étatique, lui communique une efficacité, une valeur de droit interne, une force législative, etc... ou que le traité est une source indirecte du droit interne" (*Droit international et droit interne, cit. p. 116*).

ción entre derecho público interno o internacional; ²³ lo que sí afirmamos es la existencia de una diferenciación en el mecanismo de aplicación del derecho público, y de ahí viene esa aparente ruptura. No cabe duda que en caso de contradicción entre un tratado y la ley interna, una de las dos disposiciones es contraria al derecho; pero al resolver la contradicción, el mecanismo que lo haga, puede no escoger la solución conforme con el ideal más justo. Si el mecanismo de aplicación del derecho fuera único, no habría esa posible contradicción entre la norma realmente aplicada y la norma realmente justa. Todo lo absurdo que parezca, la realidad jurídica actual confirma el hecho de la coexistencia de mecanismos jurídicos casi totalmente independientes. El problema no existiría, si una autoridad superior fuera capaz de aplicar el derecho tanto en el orden internacional como en el interno, en cuyo caso la concepción unitaria ideal del derecho se confundiría con su aplicación, también unitaria; pero mientras el Estado como mecanismo de aplicación del derecho interno coexista con el derecho internacional, cuyos mecanismos de aplicación de la norma jurídica son diferentes, no puede hablarse de unidad funcional del derecho público. En fin de cuentas, esta diferencia de los dos órdenes jurídicos es el resultado directo de la diferencia de las dos estructuras sociales sobre que reposan: el Estado como estructura jerarquizada, para el derecho interno, y la sociedad internacional, como estructura inorgánica y en el periodo de la semianarquía (una organización internacional que ya no permite hablar de anarquía total, pero que por su relativa incapacidad para sancionar el derecho, tampoco permite hablar de sociedad internacional completamente jerarquizada).

VI

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

En toda aplicación de un tratado, como en toda aplicación de una ley por el juez, hay siempre un elemento de interpretación de tal tratado o tal ley, ya que el juez debe determinar el significado exacto de la norma jurídica convencional o legislativa en relación con el caso concreto; pero la institución de la interpretación se ha reservado para designar el acto mediante el cual el juez busca el sentido de una disposición (convencional o legislativa) cuando aparece obscura; en la práctica, cuando las par-

²³ Para una crítica de la doctrina de la separación entre derecho público interno e internacional, ver Mirkine-Guetzévitch, *Droit international et droit constitutionnel*, R.C.A.D.I., 1931, 38, 311-465.

tes en presencia ante el juez no se ponen de acuerdo respecto al sentido que debe atribuírsele.

Frente al problema de la aplicación de un tratado en el ámbito interno (la interpretación internacional de un tratado sale del ámbito de nuestro trabajo), el juez nacional debe, en no pocas ocasiones, encontrarse ante disposiciones oscuras que exigen un trabajo de interpretación,²⁴ que es distinto del que se presenta cuando hay que interpretar una ley.²⁵ Esta diferencia es una consecuencia de la diversidad en el procedimiento de conclusión de los tratados con respecto al procedimiento legislativo interno.

Suponiendo que no quepa duda alguna en cuanto a la posibilidad jurídica de aplicación del tratado en el ámbito interno, el juez debe proceder a su interpretación si es necesario; la razón de ello puede encontrarse en lo anteriormente expuesto, de que el tratado ha sido en cierto modo incorporado en el ámbito interno, y las disposiciones convencionales ya forman desde entonces parte del derecho interno, en el sentido de que su aplicación queda confiada a los órganos estatales dentro del ámbito nacional. Igual que el juez no puede negarse a aplicar una ley bajo pretexto de que es oscura, sino que debe proceder a su interpretación, tampoco podría negarse a aplicar un tratado bajo pretexto de que algunas de sus disposiciones no son claras, y su obligación es la de interpretarlo como hubiera hecho con una ley interna.

Un problema mucho más interesante en la interpretación interna de un tratado, es el de la interpretación por vía de autoridad unilateral (no podría haber conflicto alguno cuando los Estados contratantes, de común acuerdo, concluyen un tratado de interpretación, que vendría así a incorporarse al antiguo, y que sería obligatorio para el juez al mismo título que el anterior), cuando los órganos de las relaciones internacionales del Estado del juez, por decisión unilateral, resuelven interpretar en determinado sentido el tratado en cuestión. No creemos que el problema de la validez de la interpretación unilateral pueda recibir una solución uniforme; en efecto, la interpretación equivale, o puede equivaler, a la modificación de las disposiciones convencionales, como las partes, o el

²⁴ Es el problema que se plantea Triepel, cuando señala que "*s'il est certain que le juge doit appliquer le droit international, on peut pourtant se demander s'il est obligé de le connaître*" (*Droit international et droit interne*, cit. p. 439).

²⁵ Ver L. Ehrlich, *L'interprétation des traités*, R.C.A.D.I., 1928, 24, 5-143; E. D. Dickinson, *L'interprétation et l'application du droit international dans les pays anglo-américains*, R.C.A.D.I., 1932, 40, 309-393; McNair, *L'application et l'interprétation des traités d'après la jurisprudence britannique*, R.C.A.D.I., 1933, 43, 251-305.

juez las entienden o pueden entenderlas; esta interpretación de autoridad, por consiguiente, se acerca mucho a la función legislativa (aun en el caso de los tratados, ya que hemos aceptado que han pasado a crear derecho interno),²⁶ y si para el tratado mismo se exige una serie de garantías de orden constitucional, deben exigirse también para la interpretación de autoridad, ya que la administración podría, por vía de interpretación, torcer el significado de un tratado, y burlar así el control que la constitución ha atribuido al órgano provisto del *treaty making power*.

La solución ideal al problema sería la de atribuir al juez la función normal de interpretación de un tratado, cuando tal tratado, por ser aplicable en el ámbito interno, haya pasado a ser parte del derecho nacional. La interpretación por vía de autoridad unilateral sería, sin embargo, impuesta al juez cuando su elaboración fuera realizada por los mismos órganos nacionales que intervinieron en la conclusión del tratado. El problema de la falsa interpretación de un tratado, o aun de la violación de un tratado por vía de interpretación unilateral (cuando se respetan los requisitos constitucionales a que nos acabamos de referir), no es de la competencia del juez, el cual debe aplicar el derecho nacional tal como se le da, y debe aceptar la interpretación unilateral al tratado, del mismo modo que debe aceptar los tratados mismos, sin discutir sus posibles implicaciones internacionales.

²⁶ Hay que recordar, sin embargo, que existen diferencias notables entre la legislación interna y las normas incorporadas a partir de un tratado. Por ejemplo, la derogación de la norma legislativa debe seguir los caminos establecidos por la constitución, mientras que la norma originada en un tratado puede ser derogada (sin intervención del legislativo) cuando el otro Estado contratante, por ejemplo, ha violado en forma grave el tratado, o en general, cuando se dé cualquiera de las causas de terminación del tratado.