

Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?

Gattas Abugattas Giadalah*

1. A modo de introducción: la existencia de dos ordenamientos

A propósito del proceso de reforma constitucional, se hace necesario revisar una serie de instituciones cuya regulación podría mejorarse. En este caso, estudiaré el sistema de articulación existente para relacionar las normas de Derecho Interno con las normas de Derecho Internacional, y trataré de precisar cuáles serían los aspectos que el legislador debiera tomar en cuenta al momento de reformar el texto constitucional, de modo que se logre la mejora señalada.

Sin embargo, antes de iniciar el análisis propuesto, creo conveniente introducir el tema dejando en claro que la doctrina reconoce la existencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes: el ordenamiento interno de cada Estado y el ordenamiento internacional, y esta es la premisa de la que parto.¹ Las principales diferencias vienen dadas

* Este trabajo se basa en la ponencia presentada al VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, realizado en Arequipa en setiembre de 2005.

¹ En efecto, tanto el Derecho Interno como el Internacional tienen cada uno sus propias características que los hacen diferentes entre sí. Sobre esto, Novak y García-Corrochano precisan: «El ordenamiento jurídico internacional presenta una serie de características que lo distinguen de los ordenamientos internos» (NOVAK, Fabián y Luis, GARCÍA-CORROCHANO.

por los sujetos vinculados, sus formas de creación, sus principios, sus objetivos, su ámbito de aplicación y sus normas fundantes.

Como se sabe, el principal sujeto de Derecho Interno es el individuo, sea considerado de manera aislada o sea organizado en una persona jurídica. Por su parte, el principal sujeto de Derecho Internacional es el Estado, sin dejar de tomar en cuenta otros sujetos tales como las Organizaciones Internacionales y, desde luego, los seres humanos.² Así, es lógico deducir que el ámbito de regulación del Derecho Interno se circunscribe al territorio soberano donde ejerce jurisdicción un Estado, que es donde están, en principio, sus sujetos de Derecho; mientras que, por otro lado, el ámbito de aplicación del Derecho Internacional no sólo va más allá de las fronteras de los Estados sino que las atraviesa.

Esto permite entender que los fines de cada Derecho sean diferentes aunque, en ambos casos, dichos fines se pretendan concretar siguiendo el mismo mecanismo.³ Mientras que el Derecho Interno busca regular la conducta de los individuos dentro de un Estado para garantizar la convivencia de los mismos y, así, la existencia misma del Estado, el Derecho Internacional busca, entre otros fines, la relación pacífica de sus propios sujetos, tratando de generar niveles de cooperación, integración y solución de controversias que sean aceptables en atención a la creación de una sociedad internacional que responda a las exigencias de la comunidad internacional.

Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y Fuentes. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 37). En el mismo sentido Pastor Ridruejo señala: «[...] para que la comparación entre ambos sistemas sea justa y rigurosa hay que tener siempre en cuenta que los Derechos Internos y el Derecho Internacional descansan sobre supuestos institucionales diferentes, siendo mucho más completos y evolucionados los de los Derechos Internos». (PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 8.^a ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 24). Para Sorensen: «La denominación Derecho Internacional es estrictamente técnica: designa el sistema jurídico cuya función primordial es regular las relaciones entre los Estados [...] Ni el Derecho Internacional ni el Interno pueden hoy desarrollarse en aislamiento» (SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 53 y 97). Según Diez de Velasco, el Derecho Internacional general es el «[...] sistema de normas y principios que forman el Ordenamiento jurídico de la sociedad internacional contemporánea» (DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 13.^a ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 62).

² Sobre los sujetos de Derecho Internacional se puede revisar los textos de RUDA SANTOLARIA, Juan José. *Los sujetos de Derecho Internacional. El caso de la Iglesia Católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 29 y ss.; NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Derecho Internacional Público*. Tomo II: Sujetos de Derecho Internacional, vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 17 y ss.; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 25 y ss.; entre otros.

³ Ambos buscan regular el comportamiento de sus sujetos para dar lugar a la existencia de una comunidad mayor que los englobe y proteja; aunque, en cada caso, con fines distintos.

Como los fines son distintos, serán distintas las formas de creación de normas que permitan alcanzar dichos objetivos y ello tendrá como consecuencia que las normas fundantes de ambos Derechos sean también distintas.⁴ El Derecho Internacional tiene formas propias para crear derechos, como los tratados, la costumbre, los actos unilaterales de los Estados o los actos de las Organizaciones Internacionales. Todas estas formas de creación de Derecho Internacional tienen algo en común: su base está en la valoración libre de las partes que son, gracias a su voluntad, a su vez los creadores y sujetos de ese Derecho; valoración que debe respetar ciertas normas internacionales de carácter imperativo (*ius cogens*).

Por su parte, el Derecho Interno presenta su propia forma de creación de Derecho, centralizada, en principio, en un organismo legislativo. Es así que se creará una estructura legislativa jerárquica de normas que tiene en su parte más alta a la Constitución y que va descendiendo, en cada caso, hacia un número de normas que pueden llegar a ser tan distintas como distintos los Estados que existan. A diferencia del Derecho Internacional, en la base de la creación de las normas del Derecho Interno se encuentra un criterio de subordinación de sus sujetos de Derecho ante la valoración hecha por el organismo creador del mismo que, al representar a dichos sujetos, los convierte también en creadores «indirectos» de ese Derecho. Finalmente, existen principios generales de Derecho Interno que lo son también de Derecho Internacional. Pese a ello, hay también principios propios del Derecho Internacional, como el de la continuidad de la personalidad jurídica de los Estados, el de la solución pacífica de

⁴ La razón de validez del Derecho Internacional, según Kelsen, se encuentra en última instancia en la costumbre internacional; así las normas *pacta sunt servanda* y buena fe, se justifican porque se presume que: «[...] los Estados deben comportarse tal como los Estados consuetudinariamente se comportaban» (KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. 3.^a ed. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2001, p. 89); es decir, cumpliendo sus acuerdos y respetando los principios generales del Derecho Internacional. Por otro lado, la razón de validez del Derecho Interno se encuentra en lo que Kelsen llama Constitución histórica del Estado (p. 75 y ss.). Nótese que las dos normas fundantes, tanto la del Derecho Interno como la del Derecho Internacional, son explicadas por el mismo Kelsen, pese a que luego dirá que la norma fundante termina siendo una sola, dependiendo de si se otorga superioridad al Derecho Interno o al Internacional.

Obsérvese, además, que al vincular a sujetos distintos, los Derechos Interno e Internacional serán ontológicamente distintos. Muchas de las relaciones intersubjetivas son diferentes en cada ámbito —interno e internacional—, por lo que la valoración de ellas toma en cuenta aspectos distintos y, por tanto, las normas producto de esa valoración serán ontológicamente diferentes. Desde la perspectiva de la Teoría Tridimensional del Derecho, estamos ante dos Derechos distintos en cuanto a su origen y razón de validez, ya que la valoración que lleva a la creación de las normas fundantes, tanto del Derecho Interno como del Derecho Internacional, es distinta en cada caso (sobre la Teoría Tridimensional del Derecho se puede revisar, entre otros, las obras completas de: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y Persona. Introducción a la Teoría del Derecho*. 4.^a ed. Lima: Grijley, 2001; y *El Derecho como Libertad. Preliminares para una Filosofía del Derecho*. 2.^a ed. Lima: Universidad de Lima, 1994).

las controversias entre los Estados, el de la abstención de los Estados de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones, y el de la primacía misma del Derecho Internacional.

No se debe olvidar, pues, que el Derecho Internacional tiene una naturaleza propia y ciertas características que lo hacen ontológicamente distinto del Derecho Interno.⁵ Una de esas características, como se mencionó, es la ausencia de un organismo legislativo centralizado. Otra característica del Derecho Internacional es la ausencia de un organismo jurisdiccional obligatorio y con competencia ineludible;⁶ quedando en pie la libertad para la elección de los medio para solucionar pacíficamente las controversias, recogida en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. También es característica del Derecho Internacional la ausencia de un organismo sancionador o coactivo centralizado.⁷ La coexistencia de normas generales y particulares es otra característica del Derecho Internacional,⁸ a lo que se suma el hecho de que en dicho

⁵ Al respecto se pueden revisar, entre otros: NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Ob. cit.*, t. I, p. 37 y ss.; VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. 6.^a ed. Madrid: Aguilar, 1982, p. 105 y ss; y DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 70 y ss.

⁶ Como dicen Novak y García-Corrochano: «[...] en el Derecho Internacional no existe un tribunal al cual todos los Estados de la Comunidad Internacional se encuentren sometidos. Más aún, si bien existe la obligación de los Estados de arreglar pacíficamente sus controversias, los Estados son libres para elegir el medio de solución más adecuado, por lo cual estamos hablando de una obligación de medios» (NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Ob. cit.*, t. I, pp. 38 y 39).

⁷ Así, el cumplimiento de dicho Derecho dependerá del compromiso de las partes y de su buena fe. Sin embargo, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se intenta iniciar un proceso de cambio. Como dice Verdross: «[...] antes de la ONU faltaba un poder coercitivo central, y ello autorizaba a los Estados a hacer valer sus derechos por medio de la autotutela [...] la Carta de la ONU introduce una gran innovación, por cuanto sustrae a los Estados toda facultad de autotutela militar [...] y concede al Consejo de Seguridad un poder coercitivo limitado. Constituye esta disposición un germen de gobierno mundial» (VERDROSS, Alfred. *Ob. cit.*, p. 105). Es preciso recordar lo que señalan Novak y García-Corrochano: «[...] las características que poseen las normas de Derecho Internacional, entre las que figuran su elaboración a cargo de los propios destinatarios y la ausencia de coerción, mal pueden servir para negarle carácter jurídico. Lo que sucede es que nos encontramos frente a un ordenamiento jurídico que tiene como sujetos a entes soberanos, razón por la cual presenta características propias y una estructura distinta a la que poseen los ordenamientos jurídicos de subordinación» (NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA CORROCHANO. *Ob. cit.*, t. I, p. 41). Así, por más que no haya coerción, el Derecho Internacional será efectivo en tanto las partes vinculadas lo cumplan.

⁸ Recuérdese que en el Derecho Interno las normas particulares son excepcionales y deben estar enteramente justificadas por las circunstancias. Por su parte, en el Derecho Internacional se pueden encontrar tratados bilaterales, costumbres regionales, actos unilaterales y algunas decisiones de tribunales u Organizaciones Internacionales. Nótese, además, que las normas de Derecho Internacional, sean particulares o generales, deberán cumplir ciertas condiciones: «a) Establecer una obligación: no constituyen normas jurídicas las manifestaciones de deseos o de exhortaciones, los consejos, pareceres y recomendaciones. b) Formular una obligación ju-

ordenamiento se puede encontrar una misma norma en fuentes diversas.⁹ Finalmente, el Derecho Internacional es un medio de coordinación entre las relaciones, muchas veces asimétricas, de los Estados soberanos siempre distintos.¹⁰

En suma, se puede decir que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos ordenamientos diferentes. El conjunto de características señaladas hace que el Derecho Internacional tenga una verdadera naturaleza propia, que responde además a las características propias de los sujetos que relaciona, entre las que resalta la soberanía. Sin embargo, como se explicará a continuación, estos ordenamientos ontológicamente distintos conviven y se relacionan entre sí.

2. La convivencia del Derecho Interno y el Derecho Internacional: sistema de Incorporación de normas de Derecho Internacional contenidas en tratados

La existencia de dos ordenamientos distintos no deja lugar a dudas. El problema se presentará cuando ambos ordenamientos pretendan convivir en un mismo ámbito de aplicación, ya que la concepción que se tiene de «Estado» hoy en día afirma que al interior del mismo no debe existir más que un Derecho (concepción unitaria del Derecho), pues se entiende que el Derecho es una estructura ordenada de normas que no se contradicen entre sí. Al tener los dos ordenamientos fuentes distintas, la regula-

rídica: no una obligación política o moral. c) Enunciar una obligación jurídica internacional: es preciso que la validez y eficacia de las normas en concreto dependa del Derecho Internacional y no se trate de una obligación jurídica impuesta por un Derecho Nacional» (NOVAK, Fabián y LUIS GARCÍA-CORROCHANO. Ob. cit., t. I, p. 43). A lo anterior solo es necesario agregar que cuando se habla de «obligación» se debe entender que se refiere, también, a «derechos».

⁹ Es preciso tomar en cuenta que en el Derecho Interno lo que suele haber es un desarrollo del mismo tema en diferentes normas, pero enfocados desde distintos niveles. Por ejemplo, una regla contenida en la Constitución puede ser desarrollada por una ley, la que a su vez le puede dejar cierto marco de acción a alguna norma inferior que, por ejemplo, la reglamente. Por su parte, muchas normas de Derecho Internacional tienen su origen en la costumbre internacional que luego se codifica, o en principios del Derecho que pasan por el mismo proceso; una misma norma podrá, así, estar recogida en varias fuentes que incluso se podrán alegar a la vez.

¹⁰ Dicha heterogeneidad está «[...] manifestada principalmente en la desigualdad de poder económico y político de los Estados» (DIEZ DE VELASCO, Manuel. Ob. cit., p. 77). Por su parte, el Derecho Interno, en principio, no toma en cuenta las desigualdades económicas y sociales en la elaboración de normas, sino que parte de la igualdad entre sus sujetos de Derecho. Digo en principio ya que hay normas, como las tributarias, que sí tienen en cuenta la condición económica de la persona a la que vinculan, o como las normas con sustrato social que buscan beneficiar a los socialmente relegados (por ejemplo normas sobre seguros sociales, sobre minorías, entre otras).

ción que hagan de la misma conducta puede ser diferente y, de darse esa contradicción, se afectaría la definición misma del Derecho y la propia concepción del Estado.

Para entender esto, hay que recordar lo que dice Kelsen sobre el Estado:

Si por el término «Estado» se entiende una comunidad de hombres, debe admitirse que esa comunidad está constituida por un orden normativo que regula la conducta mutua de los hombres que, como se suele decir, «pertenecen» o «forman» esa comunidad [...] lo que tienen en común los hombres que pertenecen a la comunidad llamada Estado, no es otra cosa que el orden normativo que regula su conducta mutua [...] el Estado, como una comunidad, es un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico.¹¹

Sobre lo mismo, y analizando la etapa en la que en los Estados Unidos de América se crea la idea del control jurisdiccional difuso de la constitucionalidad de las normas, Marcial Rubio agrega que el Derecho pasa a ser: «[...] preponderantemente pero no exclusivamente [...], el conjunto de textos emitidos por el órgano legislativo del Estado [...] En los últimos dos siglos, por tanto, Derecho y Estado han sufrido una creciente identificación, al punto que hoy prácticamente existe un monopolio de creación de aquél por éste».¹²

Hasta aquí, se tiene que en un Estado debe existir solo un ordenamiento vigente, ya que ese Estado es el que monopolizará la creación de ese único Derecho. Por ello, cuando se pretende relacionar el Derecho Interno con el Internacional, dos órdenes normativos distintos, se presenta la posibilidad de un conflicto que rompería con la concepción unitaria de «un Estado, un Derecho».

444

Esto lo explica Kelsen cuando señala que

[...] la Teoría Pura del Derecho, como Ciencia del Derecho, concibe al Derecho en su totalidad como un sistema de normas que no entran en conflicto. Esto parece ser imposible por lo que atañe a la relación entre el Derecho Nacional e Internacional los que, de conformidad con la doctrina tradicional, son dos sistemas de normas independientes el uno del otro y, consecuentemente, se encuentran en posibilidad de entrar en contradicción o conflicto.¹³

Partiendo de las ideas antes explicadas, es decir, de considerar que en un Estado, para que no haya contradicción entre las normas, debe existir un solo orden normativo, surge la necesidad de idear un criterio que permita articular el Derecho Interno y

¹¹ KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 53 -55.

¹² RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. 8.ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 38.

¹³ KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 81. Como se ha indicado, la idea de que en un Estado *exista* «un» derecho, responde al temor de que las normas caigan en contradicción y afecten la concepción misma del Estado. Personalmente, creo que el temor es válido; en un Estado solo se puede *aplicar* un orden normativo a la vez, de modo tal que no haya contradicción. Sin embargo, debo salvar mi posición señalando que el hecho de que solo se pueda *aplicar* un orden normativo a la vez no significa que solo deba *existir* un orden normativo dentro de un Estado.

el Internacional de modo tal que, sin dejar de lado ninguno de ellos, puedan convivir como si fueran un solo Derecho, eliminando así la posibilidad de contradicción. Apareció, de esta manera, el sistema de incorporación de normas del Derecho Internacional.

En este orden de ideas, se entiende que «[...] la incorporación alude a la forma como las normas internacionales ingresan a los ordenamientos estatales».¹⁴ Incorporación es entonces agregar en el Derecho Interno las normas de Derecho Internacional, para hacer que estas últimas se consideren parte del Derecho Interno y se relacionen con las normas del mismo como lo haría cualquier norma interna,¹⁵ evitando así las contradicciones.

Por otro lado, la incorporación es un tema regulado por el Derecho Interno de cada Estado. Con ese objetivo, estos pueden optar entre tres posturas: una monista, otra dualista y una tercera que es no regular el tema.¹⁶ Respecto a esta última opción, Novak y García-Corrochano precisan que: «[...] en algunos sistemas constitucionales no existe una referencia expresa en relación con la incorporación de los tratados al Derecho Interno. En estos casos, habrá que examinar la práctica administrativa o jurisprudencial para determinar si es necesario o no un acto formal de incorporación».¹⁷

2.1. Teoría Monista

2.1.1. Descripción:

Respecto al sistema de incorporación monista o automático se puede decir que «[...] supone la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento interno una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna, para consolidar que la norma convencional está en vigor internamente».¹⁸

¹⁴ SALMÓN, Elizabeth. «Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución». *Pen-samiento Constitucional*, año IX, n.º 9, 2003, p. 151. Es necesario precisar que una cosa es el modo de ratificación de un tratado, lo que generará que este vincule a un Estado, y otra cosa distinta es el modo en que ese tratado, ya vinculante y en vigor, se incorpora al ordenamiento interno.

¹⁵ Es decir, bajo los criterios de jerarquía, competencias, primacía de la norma posterior y primacía de la norma especial.

¹⁶ Si se quiere profundizar sobre el monismo y el dualismo, se puede revisar, además de los textos que se citarán: ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 2002, p. 85 y ss.; OPPENHEIM, L. *Tratado de Derecho Internacional Público*, t. I, v. 1, 8.ª ed. Barcelona: Bosch, 1961, p. 37 y ss.; entre muchos otros autores que tratan el tema.

¹⁷ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. Ob. cit., t. I, p. 326.

¹⁸ *Ibidem*, p. 325.

Este sistema monista encuentra su sustento en las ideas de Kelsen. En efecto, dicho autor sostenía que existe solo una norma fundamental que da validez a todo el ordenamiento jurídico, norma única que termina por unir al Derecho Interno con el Internacional ya que ambos encuentran en ella su razón de validez.¹⁹

Dentro de la teoría preceptiva de Kelsen, si una norma encuentra su razón de validez en la norma de jerarquía inmediatamente superior, y existe solo una norma última que es la razón de validez y justificación de la obligatoriedad tanto del Derecho Interno como del Derecho Internacional, entonces entre ambos ordenamientos existirá una relación de jerarquía que muestra que están necesariamente unidos.

Es decir, si la norma fundamental está en el Derecho Internacional, el Derecho Interno encontrará su razón de validez en el Derecho Internacional, subordinándose a él; si, por otro lado, se ubica la norma fundamental en el Derecho Interno, el Derecho Internacional encontrará su razón de validez en el Derecho Interno, subordinándose a él. En ambos casos, esa subordinación exigida para justificar la validez de las normas, hace que los ordenamientos se entiendan necesariamente unidos.

En efecto, Verdross —dentro de la teoría monista— coloca al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno y dice que los sistemas de transformación de normas internacionales en internas (sistemas de incorporación dualista) no generan una transformación en sí, sino «[...] la ejecución de una norma superior por una inferior».²⁰ Sin embargo, si la norma fundamental se encontrara en el Derecho Interno y, por tanto, este fuera superior al Derecho Internacional, este último igual tendría que estar necesariamente unido al Derecho Interno por encontrar en él su norma fundante.

446

Era pues Kelsen quien sostenía que «Si el Derecho Internacional y el Nacional se suponen válidos simultáneamente, entonces resulta inevitable una construcción monista»;²¹ es decir, que se unan en un solo ordenamiento jurídico. Esto se explica, para él, porque si estamos ante dos órdenes normativos (concepción dual del Derecho) es ilógico el caso de que ambos regulen de modo distinto la misma conducta, por lo que esta postura sería insostenible.²²

Así, siendo una la norma fundante de todo el Derecho, siendo uno el Derecho aplicable en un Estado, y pudiendo estar dicha norma fundante ubicada en el Derecho Internacional o en el Derecho Interno, ambos ordenamientos tendrán que estar necesaria e inmediatamente unidos, ya que son un solo Derecho y tienen una única norma fundante.

¹⁹ Sobre esto se puede revisar CIURLIZZA, Javier. «La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales 11. La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios II*, 1995, p. 70; y PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., pp. 170 -171.

²⁰ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 99.

²¹ KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 84.

²² *Ibídem*, l. cit.

2.1.2. Crítica:

El problema es determinar si ubicamos la norma fundante en el Derecho Interno o la ubicamos en el Derecho Internacional. El tema es decidir la primacía del Derecho Interno o la primacía del Derecho Internacional. Esto fue tan difícil para Kelsen, que terminó por afirmar que otorgar primacía a un ordenamiento o a otro es un tema meramente político, que escapa a la Ciencia del Derecho.²³

Otro problema es que al no definir cuál de los dos ordenamientos prima y decir que es un tema político, Kelsen tuvo que explicar cuál sería la norma fundamental en el caso de que el ordenamiento interno prime y cuál en el caso de que prevalezca el ordenamiento internacional. De esta manera, si bien Kelsen considera que finalmente existirá solo una norma fundante, da luces sobre la posibilidad de que existan dos normas fundamentales diferentes, una para cada ordenamiento.²⁴

2.2. Teoría Dualista

2.2.1. Descripción:

Por otro lado, en cuanto al sistema de incorporación dualista o sistema de incorporación especial o formal, Novak y García-Corrochano señalan: «Otros sistemas constitucionales exigen algún tipo de procedimiento interno, con independencia del que se exija para la entrada en vigor internacional del tratado, para que las normas internacionales vinculen en el orden interno. En consecuencia, en estos sistemas la entrada en vigor interna e internacional del tratado se producen en momentos diferentes».²⁵

El sistema dualista se basa en las ideas planteadas por Triepel en 1899, quien afirmaba que el Derecho Interno y el Internacional eran distintos, teniendo vidas separadas e independientes. Planteó esto, ya que consideraba que ambos ordenamientos tenían fuentes diferentes y regulaban relaciones diferentes. Para él, existían pues dos ordenamientos jurídicos.²⁶

Como se ve, el dualismo considera que cada Derecho tiene su propia norma fundante y será válido independientemente del otro. Sin embargo, si bien es cierto que las fuentes de ambos Derechos son distintas, no se puede seguir afirmando que cada uno regula relaciones distintas.²⁷ Se presentarán casos en que ambos regulen el mismo

²³ *Ibidem*, p. 104.

²⁴ Al respecto véase cita 4.

²⁵ NOVAK, Fabián y GARCÍA-CORROCHANO, Luis. *Ob. cit.*, t. I, p. 325.

²⁶ Sobre esto se puede revisar, entre otros CIURLIZZA, Javier. *Ob. cit.*, pp. 70; PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Ob. cit.*, pp. 170 y 171; y VERDROSS, Alfred. *Ob. cit.*, pp. 94 y ss.

²⁷ Al respecto, Pastor Ridruejo acota: «El Derecho Internacional Contemporáneo ya no tiene únicamente la función clásica de regular las relaciones entre Estados y distribuir las competencias entre ellos, sino que, como ya vimos, tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación en muchas materias que antes asumían exclusiva-

tema y, si el Derecho Internacional contenido en tratados quiere aplicarse a nivel interno, debe, según esta teoría, transformarse en Derecho Interno para someterse a la norma fundante de dicho Derecho y ser una norma obligatoria para aquel, sin entrar en contradicciones.

Sobre estas ideas, es conveniente analizar el comentario de Díez de Velasco:

Las consecuencias prácticas de esta posición dualista o de separación de los ordenamientos son, básicamente, dos: *primero*, una norma internacional no puede ser directamente obligatoria en el orden jurídico interno; el destinatario son los Estados que han prestado su consentimiento [...] para que un Tratado internacional sea aplicable en el orden interno deberá ser transformado en norma interna mediante un acto del legislador; *segundo*, como el tratado se transforma en norma interna, la norma posterior puede derogar o modificar la norma anterior.²⁸

2.2.2. Crítica:

Desde mi punto de vista, el sistema de incorporación dualista parte de un punto cierto: cada Derecho tiene su propia norma fundante. El problema está en que no es necesario que una norma interna incorpore el Derecho Internacional de modo expreso para que aquel sea obligatorio en el plano interno, ya que la obligatoriedad del Derecho Internacional contenido en tratados, tanto a nivel interno como internacional, se basa en los principios de primacía del Derecho Internacional, *pacta sunt servanda* y buena fe.²⁹ Además, dicha incorporación dualista tiene el grave riesgo de que cualquier norma interna posterior deje de lado al tratado (considerado una norma interna más), afectándose los principios antes señalados.

448

3. Jerarquía de los tratados

Una de las consecuencias de la incorporación es la jerarquía. El Diccionario de la Real Academia Española define «jerarquía normativa» como aquel «[p]rincipio que, en el seno de un ordenamiento jurídico, impone la subordinación de las normas de grado inferior a las de rango superior».³⁰ Consecuencia de la jerarquía, es el predominio del superior jerárquico; así, la norma superior primará sobre la inferior subor-

mente los Estados y se regulaban por los Derechos Internos» (PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., p. 168).

²⁸ DIEZ DE VELASCO, Manuel. Ob. cit., p. 194.

²⁹ Por otro lado, es inexacto decir que los destinatarios del Derecho Internacional son solo los Estados, pues hoy en día no son los únicos destinatarios de dicho ordenamiento. Pastor recalca que el Derecho Internacional «[...] también ha de observarse en el interior de los Estados, es decir, en las relaciones entre los Estados y los particulares sometidos a su jurisdicción; particulares que pueden incluso exigir judicialmente el respeto del Derecho Internacional» (PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., p. 167).

³⁰ Tomado de la página web: <<http://www.rae.es/>>, visitada el 4 de julio del 2005.

dinada, lo que implica que la puede inaplicar, derogar o modificar, y que la norma inferior que contradiga a la superior no producirá efectos jurídicos.³¹

Ahora bien, sea que las normas internacionales se incorporen automáticamente o a través de un procedimiento especial de transformación, se tendrá como resultado que dentro de un mismo territorio existirán normas de distinto origen: nacional e internacional. Como se explicó, lo que se pretende es que la relación entre estas normas se dé como si todas fueran normas internas, de modo tal que, bajo los criterios de jerarquía, norma posterior prima sobre anterior de igual rango, norma especial prima sobre norma general y distribución de competencias, se evite la contradicción entre estos dos Derechos.

Así, una vez incorporado el Derecho Internacional al Derecho Interno, aparece la necesidad de otorgarle una jerarquía normativa. Al darse esta incorporación de las normas internacionales, serán los ordenamientos internos los que ubiquen a las mismas dentro de su escala jerárquica de normas internas en base a criterios políticos, como el mismo Kelsen lo dice.³²

En estos casos, la jerarquía (o rango³³) se referirá a la relación de primacía, equiparidad o subordinación entre las normas de origen internacional y las normas de origen interno. Esta relación permitirá que se apliquen los criterios señalados líneas arriba, y que a través de la inaplicación, derogación o modificación de normas se permitirá que los dos ordenamientos jurídicos (nacional e internacional) coexistan sin entrar en conflicto. La jerarquía sirve, repito, para que, incorporadas las normas internacionales, estas se articulen con el Derecho Interno y se resuelvan las posibles contradicciones que pudieran producirse al regular ambos ordenamientos las mismas conductas, de acuerdo, claro, con esta visión doctrinaria.

En este sentido, y siguiendo la posición de la doctrina³⁴ que ve en la incorporación el mejor método de articulación entre las normas internacionales y las nacionales, las

³¹ Un estudio sobre el tema de la jerarquía se puede encontrar en BREWER-CARIAS, Allan. *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1994, p. 64 y ss.

³² KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 104.

³³ Estos términos son sinónimos pues ambos se refieren a la posición de la norma en el escalafón interno. Decir que una norma tiene rango de ley, por tanto, no necesariamente implica que dicha norma sea una ley, sino simplemente que dicha norma tendrá la fuerza de una ley por estar ubicada en el mismo nivel que aquella en la pirámide normativa.

³⁴ Sobre este tema se pueden revisar, entre otros, los trabajos de: NOVAK, Fabián y Luis, GARCÍA CORROCHANO. Ob. cit., t. I, pp. 327 y ss.; CIURLIZZA, Javier. Ob. cit., pp. 72 - 73; LANDA ARROYO, César. *La aplicación de los tratados internacionales en el Derecho Interno y las decisiones de las cortes internacionales, especialmente en materia de derechos humanos*. Academia de la Magistratura, Programa para la Formación y el Ascenso de Magistrados, Primer Curso Habilitante para la Función Jurisdiccional y Fiscal - Nivel Magistrados Supremos, 2001, p. 4 y ss.; del mismo autor: «Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia del Tri-

opciones teóricas sobre el rango de los tratados dentro de los ordenamientos nacionales pueden ser varias: rango supraconstitucional, rango constitucional, rango suprallegal, rango legal y rango infralegal.

4. Problemática resultante de la utilización del Sistema de Incorporación

Como se ha explicado, dada la existencia de dos ordenamientos jurídicos, uno interno y otro internacional, los juristas han dedicado su tiempo a encontrar la manera de relacionar aquellos de modo tal que no se afecten entre sí, sino que, más bien, mantengan una relación coordinada. Todo esto, teniendo en cuenta que, desde que Kelsen expuso sus ideas, se ha considerado que dentro de un Estado existe un ordenamiento jurídico (concepción unitaria del Derecho).³⁵

Así, la doctrina llegó a la conclusión de que el mejor conector entre dichos ordenamientos era el sistema de incorporación de las normas del Derecho Internacional al ordenamiento interno de cada Estado. La norma internacional en vigor se incorporaría pues al Derecho Interno, considerándola parte del mismo, ya sea siguiendo una concepción monista o una dualista. Como se explicó también, incorporar una norma al Derecho Interno implica acomodarla dentro de la escala jerárquica que existe en dicho orden interno. De esta manera, junto con la incorporación de las normas internacionales aparece la necesidad de otorgarles una jerarquía en el ordenamiento interno, la misma que les permita relacionarse con el resto de normas de este último.

450

Personalmente, considero que todo esto complica el entendimiento del tema y exige, además, forzar una serie de interpretaciones para darle sentido. Como se puede ver en el análisis hecho al inicio, los ordenamientos interno e internacional son diferentes, al punto que pretender unirlos del modo en que el sistema de incorporación lo hace, rompe la lógica de una relación que podría entenderse de modo más sencillo. Dentro del sistema de incorporación, o se respetan las normas internacionales a costa de la violación de las normas internas, o se respetan las normas internas a costa de la violación de las normas internacionales.

Si bien cada caso presenta un plano de responsabilidad diferente (responsabilidad interna y responsabilidad internacional, respectivamente), creo conveniente idear un

bunal Constitucional». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 28, Enero 2001, p. 28 y ss.; del mismo autor también: «El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza Saquicuray». *Ius et veritas*, año 6, n.º 11, noviembre 1995, p. 171 y ss.; NOVAK, Fabián y Elizabeth, SALMÓN. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. 2.ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 113 y ss.; RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 150; MOLINA, Carlos Ernesto. «Las dos vías de incorporación automática de las normas internacionales del trabajo al ordenamiento jurídico interno colombiano y su efecto vinculante». *Ius et veritas*, año XII, n.º 24, 2002, p. 230 y ss.

³⁵ Al respecto se puede revisar KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 53 y ss.

nuevo sistema de articulación que permita, entre otros, el cumplimiento simultáneo de las normas de Derecho Interno e Internacional. Por lo pronto, en este trabajo se pretende simplemente demostrar las deficiencias del sistema actual que se acaba de estudiar, deficiencias a las que se deben sumar todas las imprecisiones que usualmente presenta la regulación de este tema en los ordenamientos internos de los Estados.

4.1. Incoherencia entre los preceptos del Derecho Interno y las normas internacionales sobre denuncia, modificación o suspensión de tratados

Un gran problema con el sistema de incorporación es que las reglas del sistema de jerarquía no se adecúan a los principios y otras normas sobre denuncia, modificación o suspensión de tratados. Cuando Kelsen busca el fundamento de validez de las normas, propone un sistema de jerarquía por el cual la norma superior se entiende como la razón de validez de la inferior y esto trae una serie de consecuencias.³⁶

4.1.1. Afectación del precepto *lex superior derogat legi inferiori*

Una primera consecuencia de dicho sistema jerárquico es que la norma superior prima sobre la inferior, de tal manera que las normas inferiores no producen efectos si contradicen normas superiores y, por otro lado, que la modificación de una norma superior afecta la validez de la norma inferior. Así, cuando un tratado tiene, por ejemplo, rango de ley, una modificación en la Constitución debería afectarlo, por tener esta última rango superior. Sin embargo, las normas internacionales que establecen que un tratado se denuncia, modifica o suspende sólo de acuerdo a sus propias disposiciones, o a las normas generales del Derecho Internacional, implicarán que, por ejemplo, una reforma constitucional no afecte la validez ni la aplicación de un tratado con rango de ley, pese a ser inferior jerárquico.

De esta manera, se ve cómo esas normas de Derecho Internacional no encajan con el principio de que la norma superior prima sobre la inferior.³⁷ Se vulneran, pues, las reglas del sistema de jerarquía. Dichas normas de Derecho Internacional que restringen la denuncia, modificación o suspensión de tratados, relacionadas con la lógica del sistema jerárquico, implicarían otorgarle rango supraconstitucional al tratado, ya que pese a tener, por ejemplo, rango legal, ni una reforma constitucional produciría efectos sobre él, poniéndolo por encima de la misma Constitución.³⁸

³⁶ *Ibidem*, pp. 39 - 47 y 73 - 79.

³⁷ Normas internacionales, las mencionadas, que son recogidas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (artículos 39 y ss.) y que son recogidas también por varios Estados en su legislación interna, así como por la costumbre internacional.

³⁸ Al respecto se puede revisar SALMÓN, Elizabeth. *Ob. cit.*, p. 159 (cita número 16). La autora nota, acertadamente, que en el caso peruano, en el que se recoge el tema de la denuncia, modificación y suspensión de los tratados en una ley, sería pues una norma legal y no la Constitución la que estaría otorgando casi *de facto* un rango a los tratados. Además, nótese que el ejemplo empleado se puede reproducir en las relaciones entre los distintos rangos posibles.

4.1.2. Afectación del precepto *lex posterior derogat priori*

A lo anterior se suma una segunda consecuencia relacionada con la jerarquía, que es el principio que dice que las normas posteriores inaplican, derogan o modifican las normas anteriores de igual rango. Sin embargo, por las mismas normas internacionales sobre denuncia, modificación o suspensión de tratados que se señalaron en el caso anterior, una norma interna posterior y «válida» de igual rango (o incluso superior) no producirá efectos jurídicos frente al tratado escudado en ellas, reglas internacionales que, usualmente, los mismos ordenamientos internos reconocen.³⁹

Así, una vez más, las normas internacionales sobre denuncia, modificación o suspensión de tratados, dentro de la lógica de la jerarquía, parecerían otorgar a los tratados un rango superior al que tienen, ya que las normas internas posteriores de su mismo nivel jerárquico no producen efectos frente a la validez de ellos. Entonces, si un tratado con rango de ley, por ejemplo, no se ve afectado por una norma interna posterior con rango de ley, pareciera que el tratado tiene rango suprallegal, por lo menos.

Nótese (para este caso, así como para el anterior), además, que de aceptarse que el tratado se vea afectado en su validez o que se ordene su inaplicación a nivel interno por una norma posterior de rango igual o superior, se estaría afectando la obligación internacional de primacía del Derecho Internacional (además de los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe), lo que podría generar, a su vez, responsabilidad internacional. Como se dijo, o se respetan las normas de Derecho Interno o se respetan las normas de Derecho Internacional, pero dentro del sistema de incorporación, como se ve, no se pueden respetar ambas

452

4.1.3. Principio de Competencia como intento fallido para dar solución a estos problemas, y la inadecuada aplicación de la idea de prevalencia del Derecho Internacional para justificar las afectaciones estudiadas

De los dos temas recién examinados, se desprende que podrán existir normas internas posteriores a la incorporación de un tratado que, teniendo igual o mayor rango que el Derecho Internacional incorporado, no lo afecten. De esta manera, se estarían respetando los criterios internacionales «vinculantes» sobre denuncia, modificación o suspensión de tratados, pero se estaría generando (además de lo señalado líneas arriba) que en un Estado existan dos Derechos distintos y válidos que podrían, incluso, llegar a ser contradictorios, afectándose los preceptos del Derecho Interno. Ello, porque el Derecho Interno posterior, de igual o superior rango, estaría cumpliendo con

³⁹ Es el caso del artículo 7 de la Ley 26647 que para el caso peruano señala que: «Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, solo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República con cargo a dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere su aprobación previa».

los requisitos de forma y fondo para ser válido, junto con el tratado, también válido al no haberse denunciado, modificado o suspendido su aplicación según las reglas del Derecho Internacional.⁴⁰

Con ello se rompería la concepción unitaria del Derecho que dice que en un Estado solo hay un Derecho. Se incorpora el Derecho Internacional para que no se generen contradicciones frente al ordenamiento interno, pero estas terminan produciéndose. El sistema de incorporación crea o aplica reglas que buscan proteger la vigencia de la norma internacional, pero lo hace de un modo complejo, afectando la lógica estructural del sistema interno y de las relaciones de jerarquía, ya que, como se ha dicho, podrán existir dos normas válidas y contradictorias dentro de un mismo ordenamiento, pese a la incorporación y a la relación de jerarquía entre ellas.

Este problema de jerarquía y de relación de normas en el tiempo se pretende solucionar haciendo referencia al principio de competencia. En base a este principio, se alegraría que la existencia de normas que garanticen la denuncia, modificación o suspensión de un tratado siguiendo los pasos que el mismo establece o las normas generales del Derecho Internacional, no implica otorgar *de facto*, a los tratados, un rango superior al que tienen según el ordenamiento interno, y si esas normas son leyes, mucho menos se pretende que sea una norma con rango de ley la que otorgue esa jerarquía superior a los tratados. De lo que se trata, al aplicar en el plano interno reglas sobre denuncia, modificación o suspensión de tratados, es de determinar competencias legislativas.

Esas competencias legislativas implicarían, según los que defienden esta teoría, que «[...] todo aquello que ha sido objeto de un tratado queda excluido de la competencia del legislador interno».⁴¹ Por lo tanto, toda norma que se establezca sobre dichas materias habrá sido dictada sin tener competencia para ello y, en consecuencia, será inválida según este sector de la doctrina. De esta manera, la única norma válida aplicable sería el tratado y no habría contradicción alguna. Con todo esto se descarta, además, que el respeto a las reglas sobre denuncia, modificación o suspensión de tra-

⁴⁰ Nogueira Alcalá explica que: «[...] si incorporado el tratado al ordenamiento jurídico, posteriormente se modifica la Constitución, entrando la nueva disposición constitucional en conflicto con la norma internacional del tratado, esta no pierde validez ni aplicabilidad, teniendo una especial fuerza pasiva frente a la modificación constitucional» (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno». *Ius et praxis*, Derecho en la Región, Constitución y Tratados Internacionales, año 2, n.º 2, 1997, p. 12). Por su parte, Díez de Velasco dice que la superioridad del Derecho Internacional «[...] no quiere decir que las normas internas contrarias al Derecho Internacional y las decisiones judiciales que en ellas se basen incurran en vicio de nulidad automático. En la mayoría de los casos, y salvo disposición expresa en contrario, son plenamente eficaces y aplicables por los tribunales y autoridades internos, aunque engendren responsabilidad internacional» (citado por PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., p. 173).

⁴¹ García de Enterría y Fernández Rodríguez; citados por: SALMÓN, Elizabeth. Ob. cit., p.159.

tados sea una forma camuflada de otorgar a estos últimos una jerarquía superior a la que el ordenamiento interno señala.

El problema es que ello constituye una interpretación forzada del principio de competencia, interpretación que no solo deja de reconocer que en la práctica existen normas internas que modifican o hacen que se inaplique un tratado, con la única y grave consecuencia de la responsabilidad internacional, sino que, también, termina por complicarles las cosas a los operadores del Derecho, muchas veces poco preparados para entender estas complejidades teóricas.⁴²

Además, no todos comparten la utilización del principio de competencia con relación al Derecho Internacional, principio que, como dije, se aleja de lo que ocurre en la práctica. Así, Nogueira Alcalá, sobre este principio señala:

[...] establecido para las leyes por la Constitución no es extensible a los tratados internacionales ya que éstos no tienen un campo normativo acotado como los diversos tipos de leyes, éstos pueden regular cualquier materia dogmática u orgánica [...] De esta manera, como sostiene Ignacio de Otto, «la relación entre el tratado y las leyes posteriores se basa sobre las reglas de aplicación».⁴³

En efecto, la competencia de un Estado para regular las relaciones entre sus sujetos de Derecho solo se puede limitar de modo expreso a través de un tratado internacional, y esto solo ocurre excepcionalmente. No basta, pues, la existencia del tratado para, tácitamente, considerar que la competencia del Estado para regular la misma materia ha sido limitada, sino que es necesario, además, que dicho tratado «expresamente» restrinja aquella competencia del Estado y en referencia a una materia determinada.⁴⁴ Así, en la generalidad de los casos, el tema no es tratar de determinar cuál es la norma competente para establecer la validez o no de otra norma, sino cuál es la norma aplicable según los principios del Derecho y las obligaciones del Estado.

Descartado el principio de competencia, por pretender ser aplicado a situaciones para las que no fue pensado y ser una interpretación forzada y compleja para el operador, Nogueira Alcalá resuelve el problema de las normas sobre denuncia, modificación o

⁴² Es poco probable que la mayoría de jueces de un país en vías de desarrollo entienda que el organismo legislativo del Estado no es competente para regular una materia ya regulada por un tratado, cuando su Constitución les dice que sí es competente y cuando tienen que aplicar el Derecho Interno para no cometer prevaricato. A esto habría que agregar, además, que la interpretación que se pretende que dichos operadores entiendan, es una interpretación forzada y sacada de contexto, como se explicará.

⁴³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., p. 20.

⁴⁴ Un ejemplo de este tipo de limitación expresa de las competencias de un Estado es el caso de los tratados de integración, a través de los cuales el Estado «expresamente» cede competencias a un órgano internacional de integración para regular una materia determinada, de modo que, a nivel interno, no podrá «válidamente» regularse el tema. Ahora bien, cabe la precisión de que estos casos son excepcionales y suelen estar rodeados de una serie de compromisos mayores por parte de los Estados involucrados.

suspensión de tratados aplicando el principio de primacía del Derecho Internacional y extrayendo de él la idea de la prevalencia de dicho Derecho, que no pretende otorgar jerarquía alguna. Sobre esto precisa que «[...] no hay una prevalencia jerárquica entre leyes y tratados, por lo que ambas serán igualmente válidas aunque entren en conflicto [...] sólo prevalece la aplicación de la norma internacional sobre la norma interna, porque así lo determina el Derecho Internacional».⁴⁵

El Derecho Internacional ordena que los tratados se denuncien, modifiquen o suspendan siguiendo sus pautas o las normas generales del Derecho Internacional; estas reglas buscan la prevalencia de los tratados sobre las normas de Derecho Interno, en base al principio de primacía del Derecho Internacional. Como prevalecer no implica otorgar jerarquía, se dirá que las normas que están vinculadas a la prevalencia del Derecho Internacional no buscan otorgar *de facto* jerarquía, sino que buscan que se prefiera la aplicación de aquel y, por lo tanto, no rompen el sistema.

Así, lo que hace Nogueira Alcalá es explicar por qué se respetan las normas sobre denuncia, modificación o suspensión de tratados, esto es, para cumplir con el principio de primacía del Derecho Internacional. Sin embargo, como la prevalencia no implica jerarquía, no se pueden utilizar las ideas de este autor para solucionar los problemas que la existencia de normas sobre denuncia, modificación o suspensión de tratados generan dentro del sistema de la incorporación que sí se basa en relaciones de jerarquía, que hacen que todo gire en torno a la validez de las normas.

En este sentido, a nivel interno se seguirán teniendo normas posteriores válidas que, pudiendo incluso ser superiores, no afectarán la validez de normas anteriores (los tratados). Por más que no se pretenda dar una jerarquía superior *de facto* a un tratado, sino simplemente hacer que prevalezca, cuando una norma posterior no afecte su validez en atención a las normas internacionales, dicho tratado se estará comportando, de acuerdo a las reglas internas que sí hablan de rango para los tratados, como si fuera superior jerárquico.

De ese modo, si dentro de una lógica de jerarquía se pretende introducir una idea de prevalencia pero sin generar subordinación, se produce una contradicción en el sistema. Se afectaría la lógica del sistema de jerarquía para tratar de responder a las exigencias internacionales cuando, desde mi punto de vista, sería más razonable responder a dichas exigencias fuera del sistema de jerarquía, de modo que se simplifiquen las cosas.

Es decir, o se utiliza el sistema de jerarquía y se siguen sus reglas, o no se utiliza. Si esto es así, las normas que dentro del sistema de jerarquía dicen que un tratado se denuncia, modifica o suspende en base a sus propias disposiciones o en base a las

⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., p. 19. En efecto, la preferencia en cuanto a la aplicación de una norma no puede ser equiparada a lo que, en el Derecho Interno, se conoce como jerarquía. Esta última está referida a la validez de las normas y tiene, como se ha señalado, una serie de consecuencias.

normas generales del Derecho Internacional, al impedir que normas internas posteriores, sean o no jerárquicamente superiores al tratado, afecten la validez de este último, se estará haciendo que el tratado se comporte como si tuviera un rango superior al que realmente tiene. Además, como ya se dijo, al cumplir el Derecho Interno con sus requisitos de validez de forma y fondo, sería tan válido como el tratado frente al que no produciría efectos, por lo que existirían, pese al sistema de incorporación, dos normas de origen distinto, válidas a la vez, quizá de jerarquía diferente y posiblemente contradictorias dentro de un mismo ordenamiento.

En resumen, el sistema de incorporación, al tratar de justificar y explicar aquellos casos en los que las reglas del sistema de jerarquía no se aplican, cae en una serie de contradicciones o fuerza una serie de interpretaciones. Desde mi punto de vista, el sistema de incorporación es inadecuado porque existen dos Derechos con reglas distintas que no pueden unirse. Personalmente, creo que regulando la aplicación de las normas, sin recurrir al sistema de incorporación y su resultante jerarquía, se evitaría cualquier contradicción que pueda generarse cuando el Derecho Interno y el Internacional normen una misma conducta.

4.2. Afectación del precepto del Derecho Interno: *lex superior derogat legi inferiori*, en ordenamientos internos que otorgan diferentes rangos a los tratados, producto de la aplicación de las normas internacionales sobre concurrencia de tratados

456

A todo lo anterior se suma otro problema con el sistema de jerarquía: los ordenamientos no siempre dan a los tratados el mismo rango. Podrán existir, por ejemplo, tratados con jerarquía de ley y otros con rango constitucional.⁴⁶ La relación entre esos tratados a nivel interno se tendrá que someter a las reglas de la jerarquía, pese a que a nivel internacional se apliquen las reglas sobre concurrencia de tratados.⁴⁷

Esto puede generar situaciones como la que sigue. Podrá ocurrir que a nivel interno un tratado «A» tenga rango constitucional y un nuevo tratado «B» tenga rango legal. De acuerdo a la voluntad de todas las partes, que son las mismas en ambos tratados, el tratado «B» da por terminado al tratado «A», lo que según las reglas sobre concurrencia de tratados es válido: un tratado posterior, por voluntad de las partes, decide dar fin al anterior. Sin embargo, a nivel interno, siguiendo las reglas de incorporación y jerarquía, una norma con rango de ley («B») estaría derogando a una norma

⁴⁶ Recuérdese que la Constitución peruana de 1979 reconocida dos rangos: supralegal y constitucional, para los tratados sobre derechos humanos. Además, la Ley 25397 agregaba el rango infralegal a los convenios internacionales ejecutivos.

⁴⁷ Como a nivel internacional no hay jerarquía entre los tratados salvo disposición en contrario, hay, para relacionarlos, ciertas reglas sobre concurrencia de tratados. Pese a ellas, a nivel interno los tratados con rangos diferentes tendrán que someterse a relaciones de jerarquía rompiendo con los criterios internacionales que son obligatorios para los Estados.

con rango constitucional («A»), lo cual afecta la lógica del sistema jerárquico, pese a ajustarse a las reglas del Derecho Internacional.⁴⁸

En este último caso, se tiene un ejemplo de cómo las reglas internacionales sobre aplicación de tratados no se condicen con las reglas del sistema de jerarquía. A esto se puede agregar el caso de Constituciones imprecisas al momento de fijar el rango de los tratados, lo que complicaría aún más el panorama en cuanto a la aplicación de los mismos.⁴⁹

4.3. Situaciones anómalas como el caso del artículo 57 de la Constitución Política del Perú de 1993

Otro tema a destacar, ya localizado en el caso peruano, es el regulado en el artículo 57 de la Constitución de 1993, que estaba recogido en el artículo 103 de la Constitución de 1979 y que se mantiene en el artículo 80 del Proyecto de Reforma. Dicho artículo señala que: «[...] Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República».

En este caso, se debe notar que si bien se exige seguir el procedimiento de reforma de la Constitución (artículo 206 de la Carta Magna), no se exige que esta última sea reformada para que el tratado pueda ser aprobado. Así, siguiendo los requisitos de dicho procedimiento (mayorías y demás), y sin reformar la Constitución, podrá aprobarse un tratado contrario a ella que puede, incluso, tener rango legal. Como precisa Fernández-Maldonado:

En efecto, mientras que en un caso el texto constitucional es modificado y, por ende, sólo una nueva reforma puede poner en vigencia la norma modificada, en la

457

⁴⁸ Por ejemplo, se tiene un tratado sobre inversiones entre los Estados «X» e «Y» que tiene en el Estado «X» rango de ley, y ese tratado tiene una parte sobre un procedimiento muy simple que debe seguirse ante un ente administrativo dependiente del Presidente de la República; por ejemplo, el trámite de un permiso ante el Ministerio de Economía.

Luego de la entrada en vigor del tratado, los Estados «X» e «Y» deciden celebrar un nuevo tratado que modifique dichas normas sobre el procedimiento administrativo del ente dependiente del Presidente; tratado sobre un tema de trámite que no afecta en nada la soberanía de los Estados. Resulta, además, que en el Estado «X» la Constitución dice que el Presidente puede celebrar tratados sin requerir aprobación del Congreso en temas administrativos de su competencia, pero que dichos tratados tendrán rango infralegal; y en efecto, el Presidente así lo hace. En este caso, se tiene un primer tratado con rango de ley y un segundo tratado con rango infralegal; pese a ello, el segundo tratado, jerárquicamente inferior a nivel interno, siguiendo las normas del Derecho Internacional modificará al primer tratado.

Como se ve, los criterios del Derecho Internacional no se condicen con los criterios del sistema de incorporación, generándose una contradicción en lo que se refiere a las reglas de jerarquía.

⁴⁹ Para muchos, ese sería, por ejemplo, el caso de la Constitución Política del Perú de 1993.

fórmula peruana no existe ninguna reforma constitucional [...] lo que opera es una restricción en los campos de aplicación de la norma, ello implica que la norma constitucional seguirá rigiendo fuera del ámbito de aplicación del tratado y recuperaría su plena vigencia en caso de que éste llegara a terminar [...] la sustitución de la norma constitucional por la del tratado, sólo se verifica sobre el campo de aplicación del tratado. En todos los demás casos la Constitución mantiene plena vigencia y aplicabilidad.⁵⁰

De esta manera, se tendrá a nivel interno dos normas opuestas, válidas y aplicables a la vez, pero frente a diferentes sujetos. Una será la Constitución que regulará un determinado supuesto para todos los sujetos de Derecho que no estén vinculados por el tratado, y otra el tratado que, *pese a esa norma constitucional*, regulará el mismo supuesto de modo diferente y con relación a los sujetos vinculados por el tratado. A lo que se suma la posibilidad de que, en el caso, el tratado tenga un rango inferior al constitucional.

Así pues, al tener dos Derechos válidos, contradictorios y aplicables a la vez, se rompe con la idea de que en un Estado sólo debe existir un Derecho, idea que el sistema de incorporación pretende conseguir. Si bien es cierto que el caso regulado en el artículo 57 está justificado por la realidad de las relaciones internacionales, en el plano interno se afecta la lógica del sistema de incorporación.

Por ejemplo, el artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que las inversiones extranjeras se sujetan a las mismas condiciones que las nacionales (reciben el mismo trato); si un tratado de libre comercio dice que las inversiones extranjeras provenientes del país «x» tendrán un trato diferenciado o privilegiado, se tendrá que: 1.- Dicho tratado debe ser aprobado por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución y tendrá rango de ley; 2.- El artículo constitucional no quedará derogado o modificado, ya que ello implicaría darle beneficios a los Estados con los que no se ha celebrado un tratado de libre comercio; 3.- Existirán, así, dos normas distintas que serán válidas y aplicables a la vez, pese incluso a tener rangos diferentes. Si bien esto está justificado por las relaciones internacionales, rompe con el sistema de incorporación y su resultante jerarquía.⁵¹

El sistema de incorporación dualista, al transformar al tratado en una norma interna, siempre generará –si funciona como debiera ser, de acuerdo a las reglas de jerar-

⁵⁰ FERNÁNDEZ-MALDONADO, Guillermo. «Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de Derecho en el Perú». *Derecho*, n.º 4, diciembre de 1989, diciembre de 1990, p. 368.

⁵¹ Nótese que el tratado no es una norma especial que prime sobre la norma constitucional general, ya que está referido al mismo tema regulado en la Constitución, solo que de modo distinto. El tratado es una norma particular, aplicable a sujetos determinados, y esto según la lógica del Derecho Interno no justifica que se contradiga a la Constitución. En todo caso, si se considera que las circunstancias justifican la norma particular, debería exigirse la modificación de la norma general, no en el sentido del tratado, pero sí de modo que admita excepciones.

quía— que las normas internas ya existentes y contrarias al mismo se deroguen o modifiquen, siempre que tengan un rango igual o inferior al de aquel, lo que constituye un problema ya que el tratado, como cualquier norma interna, podrá también ser derogado o modificado sin seguirse las normas internacionales sobre el tema. Así, bajo este sistema, el Derecho Internacional incorporado no puede dejar de derogar o modificar normas contrarias, ya que se afectarían las reglas sobre relación de normas en el tiempo y dentro del sistema de jerarquía, salvo que ese Derecho Internacional tenga rango inferior a ellas, en cuyo caso, al ser contradictorio, sería inválido.

El sistema de incorporación monista, basado en una concepción unitaria del Derecho, se apoya en la idea de que es ilógica la existencia de dos Derechos contradictorios y válidos a la vez, pues es solo una la razón de validez de las normas, como ya se explicó. Así, en ordenamientos internos que siguen el sistema de incorporación monista, la existencia de normas sobre aprobación de tratados, como el artículo 57 (justificado desde el plano internacional), que no ordenen la derogación o modificación de las normas internas contrarias a los tratados en vigor en los que el Estado sea parte, sino sólo su inaplicación, afecta no sólo las reglas sobre relación de normas en el tiempo y dentro del sistema de jerarquía, sino fundamentalmente la lógica de la concepción unitaria del Derecho que dichos ordenamientos pretenden sostener.

4.4. Afectación de los principios de primacía del Derecho Internacional, *pacta sunt servanda* y buena fe

459

El sistema de incorporación, con todas sus contradicciones y deficiencias, no podrá funcionar adecuadamente. Además, hay que sumar a estos problemas la posibilidad de que la regulación interna que se haga del sistema de incorporación puede tener sus propias deficiencias. En la práctica, hay normas internas que son dictadas pese a contradecir tratados, y si bien se entenderá que esas normas no afectan la validez del tratado, existirá mucha presión para que la norma interna sea la que finalmente se aplique, ya que podrá ser también, como se ha señalado, una norma válida.

Será la labor del juez común determinar qué hacer en esos casos. Dicho juez tendrá, por un lado, las normas de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados que ordenan la prevalencia del tratado y, por otro, las normas que otorgan rango a tratados frente a los que se pueden dictar normas internas contrarias en un caso concreto, y deberá decidir qué criterios utilizar para determinar la norma aplicable al caso.

Esta labor será doblemente compleja si se toma en cuenta la posibilidad de que dicho juez no conozca la citada Convención y las implicancias de la misma, o las normas internacionales que se estarían viendo afectadas. A lo que, finalmente, se podrían agregar las presiones de los poderes dentro del Estado para que sea la norma interna la que se aplique.

Las regulaciones internas ambiguas,⁵² sumadas a las ambigüedades del propio sistema de incorporación, parecen ser las herramientas preferidas de los Estados para apartarse de sus obligaciones internacionales, para manipularlas o para hacerlas menos gravosas de lo que son. Con esto se protegerían, muchas veces, intereses mezquinos que se alejan de los objetivos originales de tener un Derecho Internacional, dentro de los que resalta la convivencia pacífica; además, se afectarían los principios de primacía del Derecho Internacional, *pacta sunt servanda* y buena fe.

Así, se hace necesario idear un sistema que permita articular los ordenamientos de modo más claro y sencillo, que libre al juez de las presiones que pueda sufrir y le dé la confianza de saber que está obrando conforme a Derecho al aplicar los tratados, que respete los principios que son la base del sistema internacional y que evite el peligro que la situación contraria genera contra la estabilidad de dicho sistema y la paz que garantiza el mismo.

5. Conclusión

Como se puede observar, las cosas no se plantean de modo claro con el sistema de incorporación, ni en su versión monista ni en su versión dualista. Se habla de jerarquía de las normas y luego, para responder a las exigencias del Derecho Internacional, se permiten y se hace una serie de excepciones a la misma, que contradicen la lógica estructural del Derecho Interno y del propio sistema de incorporación. Excepciones, por otro lado, que de no hacerse generarían la vulneración de aquellas exigencias del Derecho Internacional. Así, dentro del sistema de incorporación no se pueden cumplir las exigencias de ambos Derechos a la vez.

En suma, el tema de la incorporación y la jerarquía de los tratados, al que se debe agregar los problemas típicos de publicidad deficiente que aquejan a los tratados en varios Estados, termina por generar una innecesaria complejidad en una materia que, creo, pudiera regularse de modo más sencillo y acorde con los principios de Derecho Internacional y la práctica que la rodea. El juez nacional, con todas las deficiencias que suele tener y de las que está rodeado requiere, para aplicar el Derecho Internacional contenido en tratados, reglas claras y sencillas que le quiten el temor de estar cometiendo errores o incluso prevaricato, ya que son esos temores los que lo llevan a inaplicar las normas internacionales.

Es necesario, pues, repensar el tema y proponer un nuevo sistema de articulación que respete las normas del Derecho Internacional y los preceptos que son la base del Derecho Interno, un sistema que simplifique la aplicación de tratados y no cometa el error de considerar que como a nivel interno solo puede aplicarse un Derecho a la vez, ello implique que únicamente vaya a existir un Derecho válido. De este modo,

⁵² Como lo sería, para muchos, la de la Constitución Política del Perú de 1993.

ese nuevo modelo de articulación entre el Derecho Interno y el Internacional reemplazaría al sistema de incorporación (en sus dos versiones), tema sobre el que he investigado y seguiré investigando.⁵³