

APROXIMACIÓN TEÓRICA Y DOCTRINAL PARA UNA DIMENSIÓN FUNCIONAL-INSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRATADOS (PARTE 1)

Theoretical and doctrinal approach to
a Functional-institutional
dimension of the legal regime of treaties (Part 1)

M.Sc. Tanieris Diéguez La O

Profesora Auxiliar de Derecho Internacional Público
Universidad de La Habana (Cuba)
Especialista de la Dirección de Derecho internacional
Ministerio de Relaciones Exteriores
<https://orcid.org/0000-0001-9198-6159>
tanierisd@gmail.com

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo, fundamentar teóricamente la propuesta de una dimensión funcional-institucional para el régimen jurídico de los tratados. Para ello se realiza un acercamiento teórico y doctrinal sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno desde los campos de regulación de uno y otro orden, pasando por aproximaciones conceptuales de la recepción y la celebración de tratados como procedimientos de naturaleza constitucional. Además, se consignan resultados de los análisis comparados que ha realizado la autora como parte de sus estudios doctorales, a los textos constitucionales de 68 países de diferentes regiones y sistemas jurídicos, en particular sobre la jerarquía y recepción de los tratados en el Derecho interno, así como aproximaciones teóricas y comparadas sobre la validez y control de estos. Finalmente se precisa, a modo de conclusiones, el contenido teórico de la dimensión funcional-institucional del régimen jurídico de los tratados. El artículo será publicado en dos partes.

Palabras claves: tratados; ordenamiento jurídico; recepción; celebración; unidad; Derecho interno; jerarquía; dimensión; institucional; funcional; fuentes.

Abstract

The purpose of this article is to provide a theoretical basis for the proposal of a functional-institutional dimension for the legal regime of treaties. To this end, a theoretical and doctrinal approach is made on the relations between international law and domestic law from the fields of regulation of both orders, throughout conceptual approaches to the reception and conclusion of treaties as procedures of a constitutional nature. In addition, the results of the comparative analysis carried out by the author, as part of her doctoral studies of the constitutional texts of 68 countries from different regions and legal systems, have been included, in particular on the hierarchy and reception of treaties in domestic law, as well as theoretical and comparative approaches on the validity and control of treaties. Finally, by way of conclusions, the theoretical content of the functional-institutional dimension of the legal regime of treaties are specified. This article will be published in two parts.

Keywords: treaties; legal system; reception; unity; domestic law; hierarchy; dimension; institutional; functional; legal source; conclusion.

Sumario

1. Introito. Precisiones teóricas para la articulación de una dimensión institucional-funcional del régimen jurídico de los tratados. 2. Reflexiones en torno al campo de regulación del Derecho internacional y el Derecho interno. 3. Acercamiento doctrinal a la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno. Impacto en la celebración y recepción de tratados. **Referencias bibliográficas.**

1. INTROITO. PRECISIONES TEÓRICAS PARA LA ARTICULACIÓN DE UNA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL-FUNCIONAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRATADOS

El ordenamiento jurídico de la sociedad requiere de la articulación armónica del conjunto de normas, valores y principios que lo rigen, con las normas de Derecho internacional que el Estado –en su calidad de ente fundamental del sistema político de dicha sociedad y de las relaciones internacionales– se ha comprometido a cumplir. Por ello se precisa de una noción sistémica del Derecho, que articule la esfera internacional e interna de manera que redunde en mayor seguridad jurídica y permita sentar las pautas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado como ente so-

berano, en todos sus ámbitos de actuación: ejecutivo, administrativo, judicial y legislativo.

Para adentrarse desde el punto de vista científico en este tema, es imprescindible referirse a la dicotomía existente entre dualistas y monistas,¹ que ha constituido por varias décadas uno de los puntos más controversiales de la agenda académica internacional, tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como del constitucional, desde una visión teórica y también práctica. Las posiciones doctrinales se reflejan en la práctica jurídica y provocan una multiplicidad de soluciones en las legislaciones nacionales. Varios autores² han referido las dificultades prácticas generadas por el radicalismo de las posiciones más relevantes. Al decir de ROMERO PUENTES: "Los abundantes precedentes judiciales y soluciones legislativas que los diversos estados han otorgado a este problema, indican que no se puede encarar el mismo desde una perspectiva exclusivamente doctrinaria, siempre imprescindible. En su lugar deberá recurrirse a las prácticas y normas existentes tanto a nivel internacional como nacional"³

Realizar un examen exhaustivo de los elementos particulares que conforman las doctrinas dualistas y monistas desde el Derecho internacional, no es el objeto de este artículo, que como parte de la investigación de los estudios doctorales de la autora, centrará el análisis sobre la relación entre el Derecho interno y el Derecho internacional, particularmente en lo relativo a la celebración y recepción de tratados, en pos de la articulación de ele-

¹ La relación entre el derecho interno y el Derecho Internacional ha constituido una de las grandes dicotomías que ha dado lugar a debates doctrinales, teóricos y prácticos entre los que defienden la tesis de la total separación de ambos ordenamientos (dualistas o pluralistas) y aquellos que consideran que existe una unidad entre ambos considerándolo como dos ramas del mismo sistema jurídico (monistas).

² Entre ellos, DIEZ VELAZCO, M., *Instituciones del Derecho Internacional Público*, tomo I, p. 185; PASTOR RIDRUEJOS, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, pp. 156-157, p. 193; KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, p. 208; PARADA, R., *Derecho Administrativo. Parte General*, pp. 51-52; D'ESTÉFANO PISANI, M., *Derecho Internacional Público*, p. 7 y ss., del mismo autor, *Derecho de Tratados*, p. 10 y ss.; MATILLA CORREA, A., "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento)", en Colectivo de Autores, *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, pp. 153-155; MORÉ CABALLERO, Y., "La interrelación entre el Derecho Internacional y el derecho interno en Cuba a la luz de las doctrinas tradicionales", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 371-394; PINO CANALES, C., "La relación Derecho Interno-Derecho Internacional", en *Temas de Derecho Internacional Público*, p. 46 y ss.; entre otros, han abordado tanto desde la óptica del Derecho internacional como desde el Derecho administrativo y constitucional, directamente el fracaso del absolutismo y radicalismo de dichas posiciones doctrinales.

³ Cfr. ROMERO PUENTES, Y., *Derecho Internacional Público. Parte General*, pp. 51-69.

mentos teórico-doctrinales que configuran una dimensión funcional-institucional de su régimen jurídico, de tal forma que contribuya al logro de la unidad del ordenamiento jurídico.

La consecución del entramado teórico que se propone requiere análisis de criterios doctrinales sobre el campo de regulación de cada uno de los ordenamientos (internacional e interno), abordar las posturas doctrinales más relevantes sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, así como las principales posiciones sobre la primacía de un ordenamiento sobre otro, en particular sobre las distintas variantes para otorgar jerarquía a los tratados como fuente del Derecho interno. De igual forma, es necesario referenciar teóricamente los sistemas de recepción, esbozar los elementos teóricos relacionados con la celebración de tratados y, finalmente, reflexionar sobre la validez y el control de estos, de manera que se puedan integrar los elementos anteriores en una aproximación a la unidad del ordenamiento jurídico interno.

Para iniciar los referidos análisis resulta importante acotar determinadas pautas teóricas y establecer la visión epistemológica a partir de la cual se realiza la investigación, como su hilo conductor.⁴ En ese sentido, es preciso delimitar el término dimensión⁵ para aplicarlo con igual alcance a lo largo de todo el texto, en tanto en el ámbito del Derecho ha sido utilizado con diversos matices.

⁴ Concepto acuñado por GADAMER en su obra *Verdad y Método*, al establecer “el lenguaje como hilo conductor del giro ontológico de la hermenéutica”. *Vid.*, GADAMER HANS, G., *Verdad y Método*, tomo I, p. 64, citado por CANO-NAVA, M. O., “Modelo epistemológico de la teoría tridimensional del derecho”, *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales*, No. 57, 2011, p. 210.

⁵ Desde el punto de vista etimológico, la palabra dimensión viene del latín *dimensio*, *dimensionis* (medida, medición, extensión en todas direcciones en el espacio) y es el nombre de acción del verbo *dimetiri*, compuesto del prefijo *di-/dis-* (separación por múltiples vías) y el verbo *metiri* (medir), de donde también proceden medir, medida, entre otras acepciones. El vocablo dimensión, según la Real Academia de la Lengua Española (RAE), entre sus acepciones encuentra: magnitud medible en un espacio, tamaño o extensión de una cosa, importancia o relevancia de algo, aspecto o faceta de algo. Apareció por vez primera en un diccionario en el año 1607, *Tesoro de las dos lenguas francesa y española*, de CÉSAR OUDI, y se incluyó en el diccionario de la RAE más de un siglo después, en 1732. El uso del término dimensión fue casi inapreciable hasta alrededor de la década del 50 del siglo xx, y como resultado del auge y desarrollo de las ciencias sociales comenzó a utilizarse con mayor frecuencia. Asociado al Derecho, el término dimensión ha sido más utilizado también después de la segunda mitad del siglo xx, fundamentalmente en relación con la descripción o el análisis de una faceta, rama o institución o bien a destacar la relevancia de un asunto particular del fenómeno jurídico. *Vid. Diccionario de la RAE*; también *vid.* PÉREZ PORTO, J. y A. GARDEY, “Definición de Dimensión”, en *RAE*, 2011.

Desde la teoría y filosofía del Derecho existen diferentes nociones⁶ sobre el término “dimensión”. Entre las argumentaciones sobre el asunto se destacan la de autores como Carlos COSSIO⁷ y Miguel REALE.⁸ Ambos autores abordaron las “dimensiones” del Derecho en sus teorías, como núcleos y pilares epistémicos del fenómeno jurídico.⁹ COSSIO introdujo una visión sobre diferentes dimensiones del Derecho, al abordar en particular la dimensión axiológica. Más tarde, sobre esa base, REALE desarrolla la visión tridimensional del Derecho, en su conocida obra *Teoría Tridimensional del Derecho*.

REALE utiliza el término “dimensión”, para indicar la cualidad o posición de algo en función de una cierta perspectiva o plano de análisis, entendiendo dimensión como un proceso que discurre a partir de determinados elementos constitutivos. Desde esta concepción, la estructura del Derecho está compuesta por tres objetos heterogéneos, interrelacionados, que conforman una unidad, donde cada uno es indispensable para definir el Derecho.¹⁰ A propósito, el au-

⁶ Se pueden mencionar análisis sobre las dimensiones del Derecho como los de RADBRUCH, G., *Introducción a la ciencia del derecho*, pp. 2-8; HALL, J., *Razón y realidad en el Derecho*, p. 91 y ss.; BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, pp. 356 y 361-362; también de este mismo autor *El problema del positivismo jurídico*, pp. 93-96; RECASENS SICHES, L., *Introducción al Estudio del Derecho*, pp. 29, 34, 35, 40 y 45. Además, del propio autor, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, p. 304; GONZÁLEZ OROPEZA, M., “La nueva dimensión constitucional de los tratados internacionales”, en *Los derechos humanos en el momento actual*, pp. 257-276; LAVOPA, J. H., “La dimensión jurídica de la integración”, en *Revista del Comité de Estudios de Asuntos Latinoamericanos*, pp. 2-41; CIDONCHA MARTÍN, A., “Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, No. 23, 2009, pp. 149-188; ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24, septiembre 2001, pp. 120-125; BEDJAOUI, M., *Droit International: Bilan et perspectives*, tomo I, pp. 5-6; RUILOBA SANTANA, E., “La concepción tridimensional del derecho y del derecho internacional”, en *Estudios Homenaje al Prof. Corts Grau*, tomo II, pp. 410-412; VIRALLY, M., “Le phénomène juridique”, *Revue du droit publique et de science politique*, No. 1, 1966, pp. 38-40; LAN ARREDONDO, A. J., *Sistemas Jurídicos*, pp. 2, 3 y 75.

⁷ En la década de los años cuarenta, Carlos COSSIO introdujo una visión sobre diferentes dimensiones del Derecho, en particular la dimensión axiológica, en su obra *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Vid. COSSIO, C., *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, pp. 356-456.

⁸ Vid. REALE, M., *Teoría tridimensional del Derecho*, p. 64 y ss.

⁹ Sobre este asunto se puede consultar la obra de PISI DE CATALINI, donde realiza un estudio de las concepciones iusfilosóficas de mayor vigencia en Latinoamérica a mediados del siglo XX. Vid. PISI DE CATALINI, M., *La Teoría Ecológica de Carlos Cossio y el Tridimensionalismo Jurídico de Miguel Reale*, pp. 3-86.

¹⁰ En un análisis sobre la teoría tridimensional del Derecho y los planteamientos de Miguel REALE, explica CANO-NAVA, “Por lo tanto, su definición es el resultado de la interacción dinámica de la vida humana social, valores y normas, es decir, la regulación valiosa y obligatoria de la vida humana social. El derecho cumple así una doble función: protege

tor refiere: "Tal concepción deja de apreciar, hecho, valor y norma, -elementos constitutivos- como elementos separables de la experiencia jurídica y pasa a concebirlos, ya como perspectivas, como factores y momentos ineliminables del Derecho".¹¹

La dimensión como elemento epistémico dentro del Derecho ha sido también asociada a los principios.¹² Hay autores¹³ en el ámbito nacional que incluyen en sus análisis nociones que lo evidencian. Entre ellos GONZÁLEZ MONZÓN, quien en una obra enjundiosa considera la posibilidad de existencia de principios en las expresiones propias del fenómeno jurídico como la dimensión principal del derecho.¹⁴

la libertad de cada ser humano dentro del contexto social y asegura que dicha interrelación personal no atente contra el interés social y el bien común. Todas las conductas humanas ínter subjetivas pueden ser valoradas y normadas, jurídicamente; el derecho se nutre de la vida social normada integrando valores". Cfr. CANO-NAVA, M. O., "Modelo epistemológico...", *cit.*, p. 215.

¹¹ Cfr. REALE, M., *Teoría tridimensional...*, *cit.*, p. 64.

¹² Las reflexiones sobre los principios en el Derecho ha sido amplia y sustanciosa tanto en el ámbito internacional como patrio. Existen aproximaciones desde todas las ramas del Derecho. Se han realizado tanto desde la Filosofía del Derecho, como desde la teoría, el Derecho constitucional, administrativo e internacional. Sobre este asunto pueden consultarse las obras de KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, pp. 4 y 5; del mismo autor, *Principios del Derecho Internacional Público*, p. 164; ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, No. 5, 1988, pp. 141-150; REALE, M., *Introducción al Derecho*, pp. 139 y 140; PÉREZ LUÑO, A. E., "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 98, octubre-diciembre 1997, pp. 19-22; ALBERTI, E., "El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (Debate sobre El Derecho dúctil, de Gustavo Zagrebelsky)", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, tomos XIII y XIV, pp. 42-44; CLAVERO ARÉVALO, M. F., "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo", *Revista de Administración Pública*, Año III, No. 7, enero-abril, 1952, pp. 53-63; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO, A., *Teoría general del Derecho*, pp. 21-35; Dihigo, E., "Valor de los Tratados ante los Tribunales nacionales", *Revista Cubana de Derecho*, Año XXVIII (Nueva Serie), No. III (100), julio-septiembre 1956, pp. 32-54; FERRARI YAUNNER, M., "Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba", *Tesis presentada en opción al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas*, pp. 97-100; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Derecho*, p. 234 y ss.

¹³ Sobre los principios como dimensión del derecho, en el ámbito nacional, pueden consultarse obras de relevancia como las de ARAMBURU Y MACHADO, M., *Filosofía del Derecho*, tomo I, p. 140 y ss.; también, del mismo autor, *El Derecho cubano. Doctrinas jurídicas*, pp. 13-49; DESVERNINE Y GALDÓS, P., *Estudios fundamentales de Derecho*, pp. V-XIV; D'ESTEFANO PISANI, M., *Esquemas de Derecho Internacional Público*, tomo I, pp. 13, 14, 65 y 66.

¹⁴ Vid. GONZÁLEZ MONZÓN, A., *El juez y el derecho. El derecho por principios y la ponderación judicial*, p. 31.

Una aproximación holística al desarrollo del referido término en el contexto jurídico proyecta también la noción de la dialéctica dentro de la concepción dimensional. Esto es, que el aspecto, la faceta que se analiza como "dimensión" requiere, por su naturaleza, una relación armónica entre todos sus componentes; sentido en el cual REALE considera que "[...] únicamente gracias a la comprensión dialéctica de los tres factores se hace posible alcanzar una comprensión concreta de la estructura tridimensional del derecho, en su natural temporalidad".¹⁵ Esta posición la ratifica GARCÍA DE ENTERRÍA, al afirmar: "La ciencia jurídica no tiene otra misión que desvelar y descubrir, a través de conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas [...]".¹⁶

Por su parte, RECASENS SICHES analiza la conexidad entre las dimensiones del fenómeno jurídico, de la siguiente forma: "Resulta, pues, que el Derecho tiene tres dimensiones: A) Dimensión de hecho, la cual comprende los hechos humanos sociales en los que el Derecho se gesta y se produce; así como las conductas humanas reales en las cuales el Derecho se cumple y lleva a cabo. B) Dimensión normativo, de una normatividad específica, caracterizada por unas notas propias, entre las cuales figura la de impositividad inexorable o coercitividad. C) Una dimensión de valor, estimativa, o axiológica, consistente en que sus normas, mediante las cuales se trata de satisfacer una serie de necesidades humanas, esto intentan hacerlo de acuerdo con las exigencias de unos valores, de la justicia y de los demás valores que ésta implica, entre los que figuran la autonomía de la persona, la seguridad, el bien común y otros. Cabe distinguir entre esas tres dimensiones; pero debemos percatarnos de que las tres se hallan recíprocamente unidas de un modo inescindible, vinculadas por triples nexos de esencial implicación mutua".¹⁷

Es en ese sentido de integración y conexidad que se acoge, a los efectos de definir el alcance y la noción de articulación orgánica de los elementos que conforman el término dimensión. De manera que constituye un pilar epistémico, un núcleo conceptual que incluye valores, principios, normas, instituciones y relaciones jurídicas dialécticamente articuladas. En este estudio se entiende como dimensión del Derecho con extensión al régimen jurídico de los tratados

¹⁵ Cfr. REALE, M., *Teoría tridimensional...*, cit., p. 65.

¹⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", *Revista de administración pública*, No. 40, enero-abril 1963, pp. 201-202.

¹⁷ Vid. RECASENS SICHES, L., *Introducción...*, cit., p. 45.

la dimensión institucional-funcional, de tal forma, se precisa argumentar el sentido y contenido que se le atribuye a ambos aspectos.

En relación con el elemento institucional, ATIENZA y RUIZ MANERO consideran “[...] un ingrediente fundamental del razonamiento jurídico que alude, a una serie de rasgos del sistema jurídico que, no son enteramente independientes entre sí [...] ‘institucional’ es un concepto funcionalmente orientado. En cualquiera de los sentidos en que hablamos de ‘institución’, queda siempre implícito que entendemos una institución como un conjunto de medios orientados a la persecución de fines, o, si se prefiere decirlo así, a la realización de funciones.”¹⁸

En lo que respecta al elemento funcional de la aludida dimensión, WEIL plantea que “el Derecho [...] es ante todo una necesidad social y, desde una aproximación funcional, este Derecho es creado y desarrollado a fin de asegurar la coexistencia de los Estados y de hacer posible la cooperación entre ellos. Un sistema jurídico, una institución, una regla dada no son buenos o malos en virtud de su aproximación a un modelo ideal, sino en virtud de que sean capaces de cumplir de forma eficaz las funciones que le son propias en un entorno social determinado.”¹⁹

Con similar sentido, pero centrándose en el Derecho internacional, ABI-SAAB hace alusión al aspecto funcional del ordenamiento jurídico como elemento definitorio para su identidad y articulación como sistema, cuando mantiene

¹⁸ Los autores ATIENZA y RUIZ MANERO argumentan su posición sobre la dimensión institucional del Derecho: “Nos referiremos aquí sólo a lo que hemos llamado el ‘sentido más básico’ de ‘institucional’ –aquél según el cual las instituciones pertenecen a la esfera de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia dependen de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas– pero un discurso semejante podría articularse respecto de los otros sentidos. Por lo que hace a este sentido más básico, tal aceptación colectiva de reglas constitutivas hace posible que a ciertos objetos se les pueda imponer funciones –o puedan realizar finalidades– que de otra forma no podrían cumplir. Así, por utilizar un ejemplo favorito de Searle, la regla constitutiva de que determinados trozos de metal, o de papel, cuentan como dinero, posibilita que aquellos puedan ser usados para realizar operaciones (como transacciones económicas) que en cuanto meros objetos físicos no podrían realizar”. Cfr. ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, “La dimensión institucional...”, *cit.*, pp. 120-125.

¹⁹ Cfr. WEIL, P., “Vers une normativité relative en droit international?”, *RGDIP*, 1982, p. 5 y ss., y “Towards relative normativity in International law?”, *AJIL*, 1983, pp. 413 y ss.; también puede revisarse su Curso General de La Haya, “Le Droit International en quête de son identité”, en *RCADI-VI*, 1992, p. 237. Además, sobre el aspecto funcional, *vid.* HENKIN, L., “International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law”, *RCADI-IV*, 1989, pp. 9-416; COMBACAU, J. y S. SUR, *Droit International Public*, pp. 1-41; JIMÉNEZ GARCÍA, F., “El Derecho Internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, No. 2, pp. 119-151.

que “la única manera de identificar las normas internacionales es a través de la manera en que este sistema jurídico realiza las funciones estándar que le son propias (legislativas, judiciales y de ejecución), en la medida en que son funciones inherentes a la noción misma de ordenamiento jurídico. Pero si el simple hecho de cumplir estas funciones formales testimonian la existencia del sistema jurídico, la manera en que ellas son realizadas en el marco de la sociedad actual (funciones reales), es decir, las modalidades de funcionamiento del sistema tal y como son codificadas en sus reglas secundarias, revela su especificidad e identidad propias”.²⁰

Sobre ese fundamento se entiende que la dimensión institucional-funcional propuesta se manifiesta a partir de la interrelación de rasgos funcionalmente orientados a la consecución de la organicidad y la coherencia del ordenamiento; dicho de otra manera, el conjunto de valores, principios, normas, instituciones y relaciones funcionales dialécticamente vinculadas en función del logro de la unidad del ordenamiento jurídico en el cual se inserta.

De conformidad con los análisis precedentes, para articular metodológicamente el estudio de la referida dimensión del régimen jurídico de los tratados, se requiere analizar, a su vez, otros aspectos importantes. En primer lugar, los elementos teórico-doctrinales que conforman su contenido, esto es: definición de la jerarquía y de la recepción de los tratados en el Derecho interno, relaciones jurídicas y funcionales entre órganos y estructuras estatales que participan en la celebración y recepción de tratados, así como los mecanismos de control destinados a verificar la correspondencia entre las obligaciones adquiridas en virtud del contenido y el reflejo jurídico de estos en el ordenamiento jurídico interno, a fin de evitar que se produzcan contradicciones entre los tratados y el Derecho nacional y, en consecuencia, se incumplan las obligaciones internacionales o se lesione la soberanía.

En segundo lugar, analizar cómo la fundamentación de dichos elementos de contenido se articulan sobre la base del principio de supremacía constitucional y la soberanía, teniéndose en cuenta que tanto la manifestación de la voluntad del Estado para obligarse por los tratados, como la creación y estructuración del Derecho interno relativo a estos, son actos soberanos, de poder, que reflejan, entre otros, intereses estatales, y deben tener la unidad del ordenamiento jurídico como una de sus premisas.

²⁰ Cfr. ABI-SAAB, G., “Cours général de Droit international Public”, *RCADI-VII*, tomo 207, 1987, pp. 105-126.

Por último, sustentar y construir el diseño de la dimensión funcional-institucional para el perfeccionamiento de su régimen jurídico, de forma holística, sobre la base de un enfoque metodológico centrado en el análisis de “las partes del todo y el todo a través de sus partes,”²¹ que permita descomponer el fenómeno en las fases que lo conforman y a su vez contribuyen a caracterizarlo, a saber: celebración, recepción y aplicación,²² pero entendiendo que se entrecruzan e imbrican, en función de la unidad del ordenamiento jurídico interno.

2. REFLEXIONES EN TORNO AL CAMPO DE REGULACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La definición del campo de regulación,²³ en el sentido de los elementos o materias que pertenecen a un ordenamiento, resulta esencial a los efectos de explicar su unidad. En ello adquiere relevancia la noción del ordenamiento jurídico como sistema. Santi ROMANO, sobre este asunto, defendió la noción de ordenamiento como “complejo de instituciones,” abarcando no solo las disposiciones normativas, sino al conjunto de “órganos constitucionales.”²⁴ En un momento posterior de su vida intelectual amplió la concepción sobre la unidad del ordenamiento, explicando que las normas que lo componen no agotan en su

²¹ Vid. PÉREZ MARTÍNEZ, Y., “Soberanía popular como significación social positiva: reflexiones para debatir”, *Revista Cubana de Derecho*, Vol. 1, No. 2, julio-diciembre 2021, pp. 195-211.

²² El trabajo centra su atención en la celebración y recepción, sobre la base de que ambas, con los mecanismos de control adecuados, pueden influir decisivamente en la eficacia de la aplicación. Además, no es posible evaluar desde el análisis de la dimensión que se propone, la eficacia de la aplicación. Esto requeriría de una estudio, con métodos diferentes, que se proyecte e indague sobre la aplicación de los tratados internacionales por los tribunales de justicia de todas las instancias, como práctica en el desempeño habitual de los jueces profesionales, lo cual no constituye el objeto del presente estudio.

²³ Sobre el término campo de regulación, para la definición de los elementos o materias que pueden ser parte del Derecho internacional o del Derecho interno, se acoge el enfoque metodológico que sobre el asunto desarrolló MIGUEL D'ESTÉFANO. Vid. D'ESTÉFANO PISANI, M., *Esquemas...*, cit., p. 11. También ha sido utilizado por JIMÉNEZ GARCÍA, F., “El Derecho Internacional...”, cit., p. 150; MARQUEZ CARRASCO, C., “Las relaciones entre el derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas”, *Anuario Español de Derecho Internacional*/ Vol. 34/2018, pp. 713 y 722; PINO CANALES, C., “La relación Derecho interno...”, cit., p. 46 y ss.; ROMERO PUENTES, Y., *Derecho Internacional...*, cit., pp. 2 y 3.

²⁴ El autor, en un trabajo de 1925, lo compara con elementos de un edificio: “*Lo Stato appare come un edificio, le cui diverse parti sono non soltanto connesse fra di loro, ma spesso presuppone l'una dall'altra, in modo da completarsi a vicenda e sorreggersi scambievolmente. Se per caso una di queste parti vien meno, ed essa è essenziale e necessaria per l'altre che rimangono, si può ben dire che l'edificio resta come mutilato e, talvolta, sino al punto da minacciare la sua intera rovina*”. Cfr. ROMANO, Santi, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, ahora en *id.*, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, pp. 4-7.

totalidad la integridad de este, sino todo lo contrario, es necesario, *prima facie*, entender el ordenamiento interno como unidad, para luego proveerle de una consecuencia lógica y coherente a las normas que lo integran.²⁵

Por consiguiente, entender las relaciones del Derecho internacional, en particular de los tratados con el Derecho interno, fundamentado en la noción de sistema del ordenamiento, significa, en mi opinión, incluir no solo la dimensión normativa del ordenamiento, sino todo el conjunto de relaciones funcionales, estructurales e institucionales que se establecen entre normas, instituciones que participan en el proceso de celebración de tratados y su recepción, todo lo cual deberá –si se pretende la eficacia de los tratados– encaminarse al logro de la unidad del ordenamiento.

Fundamentado en esta concepción de ordenamiento jurídico como sistema, resulta necesario identificar los elementos admitidos en él y los que quedan excluidos;²⁶ de manera que se pueda dilucidar cuál es el campo de regulación del Derecho interno y cuál el del Derecho internacional, para determinar si existen o no asuntos que por su naturaleza se encuentran reservados a la atención del Derecho interno y donde el Derecho internacional se encuentra fuera de cualquier pronunciamiento.

Para explicar esta cuestión, ROMERO PUENTES afirma: “En todo ordenamiento jurídico interno, independiente del sistema político adoptado, los individuos poseen una esfera de actuación en la que el Estado no interviene. De la misma forma, en el Derecho internacional existen asuntos en los que el Estado puede actuar de acuerdo a su propia voluntad, pues el Derecho internacional no ha establecido reglas o normas de ninguna especie, nos referimos a asuntos que

²⁵ ROMANO, en una referencia bastante utilizada de su obra: “... Si se admite, como no hay duda, que un ordenamiento jurídico en el sentido señalado, no es una suma de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad en sí misma, y una unidad, quede bien claro, no artificial ni lograda por un procedimiento de abstracción, sino concreta y efectiva, debe reconocerse entonces que el ordenamiento es algo distinto de los elementos materiales concretos que lo integran, e incluso debe estimarse que no se puede tener un concepto adecuado de las normas que lo forman, sin anteponer previamente el concepto unitario de aquel, del mismo modo que no se puede tener una idea exacta de los distintos miembros del hombre o de las ruedas de una máquina, si no se sabe antes qué sea el hombre o que sea aquella máquina”. Cfr. ROMANO, S., *El Ordenamiento Jurídico*, p. 96.

²⁶ FERNÁNDEZ BULTÉ realiza una disquisición de la noción del ordenamiento jurídico como sistema que se asume a los efectos de esta investigación. Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Derecho*, cit., pp. 149 y 150.

reservan a la jurisdicción interna de los estados, o sea, que se rigen exclusivamente por el derecho interno”.²⁷

La Carta de la ONU reconoce la existencia de “asuntos de jurisdicción interna de los Estados”²⁸ en los cuales no interviene, ni siquiera la propia organización. Sin embargo, en las últimas décadas, en la práctica propia de las organizaciones y organismos internacionales se ha desarrollado una tendencia a considerar determinados asuntos que eran en el pasado de exclusiva naturaleza interna, como cuestiones en el campo del Derecho internacional.²⁹

También en el ámbito práctico se ha complejizado la cuestión de los contenidos del Derecho internacional y el Derecho interno, a partir del desarrollo del primero, así como su progresivo proceso de institucionalización. Se ha planteado que en algunos casos existe coincidencia de contenidos entre ambos órdenes; opinión sostenida por PIZA ESCALANTE, quien refiere: “El panorama internacional muestra, como hemos venido apuntando, que los contenidos, tradicionalmente diversos e independientes, del Derecho internacional y el derecho interno, como ordenamientos, el primero hacia fuera, el segundo hacia adentro de los Estados, se han venido confundiendo, al extremo de converger, si es que no de coincidir, en las mismas materias, obligando de este modo a los juristas a encontrar soluciones nuevas a las antinomias que esta concurrencia provoca inevitablemente [...]”³⁰

²⁷ Cfr. ROMERO PUENTES, Y., *Derecho Internacional...*, cit., p. 53.

²⁸ La Carta de la ONU en su artículo 2.7 establece: “Ninguna disposición de esta Carta, autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos de jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta [...]”. Cfr. Carta de la ONU, p. 7.

²⁹ En los organismos internacionales, en particular en los órganos de la ONU, se han generado problemas prácticos relativos a la interpretación de determinadas cuestiones como parte de la jurisdicción interna de los Estados o como materia de Derecho internacional. En este sentido, es dable explicar que en muchas de estas cuestiones, la manipulación política de determinados asuntos ha influido notablemente en las inclinaciones teóricas; v. gr., el campo de regulación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la descolonización, la autodeterminación de los pueblos, entre otros. Si bien existe en la actualidad un consenso mayoritario en que estos temas deben ser y son en la práctica regulados por el Derecho Internacional, es justo afirmar que no son exclusivamente de jurisdicción internacional, pues la eficacia de algunos de ellos, en particular de los derechos humanos y las libertades fundamentales está dada en el ámbito del Derecho interno de cada Estado, más allá de que son asuntos regulados por el Derecho internacional.

³⁰ Cfr. PIZA ESCALANTE, R. E., *El valor del Derecho y la jurisprudencia internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica*, p. 183.

Algunos autores³¹ han afirmado que para dilucidar si una cuestión se entiende en el campo exclusivo de regulación del Derecho nacional, el primer elemento es precisar que no debe estar reglado por el Derecho internacional. Empero, considero que si bien es un punto de partida para determinar el campo de actuación del Derecho interno y del Derecho internacional, la regulación por este último no es el único criterio a tener en consideración.

Existen distintos elementos jurídicos que pueden constituir criterios para determinar el campo de regulación de uno u otro ordenamiento jurídico. Por solo citar algunos ejemplos: determinar si el asunto del que se trata es una cuestión constitucional o no, si es relativo a la soberanía del Estado, incluso, adecuándose a elementos más contemporáneos de análisis, si la cuestión que se trata es intrínseca a la existencia de un Estado en particular, o a su desarrollo como nación.

También se ha abordado como criterio doctrinal³² que un asunto solo será del ámbito exclusivo del Derecho interno cuando este no pueda ser regulado por el Derecho internacional. En este sentido, no se comparte totalmente la postura kelseniana que afirma: "No hay asunto cuya regulación esté reservada por su propia naturaleza al derecho nacional y que no sea susceptible de ser reglado por el Derecho internacional. No existe asunto que por su naturaleza sea únicamente de jurisdicción interna del Estado, o que por su propia naturaleza no pueda reglarse por una norma general o individual de Derecho internacional. El Derecho internacional puede arreglar todo asunto, aún aquellos que normalmente solo son reglados por el derecho nacional, y que, por ello, se consideren asuntos internos [...]".³³

Esta postura kelseniana desconoce que el fin del Estado en la articulación de ambos ordenamientos es, en última instancia, proteger y preservar el ordenamiento jurídico interno. La posición prevalente del Estado soberano, que hace del consentimiento estatal un factor primordial en la formación y aplicación de las normas convencionales, hay que conjugarla con las exigencias ineludibles de la cooperación internacional. En todo caso está presente el Estado, ya que –como afirma KAUFMAN– "es imposible imponer leyes a un Estado para su vida exterior que no den satisfacción a las leyes y necesidades de su existencia". La necesidad de armonizar ambos ordenamientos es, pues, imprescindible. Las

³¹ Vid. Kelsen, H., *Principios del Derecho Internacional...*, cit., p. 164 y ss.

³² *Ibidem*, p. 164 y ss.

³³ *Idem*, p. 164 y ss.

relaciones interiores y exteriores del Estado contemplan realidades sociales distintas, pero –como añade este autor– ambas implican la base social y jurídica del Estado.³⁴

Es por ello que la solución ante las contradicciones, los conflictos o las lagunas que pudieran generarse en la articulación del Derecho internacional y el Derecho interno, tanto en la celebración de tratados, en el establecimiento de un sistema de recepción, como en lo relativo a la jerarquización, al cumplimiento de obligaciones del Estado o al ejercicio de los derechos derivados de los mismos, deben inexorablemente resolverse bajo la égida del ordenamiento jurídico nacional y en correspondencia con los principios y contenidos consagrados en el texto constitucional.

De manera que resulta difícil, teórica y prácticamente, llevar a cabo el diseño de un régimen jurídico que armonice el Derecho internacional y el Derecho interno, que salvaguarde la Constitución y por ende la soberanía, si no se realiza esta construcción desde la noción de unidad del ordenamiento jurídico.

Definir una postura doctrinal en relación con el campo de regulación del Derecho interno y del Derecho internacional es cardinal también para el logro de la unidad en el ordenamiento interno, y constituye el primer paso para eliminar contradicciones que se puedan generar entre ambos ordenamientos, no solo en el plano formal, estructural y funcional, sino también en el plano interno y respecto a la organicidad de su contenido.

Desde una inclinación teórica marxista, se considera que la existencia del Estado como sujeto fundamental del Derecho internacional y como elemento principal del sistema político de la sociedad, determina la naturaleza exclusivamente interna de varias cuestiones jurídicas que son reguladas en el Derecho nacional en función de la preservación de la soberanía como elemento intrínseco de su poder público político.³⁵

Si se sigue el hilo de este análisis, se puede afirmar que existen asuntos como los relativos a la forma y sistema de gobierno, el régimen político, las cuestiones relacionadas con la pérdida o adquisición de la ciudadanía, el ingreso de

³⁴ Cfr. ESPADA RAMOS, M. L., "El control interno de los Tratados Internacionales", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 32, No. 1/3, 1980, pp. 9-32.

³⁵ FERNÁNDEZ BULTÉ realiza una disquisición sobre el poder público-político como rasgo del Estado que se asume a los efectos de esta investigación. *Vid.* FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 37-42.

extranjeros al territorio nacional, entre otros casos, que competen exclusivamente al ámbito del Derecho interno y donde no cabe al Derecho internacional pronunciamiento alguno, pero no solo por el hecho de que no se encuentran regulados o no son susceptibles de serlo por el Derecho internacional, sino porque constituyen manifestaciones del ejercicio pleno de la soberanía del Estado, y en su mayoría tienen naturaleza constitucional.

Como parte de esos casos se encuentra la celebración e incorporación de tratados al Derecho interno de un Estado, los que se generan, requieren y se completan a partir de actos soberanos del Estado, regulados por su Derecho interno, especialmente por el Derecho constitucional.

3. ACERCAMIENTO DOCTRINAL A LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO. IMPACTO EN LA CELEBRACIÓN Y RECEPCIÓN DE TRATADOS

Entre los elementos más relevantes de la polémica dualista-monista está la existencia o no de dos sistemas jurídicos independientes.³⁶ A mi juicio, en ello radica el sustento teórico que define los distintos criterios para la celebración y recepción de tratados internacionales en el Derecho interno, así como el nivel de organicidad y coherencia del ordenamiento jurídico interno.

Sobre este asunto, los denominados dualistas³⁷ consideran que el Derecho interno y el Derecho internacional son dos sistemas independientes que existen de forma paralela. Esta independencia no solo radica en las fuentes de ambos,

³⁶ Vid. MARÍN LÓPEZ, A., "El problema de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho Internacional en las Constituciones", *REDI-1*, 1952, pp. 529-602; MANGAS MARTÍN, A., "Las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho español", *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional*, pp. 9-37; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., "Introducción al problema de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno", *Separata de la Revista Jurídica*, Buenos Aires, 1962, p. 111.

³⁷ La tesis del dualismo fue formulada por Henrich TRIEPEL a finales del siglo XIX y principios del XIX y posteriormente desarrollada por Dionisio ANZILOTTI. También hicieron aportes importantes a ella, autores como Caetano MORELLI, Angelo Piero SERENI y Walter RUDOLF. Para los dualistas, el Derecho interno y el internacional suponen dos ordenamientos jurídicos separados, con campos de regulación distintos, entre los cuales no existe relación orgánica. Al decir de PINO CANALES: "Para esta corriente doctrinal tanto uno como otro derecho se mueven y desarrollan en planos distintos dentro de dos círculos que nunca se superponen y marchan siempre paralelos". Cfr. PINO CANALES, C., "La relación Derecho interno...", *cit.*, p. 46 y ss. Sobre este asunto, *vid.* los estudios realizados por MODESTA COSTA, L. y J. RUDA, *Derecho Internacional Público*, tomo I, p. 65; RABASA, O., *El Derecho interno y el Derecho internacional. Del México actual*, No. 4, p. 74 y ss.

sino también en las materias reguladas y los destinatarios de las normas. Por tanto, para los mencionados dualistas, también denominados pluralistas, es imposible que el Derecho internacional colisione con el Derecho interno y en consecuencia no se podría plantear un conflicto entre ambos sistemas.

En lo que respecta al sistema de recepción de normas internacionales en el Derecho interno, los dualistas plantean que la “independencia” que existe entre ambos órdenes hace necesario un proceso mediante el cual se incorporen al Derecho interno las normas internacionales, de manera que estas últimas puedan ser aplicadas por las instituciones del Estado. Esta es precisamente una de las tesis más importantes del dualismo a juicio de esta investigadora, pues de acuerdo con esta independencia, *cuasi* incomunicación y desconexión extrema del Derecho internacional con el Derecho interno, el cumplimiento de la obligación por un Estado de una norma internacional se genera –según la postura dualista– como resultado de la norma de Derecho interno que se establezca y no como resultado del Derecho internacional *per se*.

Siguiendo esta lógica dualista, el Derecho internacional no puede aplicarse directamente en el Derecho interno ya que necesita obligatoriamente de una norma que lo incorpore y que lo dote de eficacia en el Derecho nacional, por lo que para estos autores³⁸ la eficacia y fuerza obligatoria de los instrumentos internacionales también se encuentran en las normas de Derecho interno que incorporan al ordenamiento jurídico nacional los preceptos internacionales. En este entendido, algunos de los dualistas³⁹ han señalado al Estado solo como destinatario del Derecho internacional y no como sujeto activo de este.

Lo anterior constituye, a mi juicio, uno de los sesgos de la teoría dualista, pues si bien al Estado, mayoritariamente, se encuentran dirigidas las exigencias que generan los convenios internacionales, no se puede soslayar que el Derecho internacional posee otros actores internacionales cada vez con mayor protagonismo, así como tampoco que las obligaciones y derechos derivados de los preceptos internacionales, también tienen incidencia directa en los individuos y otros sujetos, tanto en el ámbito nacional como internacional.⁴⁰

³⁸ Entre ellos se destacan los ya mencionados TRIEPEL, H., “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, *RCADI-I*, 1923, pp. 73-121; ANZILOTTI, D., *Curso de Derecho Internacional*, p. 101 y ss.; MORELLI, G., *La sentenza internazionale*, pp. 10-11; SERENI, A. P., *The italian conception of international law*, p. 349 y ss.

³⁹ Vid. MORENO QUINTANA, L. M. y C. M. BOLLINI SHAW, *Derecho Internacional Público*, p. 746 y ss.; LINARES, J. E., *Derecho Internacional Público*, tomo I, pp. 39-41.

⁴⁰ De acuerdo con lo establecido en la CVDT –en su artículo 6–, todos los Estados tienen la capacidad de celebrar tratados internacionales; sin embargo, posteriormente se adoptó la

En un análisis sobre este asunto, PINO CANALES concluye que “resulta indiscutible que derecho interno y Derecho internacional constituyen órdenes jurídicos perfectamente distinguibles, pero sus diferencias no los convierten en sistemas jurídicos diferentes, independientes y carentes de relación. En nuestra opinión resulta un equívoco fundamentar el carácter de sistemas jurídicos paralelos, partiendo de la base de la diferencia de las fuentes, y por otra parte al limitar el objeto del Derecho internacional a regular las relaciones entre los Estados, están desconociendo la existencia de otros sujetos internacionales, tales como las organizaciones internacionales, y las naciones, quienes en la actualidad tienen una presencia importante en el Derecho internacional contemporáneo”.⁴¹

De los elementos antes mencionados sobre esta tesis dualista, es posible interpretar que para esta postura doctrinal, la unidad del ordenamiento interno a partir de la integración en él del Derecho internacional, es un fin a lograr en las normas internas que lo incorporan al ordenamiento jurídico nacional y no fuera de ellas. En mi opinión, lo anterior resulta un elemento favorable de esta teoría, pues a pesar de sus sesgos, ofrece la flexibilidad suficiente para adecuar el ordenamiento internacional a las dinámicas estructurales y funcionales que se generan a lo interno de cada país, lo cual puede propiciar la organicidad y coherencia del ordenamiento jurídico nacional.

A la posición doctrinal analizada anteriormente se opone la conocida como monismo.⁴² Para los monistas, el Derecho interno y el Derecho internacional constituyen dos ramas de un solo ordenamiento jurídico. Consideran como denominador común en sus análisis, la subordinación de un Derecho sobre otro, aunque algunos de los monistas⁴³ estiman que el Derecho interno pre-

Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales del 21 de marzo de 1986 –en lo adelante CVDTEOI–, la cual plantea igualmente en su artículo 6, la capacidad de organizaciones internacionales para celebrar tratados. Con ello se reconoce expresamente que existen otros sujetos de Derecho internacional con la capacidad de celebrar tratados. Cfr. el texto de ambas convenciones internacionales en *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, Vol. II – *Instrumentos*, p. 109 y ss. y p. 220 y ss., respectivamente.

⁴¹ Cfr. PINO CANALES, C., “La relación Derecho interno...”, *cit.*, p. 46 y ss.

⁴² La tesis del monismo se desarrolló con la influencia del positivismo en el siglo XIX. Entre los tratadistas más importantes que defienden esta teoría se encuentran HANS Kelsen, JELLINEK, VERDROSS y SCHELLE.

⁴³ Entre los exponentes más importantes de esta corriente se encuentran ZORN, KAUFMANN y WENZEL.

valece sobre el Derecho internacional, mientras otros⁴⁴ entienden que el Derecho interno se subordina al Derecho internacional.⁴⁵

De forma general, los mencionados monistas opinan que el Derecho internacional se incorpora de manera automática al Derecho interno, por lo que se puede prescindir –de acuerdo con esta doctrina– de un trámite de incorporación o implementación de la norma internacional, de manera que se entiende por ellos que el Derecho internacional no se transforma en Derecho interno, sino que es *per se* Derecho interno. En este sentido se puede interpretar que para los monistas la unidad del ordenamiento interno, a partir de la integración en él del Derecho internacional, no sería un fin a lograr en la creación de normas nacionales, sino en el propio Derecho internacional, que es para ellos Derecho interno; ello, en mi criterio, constituye una falencia de la teoría monista, pues resulta improbable que desde la creación del propio Derecho internacional, se logre inequívocamente la organicidad y coherencia del ordenamiento jurídico interno.

PINO CANALES explica sobre los monistas que “[...] independientemente de la orientación particular de la doctrina desarrollada por estos tratadistas, su posición básica parte de una idea común; No hay otro derecho que el derecho del Estado, con lo cual llegan a la conclusión que el Derecho internacional forma parte del sistema del derecho interno de los Estados. Partiendo de esta idea, señalan que el Derecho internacional es aquella rama del derecho interno que está formada por el conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con los demás Estados. Para tratarla de diferenciar de otras ramas del derecho interno la denominan “derecho estatal externo” .⁴⁶

En ese caso, la aplicación automática del Derecho internacional obliga tanto a los ciudadanos como a los órganos del Estado, lo que en mi opinión es un contradicción en la doctrina monista, porque como se analizará posteriormente, si el Derecho internacional se contrapone al Derecho interno y prevalece el Derecho interno –según lo entienden algunas corrientes del propio monismo–, aunque el Derecho internacional no sea nulo y genere responsabilidad internacional para ese Estado, en la práctica es ineficaz, ya que no tendría aplicación efectiva en el Estado en cuestión.

⁴⁴ Vid. VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, pp. 70-72.; KELSEN, H., “Théorie du Droit International Public”, *RCADI-III*, 1953, p. 81.

⁴⁵ Vid. *infra*, explicación sobre las diferentes posiciones y sus exponentes más importantes.

⁴⁶ Cfr. PINO CANALES, C., “La relación Derecho interno...”, *cit.*, p. 46 y ss.

Sin embargo, dentro del monismo se han producido diferentes tendencias,⁴⁷ que si bien mantienen la concepción sobre la unidad del ordenamiento, difieren en cuanto a otros elementos que resultan de importancia para su articulación. Es por eso que se centran las referencias en los elementos teóricos más significativos planteados por los monistas y no en la descripción de cada una de las variantes de esta corriente.

Dentro de las concepciones monistas, los elementos relacionados con la unidad del ordenamiento jurídico resultan un fundamento básico.⁴⁸ Se toma como punto de partida la unidad del conjunto de normas, que deben ser todas dependientes del orden jerárquico establecido.

KELSEN, como uno de los fundamentales exponentes de esta postura, expresa al respecto: "Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, o un orden cuando su validez reposa, en último análisis sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de una norma fundamental que se encuentra en la base de este orden".⁴⁹

⁴⁷ Una de las variantes monistas es la denominada "monismo con primacía en el derecho interno", que considera que el Derecho internacional es una rama del Derecho interno de los Estados. Otra de las variantes es el "monismo con primacía en el Derecho Internacional", que afirma que el Derecho internacional es superior al Derecho interno. *Vid. VERDROSS, A., Derecho internacional...*, cit., p. 70. Dentro del monismo también se han desarrollado otras concepciones; aquella denominada "monismo extremo", representada fundamentalmente por SCHELLE, que explica: "no es posible un derecho opuesto al Derecho Internacional por adolecer *ipso facto* de nulidad"; Cfr. SCHELLE, G., *Precis de Droit de Gens*, Vol. I. Paris, p. 32. KELSEN, por su parte, teorizando en defensa de esta corriente expresa que "cuando un Estado resulta obligado por el Derecho Internacional, a realizar un acto determinado y no lo realiza, efectúa uno opuesto o se *abstiene* de llevarlo a vías de hecho, tal acto, omisión o abstención, son nulos jurídicamente y por tanto inexistente". Cfr. KELSEN, H., "Théorie du Droit...", cit., p. 81. También se encuentra el monismo moderado, que tiene ciertas coincidencias con el dualismo, sobre el asunto de que le Derecho internacional opuesto al Derecho interno no es nulo y obliga a las autoridades del Estado en cuestión, en el plano internacional. Existe una tercera posición o tendencia, a la cual se le ha denominado monismo nacionalista, corriente que tuvo sus principales exponentes en los discípulos de la llamada Escuela de Bonn, particularmente los ya mencionados ZORN, KAUFMANN y WENZEL y de acuerdo con la cual, el Derecho internacional deriva del Derecho interno, llegando a la conclusión de que en caso de conflicto, prevalece la norma interna. *Vid* explicación de PINO CANALES, C., "La relación Derecho interno...", cit., p. 46 y ss.

⁴⁸ *Vid. KELSEN, H., "Théorie du Droit..."*, cit., pp. 80-93.

⁴⁹ Cfr. KELSEN, H., *Teoría Pura...*, cit., p. 135.

De acuerdo con la postura monista, se derivan análisis con respecto a la validez⁵⁰ de las normas del Derecho internacional, como otra de las categorías que inciden en la unidad del ordenamiento jurídico. Al asumirse la validez normativa –igual que ALEXY–⁵¹ como fuerza obligatoria y de pertenencia de las normas jurídicas al Derecho interno, se podría sostener que para algunos de los monistas, la norma es válida, porque otras normas dentro del propio ordenamiento jurídico admiten y fundamentan su pertenencia al ordenamiento jurídico.

Si se extiende este análisis a la relación entre Derecho internacional y Derecho interno, la postura de KELSEN revela que el criterio de unidad de ambos ordenamientos jurídicos, para él, determina la validez de la norma. En ese sentido, el autor plantea: “El Derecho internacional y el derecho interno, no pueden ser sistemas distintos e interdependientes entre sí, y las normas de ambos sistemas deben ser consideradas válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo. No es posible desde el punto de vista lógico, sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí.”⁵²

El monismo con primacía del Derecho interno,⁵³ como resultado del momento histórico en que se desarrolló y la preeminencia de la teoría de la soberanía estatal absoluta, sostiene la inexistencia del Derecho internacional como una rama autónoma del Derecho, y como consecuencia algunos autores han planteado que esta corriente conlleva a la negación del Derecho internacional público como verdadero Derecho. En contraposición, el monismo con primacía del Derecho internacional⁵⁴ considera que el Derecho internacional es un orden superior, del cual dependen, en alguna medida, los sistemas jurídicos de los Estados, por lo que de ello se colige que existe una concepción de ordena-

⁵⁰ A la validez de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico interno, estará destinado un epígrafe *infra*. Aquí solo se refieren algunas nociones a los fines de explicar los elementos de las posturas que constituyen fundamento doctrinal de la investigación.

⁵¹ *Vid.* ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, pp. 87-89.

⁵² *Cfr.* KELSEN, H., *Principios del Derecho Internacional...*, *cit.*, p. 346.

⁵³ El monismo con primacía en el derecho interno, tiene como principales exponentes a la conocida como Escuela de Bonn en Alemania, con autores como KAUFMANN, WENZEL Y ZORN, aunque tuvo seguidores en Francia y otros países, como se explicó *supra*.

⁵⁴ Explica PINO CANALES, C.: “Entre las razones que propiciaron el desarrollo de esta vertiente del pensamiento monista podemos destacar, el desarrollo de la institucionalidad del Derecho Internacional, expresado de forma concreta en el reconocimiento universal de los principios básicos del Derecho Internacional, la ampliación de la gama de relaciones internacionales, la aparición de nuevos sujetos internacionales, el desarrollo de los mecanismo para asegurar el cumplimiento de las normas internacionales, así como la proliferación de los tratados internacionales”. *Cfr.* PINO CANALES, C., “La relación Derecho interno...”, *cit.*, p. 46 y ss.

miento jurídico superior y una relación de subordinación del Derecho interno que determina la potestad normativa de cada Estado, fijando la generación del Derecho interno bajo los ámbitos de competencias otorgados por el Derecho internacional.

Dentro de la doctrina nacional y desde la teoría del Derecho, BUSTAMANTE Y MONTORO defendió la primacía del Derecho internacional frente al Derecho interno, argumentando la necesidad de articulación de la comunidad nacional e internacional y, consecuentemente, sus ordenamientos jurídicos. En este sentido explicitó: "La tesis contraria resulta tan fácilmente rebatible que no requiere una discusión; nadie sostendría hoy, en serio, el primado del ordenamiento jurídico interno, inspirado en una concepción anárquica de la soberanía del Estado. La consecuencia interesantísima de este principio es que se articulen perfectamente las comunidades nacionales e internacional, y que sus ordenamientos jurídicos respectivos, se funden en cohesiva unidad: los primeros se apoyan para su validez, en el segundo".⁵⁵

Difiero un tanto de tal concepción, pues considero que, si bien se necesita una articulación y coherencia entre ambos órdenes jurídicos, ese planteamiento desconoce el rol del Estado como sujeto activo en el Derecho internacional. En última instancia, es precisamente el Estado, con toda su maquinaria de Derecho interno, el que, en el rol de sujeto internacional, crea de común acuerdo con otros Estados el Derecho internacional, a partir de la síntesis del consenso que se puede construir de los Derechos nacionales.

RICHARDS MARTÍNEZ expresa una opinión similar a la de esta autora cuando plantea que "si bien es cierto que el Derecho internacional puede delimitar el ámbito de validez de los ordenamientos jurídicos nacionales, a ello se le debe adicionar la influencia directa que estos últimos adquieren sobre el Derecho internacional".⁵⁶

Todo lo anterior permite reafirmar que el radicalismo dentro de estas posturas doctrinales ha conducido a la ineficacia en la práctica de las posiciones extremas. Cabe destacar que estas, en su mayoría, han desconocido el carácter político y público del poder del Estado, en particular en su papel rector de las

⁵⁵ Cfr. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO, A., *Teoría General...*, cit., pp. 34-35.

⁵⁶ Cfr. RICHARDS MARTÍNEZ, O., "La recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano. Presupuestos teórico-jurídicos para su perfeccionamiento", *Tesis presentada en opción del Grado Científico de Máster en Ciencias Jurídicas*, p. 22.

relaciones internacionales que se articulan precisamente en la esfera política de la sociedad⁵⁷ y que llevan implícitas las características sociales, culturales, espirituales y económicas de dicha sociedad.

La primacía del Derecho internacional o el Derecho interno, y la inclinación de un ordenamiento jurídico por una u otra postura doctrinal, no se debe definir mecánicamente desconociendo el rol de la voluntad del Estado. El Derecho de un país, su sistema de fuentes y, en particular, la forma en que se celebran e integran los tratados como parte del Derecho internacional al Derecho interno, su jerarquía dentro del ordenamiento nacional, desde una concepción marxista de la teoría del derecho, obedecen, en esencia, a las circunstancias políticas e históricas que configuran la participación del Estado en las relaciones internacionales. Es mi criterio, por las razones expuestas, que las posturas monistas no ofrecen en todos los aspectos, la flexibilidad suficiente para adecuar el ordenamiento internacional a las dinámicas estructurales, funcionales y de fondo que se generan a lo interno de un Estado, en correspondencia con su realidad política, social y económica, lo cual lesiona la unidad del ordenamiento jurídico nacional.

El propio KELSEN, uno de los máximos exponentes del monismo, reconoce que esta postura solo es defendible en la teoría, aludiendo a la inexistencia de condiciones histórico-concretas que permitan su articulación práctica, cuando explica: "si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoria que separa el Derecho internacional con los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el Derecho internacional y los órdenes jurídicos".⁵⁸

⁵⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ BULTÉ explica: "El poder estatal es exactamente un poder político, lo que quiere decir que es un poder dirigido a arbitrar en relación con asuntos políticos, con asuntos que atañen a la vida política y, por ello, a la sociedad en que se imponen diferencias políticas, lo cual es tanto como decir, diferencias económicas, sociales, culturales y espirituales derivadas de su división en clases. De tal modo, el Estado tiene poder en la esfera política; puede determinar en ella, impone los criterios y decisiones estatales en esa esfera [...]". Cfr. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado*, cit., pp. 50-51.

⁵⁸ Cfr. KELSEN, H., *Teoría Pura...*, cit., p. 204.

Ante el radicalismo de las posiciones doctrinales descritas, el avance y la ampliación de las relaciones internacionales entre los Estados, así como las influencias de procesos como la globalización y fragmentación en el ámbito del Derecho internacional, se ha generado la necesidad de buscar soluciones teóricas y prácticas en pos de lograr la unidad del ordenamiento jurídico nacional, tanto en la celebración de tratados como en la incorporación del Derecho internacional al Derecho interno. Es por ello que han surgido posiciones teóricas más flexibles, eclécticas o híbridas, que combinan los elementos de las tradicionales posturas dualistas y monistas, denominadas monismo moderado o estructurado.⁵⁹

Por ejemplo, el monismo moderado, aunque parte de la tesis de la unidad de ambos ordenamientos jurídicos, no esgrime una posición de subordinación de uno al otro, sino que trata de valorar esta relación sobre la base de la coordinación esencial necesaria para la coexistencia de ambos ordenamientos. Esta posición matiza la función del Derecho internacional cuando considera que la norma de Derecho interno opuesta al Derecho internacional no resulta nula *ab initio*, pero ocasiona la consiguiente responsabilidad internacional del Estado que la promulgó. Al analizar las consecuencias de la norma de carácter interno se expone que esta no deja de tener fuerza obligatoria, en los límites de la soberanía territorial del Estados donde fue promulgada, y por tanto, los tribunales tienen, en principio, la obligación de aplicar la legislación nacional, aun en los casos en que esta ley nacional viole una norma de Derecho internacional.⁶⁰

Las relaciones internacionales entre los Estados y el Derecho internacional se han ampliado y complejizado por diferentes razones,⁶¹ lo que ha influido en

⁵⁹ Vid., entre otros autores, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional...*, cit., pp. 171-189; también MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho Internacional*, p. 137; y VILAJOSANA, J. M., "Más allá de la ortodoxia: validez normativa y relaciones entre sistemas jurídicos", *Revista Telemática*, No. 12, 2009, pp. 94-96.

⁶⁰ Vid. PINO CANALES, C., "La relación Derecho interno...", cit., p. 46 y ss.

⁶¹ Una de las razones es la fragmentación del Derecho internacional y su influencia en el Derecho interno, lo cual ha sido un tema de análisis relevante. Un sector de la doctrina ha expuesto criterios de cuestionamiento a la unidad sistémica del Derecho internacional. Vid. CASANOVAS Y LA ROSA, O., "Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público", en J. Cardona Llorens (coord.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, pp. 35-268; SÁENZ DE SANTA MARÍA A. P., "El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho Internacional", en A. J. Rodrigo Hernández y C. García I Segura (coords.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la comunidad internacional*, pp. 356-374; AZNAR GÓMEZ, M. J., "En torno a la unidad sistémica del Derecho Internacional", *REDI*, Vol. LIX, 2007, pp. 563-594; MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., "Sistema, fragmentación y contencioso internacional", *REDI*, Vol. LX, 2008, pp. 457-489; DO AMARAL, J. A., "El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia

que a lo interno de los ordenamientos jurídicos nacionales se haya generado una necesidad creciente a definir –bien afiliándose a una postura doctrinal u otra– elementos precisos, pautas normativas que establezcan el marco de actuación del Estado en el plano internacional y los límites de conexión que tendrán el Derecho nacional y el Derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico del Estado de que se trate, en pos de la preservación de la soberanía nacional.

Por lo anterior se considera que más allá de la definición de una postura doctrinal, la necesidad de articulación de los dos ordenamientos es imprescindible,

en el Derecho Internacional contemporáneo”, *REDI*, Vol. LXII, 2010, pp. 61-88. Otros han defendido la unidad y la dimensión sistémica del Derecho internacional. *Vid.* PANIAGUA REDONDO, R., *Aproximación Conceptual al Derecho Internacional Público*, pp. 321-379.

También han influido en la cada vez más creciente complejidad de dichas relaciones, la globalización y la aparición de elementos institucionales dispersos e informales. Con el establecimiento de la ONU en 1945, la comunidad internacional, desde el punto de vista institucional, adquirió una nueva dimensión. Sin embargo, el modelo de institucionalidad que irradió el surgimiento de la ONU ha ido modificándose, nuevos actores con gran influencia en las relaciones internacionales, el contexto internacional de crisis y globalización, devenido en una creciente interdependencia de dichos actores, han influido en la proliferación de tendencias a la informalidad y dispersión en los mecanismos de creación del Derecho internacional. *Vid.* SÁENZ DE SANTA MARÍA, A., “Las dinámicas del Derecho Internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes”, en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, pp. 81-101.

Por último, pero no menos importante, el abandono progresivo de la codificación ha sido una de las transformaciones del Derecho internacional que más influencia ha tenido en el Derecho interno de los países. Durante las primeras décadas después del surgimiento de la ONU, tuvo lugar un prolífico movimiento de creación de grandes convenciones internacionales que se convirtieron en instrumentos para regular importantes temas de interés de la comunidad internacional. Durante los finales de las décadas de los años sesenta y setenta, se adoptaron textos como la Convención Internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), la Convención de Viena sobre relaciones Diplomáticas (1961), el Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares (1963), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), el Tratado de no proliferación nuclear (1968), la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas inclusive los agentes diplomáticos (1973), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982). Sin embargo, en las últimas décadas, son escasas las convenciones internacionales de esa naturaleza. La compleja situación política internacional, la fragmentación, la dispersión, hacen difícil la generación de consensos necesarios sobre temas vitales para la comunidad internacional, *v. gr.*, la prevención y castigo del terrorismo internacional, asunto que ha tenido que ser regulado a través de diferentes tratados sectoriales (aviación, marítimos, entre otros), por no existir consenso sobre su definición. Actualmente se discute en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), sin avances significativos que puedan conllevar a un instrumento internacional general sobre el tema.

a los fines de disminuir las lagunas, antinomias y desajustes funcionales que se producen, en pos de lograr la unidad del ordenamiento jurídico interno, la seguridad jurídica y la preservación de la soberanía nacional.

RICHARDS MARTÍNEZ asevera que desde una postura dualista moderada se permite incorporar más acertadamente el Derecho internacional al Derecho interno: “de ahí que, a nuestro juicio, la postura dualista, desde su enfoque más moderado sobre la interpretación de las relaciones en cuestión, es mucho más acertada que la tesis anterior ya que permite incorporar la norma internacional al Derecho interno desde las exigencias nacionales, lo que posibilita además que las disposiciones internacionales conserven su vigencia, salvo declaración nacional en contrario, cuando contradiga los postulados del Derecho nacional, cuestión esta que obedece a la separación de ambos ordenamientos jurídicos. No obstante lo anterior, conviene destacar la trascendencia que tiene, para el Derecho nacional y las preceptivas internacionales, el reconocimiento de la influencia recíproca que se establece entre ambos ordenamientos, lo que tributa a la necesaria armonía entre ellos”⁶²

Este propósito resulta imposible de alcanzar desde posiciones de intransigencia teórica, como se ha venido apuntando, por eso me inclino hacia posturas moderadas o híbridas, que al tiempo que comprendan que ambos ordenamientos son perfectamente distinguibles en cuanto a su contenido, fuentes y destinatarios, también reconozcan la influencia recíproca y la articulación dialéctica de estos, elementos que son indispensables para atemperar a las circunstancias actuales, la integración de ambos ordenamientos desde el punto de vista teórico y práctico.⁶³

SALMÓN GÁRATE afirma que “[...] más allá de lo estipulado constitucionalmente, es difícil encontrar un Estado que en la práctica se comporte totalmente de

⁶² Cfr. RICHARDS MARTÍNEZ, O., “La recepción de tratados...”, *cit.*, p. 26.

⁶³ En este sentido, D'ESTÉFANO explica: “Hay que tener presente en cuanto a las relaciones entre la ley nacional y la ley internacional, para explicar su alcance y contenido que: no puede establecerse una separación radical en cuanto al ámbito de validez entre los actos internos y los actos internacionales; como ha sostenido la jurisprudencia, las leyes internas, en cuanto expresión de la voluntad y la actividad del Estado, lo mismo que sus resoluciones judiciales o actos administrativos, constituyen ante el DIP hechos susceptibles de calificarse como lícitos según su conformidad o discrepancia con él”. Cfr. D'ESTÉFANO PISANI, M., *Esquemas...*, *cit.*, p. 78. También otros tratadistas han explicado la necesidad de asumir posturas teóricas que reconozcan la articulación armónica de ambos ordenamientos, con lo cual coincide la autora. En este punto se puede consultar la obra de BECERRA RAMÍREZ, M., *Derecho Internacional Público*, p. 9 y ss.

acuerdo al monismo o al dualismo exclusivamente”.⁶⁴ Por su parte, JIMENA QUESADA expresa que “deben entenderse superadas las clásicas posturas monistas o dualistas en torno a la relación entre normas nacionales e internacionales, subrayándose la retroalimentación de ambas y la interacción o enriquecimiento mutuo entre la jurisprudencia nacional y la internacional”.⁶⁵

De manera que la polémica doctrinal entre dualismo y monismo está hoy superada, pero en los Derechos constitucionales se aprecia un reflejo doctrinal que se plasma en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses que una y otra doctrina representan.⁶⁶

Desde un análisis marxista, la inclinación a una postura doctrinal u otra estará condicionada no solo por los fundamentos teóricos esenciales de dicha doctrina, sino, altamente matizadas, por las circunstancias históricas, sociales, económicas concepciones ideológicas y políticas del momento histórico que sustentan el sistema de Derecho del que se trate. Por ello, cualquier análisis que se realice de las relaciones entre los tratados y el Derecho interno, la recepción, la jerarquización, el cumplimiento de obligaciones, el ejercicio de derechos derivado de uno u otro orden normativo, necesariamente deberá realizarse partiendo de la noción de unidad del ordenamiento jurídico, pero sobre todo, entendiendo el carácter volitivo clasista del Derecho.

Lo anterior nos permite entender, desde el método marxista, por qué hoy no existe puridad en las soluciones prácticas que los Estados han asumido, puesto que la aspiración y la necesidad, matizadas por las circunstancias histórico-concretas, es lograr una relación equilibrada y armónica entre ambos órdenes en todos sus aspectos, que complete la unidad tanto externa como interna del ordenamiento y forme parte de su mismidad.

ENDARA concluye: “Ni el dualismo ni el monismo han sido adoptados en forma global o total, sino que los problemas de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno han sido solucionados pragmática y casuísticamente, sin una sujeción estricta a alguna de las dos teorías, sino tratando de mantener un equilibrio lógico, doctrinario, responsable y de justicia. Pero se

⁶⁴ Cfr. SALMÓN GÁRATE, E. y F. NOVAK, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, p. 277.

⁶⁵ Cfr. JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, pp. 50-51.

⁶⁶ Cfr. ESPADA RAMOS, M. L., “El control interno...”, *cit.*, pp. 9-32.

han dado ciertos lineamientos, verdaderos principios, como: a) La inexistencia de normas internacionales provenientes de un tratado concluido inconstitucionalmente; b) Un tratado no deroga automáticamente a una ley interna; c) El derecho internacional no delega al Estado para determinar los órganos y procedimientos para la conclusión de los tratados; d) No se admite el criterio de la existencia de dos sistemas jurídicos separados y herméticos el uno frente al otro. Los autores actuales prefieren no profundizar ni continuar la discusión respecto del dualismo y del monismo, que ya se ha hecho ampliamente, sino tratar estos problemas en forma pragmática analizar y proponer soluciones prácticas y específicas [...]”⁶⁷

En consecuencia con lo expuesto hasta el momento, opino que una posición híbrida, con mayor inclinación a la dualista moderada, puede ser el sustrato doctrinal en el cual se fundamente la dimensión funcional-institucional que articule el diseño de un régimen jurídico de los tratados, lo que desde una posición marxista, no debe obviar los elementos históricos concretos en los cuales se desarrolla dicho régimen y deberá ineludiblemente hacerse corresponder con la preservación de la soberanía nacional como elemento transversal y sostén doctrinal.

En el ámbito de los tratados internacionales, la preservación de la soberanía no se logra solamente con un sustrato conceptual profundo, se necesita además, la integración de elementos normativos, estructurales y prácticos que, en sede de celebración y recepción de tratados internacionales, deben definirse; por ejemplo, cuál será la jerarquía de los tratados en el Derecho interno, qué sistema de recepción es más favorable, qué elementos funcionales deben tenerse en cuenta para la manifestación del consentimiento del Estado y la celebración de los tratados, qué mecanismos de control deben existir, elementos que se abordarán en la segunda parte del artículo que será publicada en el próximo número.

MUESTRA DE PAÍSES ESTUDIADOS: República Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, República Federativa de Brasil, República de Chile, República de Colombia, República de Costa Rica, República del Ecuador, República de El Salvador, República de Guatemala, República de Haití, República de Honduras, Jamaica, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República del Paraguay, República del Perú, República Dominicana, República Oriental del Uruguay, República Bolivariana de Venezuela, Estados Unidos de

⁶⁷ Cfr. ENDARA, J., “Derecho Internacional y Derecho Interno”, en *Derecho del Ecuador*, p. 3 y ss.

América, República Federal de Alemania, República de Austria, Reino de España, República Francesa, República Helénica, República de Hungría, República Italiana, Reino de los Países Bajos, República Portuguesa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Federación de Rusia, República Argelina Democrática y Popular, República Árabe de Egipto, Emiratos Árabes Unidos, República Islámica de Irán, Estado de Kuwait, República Islámica de Mauritania, República árabe siria, República de Túnez, República de Turquía, República de Angola, República de Benín, Unión de las Comoras, República del Congo, República de Costa de Marfil, República Federal Democrática de Etiopía, República Gabonesa, República de Kenia, República de Mali, República de Mozambique, República de Namibia, República Federal de Nigeria, República Centroatrónica, República del Senegal, República de Sudáfrica, República Togolesa, República de Uganda, República de Zimbabue; Mancomunidad de Australia, República Popular de China, República de la India, Japón, República Democrática Popular Laos, República Islámica de Paquistán, República de Corea, República de Singapur, República Socialista de Vietnam.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

ABI-SAAB, G., "Cours général de Droit international Public", en *RCADI-VII*, tomo 207, 1987.

ALBERTI, E., "El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (Debate sobre El Derecho dúctil, de Gustavo Zagrebelsky)", *Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época*, tomos XIII y XIV, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1996-1997.

ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 5, Alicante, 1988.

ANZILOTTI, D., *Curso de Derecho internacional*, Reus, Madrid, 1935.

ARAMBURO Y MACHADO, M., *El Derecho cubano. Doctrinas jurídicas*, La Habana, 1916.

ARAMBURO Y MACHADO, M., *Filosofía del Derecho*, La Habana, 1925.

ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24, septiembre 2001.

AZNAR GÓMEZ, M. J., "En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional", *REDI*, Vol. LIX, 2007.

BECCERRA RAMÍREZ, M., *Derecho internacional Público*, UNAM, México, 1991.

- BEDJAOUI, M., *Droit International: Bilan et perspectives*, tome I, Paris, 1991.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O., "Unidad y pluralismo en Derecho internacional Público", en J. Cardona Llorens (coord.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Valencia, 1999.
- CIDONCHA MARTÍN, A., "Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, No. 23, 2009.
- CLAVERO ARÉVALO, M. F., "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo", *Revista de Administración Pública*, Año III, No. 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, enero-abril, 1952.
- COSSIO, C., *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.
- D'ESTÉFANO PISANI, M., *Derecho de Tratados*, Pueblo y Educación, La Habana, 1977.
- D'ESTÉFANO PISANI, M., *Derecho internacional Público*, Ed. Universitaria, La Habana, 1965.
- D'ESTÉFANO PISANI, M., *Esquemas de Derecho internacional Público*, tomo I, Pueblo y Educación, La Habana, 1977.
- DESVERNINE Y GALDÓS, P., *Estudios fundamentales de Derecho*, La Habana, 1928.
- DO AMARAL, J. A., "El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el Derecho internacional contemporáneo", *REDI*, Vol. LXII, 2010.
- ENDARA, J., "Derecho internacional y Derecho Interno", en *Derecho del Ecuador*, Universidad Central de Ecuador, Quito, disponible en www.revista.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiccion/article/download/595/66 [consultado el 20 de julio de 2022].
- ESPADA RAMOS, M. L., "El control interno de los Tratados Internacionales", *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. 32, No. 1/3, Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales, 1980.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Derecho*, Félix Varela, La Habana, 2002.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado*, Félix Varela, La Habana, 2001.
- GADAMER, Hans G., *Verdad y Método*, tomo I, Salamanca, Sígueme, España, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", *Revista de administración pública*, Instituto de Estudios Políticos, No. 40, Madrid, enero-abril 1963.
- GONZÁLEZ MONZÓN, A., *El juez y el derecho. El derecho por principios y la ponderación judicial*, UniAcademia Leyer, Bogotá, 2020.

- GONZÁLEZ OROPEZA, M., "La nueva dimensión constitucional de los tratados internacionales", en *Los derechos humanos en el momento actual*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en www.bibliojuriiica.org [consultado el 3 de enero de 2020].
- HALL, J., *Razón y realidad en el Derecho*, traducción de Pedro R. David, Buenos Aires, Depalma, Argentina, 1959.
- HENKIN, L., "International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law", *RCADI-IV*, 1989.
- JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1981.
- JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., "Introducción al problema de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno", *Separata de la Revista Jurídica*, Buenos Aires, 1962.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., "El Derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, No. 2.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Ed. Universitaria, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- KELSEN, H., *Principios del Derecho internacional Público*, Buenos Aires, 1965.
- KELSEN, H., "Théorie du Droit International Public", en *RCADI-III*, 1953.
- LAN ARREDONDO, A. J., *Sistemas Jurídicos*, Ed. Oxford University Press, México, 2015
- LAVOPA J. H., "La dimensión jurídica de la integración", en *Revista del Comité de Estudios de Asuntos Latinoamericanos*, Buenos Aires, 1996.
- MACNAIR, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- MARÍN LÓPEZ, A., "El problema de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional en las Constituciones", *REDI-1*, 1952.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C., "Las relaciones entre el derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas", *Anuario Español de Derecho internacional*/ Vol. 34/2018.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., "Sistema, fragmentación y contencioso internacional", *REDI*, Vol. LX, 2008.
- MATILLA CORREA, A., "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento)", en Colectivo de Autores, *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, Félix Varela, La Habana, 2004.

- MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1970.
- MODESTA COSTA, L. y J. RUDA, *Derecho internacional Público*, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.
- MORÉ CABALLERO, Y., "La interrelación entre el Derecho internacional y el derecho interno en Cuba a la luz de las doctrinas tradicionales", *Revista Colombiana de Derecho internacional*, No. 9, Bogotá, Colombia, 2007.
- MORELLI, G., *La sentenza internazionale*, Ed. CEDAM, Padova, 1931.
- MORENO QUINTANA, L. M. y C. M. BOLLINI SHAW, *Derecho internacional Público*, Ediciones Librería del Colegio, Buenos Aires, 1950.
- PANIAGUA REDONDO, R., *Aproximación Conceptual al Derecho internacional Público*, Navarrensis Universitas, España.
- PARADA, R., *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2007.
- PASTOR RIDRUEJOS, J. A., *Curso de Derecho internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Cuarta Edición, Tecnos, S.A., Madrid, 1992.
- PÉREZ LUÑO, A. E., "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 98, octubre-diciembre, Madrid, 1997.
- PÉREZ MARTÍNEZ, Y., "Soberanía popular como significación social positiva: reflexiones para debatir", *Revista Cubana de Derecho*, Vol. 1, No. 2, julio-diciembre 2021.
- PÉREZ PORTO, J. y A. GARDEY, *Definición de Dimensión*, Real Academia de la Lengua Española, 2011.
- SERENI, A. P., *The italian conception of international law*, Columbia University, New York, 1943.
- PINO CANALES, C., "La relación Derecho interno - Derecho internacional", en *Temas de Derecho internacional Público*, Félix Varela, La Habana, 2006.
- PISI DE CATALINI, M., *La Teoría Ecológica de Carlos Cossio y el Tridimensionalismo Jurídico de Miguel Reale*, disponible en <https://bdigital.uncu.edu.ar> [consultado el 13 de marzo de 2022].
- PIZA ESCALANTE, R. E., *El valor del Derecho y la jurisprudencia internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica*, edición preparada y actualizada por R. Piza Rocafort y J. Córdoba Ortega, Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, C.R., 2004.
- RABASA, O., *El Derecho interno y el Derecho internacional. Del México actual*, No. 4, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1933.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la ciencia del derecho*, traducción de Luis Recaséns Siches, prólogo de Fernando de los Ríos, Madrid, 1930.

- REALE, M., *Teoría tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997.
- REALE, M., *Introducción al Derecho*, Pirámide, S.A, Madrid, 1982.
- RECASENS SICHES, L., *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, S.A., México, 1997.
- RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Publicaciones Diánoia, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1956.
- RICHARDS MARTÍNEZ, O., "La recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano. Presupuestos teórico-jurídicos para su perfeccionamiento", *Tesis presentada en opción del Grado Científico de Máster en Ciencias Jurídicas*, La Habana, 2011.
- RICHARDS MARTÍNEZ, O., "Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Vol. 42, No. 116, 2012.
- ROMANO SANTI, "Osservazioni sulla completezza dell' ordinamento statale", 1925, ahora en *id.*, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1969.
- ROMANO SANTI, *El Ordenamiento Jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- ROMERO PUENTES, Y., *Derecho internacional Público. Parte General*, Félix Varela, La Habana, Cuba, 2018.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, A. P., "El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional", en A. J. Rodrigo Hernández y C. García I Segura (coords.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional Público y en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, A. P., "Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes", en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel-AEPDIRI, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO, A., *Teoría general del Derecho*, Cultural, S.A., La Habana, 1953.
- SCELLE, G., *Precis de Droit de Gens*, Vol. I, Paris, 1932.
- TRIEPEL, H., "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *RCADI-I*, 1923.
- VERDROSS, A., *Derecho internacional Público*, 2ª ed. castellana, Aguilar, Madrid, 1957.
- VIRALLY, M., "Le phénomène juridique", *Revue du droit publique et de science politique*, 1966.
- WEIL, P., "Towards relative normativity in International law?", *AJIL*, 1983.
- WEIL, P., "Vers une normativité relative en droit international?", *RGDIP*, 1982.
- WEIL, P., Curso General de La Haya, "Le Droit International en quête de son identité", *RCADI-VI*, 1992.

FUENTES LEGALES

- Carta de la ONU publicada por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York 10017, 1998.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York 10017, 1998.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. Entró en vigor el 27 de enero de 1980. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 y *La Comisión de Derecho internacional y su Obra*, Ed. Naciones Unidas, Vol. II – *Instrumentos*, Nueva York, 2007.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, del 21 de marzo de 1986, *La Comisión de Derecho internacional y su Obra*, Ed. Naciones Unidas, Vol. II – *Instrumentos*, Nueva York, 2007.
- Convención Internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948).
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965).
- Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (1961).
- Convención de Viena sobre relaciones consulares (1963).
- Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares (1963).
- Tratado de no proliferación nuclear (1968).
- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas inclusive los agentes diplomáticos (1973).
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).
- Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (1982).

Recibido: 22/12/2022

Aprobado: 14/2/2023

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

