

5 LA APLICACIÓN NACIONAL DE LA NORMA O SENTENCIA INTERNACIONAL Y EL DUALISMO MONISTA

JAMES GRAHAM y CHRISTIAN LÓPEZ MARTÍNEZ

***Jame Graham.** Doctor en Derecho por la Universidad de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Francia. Profesor por oposición en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, titular de la cátedra de arbitraje internacional en la Escuela doctoral, y de la Línea de investigación de Derecho internacional público. Profesor visitante y Titular de la cátedra de Derecho constitucional internacional, Universidad Siglo XX, Cochabamba, Bolivia. Socio, GRAHAM, Monterrey, México.*

***Christian López Martínez.** Master en Derecho, Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Profesora invitada a la cátedra de Derecho constitucional internacional, Universidad Siglo XX, Cochabamba, Bolivia. Of Counsel, GRAHAM, Monterrey, México.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INTEGRACIÓN DE LA NORMA INTERNACIONAL. 2.1 El control vertical de la norma internacional. 2.2 El control horizontal de la norma internacional. 3. LA INTEGRACIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES. 3.1 Las sentencias judiciales internacionales. 3.2 Las sentencias arbitrales internacionales. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE

5.1	INTRODUCCIÓN.....	144
5.2	LA INTEGRACIÓN DE LA NORMA INTERNACIONAL.....	145
5.2.1	El control vertical de la norma internacional.....	145
5.2.1.1	El jus cogens.....	146
5.2.1.1.1	A - La definición internacional.....	146
5.2.1.1.2	B - El control nacional.....	148
5.2.1.2	Las decisiones del Consejo de seguridad	148
5.2.1.3	El Derecho internacional general	149
5.2.1.4	El Derecho convencional	150
5.2.1.4.1	A - La jerarquía internacional de los tratados.....	150
5.2.1.4.2	B - La jerarquía nacional de los tratados	151
5.2.2	El control horizontal de la norma internacional	153
5.3	LA INTEGRACIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES	158
5.3.1	Las sentencias judiciales internacionales	159
5.3.1.1	Avena.....	159
5.3.1.2	Las inmunidades jurisdiccionales.....	160
5.3.2	Las sentencias arbitrales internacionales.....	163
5.4	CONCLUSIÓN.....	165
5.5	BIBLIOGRAFÍA.....	167

5.1 INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre la relación-interactuación entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, en particular sobre el tema de la jerarquía de las normas²⁴⁶. Es costumbre mencionar en este aspecto el monismo y el dualismo. Sin embargo, las dos teorías mencionadas son usualmente aplicadas a la relación tratado-ley nacional, sin analizar de manera profunda la relación constitución-*jus gentium*. En efecto, recordamos que en el dualismo, la norma internacional tiene que ser integrada en la legislación nacional para tener efectos en el orden interno, porque se considera que hay yuxtaposición de dos órdenes jurídicos diferentes²⁴⁷; en el monismo, se considera que en realidad es un solo orden jurídico y por lo tanto la norma internacional se incorpora inmediatamente – sin pasar por la legislatura nacional²⁴⁸. Todo lo anterior, sin embargo, no permite determinar la jerarquía entre la constitución y el orden internacional, aunque en teoría el monismo parecería postular la superioridad del Derecho internacional sobre la constitución en virtud de su rango superior en la pirámide de Kelsen.

Y lo anterior parece *a priori* ser confirmado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la cual periódicamente recuerda a los Estados que el Derecho internacional es superior al Derecho nacional. En el aviso *Traitement des nationaux polonais à Danzig*, (1932), la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que “un Estado no puede derogar a un tratado aunque sus disposiciones constitucionales fueran violadas”, postura confirmada por la CIJ en su opinión *Accord de siège* de 1947 (1988), según la cual “el principio fundamental en Derecho internacional es la preeminencia de este derecho sobre el Derecho nacional”. Por otro lado, la antigua Corte de Justicia internacional ya había calificado el Derecho interno como una cuestión de hecho²⁴⁹.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional dibuja otro paisaje. Como veremos en el transcurso de las siguientes líneas, los países tienden a hacer prevalecer su constitución sobre las normas internacionales (2). Tampoco, se puede hablar de monismo en relación con las sentencias y laudos internacionales, visto que los

²⁴⁶ Triepel H., *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, *RCADI*, 1923.1; Kelsen, H., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, *RCADI*, 1926.227; Anzilotti D., *Corso de diritto internazionale*, 3 ed. T1, 1955.53; Virally, M., *Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes*, *Mélanges H. Rollin*, Graduate Institute Publications, 1964.488.

²⁴⁷ Triepel, *op.cit.*; Anzilotti, *op.cit.* *Adde.* Santulli C., *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, 2001.

²⁴⁸ Kelsen, *op.cit.*

²⁴⁹ *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, 1925

primeros *a priori* no tienen efectos directos en el orden jurídico nacional, y los segundos, a su vez pueden ser atacados constitucionalmente al momento de la ejecución del laudo (3). Al final del camino, nos toparemos con la conclusión, de que la práctica actual de los tribunales constitucionales nacionales se explica por un "dualismo monista", *i.e.* una teoría híbrida que pudiera postular el efecto directo monista de la norma internacional sin necesidad de pasar por una ley de incorporación, mas que su recepción deberá pasar por un control constitucional nacional porque se trata de dos órdenes jurídicos diferentes tal como lo proclama la escuela dualista (4).

5.2 LA INTEGRACIÓN DE LA NORMA INTERNACIONAL

En el sistema piramidal kelseniano, las normas internacionales tendrían que siempre ser superiores a las normas nacionales, incluyendo la constitución, a esto se le llama el monismo internacionalista. Sin embargo, como siempre, en la práctica las cosas no son tan sencillas. En efecto, si Kelsen parte del principio de que la validez de la constitución proviene de la norma superior que la válida, entonces es inferior al Derecho internacional. Sin embargo, en la jurisprudencia nacional, las cosas son al revés: Es la constitución la que valida la norma internacional, y en este sentido se puede hablar de un control vertical (2.1). Tal acercamiento dualista, sin embargo, muchas veces es mitigado por la teoría del bloque constitucional, el cual es una especie de control horizontal (2.2).

5.2.1 El control vertical de la norma internacional

En virtud de que la soberanía postula que no existe autoridad superior a ella según el famoso *dictum* de Huber²⁵⁰, sería normal considerar que la constitución es la norma suprema del Estado; superior a cualquier otra norma, aunque fuera internacional. Sin embargo, al mismo tiempo nuestro mundo postula a su vez la cooperación y la necesidad de tener reglas jurídicas supranacionales. El Estado reconoce tal necesidad – sociológica según el término utilizado por Scelle²⁵¹ -, a condición que tal norma sea compatible con su *magna carta* nacional. Es así que los Estados controlan la definición y la aplicación del *jus cogens*, la legalidad de las decisiones del Consejo de seguridad, y la compatibilidad del Derecho internacional general y convencional.

²⁵⁰ CPA, *Isla de Palmas*, 1928.

²⁵¹ "D'où viennent les règles de Droit ? Du fait social lui-même et de la conjonction de l'éthique et du pouvoir" (Scelle G., *Manuel de Droit international public*, Montchrestien, 1948.6).

5.2.1.1 El *jus cogens*

Como en nuestro tema, mucho se ha escrito sobre el *jus cogens*, en particular con relación a su definición²⁵². Los Estados no están listos para que un Derecho internacional objetivo delimite la noción, y, por lo tanto, son los tribunales nacionales que controlan lo que es o no parte de ese orden público internacional llamado *jus cogens*.

5.2.1.1.1 A - La definición internacional

En una primera acepción, el *jus cogens* (género que contiene las “normas imperativas”) es una norma convencional creada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV). El artículo 53 dispone que:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Y el artículo 64 añade que:

“Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”

Una lectura minuciosa de la CV permite apreciar que el artículo 53 no constituye un regreso al iusnaturalismo, en la medida que se trata de normas “aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional”; es decir normas existentes en el derecho objetivo. Un ejemplo perfecto de lo anterior es el asunto *Aloeboetoe et al. v. Suriname*²⁵³, en donde la CIDH consideró nulo un tratado sobre esclavismo:

Bastaría decir que si ese fuera el caso, el tratado sería al día de hoy inválido ya que contradice las normas del *jus cogens superveniens*. De hecho, bajo ese tratado los Saramakas se obligan a, entre otras cosas, capturar cualquier esclavo que haya escapado, tomarlo prisionero y regresarlo al Gobernador de Suriname, que pagaría de 10 a 15 florines por esclavo dependiendo de la distancia a la cual

²⁵² Orakhelashvili A., *Peremptory Norms in International Law*, OUP, 2006; Gaja, S., *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, RCADI, 1981.279.; De Visscher, Ch., *Positivisme et jus cogens*. RGDI, 1971.5 ; Virally, M., *Réflexions sur le jus cogens*, AFDI, 1966.5.

²⁵³ December 4, 1991, series C no 11.

fueron aprehendidos. (...) Ningún tratado de esa naturaleza podría ser invocado ante una corte de Derechos Humanos.²⁵⁴.

Luego, de ese *jus cogens* "convencional", la Comisión de Derecho Internacional (CDI) hizo su labor para extender la noción a la de un orden público internacional, visto que las normas perentorias "reflejan y protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional"²⁵⁵. La CDI encontró el origen de la noción en los "valores fundamentales de la comunidad internacional" como lo consideró la Corte Internacional en su opinión sobre *Las reservas a la Convención sobre Genocidio* (1951), y sus referencias a "la ley moral" y a "la conciencia humana"²⁵⁶. La Corte tomó estas formulaciones del preámbulo de la resolución de la Asamblea General de 1946 que reconoce que la sanción del crimen de genocidio es "un asunto de interés internacional". Sin embargo, durante mucho tiempo la CIJ hizo todo lo posible para evitar reconocer y aplicar el *jus cogens* "general". En el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (2006), la República Democrática del Congo sostuvo que aunque no había un instrumento legal que confiere jurisdicción a la Corte, esa sería competente *ipso jure* para juzgar violaciones de *jus cogens*. La Corte denegó su competencia, argumentando que el *jus cogens* no puede conferir un criterio jurisdiccional, y así, por sí mismo tuvo que reconocer de manera explícita la existencia de esas normas perentorias de Derecho internacional. En el asunto *Jurisdictional Immunities of the State* (2012), la CIJ afirmó de nueva cuenta, después del fallo de *Arrest Warrant*²⁵⁷, que el *jus cogens* no elimina la inmunidad del Estado. Finalmente, en 2012, de manera directa y expresa, la CIJ pronunció que la prohibición de la tortura es parte del *jus cogens*²⁵⁸. Ningún caso mencionado está relacionado con la Convención de Viena, y por lo tanto es lógico concluir que existe un *jus cogens* convencional (positivista) y un *jus cogens* no-convencional (iusnaturalista). Reconocer que existen normas imperativas que no permiten derogación alguna, tiene por consecuencia que tampoco las normas de Derecho nacional pueden derogar las normas que representan los valores de la Comunidad internacional de la cual, todos los Estados son parte. Sin embargo, es de preguntarse quién define el contenido del *jus cogens*. Según la CV es la CIJ que tiene una competencia exclusiva; quiere decir un control de *jus cogens*

²⁵⁴ "Suffice it to say that even if that were the case, the treaty would today be null and void because it contradicts the norms of *jus cogens* superveniens. In point of fact, under that treaty the Saramakas undertake to, among other things, capture any slaves that have deserted, take them prisoner and return them to the Governor of Suriname, who will pay from 10 to 50 florins per slave, depending on the distance of the place where they were apprehended. [...] No treaty of that nature may be invoked before an international human rights tribunal (#57).

²⁵⁵ CDI, *Rapport de la Commission du droit international*, CDI, 2019.150.

²⁵⁶ P. 23 de la sentencia.

²⁵⁷ Democratic Republic of the Congo v. Belgium, 2000.

²⁵⁸ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, 2012.

objetivo. Sin embargo, así no lo ven los Estados, los cuales operan un control nacional sobre esa norma internacional.

5.2.1.1.2 B - El control nacional

En 1994, el Tribunal constitucional alemán, en el caso *Streletz*, aplicó el *jus cogens* como una noción de Derecho natural, conteniendo normas basadas en el valor y la dignidad del ser humano y compartidas por todos los pueblos²⁵⁹. Lo interesante del caso es que si es cierto que según el Derecho de la antigua República Democrática Alemana, el acusado, en la época de los hechos, soldado de profesión, tuvo una base legal para matar a la víctima, el *Bundesgerichtshof*, sin embargo, consideró que ese Derecho tiene que ser interpretado según el principio *pro personae*, y que se debe aplicar la fórmula de Radbruch²⁶⁰, que es nada más que una formulación antigua del actual *jus cogens*, que protege la vida humana bajo cualquier circunstancia y en contra de cualquier Ley que prevé lo contrario. Quiere decir que el Tribunal aplicó un "*jus cogens*" constitucional, o sea, nacional y subjetivo.

Por otro lado, en un asunto de congelación de cuentas bancarias, ubicadas en unos Estados miembros de la Unión Europea, y en aplicación de una resolución anti-terrorismo del Consejo de Seguridad, bajo el amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea observó que era habilitado para controlar, de manera incidente, la legalidad de las resoluciones en relación con el *jus cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos de Derecho internacional, incluyendo las instancias de las Naciones Unidas, y a las cuales es imposible derogar²⁶¹. En otras palabras, del *jus cogens* convencional hemos llegado al orden público internacional, el cual es "controlado" en virtud de las normas nacionales y no internacionales. Consecuentemente, la constitución nacional es superior al *jus cogens* internacional en el sentido que sus valores deben corresponder a las del orden nacional y no necesariamente a los del orden internacional. Lo mismo se aplica a las decisiones del máximo órgano de las Naciones Unidas que es el Consejo de seguridad.

5.2.1.2 Las decisiones del Consejo de seguridad

En el marco de la lucha contra el terrorismo internacional, el Consejo de seguridad de las Naciones Unidas estableció mediante su resolución 1267 del 15/10/1999, la obligación de los Estados de "congelar fondos y otros recursos financieros, en particular extraídos de bienes pertenecientes a los talibanes". Un

²⁵⁹ BGH, Mauerschützen III, 5 StR, 26/7/1994.

²⁶⁰ Radbruch, G., Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht., Süddeutsche Juristenzeitung, 1946.105.

²⁶¹ Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, 21/09/2005.

Comité de sanciones es responsable de monitorear la aplicación de estas medidas por parte de los Estados y, como tal, identificar los fondos objetivo y las personas y entidades que aparecen en la "lista negra". En sentencias gemelas de 21 de septiembre de 2005, en los expedientes *Yusu*²⁶² y *Kadi*²⁶³, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas resolvió los recursos de apelación de los demandantes solicitando la cancelación del Reglamento comunitario de aplicación en virtud de la resolución onusiana²⁶⁴. Invocaron en particular la violación de sus derechos fundamentales tal como el derecho a la propiedad, por ejemplo. El TPI se enfrentó a una dificultad: controlar el cumplimiento de la normativa con estos derechos fundamentales lo habría llevado a controlar indirectamente el cumplimiento de la resolución de la ONU con los derechos humanos "europeos". Esto equivaldría a dar prioridad al ordenamiento jurídico comunitario sobre el orden internacional, y significaría que el Derecho comunitario prevalece sobre el Derecho internacional, o al menos sobre el dictado por un órgano de las Naciones Unidas. Y tal es el caso. El TPI nacionalizó el concepto internacional de *jus cogens*, decretando que:

El Derecho internacional permite considerar, pues, que existe un límite al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad: tales resoluciones deben respetar las normas perentorias fundamentales del *jus cogens*. En caso contrario, por improbable que sea dicho supuesto, no vincularían a los Estados miembros de la ONU ni, por lo tanto, a la Comunidad.

En otras palabras, según los jueces de Luxemburgo, es el propio Derecho internacional el que faculta a los Estados a controlar la legalidad del *jus cogens* (y definirlo de manera subjetiva). En caso de un *clash* entre las normas, es la constitución que vence al orden público internacional, y consecuentemente, también, las normas del Derecho internacional general.

5.2.1.3 El Derecho internacional general

El Derecho internacional no habla en sí de una jerarquía de normas. Sólo contempla las consecuencias del incumplimiento de la obligación legal. En ese aspecto, la CV prevé en su art. 27 que no se puede invocar el Derecho interno para justificar un incumplimiento de una obligación internacional, mientras que el art. 3 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos dispone lo mismo en la forma que la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el Derecho interno. Tal cual entonces no dice nada sobre una eventual jerarquía. Sin embargo, hay criterios de los tribunales internacionales que llaman la atención. En su opinión *Traitement des nationaux*

²⁶² Idem.

²⁶³ Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea, 21/10/2005.

²⁶⁴ Reglamento 881/2002.

polonais à Danzig (1932), la Corte de La Haya decretó que “un Estado no puede derogar a un tratado, aunque sus disposiciones constitucionales fueran violadas”, postura confirmada por la CIJ en su aviso *Accord de siège de 1947* (1988), según el cual “el principio fundamental en Derecho internacional es la preeminencia de este Derecho sobre el Derecho nacional”. Lógicamente, la costumbre internacional tendría que ser superior a la Ley y a la Constitución. Poca es la jurisprudencia nacional en la materia²⁶⁵. En Francia, el Consejo constitucional aceptó una particular costumbre internacional (la autodeterminación de los pueblos) porque era también prevista por la propia constitución²⁶⁶. En Alemania, el tribunal constitucional se pronunció de manera general que no es posible “someterse a una soberanía no-alemana, desprovista de cualquier limitación y control constitucional”²⁶⁷ y por lo tanto, como en Francia, y también Italia²⁶⁸, si hay lugar de aplicar la norma consuetudinaria internacional es a condición de que sea compatible con la *magna carta*. Parece que el mismo razonamiento se aplica al Derecho convencional.

5.2.1.4 El Derecho convencional

Si es usual analizar la jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico nacional, hay también lugar a interrogarse si los tratados entre ellos mismos son jerarquizados (A), para determinar si lo anterior tiene consecuencias sobre la jerarquía interna de los normas (B).

5.2.1.4.1 A - La jerarquía internacional de los tratados

Tal vez la pregunta clave para tratar la aparente contradicción del dualismo/monista es, ¿si existe una jerarquía entre los tratados? Pues para los países con bloque constitucional²⁶⁹, es claro que hay una jerarquía, visto que los tratados de derechos humanos (Bolivia) o los que contienen derechos humanos (México) son al mismo nivel que la constitución, mientras que los demás tratados son inferiores a la constitución como lo veremos ahora. Asimismo, se debe de concluir de la postura de la CIDH, que los tratados de DH son superiores a los demás, porque:

La Corte ha afirmado de forma reiterada y constante que los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana, son de una naturaleza jurídica distinta a los del derecho internacional público general. Por una parte, su objeto y fin es la protección de los derechos humanos de los

²⁶⁵ Pellet *et al.*, *Droit international public*, 9^{va} ed., LGDJ, 2022, #268.

²⁶⁶ *Auto-détermination des Comores*, 30/12/1975; *Traité de Maastricht*, 09/04/1992

²⁶⁷ “Keine jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsgewalt” (BVerfGE 111, 307, 318 sq.).

²⁶⁸ Corte di cassazione, *Ferrini*, 11/03/2004.

²⁶⁹ *Infra* 2.1.2.

individuos, por lo que la interpretación de las normas se debe desarrollar a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona⁵¹. Por otra parte, ello se traduce en la instauración de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia las personas bajo su jurisdicción⁵². En consecuencia y de forma paralela al reconocimiento de los derechos, se creó un sistema de peticiones individuales, cuyo propósito es alcanzar la mayor protección judicial posible para la persona, en particular en aquellos Estados que se comprometen con un sistema de protección plena de los derechos, en tanto han aceptado el control judicial complementario y coadyuvante por parte de la CIDH²⁷⁰.

Sin embargo, tal punto de vista se basa únicamente en una manera dogmática de interpretar el texto. Si es cierto que el Estado ha pactado la competencia de la Corte interamericana, por ejemplo, para interpretar, es también verdad que tal interpretación tiene que ser conforme con lo que el Estado ha aceptado en el momento de ratificar el instrumento internacional. Y es difícil de pensar que los Estados estaban de acuerdo para obligarse *ad perpetuam* en ausencia de cualquier cláusula explícita en este sentido. Y la jurisprudencia nacional va en ese sentido.

5.2.1.4.2 B - La jerarquía nacional de los tratados

A priori, Suiza es uno de los países más “leales” a la CEDH y normalmente siempre acepta sus fallos. Sin embargo, aun así, en *Quaranta contre Suisse*²⁷¹, el Tribunal Supremo Federal no siguió la decisión de la CEDH porque la lectura de la Corte de Estrasburgo contradecía el “significado y propósito” de los derechos procesales en cuestión en virtud de la Constitución federal suiza y de la Convención europea de derechos humanos. En otras palabras, no sólo interpretó la constitución nacional mas también la propia Convención europea en contradicción con la interpretación hecha por la CEDH. Alemania operó de la misma manera en relación con el Derecho comunitario. En la Unión Europea existe el Programa de Compras del Sector Público (PSPP), el cual permite al Banco central europeo (BCE) de no comprar directamente obligaciones, sino que las compra cuando ya se están negociando. Así, el BCE quiere amortiguar el interés de los instrumentos de deuda de los Estados miembros y alentar a los bancos comerciales a otorgar préstamos. El PSPP es parte de un importante programa que apunta a una tasa de inflación estable en la zona del Euro. Sin embargo, los demandantes alemanes lo vieron como una financiación estatal directa ilegal por parte del BCE. La Corte de Justicia de la Unión Europea controló el cumplimiento de la legislación europea y, no tuvo nada que reprochar.

²⁷⁰ Opinión consultativa OC-26/20 solicitada por la República de Colombia, 09/11/2020.

²⁷¹ 24/05/19991

Ahora bien, en la queja ante el Tribunal Constitucional alemán, se argumentó que los jueces de Karlsruhe siempre se han reservado el derecho de detener las contribuciones alemanas a lo que consideran actos contrarios al Derecho de la Unión Europea. En particular, el Derecho presupuestario del *Bundestag* y su "responsabilidad presupuestaria general" es, según el Alto Tribunal, una "parte no disponible del principio constitucional de la democracia". En este sentido, consideró que la CJUE se abstuvo de examinar los efectos reales del Programa. Su juicio era "metódicamente ya no justificable". Y por lo tanto, consideró que es de su derecho de verificar esa obligación internacional (en este caso comunitaria) según su constitución, para llegar a la conclusión que la UE no tiene derecho a realizar el Programa, porque es un acto *ultra vires*.

El mismo control constitucional se hizo viral en los países del Este de Europa. Por ejemplo, en un asunto, la CEDH condenó a Polonia por violación del debido proceso en relación con la remoción de los jueces poloneses²⁷². Al momento de la ejecución de la sentencia de Estrasburgo, el Tribunal Constitucional polaco consideró que no puede ejecutarla porque eso sería violatorio de la constitución nacional, la cual es sólo "competente" para decidir cómo remover jueces en Polonia. Rusia se fue aún más lejos. La enmienda a la Ley del Tribunal constitucional de la Federación de Rusia que entró en vigor el 14 de diciembre de 2015 otorga al Alto Tribunal ruso la facultad de declarar "imposible de aplicar" las sentencias de un órgano de derechos humanos sobre la base de que la interpretación del tratado internacional y de sus disposiciones en las que se basa la sentencia internacional es incompatible con la Constitución de la Federación rusa. En ese orden de idea, el Tribunal Constitucional ya había dictaminado que era "imposible de implementar" la sentencia final de la CEDH dictada el 4 de julio de 2013 en el caso de *Anchugov y Gladkov contra Rusia*. En este caso, la CEDH sostuvo que la prohibición general de Rusia del derecho al voto de los presos condenados era incompatible con la Convención europea. Los demandantes presentaron el caso porque, según el artículo 32(3) de la Constitución rusa, no tenían derecho a votar en las elecciones parlamentarias y presidenciales debido a su condición de presos condenados. Cabe destacar que en su sentencia de 14 de julio de 2015, el Tribunal Constitucional hace un esfuerzo por encontrar una justificación jurídica en el Derecho internacional para su futura competencia. Los altos magistrados invocaron los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 31 (regla general de interpretación de tratados) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirmando que un Estado puede negarse a cumplir una decisión del CEDH que es contraria al sentido corriente que debe atribuirse a los términos del CEDH en su contexto y a la luz de su objeto y fin. El Tribunal

²⁷² 07/05/2021

constitucional encuentra, en términos aún más ambiciosos, que una sentencia de la CEDH no puede considerarse vinculante en caso de conflicto con las normas de *jus cogens*, entre las que el Tribunal ruso cuenta el principio de igualdad soberana y el principio de no -injerencia en asuntos internos. En resumidas cuentas, no cabe duda de que el tratado internacional es inferior a la constitución nacional. Sin embargo, la necesidad cooperacional que hemos evocado al inicio, hace que varios países hayan optado por una postura menos radical, a igualar los tratados a la constitución en un mismo nivel llevando los órganos constitucionales y judiciales a operar un control que llamamos horizontal.

5.2.2 El control horizontal de la norma internacional

La decisión del Consejo constitucional francés *Liberté d'association*, del 16 de julio de 1971, comienza con estas audaces palabras:

“Consecuentemente, las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta Magna sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite”.

En el mismo sentido, la constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia, por ejemplo, en su artículo 410 párrafo II dispone que el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios nacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. Tal bloque de constitucionalidad implica identificar todas las normas (principios y reglas)¹⁴ y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la constitución escrita, son materialmente constitucionales. Y por lo tanto, se “constitucionaliza” la norma internacional, evitando así el debate sobre la jerarquía entre norma internacional y nacional.

La tendencia en América Latina es unirse al bloque constitucional, que permita a los tribunales nacionales aceptar o rechazar la norma o sentencia internacional. Existe una resistencia a considerar el Derecho internacional superior al nacional, pero por el juego de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en América Latina, se acepta que el Derecho internacional de los Derechos Humanos es horizontal a la Constitución: es parte del bloque²⁷³. Así se esquiva el debate de la verticalidad. Sin embargo, no resuelve todo. ¿Qué pasa si la norma constitucional es contraria a la norma convencional? Una doctrina propone escaparse del problema en la vía procesal: sería cuestión de distinguir entre el control constitucional y el control convencional. Por ejemplo, si

²⁷³ Góngora-Mera M., The Block of Constitutionality as the doctrinal pivot of a *jus commune*, in: Von Bogdandy A. & Morales (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Jus Commune*, Oxford University Press, 2016.235.

el arraigo es constitucional como en México, aun así se pudiera amparar sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos vía el control convencional. Obviamente no es una solución, porque haría tambalear al texto constitucional. El arraigo "constitucional" es en efecto una ilustración perfecta del objeto del Derecho constitucional internacional. En México, la constitución prevé el arraigo. Para resolver el conflicto, se puede recurrir a la interpretación de la interpretación. Quiere decir la Comisión Internacional de Derechos Humanos interpretó la CADH en el sentido de que el arraigo puede estar en armonía con los Derechos Humanos si ciertas condiciones son respetadas:

La CIJ considera indispensable destacar que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado, como el arraigo, tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal "deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado" y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, el Derecho internacional previene que, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se aplica cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas. De lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos²⁷⁴.

A partir de ese criterio, la suprema corte de cada nación lo interpreta y en lugar de jugar todo o nada, *i.e.* constitucional o no, interpreta la norma constitucional en armonía con la norma de la CADH y asegura que el arraigo cumpla con dichas condiciones²⁷⁵. Es la doctrina de la interpretación conforme, y un buen ejemplo de esto es Colombia. Así la constitución de Colombia en el artículo 93 dice: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de

²⁷⁴ *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31/08/2004.

²⁷⁵ Sobre el debate del arraigo ver: Silva García F., El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2012.217.

conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]”; mas que sí, la Constitución queda a un rango superior a los tratados, incluido los convenios sobre derechos humanos:

Esta disposición, que recoge la misma regla de Viena I en la materia, regula entonces la compleja relación entre los compromisos internacionales de los Estados y las organizaciones internacionales, y el derecho interno de estos sujetos, y consagra en principio la llamada tesis monista con supremacía del derecho internacional, puesto que establece que, salvo en lo relativo a las reglas de competencia, las partes de un tratado no pueden invocar su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales. Esto significa que, conforme a Viena I y a Viena II, los tratados prevalecen sobre el derecho interno de los Estados, incluyendo sus constituciones, lo cual plantea a esta Corte un complejo interrogante, puesto que el artículo 4° de la Carta señala que la Constitución es norma de normas, y que en caso de incompatibilidad entre ésta y cualquier otra norma jurídica, deben aplicarse las disposiciones constitucionales. Ahora bien, como los tratados son normas, esto significa que, conforme al artículo 4° de la Carta, la Constitución prevalece sobre los tratados, con excepción de aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, ya que éstos, como lo ha señalado la Corte en otras sentencias, forman parte del bloque de constitucionalidad[20]. El conflicto normativo es entonces obvio pues el artículo 27 de la convención bajo revisión señala que los tratados prevalecen sobre la Constitución, mientras que el artículo 4° de la Carta establece que es la Constitución la que prevalece. Un interrogante obvio surge: ¿es posible superar esa tensión normativa o implica ella la inexecutable del artículo 27 de la convención bajo revisión?

Ahora bien, la Corte ha sido clara en señalar que, en el orden interno colombiano, ni siquiera los tratados de derechos humanos previstos por el artículo 93 de la Carta tienen jerarquía supraconstitucional por cuanto la Constitución es norma de normas (CP art. 4°). Por ello, esta Corporación señaló que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2°) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)”[29]. Por ende, si ni siquiera los tratados que reconocen derechos humanos y prohíben su

limitación en los estados de excepción gozan, en nuestro ordenamiento, de rango supraconstitucional, con menor razón puede argumentarse que en general todos los tratados son superiores a la Carta pues ni siquiera alcanzan a tener rango constitucional. Por ello esta Corte había precisado que no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad²⁷⁶.

No obstante el *dictum* citado, ¿qué pasaría con una norma absoluta? Por ejemplo, ¿una constitución que prohibiera el voto de las mujeres? En esos casos, no hay mucho espacio para la interpretación: o la mujer puede votar, o no. Tal cual ninguna constitución da prevalencia al tratado sobre sí misma. Los ejemplos que son citados en la doctrina son erróneos²⁷⁷. Es usual celebrar la *Carta Magna* de Honduras que dispone en su art. 17 que: "Cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el poder ejecutivo". Como se desprende de lo anterior, un tratado contrario a la constitución sólo puede ser aprobado por una reforma constitucional implícita. Sin embargo, ¿qué pasaría si se adopta otra reforma constitucional ulterior que va en contra del tratado aprobado? El texto fundamental no prevé nada, visto que se conforma con decretar un monismo legal, y en su Artículo 18 dicta: "en caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero."; es decir, el tratado es superior a la Ley pero no necesariamente a la constitución.

Por todo lo anterior, y hablando de jerarquía, por lo visto con el bloque constitucional, es que el Derecho nacional es superior al Derecho internacional. Esta situación no es extraordinaria, ni nos debería sorprender, ya que el Derecho internacional emana del consentimiento de un Estado soberano. Si consiente al *jus cogens*, entonces también el Estado soberano tiene derecho de controlar la aplicación del *jus cogens*. Por eso ni los Estados Unidos ni Francia han ratificado la Convención de Viena por control de la CIJ sobre el *jus cogens*²⁷⁸. ¿Es entonces el Derecho Internacional un Derecho objetivo? Existen tres fallos internacionales los cuales afirman que al menos los Derechos Humanos son un Derecho objetivo. La CEDH en *Loizidou*²⁷⁹ estableció que los Derechos Humanos son parte del orden público europeo de los Derechos Humanos. Por su parte, la CIDH en su fallo *Ivcher Bronstein*²⁸⁰, reafirmó su competencia aunque el Estado se ha retirado del sistema interamericano de Derechos Humanos, porque los derechos

²⁷⁶ Sentencia C-400/98, 08/10/1998.

²⁷⁷ Cf por ejemplo: Añaños Bedriñana K., Régimen constitucional de los tratados de derechos humanos en el derecho comparado latinoamericano, *Prolegómenos*, 2015.1. 5

²⁷⁸ Para la postura francés, véase: Deleau O., Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités, *AFDI*, 1969.7.

²⁷⁹ 23/03/1995.

²⁸⁰ 24/09/1999.

ya otorgados existen – y continúan existiendo – de manera objetiva. En una opinión consultiva, se explica que cuando un Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal acción tiene ciertas consecuencias sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de ese Estado:

1) las obligaciones convencionales permanecen íntegras durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; 2) la denuncia efectiva de la Convención Americana no surte efectos retroactivos; 3) la vigencia de las obligaciones que surgen de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos se mantiene activa; 4) la denuncia efectiva de la Convención Americana no anula la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos; 5) las obligaciones asociadas al umbral de protección mínimo a través de la Carta de la OEA y la Declaración Americana perduran bajo la supervisión de la Comisión Interamericana; y 6) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho internacional y las pertenecientes al *jus cogens* continúan obligando al Estado en virtud del Derecho internacional general²⁸¹.

Finalmente, la CIJ consideró en su fallo *Diallo*²⁸², que el derecho a la vida y la prohibición de la tortura son parte del *jus cogens*. Sin embargo, las jurisprudencias nacionales que hemos citado²⁸³ demuestran lo contrario, y dan razón a la doctrina voluntarista, especialmente a las enseñanzas de Jellineck²⁸⁴ sobre la auto-limitación de la soberanía. Y no cabe duda, que al contrario de lo que pretende la CIDH, por ejemplo, la obligatoriedad de la regla no está en un Derecho objetivo, sino que se encuentra ligada a la voluntad de poder, y, consecuentemente es innegable que el resultado jurídico de una voluntad da pauta a otra voluntad que puede deshacerla – bajo la consideración que esta arriesgando su responsabilidad internacional. La anterior es nada más que la consecuencia de la libre elección del Estado. Lo considerado del fallo *Lotus* de la CPA (1927) es aún de actualidad:

El Derecho Internacional Público regula las relaciones entre Estados independientes [...] Por consiguiente, las normas jurídicas que obligan a los Estados se basan en la propia voluntad de estos. No puede presumirse entonces restricciones en la independencia de los Estados.

²⁸¹ Opinión Consultiva OC- 26/20 precitada.

²⁸² 30/11/2010.

²⁸³ *Supra*

²⁸⁴ *L'Etat moderne et son droit*, Giard & Brière, 1901.

En otras palabras, y sin intentar formular una nueva teoría general del Derecho internacional²⁸⁵, podremos conceptualizar lo siguiente. En el bloque superior de la pirámide de Kelsen, todo lo internacional se basa en el consentimiento según la teoría voluntarista y autolimitativa de Jellineck. En el bloque inferior de la pirámide, en el orden interno, podremos hablar del monismo con primacía del Derecho interno²⁸⁶. En las palabras del Tribunal constitucional peruano:

Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando éstas se les oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras.

Como acota el gran jurista peruano Manuel García Pelayo, "todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución"²⁸⁷. Y al parecer, la situación en materia de ejecución de decisiones internacionales es semejante.

5.3 LA INTEGRACIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES

Si el monismo y el dualismo se preocupan de la integración de las normas y en caso de su jerarquía, pues no se ha escrito mucho sobre la incorporación de decisiones internacionales, quiere decir, fallos de tribunales internacionales como la CIJ, o laudos de tribunales arbitrales internacionales. A nuestro conocimiento, sólo Perú tiene un marco legal para los fallos de tribunales internacionales:

Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, al presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al Tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto en las leyes que

²⁸⁵ Hay que observar que uno de los autores de las presentes líneas ha publicado su *Teoría general del Derecho internacional* (Kipus, 2012), de la cual el lector pudiera tener el sentimiento que se defiende la idea de un Derecho internacional objetivo – en contradicción de lo alegado en el presente estudio. Sin embargo, tal apariencia es errónea. El autor insiste en su obra que no se trata de un Derecho internacional objetivo sino de un orden jurídico voluntarista (p. 27 sq).

²⁸⁶ Cf la doctrina colombiana sobre este tema: Acosta Alvarado P., Sobre las relaciones entre el internacional y el derecho interno, *Estudios constitucionales*, 2016.1.

²⁸⁷ Estado legal y Estado constitucional de derecho, *Lecturas de temas constitucionales*, 1988.1.

regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales²⁸⁸.

Consecuentemente, en los demás países existe la interrogante de cómo integrar una decisión judicial internacional (3.1) o un laudo arbitral el cual vincula a un Estado (3.2).

5.3.1 Las sentencias judiciales internacionales

En los últimos años, dos sentencias de la CIJ han provocado situaciones de inejecución de dichas resoluciones. En el primer asunto – el caso *Avena* (2004; 2009) –, México obtuvo de la Corte la orden en contra de los Estados Unidos de suspender un cierto número de ejecuciones a muerte de nacionales mexicanos. Los EU argumentaron que dicha medida cautelar viola su Derecho constitucional. En el segundo asunto sobre *Las inmunidades jurisdiccionales* (2012; 2022), la Corte consideró en 2012 que Italia tuvo que respetar la inmunidad soberana de Alemania, aunque fuera en acciones judiciales sobre crímenes de guerra, entre otros. Sin embargo, a la consideración de Italia, tal inmunidad viola el derecho constitucional del ciudadano a la justicia. Por lo tanto, no es posible ejecutar la sentencia, tal como también lo hemos dicho en el asunto *Avena*.

5.3.1.1 Avena

En el caso de *Avena*, la CIJ ordenó a los EU permitir, con los medios a su elección, que las nacionales mexicanas puedan gozar de su derecho consular que había sido violado. También se ordenó la suspensión de los procedimientos de ejecución. Sin embargo, en *Medellín vs Texas*²⁸⁹, la Suprema Corte americana sostuvo que la sentencia internacional no era ejecutable a título del Derecho interno. Un tratado no es una ley interna vinculante, dijo, a menos que el Congreso haya promulgado leyes que lo implementen o el tratado mismo sea autoejecutable. La Corte también rechazó la afirmación de Medellín de que el Artículo 94 de la Carta de la ONU requiere que Estados Unidos se "comprometan a cumplir" con el fallo de la CIJ. El Presidente de la Corte John Roberts observó que el artículo 94(2) de la Carta establece la aplicación explícita por incumplimiento mediante remisión al Consejo de Seguridad de la ONU, y que las apelaciones sean realizadas únicamente por el Estado agraviado, no por un individuo como Medellín. La mayoría también sostuvo que el estatuto de la CIJ contenido en la Carta de las Naciones Unidas también prohibía que las personas fueran partes en juicios ante la Corte Internacional. El estatuto de la CIJ es un pacto entre naciones, dijo el juez Roberts, y sólo las naciones, no los individuos, pueden solicitar el beneficio de la ejecución de la sentencia. Como lo escribió un autor, "si el sistema legal de los Estados Unidos diera efecto directo a la decisión

²⁸⁸ Art. 123, NCPConst. *Adde*: Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

²⁸⁹ *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

de Avena, esta acción plantearía varias preocupaciones constitucionales. En primer lugar, los jueces de la CIJ no están sujetos a las disposiciones de nombramiento y mandato vitalicio establecidas para el poder judicial federal en el Artículo III de la Constitución, lo que hace que sea problemático otorgar a los jueces de la CIJ la autoridad para desplazar directamente las leyes y decisiones de los Estados Unidos. Además, debido a que la decisión de Avena anularía las leyes y los procedimientos penales estatales [...], tal ejecución directa plantea preocupaciones sobre el federalismo”²⁹⁰.

Del otro lado del Atlántico, el *Bundesverfassungsgericht* destaca de manera general el deber constitucional de los tribunales alemanes de tomar nota y tener en cuenta las decisiones pertinentes de los tribunales internacionales competentes²⁹¹. Este deber también se aplica a la jurisprudencia de la CIJ sobre derechos consulares. Si bien la Ley Fundamental alemana no exige la primacía del Derecho internacional *per se*, su principio de apertura hacia el Derecho internacional se extiende a las decisiones de los tribunales internacionales competentes basadas en el tratado constitutivo. Este deber de consideración, el *Berücksichtigungspflicht* alemán, es conceptualmente el requisito de la *Comity* que aplican los tribunales estadounidenses. Cortesía mas no obligación.

5.3.1.2 Las inmunidades jurisdiccionales

El asunto sobre las inmunidades jurisdiccionales ya tiene forma de *saga* judicial. En 2012, la CIJ decidió que Alemania tiene una inmunidad jurisdiccional la cual Italia tiene que respetar. En 2022, Alemania está de regreso ante la Corte, esta vez alegando que no obstante el fallo de 2012 de la CIJ, Italia continúa a no ejecutar la sentencia internacional mencionada. Entonces, en 2012, la República alemán pidió a la Corte internacional que determinara si, en procedimientos civiles contra Alemania relacionados con actos cometidos por el Tercer *Reich* durante la Segunda Guerra Mundial (como la deportación y el trabajo forzoso), los tribunales italianos estaban obligados a conceder inmunidad a Alemania. En su sentencia del 3 de febrero de 2012, los magistrados sostuvieron que la postura de los tribunales italianos al negar la inmunidad a Alemania constituía una violación de las obligaciones internacionales de Italia. La Corte Internacional de Justicia explicó que, en virtud del Derecho internacional consuetudinario en su forma actual, un Estado no queda privado de inmunidad por el hecho de haber sido acusado de violaciones graves del Derecho internacional de los Derechos Humanos o del Derecho internacional de los conflictos armados.

El procedimiento de 2022 surge del hecho de que los tribunales nacionales italianos, a pesar de la sentencia de 2012, han admitido un número significativo de nuevas demandas contra Alemania no obstante la inmunidad soberana de

²⁹⁰ Bradley C., Enforcing the Avena Decision in U.S. Courts, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2006. 119

²⁹¹ BVerfG, 2 BvR 2115/01, 19/09/2006.

Alemania. La Demandante se refirió en particular a la sentencia núm. 238/2014, de 22 de octubre de 2014, del Tribunal Constitucional italiano, en la que este último reconoció el deber de Italia de cumplir con la sentencia de 2012 de la Corte Internacional de Justicia, pero sometió ese deber al "principio fundamental de la tutela judicial de los derechos fundamentales" en virtud del Derecho constitucional italiano. En su demanda, Alemania argumenta que la Sentencia No. 238/2014 fue "adoptada en violación consciente del derecho internacional y del deber de Italia de cumplir con una sentencia del principal órgano judicial de las Naciones Unidas, tuvo un amplio alcance de consecuencias". Agrega que, desde que se dictó la Sentencia, al menos 25 nuevos casos se han presentado contra Alemania y que en al menos 15 procesos, los tribunales nacionales italianos han considerado y resuelto demandas contra Alemania en relación con la conducta del *Reich* alemán durante la Segunda Guerra Mundial.

Ahora bien, es necesario referirse a dicha famosa sentencia constitucional italiana. El Alto Tribunal italiano decretó que los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, incluido el de la tutela judicial de que se trata, constituyen un "límite a la entrada" de los estándares internacionales generalmente reconocidos, constituyendo "elementos identificativos e indispensables del ordenamiento constitucional por ello mismo". Al considerar una reconstrucción en términos rigurosamente dualistas de la relación entre fuentes internas e internacionales, la Corte Constitucional afirma que en tales casos la norma internacional no entra en el ordenamiento jurídico italiano y, por lo tanto, no tiene efectos. Asimismo, por el "insuperable contraste" entre la obligación de Italia de cumplir con la sentencia de la CIJ en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, y el derecho fundamental del ciudadano a la protección judicial, garantizado por los artículos 2 y 24 de la Constitución, es congruente no dar efectos a las resoluciones de la Corte de La Haya.

De hecho, la propia Corte mundial considera que sus decisiones no tienen un efecto inmediato en el orden interno. En el segundo procedimiento de *Avena* (2009) ante la CIJ, México buscó la interpretación de la primera decisión, entre otros, si el fallo de la Corte de La Haya tiene o no efectos directos en relación con los Estados federados, tal como en los Estados Unidos de América²⁹². La CIJ rechaza la solicitud porque al decidir sobre el fondo de esta solicitud estaría obligada a decidir sobre una cuestión sobre la que sólo el Derecho interno está facultado para resolver. Cuando la ejecución de una sentencia de la CIJ requiere medidas internas, sólo la Ley interna puede prescribirlas. Y es lógico en vista del art. 94 de la Carta de las Naciones Unidas que prevé que, si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo. De ello se deduce que la fuerza vinculante de

²⁹² Aktypis Sp., *L'effet direct de l'arrêt Avena: Regards croisés de la Cour internationale de justice et de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique*, *RHDI*, 2011.397.

las decisiones internacionales se limita al nivel del Derecho internacional, del cual tradicionalmente se ha concluido que las resoluciones se dirigen al poder ejecutivo responsable de los asuntos internacionales, y no a los tribunales nacionales, como lo consideró justamente *Medellin*²⁹³.

A final de cuentas son las cortes supremas nacionales que deciden sobre la fuerza vinculante de las decisiones internacionales. Por ejemplo, en el litigio *Udeh contre Suisse*²⁹⁴, la CEDH condenó a Suiza sobre la base de hechos ocurridos después de la decisión interna de última instancia. Sin embargo, los jueces de Estrasburgo entonces pisotearon el agotamiento de los recursos legales - y por lo tanto el principio de subsidiariedad. En las Américas, no sería posible de no mencionar la rebelión de la Suprema Corte de Argentina contra la CIDH. *Fontevicchia y D'Amico*²⁹⁵ dio pauta a los magistrados de considerar la interacción entre la constitución nacional y la integración de una decisión internacional, que además fuera *ultra petita*. Sostuvo que, si bien las decisiones de la Corte Interamericana son "en principio" de cumplimiento obligatorio, no deberían ser cumplidas si el tribunal interamericano actuó en exceso de su competencia, o bien cuando la condena es de cumplimiento imposible por contradecir "principios de derecho público constitucional argentino". Según la Suprema Corte argentina, la CIDH se había excedido de su competencia al imponer la revocación de una decisión previa de la propia Suprema Corte que en 2001 había condenado civilmente a dos periodistas. Afirmó que la Corte interamericana no contaba con atribuciones para imponer la revocación de una sentencia, pues no era una "cuarta instancia" del sistema judicial argentino. Por otro lado, sostuvo que imponer a la propia Suprema Corte que revise una decisión firme, cuestionaba su condición de órgano supremo del Poder Judicial nacional de acuerdo con el artículo 108 de la Constitución. Asimismo, el fallo interamericano contradecía principios fundamentales del Derecho público que funcionan como un límite para la implementación de las decisiones internacionales. En *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*²⁹⁶, la Corte Suprema decidió que la orden de "dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias" contenida en el fallo de la Corte Interamericana de fecha 29 de noviembre de 2011, en la medida en que implicaba revocar una sentencia anterior propia pasada en autoridad de cosa juzgada, era jurídicamente improcedente:

16) En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los

²⁹³ *Op. cit.*

²⁹⁴ 16/04/2013.

²⁹⁵ CIDH, 21/11/2011.

²⁹⁶ 14/02/2017.

principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el arto 27 de la Carta Magna prescribe "[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución" (subrayado añadido). Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el arto 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros).

Tomando cuenta de la "actitud" argentina, la CIDH recurrió a su pragmatismo habitual y decretó en su resolución de cumplimiento de ejecución de sentencia que el Estado Argentino podía cumplir con su orden original mediante "algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia" como, por ejemplo, la realización de una "anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana"²⁹⁷ La Corte Suprema entendió que la interpretación formulada por la Corte Interamericana es consistente con su decisión de febrero de 2017, ya que una medida como la sugerida no vulnera los principios de Derecho público establecidos en la Constitución nacional. Por ello, ordenó que se asiente junto a la decisión original la siguiente leyenda: "Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 21 de noviembre de 2011)". Y es así que finalmente se dio cumplimiento al fallo internacional. Queda verificar que si, como en el Derecho del comercio internacional, no es más sencillo de buscar el *exequatur* de una sentencia arbitral.

5.3.2 Las sentencias arbitrales internacionales

Los laudos arbitrales interestatales no están sujetos a un mecanismo de control obligatorio. Los Estados raramente buscan la anulación de laudos interestatales. Los dos únicos casos modernos en los que los Estados lo han hecho, es el en relación con el Laudo arbitral dictado por el Rey de España en fecha del 23 de diciembre de 1906 entre *Honduras y Nicaragua*²⁹⁸, y el sobre el Laudo arbitral del 31 de julio de 1989 (*Guinea-Bissau vs. Senegal*²⁹⁹), sin embargo, son casos en los que ambas partes consintieron en la jurisdicción de la Corte Internacional de

²⁹⁷ 01/09/2015, # 21.

²⁹⁸ 18/11/1960.

²⁹⁹ Orden del 08/11/1995.

Justicia (CIJ) para resolver la “nulidad”. En ausencia de un consentimiento común, los Estados simplemente no buscan en una vía “judicial” la anulación de los laudos arbitrales interestatales.

Diferente es la situación de los laudos sobre inversión extranjera que implican forzosamente una parte estatal. La Convención de Washington de 1965 prevé en su art. 54 que una vez que el laudo es final, *i.e.* pasó la etapa de la revisión del laudo, automáticamente se convierte en una sentencia judicial nacional y se integra en el orden jurídico nacional:

Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.

Sin embargo, en virtud del tercer párrafo del mismo artículo, la ejecución es a instancia de parte, y deberá respetar las reglas procesales del foro. Lo anterior implica que contra el auto de ejecución del laudo las partes pueden ampararse, y, así permitir un control constitucional indirecta del laudo, como se argumenta, por ejemplo, en Bolivia³⁰⁰, o en Argentina³⁰¹, entre otros. En efecto, una doctrina “oficial” afirma que siendo una “sentencia final nacional” no hay posibilidad de atacar el laudo³⁰². Sin embargo, en los países como México, el amparo es un nuevo juicio constitucional y por lo tanto el hecho que la sentencia es “final” es justamente uno de los requisitos para poder ampararse. La acción podrá intentarse en contra del auto de ejecución. Y es más que probable que en caso de conflicto entre el laudo y la constitución, sea la *Magna Carta* la que gane. Y tenemos ya un ejemplo análogo a través del caso europeo *Micula*.

En la década de 1990, los hermanos Micula, originarios de Rumanía pero con nacionalidad sueca, habían invertido millones de euros en Rumanía en varias fábricas de procesamiento y envasado de alimentos. Como la zona rumana en la cual se invirtió, era una de las menos desarrolladas económicamente, los Micula se beneficiaron de un plan de incentivos fiscales para respaldar sus inversiones. En 2005, en el contexto de las negociaciones para la adhesión de Rumanía a la Unión Europea, que finalmente tuvo lugar en 2007, Rumanía derogó el régimen de incentivos fiscales. Considerando que, al derogar el esquema de incentivos fiscales, Rumanía había incumplido con su obligación de garantizar un trato justo y equitativo de las inversiones de conformidad con el

³⁰⁰ Salinas C., Ejecución de laudos CIADI en Bolivia, *Revista Boliviana de Derecho*, 2007.103.

³⁰¹ Herz, M., Recognition and Enforcement of ICSID Awards, Rosatti Doctrine and National Legislative Projects, *El Derecho*, 2006.799.

³⁰² Aron Broches es considerado como una de las autoridades más eminentes sobre la Convención de Washington: Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution, *ICSID Review*, 1987.288.

tratado bilateral de inversión (TBI) firmado en 2002 entre Suecia y Rumanía, Miculas inició un arbitraje CIADI y obtuvo, en 2013, una indemnización de 178 millones de euros como compensación por la derogación del impuesto. En consecuencia, y según lo exige el Convenio del CIADI, Rumanía pagó la compensación otorgada por el tribunal arbitral, a pesar de las advertencias de la Comisión Europea de que el pago del laudo constituye una ayuda estatal incompatible con la legislación de la UE. En efecto, mediante decisión de 30 de marzo de 2015, la Comisión Europea calificó el pago de dicha compensación como ayuda estatal incompatible con el mercado interior, prohibió su ejecución y ordenó a Rumanía recuperar las cantidades ya pagadas. En 2019, se buscó la ejecución del laudo en Suecia, cuyo *Nacka* Tribunal de Distrito (Estocolmo) negó la solicitud por las razones indicadas por la Comisión Europea.

En 2022, la CJUE rindió su fallo final. La Corte consideró que el Tribunal de primera instancia de la Unión Europea incurrió en error de Derecho al sostener que la sentencia *Achmea*³⁰³ era irrelevante para este caso. En el citado asunto, el CJUE estableció que los tratados de la Unión Europea impiden que las partes se basen en una cláusula de arbitraje en un TBI intra-UE para sustraer la resolución de una disputa del sistema judicial de la UE para litigarlo ante un tribunal inversor-estado con jurisdicción exclusiva. Al eliminar tales disputas de la jurisdicción de sus propios tribunales y del sistema de recursos judiciales de la UE, no se pueden garantizar los recursos legales efectivos. En ese sentido, los altos magistrados de la Corte consideraron que el litigio planteado ante el tribunal arbitral no se circunscribiera en todos los aspectos a un período durante el cual Rumanía, que aún no se había adherido a la Unión Europea, aún no estaba sujeta a las normas y principios derivados de la jurisprudencia *Achmea*. Desde luego, se juzgó que la cláusula arbitral era inoperante, y se ha remitido el asunto a los tribunales comunitarios competentes. Dicho eso, lo interesante es que no sólo el tribunal sueco, sino también, por ejemplo, los tribunales luxemburgueses³⁰⁴ y belgas³⁰⁵, han rechazado la ejecución del laudo por ser contrario al orden público europeo. Entonces, si se puede controlar un laudo CIADI con el orden público internacional de cada Estado, pues también se debe concluir que es posible denegar una ejecución de laudo por un control constitucional, lo que resulta lógico a la luz de nuestras conclusiones.

5.4 CONCLUSIÓN

Si autores como Triepel, Anzilotti y Kelsen pueden ser calificados como dogmáticos en la medida en que han construido la relación Derecho internacional – Derecho interno en función de su visión global del *jus gentium*,

³⁰³ 06/03/ 2018.

³⁰⁴ Cass. 14/07/2022.

³⁰⁵ La Corte de apelación ha suspendido la ejecución del laudo en espera de la contestación de sus preguntas prejudiciales dirigidas a la CJUE (12/03/2019).

creemos firmemente que no es así para nuestras conclusiones. Hemos intentado analizar el Derecho positivo sin *a priori*. Y al suponer sin conceder que hubiera habido un prejuicio, pues hubiera sido a favor de la superioridad absoluta del Derecho internacional - tal como tendría que ser la postura de cualquier "verdadero" internacionalista. Sin embargo, la diversidad de jurisprudencia, ya sea alemana, suiza, italiana, mexicana, colombiana o argentina, y la uniformidad en la solución no pueden ser ignoradas. La conclusión es simple. La constitución es nada más y nada menos que la faceta jurídica de la soberanía, la cual es la máxima potestad. Ningún Derecho y ninguna norma puede estar arriba de la constitución, la cual tiene el monopolio absoluto del Derecho en virtud de la soberanía³⁰⁶. Lógicamente, es imposible que el Derecho internacional y el Derecho interno sean un solo orden jurídico. En realidad, la visión dualista de dos órdenes jurídicos distintos que coexisten y no se interpenetran - como quisiera la teoría monista -, se verifica. Otra es la cuestión del cómo opera la "comunicación" entre esos dos entes jurídicos. La postura del dualismo que se requiere una ley de incorporación del tratado para que este último pueda surtir efectos puede defenderse conceptualmente. Sin embargo, la práctica requiere un monismo no-legislativo, quiere decir de que la norma internacional - si es *self-executing*³⁰⁷-, surgen directa e inmediatamente efectos en el orden jurídico nacional. Dicho eso, uno pudiera pretender que hubiera una nueva tercera teoría, pero le faltaría lo que más importa: la originalidad. Por eso, quisiéramos hablar del dualismo monista, porque no cabe duda de que se trata de una yuxtaposición de dos teorías preexistentes, cuyos autores sí se distinguieron por su originalidad. El dualismo monista también se presta como mejor explicación en relación con la esencia del Derecho internacional: el voluntarismo. No existe norma si el Estado no consiente de una u otra manera. Es una realidad. Los objetivistas tendrán seguramente buenos argumentos para combatir nuestro dicho. Sin embargo, no hay que confundirse: el *sein* no es el *sollen*, como diría Kant. La idea de pasar de un mundo de las ciudades a la ciudad del mundo, tan querida por René-Jean Dupuy³⁰⁸, con un Derecho internacional objetivo, es una idea común. Sin embargo, el camino será largo, en particular con la emergencia de un neo-nacionalismo en todas las regiones del mundo. Ya sea, conceptualmente, doctrinalmente, y prácticamente, el dualismo monista ofrece la ventaja de dar una visión lógica y coherente del Derecho positivo internacional y nacional.

³⁰⁶ Para un diferente análisis mas análogo, se puede mencionar el debate sobre la *lex mercatoria*, y nuestra conclusión que no existe un tal "tercero Derecho": Graham J. & Ontiveros D., El Anclaje Conceptual del Arbitraje Internacional. *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, 2020. 61. Adde: Graham J., *Manual de Derecho internacional privado*, Zamanga editores, 2018.104 sq.

³⁰⁷ CPJI, avis consultatif No. 15, *Affaire de la compétence des tribunaux de Dantzig*, 03/03/1928.

³⁰⁸ *Le droit international*, PUF, 1988.