

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE FUENTES. PROPUESTA DE ARTÍCULOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA

Horacio ANDALUZ*

RESUMEN: Este trabajo es una propuesta de artículos constitucionales enfocada a la relación entre el derecho internacional y el nacional, y se circunscribe al aspecto dinámico del derecho, es decir, a la producción, aplicación y ejecución del derecho, a la validez y vigencia de los sistemas jurídicos y de sus normas, y a la estructura del sistema de fuentes y las relaciones entre ellas.

ABSTRACT: This paper is a proposal of constitutional clauses concerning the relationship between international and national law. The paper focuses on the following dynamic aspects of the law: the creation, adjudication and execution of the law, the validity and force of legal systems and their norms, and the structure of legal systems and the relations among their norms.

RÉSUMÉ: Cet travail est un proposition d'articles constitutionnels referant a la relation entre le droit international et le national et spécialement l'aspect dynamique du droit, lie a la production, application et exécution, aussi a la valide et la actualité des systèmes juridiques et de ses normes, et a la structure du système de sources et les relations entre eux.

* Master en derecho internacional y relaciones internacionales (Universidad Complutense de Madrid) y Master of Laws (Harvard Law School). Profesor de Derecho (Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Celebración de tratados*. III. *Integración de las normas de derecho internacional en el orden estatal*. IV. *Jerarquía de las normas de derecho internacional en el orden estatal*. V. *Reforma de la Constitución*.

I. INTRODUCCIÓN

Bolivia vive un proceso constituyente, y es la oportunidad para que el mundo académico cumpla con su cuota de responsabilidad, comidiéndose con determinados insumos que faciliten las tareas de quienes han recibido el mandato popular de elaborar una nueva Constitución. La presente propuesta de artículos constitucionales está referida a la relación entre el derecho internacional y el nacional, y se circunscribe al aspecto dinámico del derecho, a saber, lo vinculado a la producción, aplicación y ejecución del derecho, a la validez y vigencia de los sistemas jurídicos y de sus normas, y a la estructura del sistema de fuentes y las relaciones entre ellas. El ejercicio teórico ha consistido en procurar fórmulas estrictamente suficientes y de validez universal, por lo que se estima que en la propuesta están incluidos todos los aspectos dinámicos atinentes a las relaciones entre el derecho internacional y el interno que deben estar en toda Constitución, y no sólo en la boliviana. La propuesta contiene un artículo sobre la celebración de tratados, otro sobre la integración de las normas de derecho internacional al orden interno, un tercero sobre la jerarquía de las normas de derecho internacional en la estructura del derecho estatal, y un último sobre reformas a la Constitución en materias en que el Estado se encuentre vinculado internacionalmente. No han sido considerados los derechos subjetivos específicos contemplados en el derecho internacional, tal como el derecho de asilo —recogido por la Constitución en su texto de 1961 (artículo 18)—, pues, en primer lugar, los derechos subjetivos no corresponden temáticamente a la dinámica del derecho, sino a los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, a aquellas categorías normativas sin las cuales no es posible concebir la existencia del derecho en ningún tiempo y lugar, como son las de deber jurídico, sanción y acción antijurídica; y, en segundo lugar, porque al ocuparse la propuesta de las normas de derecho internacional como fuentes de producción normativa en el nacional, quedan de suyo incorporados al elenco de derechos subjetivos del orden interno todos los del orden internacional.

La propuesta está organizada por artículos. Después de cada artículo se hace mención a los referentes relevantes del derecho comparado sobre la materia. Dichas referencias son presentadas en orden alfabético, según el Estado cuya Constitución ha sido consultada, correspondiendo los números consignados a los respectivos artículos constitucionales. Así, por *Alemania* 59 debe entenderse el artículo 59 de la Constitución alemana. El análisis de derecho comparado ha comprendido un total de 37 Constituciones (17 europeas y 20 americanas). El listado que sigue a cada artículo incluye tanto las Constituciones concordantes como las discordantes con la fórmula propuesta. La motivación de cada artículo viene con párrafos numerados y titulados según el tema principal de cada uno de ellos.

II. CELEBRACIÓN DE TRATADOS

1. *Artículo*

I. La manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados será autorizada por ley en los siguientes casos:

1. Tratados que versen sobre derechos humanos.
2. Tratados que involucren obligaciones financieras.
3. Tratados que tengan carácter militar.
4. Tratados que afecten la soberanía territorial o su ejercicio.
5. Tratados que regulen materias reservadas por esta Constitución a las leyes.
6. Tratados que exijan la modificación o abrogación de alguna ley, o que requieran de medidas legislativas para su ejecución.

II. En los casos de tratados que versen sobre materias distintas a las enumeradas en el párrafo I, el Poder Legislativo será informado de la manifestación del consentimiento del Estado para obligarse a través de los mismos, así como, en su caso, de su denuncia o suspensión.

III. Requieren de autorización por ley, la denuncia o suspensión de los tratados autorizados por ley.

IV. La manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados que afecten disposiciones constitucionales seguirá el procedimiento de reforma de la Constitución.

Derecho comparado. Párrafo I. Alemania 59; Argentina 75.22 (párrafo 1); Austria 50.1; Bélgica 77.6, 167.2, 167.3; Brasil 49.I, 84.VIII;

Chile 32.16, 50.1; Colombia 150.16, 189.1, 224; Costa Rica 121.4, 140.9; Cuba 75.i y 90.m; Dinamarca 19.1; Ecuador 161, 171.12; El Salvador 131.7, 168.4; España 94.1; Estados Unidos II.2.2; Finlandia 33 (párrafo 1); Francia 53 (párrafo 1); Grecia 36; Guatemala 171.12, 183; Honduras 205.30; Irlanda 29.5.1; Italia 72 (párrafo 4), 87 (párrafo 8); Luxemburgo 37 (párrafo 1); Nicaragua 138.12, 150.8; Noruega 26 (párrafo 2); Países Bajos 91.2; Panamá 153.3, 179.9; Paraguay 202.9, 238.7; Perú 56, 102.3, 118.10; Portugal 138.b, 164.j; República Dominicana 37.14, 55.4; Suecia, capítulo 10.2 (párrafos 1 y 3); Suiza 166 (párrafo 2), 184 (párrafo 2); Uruguay 85.7, 168.20; Venezuela 154, 187.18, 236.4.

Numeral 1. Colombia 93; Ecuador 161.5; Perú 56.1; España 94.1.c.

Numeral 2. Brasil 49.i; España 94.1.b; Francia 53 (párrafo 1); Guatemala 171.12.3; Honduras 245.13; Irlanda 29.5.2; Italia 80; Nicaragua 138.12; Perú 56.4.

Numeral 3. Ecuador 161.2; España 94.1.b; Honduras 245.13; Nicaragua 138.12; Perú 56.3; Portugal 164.j.

Numeral 4. Costa Rica 7 (párrafo 2); Dinamarca 19.1; Ecuador 161.1; España 94.1.c; Francia 53 (párrafo 1); Guatemala 171.12.2; Honduras 245.13; Italia 80; Luxemburgo 37 (párrafo 5); Perú 56.2; Portugal 164.j.

Numeral 5. Chile 50.1 (párrafo 2); Guatemala 171.12.1; Portugal 164.j.

Numeral 6. Austria 50.2; Chile 50.1 (párrafo 2); Dinamarca 19.1; Ecuador 161.6; España 94.1.e; Finlandia 33 (párrafo 1); Francia 53 (párrafo 1); Guatemala 171.12.1; Honduras 245.13; Italia 80; Nicaragua 138.12; Perú 56 (párrafo 2); Suecia, capítulo 10.2 (párrafos 1 y 2).

Parágrafo II. Francia 52; Noruega 75.g; Perú 57 (párrafo 1).

Parágrafo III. Argentina 75.22 (párrafo 2); Cuba 90.m; Dinamarca 19.1; España 96.2; Países Bajos 91.1; Perú 57.3 (párrafo 3).

Parágrafo IV. Austria 50.3, 44; Ecuador 162 (párrafo 3); España 95.1; Francia 54; Países Bajos 91.3; Paraguay 142; Perú 57 (párrafo 2); Portugal 279.4.

2. Motivación

1. *Descripción general.* En el plan temático del articulado constitucional referido al derecho internacional en el sistema estatal de fuentes, lo natural es que se comience con un artículo como el propuesto. El ar-

título norma el proceso de celebración de tratados en el derecho nacional y regula el ejercicio de competencias de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Por sus efectos es una norma de procedimiento legislativo.

2. *Utilización del término tratado.* Se usa la palabra *tratado* debido a que su acepción jurídica en el derecho internacional es de carácter genérico, y comprende todas las formas históricamente adoptadas —o que se adoptaran— por las normas de derecho internacional convencional.¹ El tratado es por naturaleza un acto jurídico (manifestación de voluntad que tiene por fin producir un efecto jurídico) al que el derecho internacional exige la forma escrita. Es indiferente al derecho internacional que el tratado adopte múltiples denominaciones,² pues lo cierto es que, bajo cualquiera de ellas, los instrumentos constituyen por igual acuerdos de voluntades y están llamados por igual a generar determinados efectos jurídicos; lo que se condice con la entidad jurídica del concepto de tratado. Tampoco interesa al derecho internacional la forma en que el pacto quede escrito, siempre que exprese la intención de las partes de someter

1 La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969) sólo requiere que los tratados se expresen por escrito: “Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados [o entre éstos y organizaciones internacionales o entre éstas solamente] y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (artículo 2.1.a). Véase también la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (1986), aún no en vigor pero de aplicación consuetudinaria.

2 No sin razón, Reuter hizo notar que no existe ninguna nomenclatura precisa para los tratados. Al parecer, términos como tratado, convenio, acuerdo o protocolo son sinónimos, varían de país a país, y varían de tratado a tratado. “La incertidumbre de la terminología es uno de los resultados del relativismo convencional” (*cfr.* Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, México, FCE, 1999, p. 44). Por otro lado, el estudio de Myers sobre el problema de la denominación de los instrumentos convencionales puso de relieve que las denominaciones usadas no son lo arbitrarias que suele creerse. Encontró que las denominaciones más frecuentes se orientan hacia dos grupos distintos: el grupo “tratado” que comprende “pacto”, “constitutivo”, “carta”, “estatuto”, “convenio”, “convención” y “declaración”, entre otros; y el grupo “acuerdo” que comprende “*arrangement*”, “compromiso”, “*modus vivendi*”, “canje de notas”, “memorandos de acuerdo”, “minuta aprobada”, además de otras. La elección de una denominación en particular viene determinada por la importancia del acuerdo, el uso de procedimientos formales o simplificados de celebración y la materia regulada (*cfr.* González Campos, Julio D. *et al.*, *Curso de Derecho Internacional Público*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2002, pp. 175 y 176).

su acuerdo de voluntades al derecho internacional.³ Además de ser lo propio, usar en el articulado constitucional la sola palabra tratado es también lo práctico, porque de lo contrario tendría que listarse en cada oportunidad todas y cada una de las denominaciones que suele adoptar en la práctica. De hecho, un error de larga historia en las Constituciones de Bolivia fue hacer referencia a “tratados y convenios”,⁴ fórmula impropia en la medida que para el caso tendría que listar todas las demás denominaciones referidas *supra* nota 2, y que aún así podría estar dejando al margen algunas figuras, inclusive innominadas (como un acta contentiva de determinados acuerdos con imperio ejecutivo), que sin embargo en naturaleza jurídica fueran tratados. De manera que, por su carácter comprensivo, lo recomendable es usar en la nueva Constitución simplemente la palabra tratado.

3. *Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados.* A tiempo de codificarse el derecho de los tratados, existía cierta resistencia hacia las nuevas formas de manifestación del consentimiento usadas en la práctica de los Estados. Pero la abrumadora cantidad de normas convencionales celebradas sin las formalidades de la

3 La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha privilegiado siempre la intención de los Estados sobre la forma de los acuerdos. Así, en el asunto Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía) (1978) la Corte concluyó que un comunicado conjunto por el que se sometía una controversia a arbitraje o arreglo judicial constituía un acuerdo internacional (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1978, p. 39). Y en el asunto Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein, competencia (Qatar c. Bahrein) (1994), la Corte sostuvo que una minuta firmada por los ministros de relaciones exteriores de los Estados interesados no era una simple acta de reunión, sino un acuerdo que creaba derechos y obligaciones en el derecho internacional (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1994, p. 121).

4 El error de hacer referencia a los “tratados y convenios” viene de las reformas de 1839 (artículo 77.10), pero comenzó a gestarse en las de 1831, que hacían referencia a “las alianzas y toda clase de tratados” (artículo 36.9). Esta distinción es impropia, pues la alianza es un tratado con objetivos de ofensa o defensa militar, y es también ociosa, pues al referirse a “toda clase de tratados” no asigna, por razón de la materia, competencias distintas a cada uno de los órganos involucrados en la celebración de normas internacionales convencionales. También es impropia la fórmula del actual artículo 3o. de la Constitución: “Las relaciones con la Iglesia Católica se regirán mediante concordatos y acuerdos entre el Estado boliviano y la Santa Sede”. En este caso, el error se debe a las reformas de 1967. De 1967 también es la redacción actual del artículo 59.12 (“aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales”), que emplea tres palabras para designar lo mismo. El texto de 1826 de la Constitución estaba en lo correcto al referirse solamente a los “tratados públicos” (artículo 83.5).

ratificación, sugería la necesidad de adoptar una regla en el sentido de que fuese la voluntad de los Estados negociadores el elemento gravitante. Así surgió el artículo 11 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que alcanza tanto a las formas conocidas de manifestación del consentimiento⁵ como a las que fueron adoptándose en la práctica, y las que en lo sucesivo se adoptaran, dado que, más allá de la denominación que se le asigne, es la manifestación del consentimiento en sí, el dato jurídicamente relevante. Es en esa línea, y con pie en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que el artículo propuesto trabaja con la fórmula *manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados*. El referente directo de derecho comparado es la Constitución de España (artículo 94.I).⁶

4. *Procedimiento formal de celebración de tratados*. Son los múltiples requerimientos de un mundo de creciente complejidad y dinamismo, los que en la actualidad le marcan el paso a las relaciones exteriores. Ello deriva en que los derechos nacionales establezcan procedimientos menos

5 Las formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado incluyen la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 11). Sobre el uso que reciben estas formas en la práctica internacional véase Reuter: “La expresión definitiva del consentimiento en obligarse se puede presentar en formas diversas, más o menos rápidas y que permitan referirse a la distinción de procedimientos cortos o largos. Sin embargo, tal distinción no puede tener para los tratados multilaterales rasgos tan marcados como para los tratados bilaterales... nada impide a un Estado comprometerse definitivamente por una simple expresión del consentimiento en obligarse, como la firma, mientras que otros Estados no se obligan más que por la ratificación, pero sobre todo, los tratados multilaterales abiertos tienen un procedimiento simple, pero tardío, de expresar el consentimiento en obligarse por un tratado: el consentimiento no pasa por un procedimiento previo como la firma, y se expresa una vez por la adhesión (designada también por los términos *accesión*, *aceptación* o aún *aprobación*, aunque este último término califique usualmente un acto posterior a la firma). En efecto, la firma es hecha normalmente a continuación de una negociación y el tratado multilateral abierto puede ser firmado hasta un tiempo después del acta final de la Conferencia; transcurrido un plazo razonable, es normal prever que los Estados que no han firmado prefieran dar su consentimiento en un solo acto y en forma definitiva: no tendría sentido darlo dos veces, ya que el Estado tiene todo el tiempo necesario para tomar su decisión, y si lo necesita satisfacer exigencias constitucionales complicadas” (Reuter, Paul, *op. cit.*, nota 2, pp. 60 y 61).

6 Constitución de España, artículo 94.I.: “La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos”.

formales de celebración de tratados. De ahí que la exigencia de ratificación haya quedado reducida a los tratados que, por importar mayores responsabilidades para el Estado contratante, deben agotar la instancia congresal.⁷ Así usada, la ratificación dice del acto de derecho interno mediante el cual los órganos legislativos autorizan la celebración de tratados; lo que no debe confundirse con la ratificación según el derecho internacional, pues ésta es una forma de consentir en obligarse un Estado ante sus pares vinculados por el tratado, en tanto que la ratificación legislativa la precede a título de autorización a su Poder Ejecutivo, conforme a lo establecido por cada Constitución, para que preste tal consentimiento. A pesar de que el uso de la ratificación de derecho interno es tan antigua, tanto que ya Grocio lo fundaba en la teoría del mandato, lo cierto es que no obedece a una norma de derecho internacional consuetudinario, por lo que los Estados son libres de regular la manera en que su voluntad social debe formarse. De modo que no hay razón jurídica para asumir que la celebración, al margen de la ratificación legislativa, afecta la validez internacional de un tratado. Por tal virtud, el parágrafo I del artículo propuesto regula el procedimiento de derecho interno de celebración de tratados en razón de su materia. En el derecho comparado es común emplear este criterio,⁸ pues otros criterios, como la denominación particular

7 Ya en 1991, Salazar Paredes había sugerido la adopción de un procedimiento de celebración de tratados con mayor agilidad que la ratificación legislativa. Su propuesta consistía en el establecimiento de un procedimiento simplificado con participación de la Cámara de Senadores (*cfr.* Salazar Paredes, Fernando, *Política exterior, relaciones internacionales y Constitución*, La Paz, CERID, 1991, pp. 136-140).

8 Así ocurre, entre otras, en las Constituciones de Alemania (artículo 59.2: “Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o participación del órgano legislativo apropiado, a través de una ley federal”), de Ecuador (artículo 161: “El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: 1. Los que se refieran a materia territorial o de límites. 2. Los que establezcan alianzas políticas o militares. 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración. 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley. 5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos. 6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley”), de Francia (artículo 53: “Los tratados de paz, los tratados comerciales, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen a la hacienda del Estado, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas, los que entrañen cesión, cambio o aumento del territorio, no podrán ser ratificados o

de cada tratado o la forma de manifestar el consentimiento en obligarse, resultan artificiales en un sistema político de legitimidad democrática, toda vez que el manejo de tales especificidades corresponde naturalmente a los órganos ejecutivos, en la medida que son los negociadores de los tratados. El parágrafo I se refiere a la ratificación como *autorización*, pues es tal su naturaleza jurídica.

Para ser operativos, el procedimiento formal y el simplificado dependen del Poder Ejecutivo, pues es el llamado a calificar la materia de los tratados. No debe olvidarse que el Poder Ejecutivo es el encargado de las relaciones exteriores del Estado. En consecuencia, lo natural es que tenga

aprobados sino en virtud de ley”), de Guatemala (artículo 171.12: [Corresponde al Congreso] aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 1. Afecten a leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos. 2. Afecten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano. 3. Obliguen financieramente al Estado, en proporción que exceda al 1% del Presupuesto de Ingresos Ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado. 4. Constituyen compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales. 5. Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional”), de Nicaragua (artículo 138.12: [Son atribuciones de la Asamblea Nacional] aprobar o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales: de carácter económico; de comercio internacional; de integración regional; de defensa de seguridad; los que aumenten el endeudamiento extremo o comprometan el crédito de la nación; los que vinculan el ordenamiento jurídico del Estado”), de Perú (artículo 56: Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versan sobre las siguientes materias: 1. Derechos humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o supriman tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”), y de Suecia (capítulo 10.2: “El Gobierno no podrá concertar un acuerdo internacional obligatorio para el Reino sin la aprobación del Parlamento, si el acuerdo presupone la enmienda o derogación de una ley o promulgación de una nueva ley, o si se refiere a un asunto el cual corresponde al Parlamento la decisión”. “Tampoco puede el Gobierno en casos distintos de los especificados... concertar ningún acuerdo internacional que sea obligatorio para el Reino sin la aprobación del Parlamento, si el acuerdo fuera de importancia capital. El Gobierno puede, sin embargo, actuar sin obtener la aprobación del Parlamento si así lo exige el interés del Reino. En este caso el Gobierno consultará con el Consejo Consultivo de Asuntos Exteriores antes de concluir el acuerdo”).

competencia jurídica, tanto para la calificación de los tratados como para celebrarlos por el procedimiento simplificado, puesto que es el que tiene la competencia técnica para ello. Para verificar que la ejerce con la debida diligencia y en el marco de sus atribuciones, la herramienta es el control político que a su juicio puede ejercer el Poder Legislativo, a cuyo servicio está el deber de informar que tiene el Poder Ejecutivo (véase párrafo 6). Además, para el improbable caso de una calificación errónea, la herramienta es la impugnación de la constitucionalidad formal del tratado por vicios en el procedimiento interno de celebración, y donde el hecho de que la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado comprometa la fe del Estado, no significa que la misma no pueda ser pronunciada (véase párrafo 24).

5. *Materias objeto del procedimiento formal.* Desde que comporta la participación del Poder Legislativo, el procedimiento formal de celebración se reserva en el derecho comparado a los tratados que abordan temas de particular importancia para los Estados y sus súbditos. El párrafo I del artículo propuesto participa de esta lógica, y se estima que sus seis numerales la sirven de manera idónea y suficiente, pues, como no sea recurriendo a reduplicaciones innecesarias o formulaciones vagas, es difícil imaginar alguna materia que deba requerir la autorización del Legislativo, y que no encaje en alguno de los seis supuestos considerados. Así que la celebración de *tratados que versen sobre derechos humanos* (numeral 1) requiera de autorización legislativa, condice con el hecho de que dichos instrumentos formen parte del bloque de constitucionalidad (véase párrafo 23). Por su lado, la reserva de autorización legislativa para los *tratados que involucren obligaciones financieras* (numeral 2) y los *tratados que tengan carácter militar* (numeral 3), obedece a que son cuestiones de evidente implicancia para los Estados, y de hecho son particularmente sensibles en términos de la percepción del común de las personas, por lo que tales tratados deben estar sujetos a dicha reserva.⁹

9 Por su implicancia para el Estado es que ambas materias están fuertemente arraigadas en las funciones del Poder Legislativo. El numeral 2 concuerda con la atribución del Legislativo de “autorizar y aprobar la contratación de empréstitos que comprometan las rentas generales del Estado” prevista por el artículo 59.5 de la Constitución, que viene desde 1826, en que correspondía al tribunado la iniciativa “en autorizar al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos” (artículo 43.3). En lo que respecta al numeral 3, el mismo concuerda con las atribuciones 14, 15 y 16 del artículo 56 de la Constitución: aprobar la fuerza militar que ha de mantenerse en tiempo de paz,

En los tratados comprendidos por el numeral 4, la fórmula *afecten la soberanía territorial* está pensada para los casos de sucesión con respecto a una parte del territorio del Estado. Esto es lo que se conoce como cesión, que se verifica cuando una porción del territorio es transferida por su titular (Estado predecesor) a otro Estado (Estado sucesor). El procedimiento formal opera con independencia del papel de predecesor o sucesor que desempeñe Bolivia en una sucesión. No existiendo territorios vacantes a ser ocupados, en la actualidad las controversias territoriales son disputas relativas a los títulos de dominio de los territorios en conflicto —como las que causaron los arreglos de frontera entre las repúblicas de la América española—; aunque también la delimitación de fronteras, e incluso su demarcación, son fuentes de controversias territoriales que pueden derivar en la sucesión de un Estado por otro.¹⁰ Igualmente re-

permitir el tránsito de tropas extranjeras y autorizar la salida al extranjero de tropas nacionales, respectivamente. Ya en 1826, el tribunado tenía la iniciativa en “conceder el pase a tropas extranjeras” (artículo 43.11) y “en las fuerzas armadas de mar y tierra para el año” (artículo 43.12). Compete al Poder Legislativo “permitir la salida de tropas nacionales fuera del territorio de la República” desde las reformas constitucionales de 1880 (artículo 52.11), siendo que hasta dichas reformas el supuesto nunca había estado previsto.

10 Se estima que en la actualidad existen planteadas unas sesenta controversias territoriales (*cf.* González Campos, Julio D. *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 547). Con la finalidad de evaluar la importancia del tema, a continuación se hace un recuento de las controversias territoriales que han sido planteadas a la Corte Internacional de Justicia en el último medio siglo. No todas las controversias conocidas por la Corte han merecido una sentencia de fondo y otras están aún por resolverse. El año indica la fecha de presentación de la solicitud que somete a conocimiento de la Corte la controversia, siendo algunas veces coincidente con el año de la resolución final. Finalmente, no se olvide que muchas controversias territoriales son resueltas por tribunales arbitrales u otros medios pacíficos de solución de controversias. El recuento suma 23 controversias territoriales (de 110 solicitudes de ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte en el periodo 1946-2006): Minquiers y Ecrehos (Francia-Reino Unido, 1953), Antártica (Reino Unido c. Argentina, 1956), Antártica (Reino Unido c. Chile, 1956), Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas (Bélgica-Países Bajos, 1959), Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia, 1961), Plataforma continental del Mar del Norte (Alemania-Dinamarca, Alemania-Países Bajos, 1969), Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía, 1976), Plataforma continental (Túnez-Libia, 1981), Delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine (Canadá-Estados Unidos, 1982), Plataforma continental (Libia-Malta, 1984), Disputa fronteriza (Burkina Faso-República de Mali, 1986), Disputa fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador-Honduras, 1987), Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega, 1993), Disputa territorial (Libia-Chad, 1994), Delimitación

quieren de autorización por ley los tratados que afecten al *ejercicio* de la soberanía territorial. Esta es la categoría conceptual que Verdross llamó cesión administrativa.¹¹ En este tipo de cesión, el Estado cedente concede a otro Estado la facultad de ocupar una parte de su territorio y ejercer en ella su autoridad, mas al reservarse la soberanía territorial sobre dicha parte, no la transfiere, y, por tanto, el estatuto jurídico internacional del territorio en cesión administrativa no varía: sigue constituyendo territorio del Estado cedente. Tal fue el estatus del litoral boliviano según el Pacto de Tregua de 1884.¹² El ámbito de aplicación material del numeral 4 no incluye los acuerdos celebrados con otros sujetos de derecho internacional, y en virtud de los cuales se establecen privilegios e inmunidades para ciertos bienes inmuebles. No es infrecuente que se acuda a la ficción jurídica de extraterritorialidad para explicar los privilegios e inmunidades de los locales de las misiones diplomáticas y consulares. Según tal ficción, dichos locales constituirían territorio nacional del Estado acreditante, enclavado en el Estado receptor. Pero en verdad, la ficción de extraterritorialidad no tiene asidero jurídico, pues lo cierto es que los privilegios e inmunidades se conceden por las funciones a que las misiones diplomáticas y consulares sirven, y que se conceden con base en la reciprocidad. Este fundamento de los privilegios e inmunidades diplomáticos es conocido indistintamente como teoría de la necesidad o del interés de la función. Ya en el siglo XVIII la teoría había sido enunciada por Vat-

marítima y cuestiones territoriales (Qatar c. Bahrain, 1994), Frontera terrestre y marítima (Camerún c. Nigeria, 1996), Isla Kasikili-Sedudu (Botswana-Namibia, 1999), Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia-Malasia, 1999), Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua c. Honduras, 1999), Disputa territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, 2001), Disputa fronteriza (Benín-Nigeria, 2002), Soberanía sobre Piedra Blanca-Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia-Singapur, 2003), Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania, 2004).

11 Cfr. Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 6a. ed., Madrid, Aguilar, 1978, pp. 248 y 269.

12 El estatuto jurídico de territorio bajo ocupación bélica del litoral boliviano cambió al de cesión administrativa por efectos del artículo 2o. del Pacto de Tregua de 1884: “La República de Chile, durante la vigencia de esta tregua, continuará gobernando con sujeción al régimen político y administrativo que establece la ley chilena [el territorio del litoral boliviano]”. La cesión administrativa duró 20 años, hasta la celebración del Tratado de Paz y Amistad de 1904, por el que los territorios fueron definitivamente cedidos. Un caso análogo de cesión administrativa fue el del Canal de Panamá, establecido por los tratados de 1903 y de 1977 entre Panamá y Estados Unidos.

tel, siendo un hecho que fue codificada como tal por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas.¹³

En los numerales 5 y 6 del artículo propuesto, el establecimiento del procedimiento formal responde a un imperativo de organicidad con respecto al sistema político de legitimidad democrática. Así, los *tratados que regulen materias reservadas por la Constitución a las leyes* (numeral 5) requieren de autorización legislativa, pues el uso del procedimiento simplificado implicaría sobrepasar la garantía constitucional de que ciertas materias sólo puedan ser normadas por ley.¹⁴ En el mismo sentido, el uso del procedimiento simplificado para celebrar *tratados que exijan la modificación o abrogación de alguna ley, o que requieran de medidas legislativas para su ejecución* (numeral 6), importaría que el Poder Ejecutivo se arrogara la potestad de producir normas con la fuerza jurídica propia de las leyes. En cambio, sí corresponde al Poder Ejecutivo hacer uso de su potestad reglamentaria para dictar normas de mejor ejecución de los tratados en vigor, pues esta competencia es connatural a la obligación de honrar la fe de los tratados.¹⁵

13 El preámbulo de la Convención trasluce la codificación de la teoría de la necesidad o del interés de la función: “Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados”. En el mismo sentido, la Convención de Viena sobre relaciones consulares: “Conscientes de que la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos”.

14 En lo que respecta a derechos de particulares, son materias objeto de reserva legal los tributos, los delitos, la reglamentación de los derechos fundamentales (DC 006/2000, GC, núm. 18, diciembre de 2000; STC 004/2001, GC, núm. 19, enero de 2001), y la regulación del servicio militar (STC 007/2006, GC, 79, t. I, enero de 2006).

15 En 1826, la Constitución expresamente preveía la potestad de reglamentar tratados. Así, era atribución del presidente de la República “autorizar los reglamentos y órdenes para el mejor cumplimiento de la Constitución, las leyes y los tratados públicos” (artículo 83.5). Con las reformas constitucionales de 1831, la potestad reglamentaria ya perfilaba los elementos de su redacción vigente, que excluye la mención a los tratados: “expedir los decretos y reglamentos especiales para el cumplimiento de las leyes” (artículo 72.3). La competencia implícita del presidente de la República para reglamentar tratados es un correlato de la primacía del derecho internacional, pues un “Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos” (Intercambio de las Poblaciones Griegas y Turcas, Publications of the Permanent Court of International Justice, 1923, serie B, núm. 4, pp. 23 y ss). De

Además de las listadas en este artículo, en el derecho comparado existen otras materias reservadas al procedimiento formal de celebración de tratados. Tales son los casos de los tratados de paz, los tratados comerciales y los tratados que acuerden someter una controversia a arbitraje o arreglo judicial (compromisos arbitrales o judiciales) o los que contengan una cláusula compromisoria que haga obligatoria la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia.¹⁶ Los tratados de paz no han sido incluidos en el artículo propuesto porque los mismos suponen una guerra previa, y dada la evolución alcanzada por el derecho internacional en el sentido de proscribir el uso de la fuerza armada, su inclusión importaría una señal indicativa de que la guerra es todavía concebida por Bolivia como un medio de solución de controversias. Respecto a los tratados comerciales, en consonancia con la dinámica del comercio internacional, lo razonable es que sean celebrados según el procedimiento simplificado. Desde luego, dichos tratados deben agotar el procedimiento formal siempre que contenga materias reservadas al mismo (verbigracia si conllevan la modificación o abrogación de una ley o requieren de la promulgación de leyes para su ejecución). Finalmente, en lo que se refiere a compromisos arbitrales o judiciales y tratados con

este modo, la potestad de reglamentar los tratados se entiende implícita a la competencia expresa del Poder Ejecutivo de conducir las relaciones exteriores, pues cumplir los tratados es un fin constitucional y todos los medios que sean apropiados a ese fin, y no vulneren la Constitución, deben considerarse constitucionales. Sobre la doctrina de los poderes implícitos en el derecho constitucional comparado, véase *McCulloch c. Maryland* (1819) (17 US, 4 Wheat, 316), y sobre su uso para interpretar los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales véase el asunto *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas* (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1949).

16 Es el caso, por ejemplo, de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, que al respecto establece: “Las controversias entre las partes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio... serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia” (artículo 9o.). El artículo anterior no es el único intento para, por medio de una cláusula compromisoria, dotar a la Corte Internacional de Justicia de una jurisdicción contenciosa obligatoria. Su eficacia quedó comprobada en el asunto de la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1996) (*Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia*). Por su parte, en los asuntos sobre Legalidad del Uso de la Fuerza (1999), Yugoslavia presentó demandas contra Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, y el Reino Unido, fundándose en la Convención contra el genocidio.

cláusula compromisoria, dada la naturalidad con que dichos medios pacíficos de solución de controversias deben ser asumidos en la práctica moderna del derecho internacional, no parece justificado su sometimiento al procedimiento formal; sin perjuicio de agotarlo siempre que conlleven materias reservadas al mismo.

6. *Deber de informar.* El deber de informar establecido en el párrafo II es un medio de control entre órganos (verificación de que no han sido excedidas las potestades del Poder Ejecutivo para celebrar tratados). El deber de informar al Poder Legislativo es el correlato de la confianza depositada por la Constitución en el Poder Ejecutivo, al permitirle vincular al Estado por medio de tratados. Desde luego, el deber de informar alcanza a la denuncia o la suspensión de tratados celebrados según el procedimiento simplificado, pero debe repararse en una sutil diferencia de fundamento, pues en tanto la racionalidad de lo primero consiste en verificar que la competencia ha sido ejercida sin exceder los límites constitucionales, en lo segundo, siendo aplicable para la materia que las cosas puedan deshacerse conforme fueron hechas, debe entenderse que la racionalidad de que el Poder Legislativo sea informado por el Ejecutivo no se agota en la simple toma de conocimiento de la denuncia o la suspensión de un tratado, sino que trasciende a la posibilidad de que, en vía de control político, aquél pueda exigir de éste explicaciones en términos de la conveniencia de la decisión para los intereses del Estado.

7. *Denuncia.* En el derecho internacional se conoce como *denuncia* de un tratado a la expresión de voluntad de un Estado, formulada por escrito, en el sentido de desvincularse del mismo. En cuanto al de carácter bilateral, si la denuncia resulta exitosa, el tratado se tiene por terminado. En cambio, el de carácter multilateral continúa en vigor, pero respecto al Estado que formuló la denuncia se dice que se retiró del mismo. De manera que el efecto de la denuncia, es la extinción de un acto jurídico, y donde la cuestión central consiste en la determinación de las causas lícitas para ejercerla. A tiempo de la codificación del derecho de los tratados, la existencia de tratados sin cláusula de denuncia hizo que se hablara de un derecho implícito de denuncia, a entenderse de naturaleza consuetudinaria. Frente a este punto de vista, estaba el planteamiento de corte tradicionalista que defendía la naturaleza convencional del derecho a denunciar un tratado; a lo que había que sumarle los argumentos que en la práctica de los Estados habían sido esgrimidos como causales lícitas de denuncia de un tratado. Siendo tal el estado de situación, la Conven-

ción de Viena codificó tanto el derecho general de denuncia —bien que reglado (artículo 56)— como la denuncia expresa (artículo 54); haciendo lo propio respecto a las causales de terminación o retiro de un tratado, como consecuencia de la celebración de un tratado posterior (artículo 59), de una violación grave (artículo 60), de la imposibilidad de cumplimiento (artículo 61), de un cambio fundamental de circunstancias (artículo 62), y de la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (artículo 64). Tal como está usada en el artículo propuesto, la palabra *denuncia* se refiere a la generalidad de causales invocadas para extinguir un tratado.

8. *Suspensión*. La *suspensión* de un tratado supone que, continuando el mismo en vigor, deje de producir efectos jurídicos durante cierto tiempo. Al igual que en el caso de la denuncia, el punto crítico de la suspensión consiste en la calificación de las causales aducidas. Según la Convención de Viena es lícita la suspensión hecha en virtud de una disposición del tratado cuya aplicación se suspende (artículo 57.a), la efectuada con el consentimiento de las demás partes (artículo 57.b), la que se produce como consecuencia de la celebración de un tratado posterior (artículo 59), y la que resulta de una violación grave (artículo 60).

9. *Denuncia o suspensión de tratados celebrados por el procedimiento formal*. El parágrafo III se contrae a una consecuencia obligada del procedimiento formal de celebración de tratados, basada en una regla de tan vieja data como que es atribuida a Ulpiano: nada es tan natural como que cada cosa sea disuelta del mismo modo en que fue compuesta,¹⁷ y que condice con el *Ejus est tollere cujus est condere*: “Quien tiene poder para hacer una cosa lo tiene para deshacerla”. En un sistema político de legitimidad democrática, resulta difícil justificar que aquello en cuya factura participó el Poder Legislativo, pueda ser deshecho sin su concurrencia. Por otro lado, la propia estructura del sistema de fuentes ya dice que el Legislativo debe participar por fuerza en la disolución de aquello que fue creado con su participación. A menos, desde luego, que el Poder Ejecutivo estuviera investido de poder jurídico para derogar los actos del Legislativo (previsión constitucional o delegación temporal).

17 Ulpiano, “*Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolveré, quo colligatum est*” (Nada es tan natural como que cada cosa se la disuelva del mismo modo como se la ligó). Digesto, libro I, título III, ley 37.

10. *Manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por medio de tratados que afecten disposiciones constitucionales.* El último párrafo del artículo propuesto declara la primacía de la Constitución en el plano del derecho nacional, a la vez que en el del derecho internacional, reconoce la primacía de los tratados sobre la Constitución. Tal como está formulado, el párrafo IV tiene por objeto evitar, de un lado, la generación de antinomias entre la Constitución y los tratados (que en el derecho interno se resuelven por la primacía de la primera), y, de otro, que se falte a la fe de los tratados en vigor.¹⁸ Por su ámbito material de aplicación, el párrafo IV incluye los tratados celebrados tanto por el procedimiento formal como por el procedimiento simplificado. En cuanto a su forma de operar, el párrafo hace una remisión al procedimiento de reforma de la Constitución.

III. INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDEN ESTATAL

1. *Artículo*

Las normas de derecho internacional que obligan al Estado integran el derecho nacional. Una vez en vigor, según sus propias disposiciones, los tratados en que Bolivia es parte establecen derechos y deberes de aplicación directa.

10. *Derecho comparado.* Alemania 25, 100.2; Austria 9.1.; Colombia 93; Costa Rica 140.9; Ecuador 163; España 10.2, 96.1; Estados Unidos III.2.1, VI.2; Grecia 28.1; Irlanda 29.6; Italia 10 (párrafo 1); Países

18 Refiriéndose a una norma constitucional de igual sentido que el párrafo comentado, el Tribunal Constitucional (España) explicó que ella atribuye “la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional... el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado. Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional. De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento [de reforma], su primacía, adquiriendo también el tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal, como corresponde al sentido del examen previsto” (citado por González Campos, Julio D., *op. cit.*, nota 2, p. 204).

Bajos 93, 95; Paraguay 141; Perú 55; Portugal 8; República Dominicana 3; Suecia, capítulo 10.2 (párrafo 3); Suiza 191.

2. *Motivación*

11. *Descripción general.* Este artículo norma la integración de las normas de derecho internacional al derecho interno. Sus referentes de derecho comparado son las Constituciones alemana (artículo 25)¹⁹ y griega (artículo 28.1).²⁰ La primera norma de esta índole fue formulada en la Constitución de Weimar (1919): “las reglas universalmente reconocidas del derecho internacional forman parte integrante del derecho alemán” (artículo 4o.). Detrás de las normas de integración está el debate sobre el postulado epistemológico de la unidad del sistema jurídico. La integración de las normas de derecho internacional supone la primacía de este orden. Así, las obligaciones asumidas por el Estado, en virtud de una norma internacional, priman sobre las de su Constitución.²¹ Por su natu-

19 Constitución de Alemania, artículo 25: “Las normas generales del derecho internacional serán parte integrante del derecho federal. Estas normas tendrán primacía sobre las leyes y establecerán directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio federal”.

20 Constitución de Grecia, artículo 28.1: “Las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, así como los tratados internacionales, desde su ratificación mediante ley y entrada en vigor conforme a las disposiciones respectivas, forman parte integrante del derecho helénico interno y priman sobre toda disposición contraria de la ley”.

21 En el asunto *La Última Tentación de Cristo* (2001) (Olmedo Bustos y otros c. Chile), la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que Chile debía “modificar su ordenamiento jurídico interno”, pues su Constitución, en lo concerniente a la censura previa, era contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. El mismo principio fue expresado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre el asunto *Tratamiento de los Nacionales Polacos y de otras Personas de Origen o Lengua Polaca en el Territorio de Dantzig* (1932): “Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor” (Publications of the Permanent Court of International Justice, 1932, series A-B, núm. 44, p. 24). También la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva en el asunto *Aplicabilidad de la Obligación de Arbitraje en Virtud de la Sección 21 del Acuerdo de 26 de Junio de 1947 Relativo a la Sede de la Organización de las Naciones Unidas* (1988): “Bastaría recordar el principio básico de que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno. Este principio fue avalado por decisiones tan antiguas como la sentencia arbitral de 14 de septiembre de 1872 en el asunto *Alabama* entre Gran Bretaña y los

raleza, esta es una norma sobre las fuentes de producción del derecho estatal; por su forma, una norma de procedimiento. El derecho internacional deja la determinación de los procedimientos de integración a las Constituciones nacionales.

12. *Justificación de la fórmula.* Se considera que la fórmula empleada es idónea y suficiente, pues, de un lado, es claro que integran el derecho nacional las normas de derecho internacional que obligan al Estado, donde el término *obligan* ciertamente es inequívoco, frente a la fórmula *generalmente reconocidas* utilizada por ciertas Constituciones. A su vez, la fórmula *establecen derechos y deberes de aplicación directa* es suficiente, por cuanto jurídicamente importa que dichas normas pueden ser invocadas y aplicadas como cualquier otra norma de derecho interno.

13. *Dualismo.* El estudio de la integración del derecho internacional fue iniciado por la doctrina dualista. Su punto de partida es la falta de toda relación sistemática entre el derecho internacional y los derechos nacionales.²² Sostiene que no existe entre ambos órdenes una relación de primacía, derivando de ahí que las normas de uno de ellos no sean aplicables en el otro, por el solo hecho de su existencia. Así, para ser aplicables por jueces y tribunales, las normas de derecho internacional tendrían que ser objeto de un acto de voluntad del legislador estatal que las transforme en normas de derecho interno.²³ El acto de transformación supone

Estados Unidos, y ha sido frecuentemente citado desde entonces, por ejemplo, en el asunto de las Comunidades greco-búlgaras en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó que: ‘es un principio de derecho internacional universalmente aceptado el que en las relaciones entre potencias que son partes de un tratado, las normas de derecho interno no pueden prevalecer sobre las del tratado’” (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1988).

22 Triepel sostenía que el derecho internacional y el derecho interno eran “nociones diferentes”, así el mismo hecho de hablar de relaciones entre ellos era una señal clara de que no representaban una unidad sistémica (citado por Novak Talavera, Fabián y García Corrochano, Luis, *Derecho internacional público*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, t. I, p. 541). Por su parte, para Anzilotti, el Estado como sujeto de derecho interno era un sujeto enteramente diferente al Estado como sujeto de derecho internacional, lo que explicaba su participación en dos sistemas normativos distintos y aislados el uno del otro (citado por Kelsen, Hans, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 367).

23 Por la forma en la que está redactado, el artículo 29.6 de la Constitución de Irlanda es el ejemplo más ilustrativo de una norma dualista: “Ningún acuerdo internacional puede formar parte del derecho interno del Estado salvo si lo acuerda, en su caso, el Parlamento”.

la creación de la norma a cargo del sistema estatal de fuentes. En dicha línea de razonamiento, es conceptualmente imposible que para un juez nacional aparezcan antinomias entre normas internacionales e internas,²⁴ y que jueces internacionales reconozcan el carácter normativo del derecho interno.²⁵ Este fue el sistema que adoptó Bolivia en 1826, habiendo hecho lo propio otras Constituciones de la época.

24 No puede haber antinomias, porque en los sistemas dualistas el derecho internacional sólo obliga a los órganos internos en la medida que ha sido transformado a una norma de fuente estatal; así, el conflicto se plantea siempre entre normas de derecho interno. De este modo, la ausencia de antinomias es una consecuencia de negar la aplicabilidad en la esfera interna del derecho internacional no transformado. Esta doctrina respaldó la sentencia en el caso inglés *Mortensen c. Peters* (1906): “En esta Corte no tenemos nada que ver con el problema de si la legislatura ha realizado o no lo que las potencias extranjeras pueden o pudieran considerar una usurpación en una cuestión de ellas. Ni tampoco un tribunal se establece para decidir si una ley de la legislatura está *ultra vires* en contravención con los principios generalmente aceptados de derecho internacional. Para nosotros, una ley del Parlamento debidamente aprobada por la Cámara de los Lores y los Comunes, y con el asentimiento del Rey, es suprema, y nosotros estamos obligados a dar efectividad a sus términos”. Los tribunales internacionales, desde luego, aplican el derecho internacional con independencia del sistema de recepción (dualista o monista) practicado por los Estados. Así, en *Georges Pinson* (1928) (*Francia c. México*), la Comisión Mixta de Reclamaciones Franco Mexicana sostuvo: “Los tribunales nacionales de justicia, al emanar de la soberanía de cada Estado particular, pueden realmente estar (y no deben necesariamente estar) obligados a observar y aplicar el derecho interno, aun cuando consideren a este último en conflicto con el derecho internacional; esto depende de los principios consagrados por el derecho público nacional del Estado interesado. Los tribunales internacionales, sin embargo, como órganos del derecho de gentes, deben dejar de lado aun la Constitución de un Estado a favor del derecho internacional” (citado por Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 360).

25 Se afirma que las normas de derecho interno son sólo hechos si son vistas desde el derecho internacional. Lo cierto es que sin esta afirmación no se explicaría el hecho de la responsabilidad internacional del Estado por la promulgación de una norma contraria al derecho internacional, pues la noción de responsabilidad dice de un daño causado (por un hecho), mientras que la de nulidad dice de una norma contraria a otra. Como se verá más adelante, la noción de nulidad fue empleada en los principios de la doctrina monista para calificar a las normas internas antinómicas con el derecho internacional. Las explicaciones doctrinales prefirieron luego la noción de responsabilidad, pues interpreta mejor la realidad del derecho positivo. La afirmación respecto de la ausencia de carácter normativo de las normas de derecho interno viene del asunto *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca*, Fondo (1926) (*Alemania c. Polonia*): “Desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte, que es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, del

14. *Monismo*. La frase *integran el derecho nacional* dice de la filiación monista del artículo propuesto. El monismo es la respuesta doctrinal a los postulados dualistas. Su principio base es la unidad del derecho internacional y los derechos nacionales, lo que luego le permite concluir en la primacía del derecho internacional. Al momento, es la interpretación más satisfactoria de las relaciones de derecho positivo entre normas internacionales y nacionales. Así, la función esencial del derecho internacional es delimitar los ámbitos de validez de los derechos nacionales.²⁶ En sus primeros escritos, Kelsen llegó a negar la existencia jurídica del derecho interno antinómico con el internacional. Posteriormente, este postulado se vio atenuado al sostener que la norma de derecho interno contraria al derecho internacional no es nula de origen, sino válida y vigente, pero cuya existencia, contraria al orden de primacía, acarrea la responsabilidad internacional del Estado. Puesto que para el derecho internacional el derecho nacional es un mero hecho, sólo le resulta relevante en tanto merece una calificación normativa que, en términos elementales, se reduce a identificar su conformidad o disconformidad con el orden internacional. La determinación de licitud o ilicitud es, precisamente, el resultado de la calificación normativa de los hechos. Por eso es que un precepto de derecho interno que resulte contrario al derecho internacional exista, pues una consecuencia de su existencia es que normativamente se lo pueda calificar de ilícito e imputar al Estado de origen la respectiva responsabilidad internacional. De manera que para el monismo no se requiere la transformación de las normas de derecho internacional, por cuanto su sola existencia ya determina su integración; con lo que son directamente aplicables por jueces y tribunales internos, bastando con afirmar que *integran el derecho nacional*.

15. *Integración de las normas de derecho internacional consuetudinario*. El ámbito de aplicación material del artículo propuesto se extiende a todas las formas que adoptan las normas de derecho internacional. Así, queda incluido el derecho internacional consuetudinario, para el que la

mismo modo que las decisiones judiciales o las medidas administrativas” (Publications of the Permanent Court of International Justice, 1926, serie A, núm. 7, p. 19).

26 La función de delimitar los ámbitos de validez de los derechos nacionales fue expuesta por la concepción normativista del derecho internacional. De hecho, Kelsen y Verdross, cada uno por su lado, organizaron sus obras en la materia según esta función. Véanse Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, y Verdross, Alfred, *op. cit.*, nota 11.

expresión *normas de derecho internacional* está primeramente pensada, aunque no de manera exclusiva.

En el derecho internacional las relaciones entre las normas de fuente consuetudinaria y las de fuente formal son distintas a las planteadas en los sistemas nacionales. En éstos, por el principio de estatalidad del derecho, la costumbre ha perdido protagonismo como fuente de producción normativa, al punto que no exista más derecho que el legislado, y que el emanado de fuente consuetudinaria sea subsidiario de aquél. El monopolio estatal de la producción jurídica es resultado del proceso histórico de consolidación del Estado moderno. De ahí que, desde sus albores, los teóricos del Estado moderno hayan concebido para la costumbre un papel secundario, y asignado la primacía al derecho de fuente formal,²⁷ debido a que la unidad política no era alcanzable al margen de la unidad jurídica. Y si así se llega a que en el derecho nacional las relaciones entre fuentes se resuelvan por la primacía del derecho legislado, así se explica que la costumbre importe en tanto el derecho legislado la confirme o reenvíe a la ley, o en tanto regule cuestiones no contempladas en la ley.²⁸ Nada de esto ocurre de esa manera en el derecho internacional. Por ser éste un orden de técnica de regulación normativa descentralizada, no debe extrañar que los tratados y la costumbre estén en pie de igualdad, pudiendo derogarse recíprocamente; lo que, dada la proscripción de la costumbre contraria a la ley, es impensable en el derecho interno. La costumbre, en consecuencia, goza en el derecho internacional de autonomía

27 La costumbre como forma de producción del derecho decaía a la par que el Estado moderno se consolidaba. El Estado moderno se construyó a partir de la noción de soberanía, entendida como poder absoluto y perpetuo, y cuyo ejercicio se traducía en la facultad de dictar leyes, contra las que no podían primar otras leyes o costumbres. De ahí que la costumbre “sólo tiene fuerza por tolerancia, y en tanto que place al príncipe soberano, quien puede convertirla en ley mediante su homologación. En consecuencia, toda la fuerza de las leyes civiles y costumbres reside en el poder del príncipe soberano”. “La ley puede anular las costumbres, pero la costumbre no puede derogar la ley” (Bodin, Jean, *Los seis libros de la república*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 46, 66 y 67).

28 Los casos en los que el derecho legislado confirma o reenvía a la costumbre (costumbre *secundum legem*) son aquellos en los que expresamente se establece la vigencia de la costumbre en una cierta relación jurídica. Estos casos se identifican por el uso de expresiones como las siguientes: “cuando los usos lo autorizan” (CC, artículo 460), “según los usos” (CC, artículo 520), o “sujetándose a los usos” (CC, artículo 1142). También puede ocurrir que el derecho legislado utilice expresiones que remiten a prácticas sociales, tales como “comportarse como un buen padre de familia”.

normativa, por lo que unos mismos derechos y obligaciones, que respondan tanto a normas de fuente convencional como de fuente consuetudinaria, poseen validez, vigencia, aplicación e interpretación independientes.²⁹

La propia naturaleza de la costumbre explica que sus normas se integren en el derecho nacional, sin requerir ningún acto formal de incorporación, al punto de afirmarse la existencia de una presunción de incorporación de la costumbre desde su formación; presunción que la tornaría suficientemente oponible ante jueces y tribunales nacionales. Esta presunción se apoya en la coherencia que se demanda del Estado respecto a sus actuaciones en el derecho internacional y sus actos en el derecho interno, y su práctica reiterada se remontaría a la jurisprudencia inglesa del siglo XVIII, la Constitución americana y el artículo 4o. de la Constitución de Weimar.³⁰

29 Corte Internacional de Justicia. Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra ésta (fondo) (1986) (Nicaragua c. Estados Unidos de América): “Numerosas razones llevan a considerar que, incluso si dos normas provenientes de las dos fuentes del derecho internacional se presentaran idénticas por su contenido, e incluso si los Estados considerados están obligados por las reglas en cuestión en ambos planos —convencional y consuetudinario— estas normas conservan una existencia distinta. Así es desde el punto de vista de su aplicabilidad... Por otra parte, reglas idénticas en derecho convencional y en derecho internacional consuetudinario, se distinguen también desde el punto de vista de los métodos empleados para su interpretación y aplicación” (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1986, pp. 95-109).

30 La jurisprudencia sobre la incorporación automática de la costumbre se inició con el asunto *Barbuit* (1737). “Ya en el asunto *West Rand Central Gold Mining c. The King* (1905) se había vuelto a reafirmar la clásica jurisprudencia sajona: *international law is a part of the law of the land*. La primera mención a esta regla aparece en *Triquet c. Bath* (1764), y en el siglo XIX se la puede encontrar en el asunto *Emperor of Austria c. Day and Kossuth* (1861). Al otro lado del Atlántico, fue Marshall quien la aplicó en los asuntos del *Charming Betsy* (1804) —“Una ley del Congreso no debe nunca interpretarse en el sentido que viole el derecho internacional si queda alguna otra posible interpretación”— y del *Nereida* (1815) —“la Corte está obligada por el derecho internacional que es derecho del país”—, resueltos ambos por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. En el asunto *El Paquete Habana* (1907) la Suprema Corte mantuvo la misma línea: “El derecho internacional es parte de nuestro derecho” (Andaluz, Horacio, *Positivismo normativo y derecho internacional*, La Paz, Plural-CERID, 2005, pp. 121 y 122). La Constitución de los Estados Unidos contiene una cláusula (llamada de supremacía) similar a la de la Constitución de Weimar (citada en el párrafo 11): “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los

Respecto a la prueba de la costumbre (recuérdese que la costumbre se expresa como una práctica reiterada revestida de una convicción de obligatoriedad), lo más lógico es atenerse a la práctica internacional en la materia. En este sentido, el asunto Competencia en materia de pesquerías puntualizó respecto de la aceptación general, práctica uniforme y duración considerable exigibles al comportamiento de los Estados para considerarse constitutivos de una norma consuetudinaria, e hizo lo propio también respecto de la convicción (*opinio iuris*) de que dicho comportamiento arraigue en una norma que haga de su cumplimiento una obligación jurídica para los Estados.³¹ Es una pauta común considerar que las costumbres se forman tanto por los actos internacionales de los Estados (verbigracia su participación en organismos y conferencias internacionales), como por los actos internos de sus órganos ejecutivos (en lo que toca a la conducción de las relaciones exteriores y prácticas diplomáticas), legislativos (en lo que hace a leyes de incidencia para el derecho internacional, como delimitar una frontera por ejemplo) y judiciales (en lo que respecta a sentencias que se pronuncian sobre normas internacionales, verbigracia las que regulan la extradición). Por último, en lo que res-

Estados Unidos, serán ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado” (artículo VI, cláusula 2).

31 Corte Internacional de Justicia. Competencia en materia de pesquerías (fondo) (1974) (Reino Unido c. Islandia). Opinión individual del juez de Castro: “Según la *communis opinio*, el derecho internacional consuetudinario existe cuando una práctica ha cristalizado con los caracteres siguientes: *a*) Una aceptación general o universal. La actitud de los Estados no debe ser dudosa. La norma en cuestión debe ser generalmente conocida y aceptada de manera expresa o tácita... *b*) Una práctica uniforme. Para la formación de una nueva regla de derecho internacional es preciso que la práctica de los Estados, con inclusión de los Estados especialmente interesados, haya sido en sustancia o prácticamente uniforme. *c*) Una duración considerable. Es el tiempo el que hace madurar una práctica y la transforma en costumbre... La Corte ha admitido una cierta flexibilidad en el requisito relativo a la duración, pero solamente a condición de que la práctica de los Estados... haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada y se haya manifestado de manera que establezca un reconocimiento general del hecho de que está operando una regla jurídica o una obligación jurídica. *d*) La *opinio iuris*. No sólo los actos considerados deben poner de relieve una práctica constante sino que, por añadidura, deben ser testimonio, por su naturaleza o la manera en que han sido aceptados, de la convicción de que esta práctica se ha hecho obligatoria por la existencia de una regla jurídica. Los Estados deben tener, pues, el sentimiento de conformarse a lo que equivale a una obligación jurídica” (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1974, pp. 89 y 90)

pecta a la carga de la prueba (pues la determinación de una costumbre supone probar hechos a partir de los cuales se induce la obligatoriedad de asumir una particular conducta),³² tratándose de costumbres generales, la parte (el Estado) que niega la costumbre debe probar que se opuso a ella durante el proceso de su formación. Esta regla también debiera aplicarse a los casos en los que se invoca una costumbre particular o bilateral, pues aunque la Corte Internacional de Justicia ha establecido que quien invoca una costumbre de esta naturaleza deber probar que se ha hecho obligatoria para la otra parte,³³ aplicar esta regla a los casos de particulares, litigando contra el Estado, es muy similar a desconocer de inicio la existencia jurídica del derecho que alegan.

16. *Integración de normas no consuetudinarias ni convencionales.* Los alcances de la fórmula *normas de derecho internacional* quedan fijados por el ámbito de aplicación personal de cada norma (de ahí que el artículo se refiera al establecimiento directo de derechos y deberes), puesto que la integración del derecho internacional tiene sentido en la medida de hacer aplicables a los particulares, o al Estado en su relación con éstos, las normas que crean, modifican o extinguen derechos u obligaciones, y de las que son destinatarios los particulares. Así, por ejemplo, la fórmula alcanzaría a las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que crean los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia³⁴ y para Ruanda,³⁵ puesto que la concurrencia de jurisdicción de éstos con los tribunales nacionales es un asunto que incumbe a los particulares bajo la calidad de imputados.

32 Corte Internacional de Justicia. Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine (1984) (Canadá-Estados Unidos de América): “la *opinio iuris* de los Estados se prueba por vía de inducción, tomando como punto de partida el análisis de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no por vía de deducción a partir de ideas preconcebidas *a priori*” (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1984, p. 299).

33 Tratándose de normas consuetudinarias generales, le corresponde al Estado que niega que una costumbre le alcance demostrar su calidad de objetor persistente a la misma. Esta es una presunción que admite prueba en contrario a favor de la existencia y oponibilidad de la costumbre general, en tanto el objetor no pruebe su calidad de tal. Los términos se invierten tratándose, como en el asunto del Derecho de Asilo (1950) (Colombia-Perú), de la alegación de normas consuetudinarias particulares. En estos casos, es el Estado que las invoca el que debe probar tanto su existencia como su oponibilidad al Estado contra el que se las dirige (*Cfr. ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1950, p. 276).

34 Resolución C.S. 827 (1993).

35 Resolución C.S. 955 (1994).

17. *Integración de tratados*. El artículo propone la integración automática de los tratados en vigor. Así se evita que la vigencia interna y la vigencia internacional de un tratado se produzcan en momentos diferentes, como puede ocurrir en los sistemas de recepción formal, en que el acto legislativo que autoriza a vincularse internacionalmente es también el instrumento que transforma la norma internacional en nacional. Algunos sistemas constitucionales requieren de la publicidad de los tratados para su incorporación al derecho interno, pero aún siendo este requisito de más fácil cumplimiento que la transformación por un acto legislativo, no evita la producción de desfases temporales entre la vigencia interna y la vigencia internacional de los tratados.³⁶ A su vez, el hecho de que la publicación deba ser del texto íntegro del tratado (lo que incluye sus anexos, reservas, declaraciones interpretativas, adhesiones, retiros, notificaciones entre partes sobre su denuncia o su suspensión, así como publicar en un futuro todo acto relativo al tratado), hace que sea más práctico descentralizar en los operadores jurídicos la obligación de conocer el derecho.

Por lo demás, el artículo se refiere a los tratados en los que Bolivia sea *parte*, lo que responde a una exigencia de coherencia en el lenguaje, tratándose de una norma de integración, pues sólo son incorporables los tratados en vigor internacional para el Estado, siendo respecto de éstos que se dice que un Estado es parte (en cambio, se dice Estado negociador en las fases de negociación, adopción y autenticación de un tratado, y Estado contratante en las de manifestación del consentimiento y perfeccionamiento del mismo). Según el artículo propuesto, los tratados pasan a formar parte del derecho nacional desde su entrada en vigor. Aunque la entrada en vigor de un tratado es asimilable conceptualmente al momento en que una ley entra en vigencia, existen determinadas particularidades diferenciadas en el plano operativo. Así, respecto de cada tratado en particular, en principio debe considerarse que entra en vigor según sus propias disposiciones o, en su defecto, tan pronto haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el

36 En España, que requiere de la publicación de los tratados para su entrada en vigor en el derecho interno (Constitución española, artículo 96.1), se han registrado desfases de más de tres décadas entre el momento en el que un tratado entró en vigor internacional y el de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (*cf.* González Campos, Julio D. *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 277).

mismo. A su vez, la pertinencia de determinar la fecha de entrada en vigor con respecto a cada Estado, viene de que en el derecho internacional se conoce el vigor general (cuando entra en vigor para todos los Estados negociadores) y el vigor particular (cuando entra en vigor respecto de un Estado, comúnmente porque hizo constar su consentimiento en obligarse en fecha posterior a la entrada en vigor de un tratado).

IV. JERARQUÍA DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDEN ESTATAL

1. *Artículo*

Las normas de derecho internacional tienen jerarquía superior a las leyes. Las normas de derecho internacional sobre derechos humanos son por su materia normas constitucionales.

Derecho comparado. Alemania 25; Argentina 75.22; Colombia 93; Costa Rica 7; Ecuador 163; España 96.1; Francia 55; Países Bajos 94; Paraguay 137.

2. *Motivación*

18. *Descripción general.* Este artículo regula las relaciones entre las normas de fuente internacional y las normas de fuente interna (desde luego, sus efectos se limitan al derecho nacional). Su referente de derecho comparado es la Constitución de Argentina (artículo 75.22).³⁷ Por su materia, es una norma relativa a la jerarquía del sistema de fuentes.

37 Constitución de Argentina, artículo 75.22: “[Corresponde al Congreso] aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte

19. *Justificación de la fórmula.* Se estima que la fórmula del artículo propuesto es idónea y suficiente, porque en el contexto del articulado basta con la referencia a las *normas de derecho internacional* para entenderse aquellas que obligan al Estado. Asimismo, basta con la referencia a *jerarquía superior a las leyes* para que queden incluidas las ordinarias, orgánicas y estatutarias, que por igual son leyes. En cuanto a las normas sobre derechos humanos, la fórmula *son por su materia* normas constitucionales, importa que materialmente integren el bloque de constitucionalidad.

20. *Relaciones entre fuentes (dualismo).* El derecho es por definición un orden dinámico: un sistema que regula su propia creación y regula de manera formal las relaciones entre sus normas. Consecuencia de su carácter dinámico es que la estructura del sistema jurídico se organice jerárquicamente. No obstante su estructura, las relaciones formales entre las normas del sistema se rigen no sólo por el criterio central de jerarquía, sino también por otros criterios. Tales son los de competencia, prevalencia, especialidad y temporalidad. No cualquiera de estos criterios puede ser adoptado para regular las relaciones entre las normas de fuente internacional y las de fuente interna.

Los derechos nacionales que cuentan con normas de integración dualistas atribuyen a los tratados el rango del acto legislativo que los transformó en derecho interno (rango de ley). Los inconvenientes de esta solución surgen al momento de resolver las antinomias entre normas provenientes de estas dos fuentes: puesto que no puede hacerse por aplicación del criterio de jerarquía, sino según el criterio de temporalidad, salvo cuando una de las normas en conflicto sea especial con relación a la otra. Así se llega a la posibilidad de que una ley posterior derogue un tratado anterior, lo cual implica comprometer la fe del Estado.³⁸ A su

de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

38 Esta posibilidad quedó claramente planteada en Thomas c. Gay: “El efecto de los tratados y de las leyes del Congreso, cuando se encuentran en conflicto, no está establecido por la Constitución [de los Estados Unidos]. Pero la cuestión no presenta ninguna duda con respecto a la solución debida. Un tratado puede reemplazar una ley an-

vez, el rango de ley atribuido a los tratados extiende sus efectos a las normas de derecho internacional consuetudinario, puesto que, por un lado, la regla en la materia es que dichas normas se incorporan en los sistemas estatales desde su formación, y, por otro, lo hacen con la misma jerarquía en que los tratados son incorporados.

21. *Jerarquía formal*. Fundado en la primacía del derecho internacional, el artículo propuesto posiciona las normas de dicho orden en un estrato intermedio entre la Constitución y las leyes (incluyendo las de carácter orgánico o estatutario).³⁹ La solución adoptada responde a un imperativo de coherencia que es connatural a todo sistema de derecho positivo, pues, a la vez que hace de las normas de derecho internacional fuente de validez de las leyes, reconduce la resolución de antinomias entre normas internas e internacionales a los controles de legalidad y de constitucionalidad.

La opción por el criterio de jerarquía también puede explicarse por exclusión de los demás criterios. Así, el criterio de competencia ciertamente es el fundamental en la medida que resuelve las antinomias mediante la nulidad de las normas producidas sin competencia, pero requiere de la previa delimitación de competencias entre dos o más fuentes, y no ocurre tal entre el derecho internacional y el interno. No hay asuntos que por su materia sean objeto de regulación, sólo por el derecho internacional o sólo por el nacional; y si los hubiera, tendría que ser una norma

terior del Congreso, y una ley del Congreso puede reemplazar un tratado anterior” (citado por Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 361). Y en Tinoco Government la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que no podía aplicar a favor de extranjeros los derechos que nacían de un tratado, pues el mismo había sido reemplazado por una ley del Congreso (citado por Verdross, Alfred, *op. cit.*, nota 11, p. 98). En el asunto Costa c. ENEL (1964), la Corte Constitucional de Italia declaró la validez de una ley interna contraria al Tratado de Roma, pues para la Corte dicho tratado era una ley ordinaria que podía ser modificada o derogada por otra ley. El juez de la causa elevó también una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que reivindicó la primacía de derecho comunitario (de la Unión Europea) sobre el derecho interno de sus Estados miembros.

39 La misma propuesta fue hecha en 2001 por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional en su Anteproyecto de Ley de Necesidad de Reforma Constitucional, bien que limitada sólo a los tratados: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a los tratados internacionales, éstos con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones” (artículo 228).

de derecho internacional la llamada a establecerlos, pues es el orden que tiene primacía, *ergo* capacidad para distribuir materias entre las distintas fuentes.⁴⁰ Pero tal norma no existe.

El criterio de prevalencia tampoco resulta útil. Para ser operativa, la regla de prevalencia requiere de una norma de fuente superior que, primero, establece competencias concurrentes entre dos fuentes de rango inferior, y, segundo, establece la prevalencia en caso de conflicto de una de las fuentes. Las normas que se ocupan de esto son las Constituciones de los Estados federales o de los Estados de estructura territorial descentralizada,⁴¹ donde el criterio de prevalencia es fundamental. Así, al plantearse una antinomia entre normas de competencias concurrentes, el conflicto se resuelve por la inaplicación de una de ellas, mas no por su invalidez; siendo precisamente en esto que el criterio de prevalencia se diferencia del criterio de competencia. Pero, al igual que con el de competencia, para ser operativo el criterio de prevalencia requiere de una norma superior, que tendría que ser de derecho internacional. Esa norma tampoco existe.

Los criterios de especialidad y de temporalidad operan de forma accesorio al de jerarquía. Ahí donde éste no sea suficiente para resolver una antinomia, aquéllos contribuyen a la solución. Así, especialidad y temporalidad presuponen la igual jerarquía entre dos normas de la misma fuente o de dos fuentes distintas. El establecimiento formal y previo del carácter especial de una norma supone desnaturalizar el criterio, pues una norma es especial sólo con relación a otra, y el relacionamiento ocurre si el encargado de aplicar una de las normas en conflicto es capaz de resolver la antinomia bajo el criterio de especialidad, cuya aplicación consiste en hacer una interpretación restrictiva de la norma general, expulsando del supuesto de hecho general de la norma, el supuesto de hecho especial que ocasiona el conflicto. En otras palabras, lo que suele denominarse criterio de especialidad, es tan sólo una interpretación restrictiva de la norma general para una distinción de supuestos de hecho establecida so-

40 Es el caso del artículo 67.3 de la Constitución boliviana, cuyo efecto es distribuir competencias entre las leyes y los reglamentos de las cámaras legislativas, de tal modo que compete exclusivamente a éstas dictar sus respectivos reglamentos.

41 En el caso del derecho español, la cláusula de prevalencia dispone que las normas del Estado “prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las comunidades autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas” (Constitución de España, artículo 149.3).

bre la base de la especialidad, y que tiene por objeto solucionar el conflicto al presentar el caso como una diferente regulación normativa. Por lo demás, los criterios de especialidad y de temporalidad suponen asumir los inconvenientes de la solución dualista.

22. *Jerarquía formal de las normas de derecho internacional.* En virtud de este artículo, no sólo los tratados, sino todas las normas de derecho internacional que forman parte del derecho nacional (véase párrafos 15-17), tienen jerarquía superior a las leyes. Esto responde a una característica propia del derecho internacional, cual es la de que no exista una ordenación jerárquica del sistema de fuentes al modo de la existente en el derecho interno.

En todo sistema jurídico, aún en uno primitivo y poco formal, existe una relación de validez que vincula sus normas entre sí, formando una cadena derivativa de normas en que las últimas son de inferior jerarquía que las primeras. Esto es lo que se llama jerarquía lógica, por cuya virtud el derecho constituye un sistema dinámico, y en que la creación de nuevas normas se produce por la aplicación de normas ya existentes en el sistema. Ahora bien, la jerarquía lógica es de carácter forzoso en la teoría del derecho y, por tanto, en la producción normativa, puesto que dota al sistema de normas de estructura y criterio de relacionamiento, asegurando la coherencia interna del sistema, al servir de fundamento de validez y guía para la resolución de antinomias. La jerarquía lógica es un elemento que permite vertebrar cualquier orden jurídico, empero la jerarquía comúnmente referida en el derecho interno no es la lógica, que obedece a una abstracción teórica, sino la formal o positiva. Esta jerarquía no responde a un acto de abstracción teórica, sino a la fuerza jurídica que el derecho positivo atribuye a las fuentes normativas de un sistema determinado. La fuerza jurídica de una fuente es su capacidad de incidir en el sistema jurídico creando o modificando el derecho existente. De este modo, se forma una ordenación jerárquica de las normas que no toma como base el fundamento de validez de las mismas, sino su capacidad para derogar otras normas. Así, una Constitución es jerárquicamente superior a una ley, porque la ley no puede modificarla. La ordenación de las normas según una jerarquía formal o positiva ya no es, pues, resultado de una abstracción teórica, sino de la interpretación del propio derecho positivo, que dota a unas normas de mayor fuerza jurídica que a otras. En la práctica ocurre que la ordenación de las fuentes, según su fundamento de validez (jerarquía lógica) suele coincidir con su ordena-

ción, según su fuerza jurídica (jerarquía formal); así, una Constitución es jerárquicamente superior a una ley, tanto porque la ley no puede derogarla, como porque la ley deriva de la Constitución su fundamento de validez. Pues bien, el derecho internacional no es un orden con jerarquía formal o positiva; de donde si alguna relación jerárquica cabe encontrarse en sus normas, es recurriendo al solo fundamento de validez de las mismas, es decir, estableciendo una jerarquía lógica entre ellas, mas no positiva. Así, puede decirse que la regla *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) es el fundamento de validez de los tratados, lo cual diría de la superioridad lógica de dicha regla sobre las normas convencionales; pero en términos de derecho positivo, y que son los que importan para dibujar la estructura del sistema, las normas convencionales y las consuetudinarias pueden derogarse recíprocamente, habida cuenta que tienen la misma fuerza jurídica. La jerarquía positiva es producto de los elementos formales de un ordenamiento, y esos elementos son propios de los órdenes de técnica de regulación normativa evolucionada, como el orden estatal, cosa que no ocurre con el del derecho internacional, por lo mismo que no responde a una producción centralizada. De ahí que entre sus normas no haya una clara jerarquía formal o positiva, y de ahí también que cuando pasan a formar parte del derecho interno, lo hagan todas con la misma jerarquía.

23. *Jerarquía material.* Según el artículo propuesto, las normas de derecho internacional sobre derechos humanos son, por su materia, normas constitucionales. Esto no debe prestarse a equívocos. Las normas sobre derechos humanos, en la medida que son normas de derecho internacional, son normas formalmente superiores a las leyes e inferiores a la Constitución. Aquí el artículo se refiere a aquellas normas que, sin ser formalmente constitucionales, son utilizadas para el control de la constitucionalidad de otras normas. Es decir, aún las normas que por su carácter formal resultan infraconstitucionales, son consideradas constitucionales por su materia. El artículo no debe interpretarse como una alusión al concepto de Constitución material. Constituciones materiales han existido siempre, y existirán siempre que el poder necesite organizarse. Son Constituciones materiales las normas que sirven de fundamento de validez a otras normas; lo que lleva de vuelta a las nociones de jerarquía lógica y de cadena de validez. La norma de que deriva todo el sistema jurídico es su Constitución material, pues, en un sentido material, Constitución es toda norma que posibilita la producción jurídica. Sin embargo, no

es en el sentido material que importa a una democracia tener una Constitución, sino en el formal: esta es la Constitución que garantiza la sumisión de los poderes públicos y coloca al pueblo en una posición de primacía. He aquí el concepto formal de Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico y con vocación de permanencia. Por ello, el artículo propuesto opera como una remisión normativa que hace la Constitución formal a normas de fuente internacional que materialmente versan sobre los derechos humanos. Así, el artículo propuesto introduce al texto formal de la Constitución la construcción jurisprudencial de su actual artículo 35, pero ampliándola, en el sentido de que son las normas de derecho internacional sobre derechos humanos, y no sólo los tratados, que forman parte del bloque de constitucionalidad.⁴² En tanto construcción jurisprudencial, la actual extensión del bloque de constitucionalidad podría ser modificada por una construcción jurisprudencial futura,⁴³ pues aún donde impera el respeto a los precedentes, pueden los jueces y tribunales apartarse inclusive de los generados por ellos mismos, siempre que lo fundamenten debidamente.⁴⁴

24. *Control de la constitucionalidad.* En tanto normas inferiores a la Constitución, las normas de derecho internacional pueden ser objeto del

42 Los alcances del bloque de constitucionalidad, a partir del artículo 35 de la Constitución, fueron reafirmados por el Tribunal Constitucional en su STC 045/2006: “este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el artículo 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo, y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de *habeas corpus* y amparo constitucional conforme corresponda” (G. C. núm. 84, t. I, junio de 2006).

43 La hipótesis de que el Tribunal Constitucional se apartase de su propia jurisprudencia fue normada por el Reglamento de Procedimientos Constitucionales (artículo 19.IX), requiriéndose dos tercios de votos para hacerlo.

44 Fuera de las reglas específicas de cada sistema jurídico en particular, en los sistemas organizados bajo el respeto de los precedentes judiciales (*stare decisis*), tal respecto se rige por la misma regla que rige la estabilidad de cualquier norma jurídica, incluyendo las Constituciones, dado que el límite natural de la vigencia jurídica de una norma es su propia vigencia histórica. Como dijo Llewellyn, respecto de los precedentes judiciales, “nuestra sociedad está cambiando, y el derecho, si es que va a adecuarse a la sociedad, debe también cambiar” (Llewellyn, Kart, *The Bramble Bush*, 1930, p. 66).

control de constitucionalidad, pues el hecho de que una declaratoria de inconstitucionalidad constituya un remedio traumático que conlleve la responsabilidad internacional del Estado, no crea para las normas de derecho internacional, que forman parte del derecho interno, el privilegio de ser inconstitucionales. En su momento, la Constitución previó un recurso específico sobre revisión de la constitucionalidad de los tratados (artículo 120.9), al que la Ley del Tribunal Constitucional dio el carácter de consulta.⁴⁵ Desde luego, siempre que asalten dudas manifiestas, lo aconsejable será acudir al control previo, en vía de consulta, con el fin de evitar que la fe internacional del Estado resulte comprometida por una ulterior declaratoria de inconstitucionalidad que tranquilamente habría podido evitarse. Pero el recurso debe estar limitado a las dudas manifiestas, a juicio de la instancia consultante, y tener, por tanto, carácter enteramente potestativo. Tampoco el control previo sistemático sería garantía suficiente de apego constitucional, habida cuenta que las dudas sobre la constitucionalidad de una norma nunca emergen con más claridad que cuando se trata de aplicarla. A su vez, si la consulta sobre la constitucionalidad de un tratado fuese obligatoria, no tendría sentido establecer procedimientos simplificados de celebración de tratados, y que responden a la agilidad demandada por la dinámica de las relaciones exteriores en el mundo actual. Por lo demás, un régimen en que el control previo fuese un requisito de inexcusable cumplimiento para la celebración de tratados,

45 Restringir el recurso mencionado para que sea usado sólo como control previo, supone el absurdo conceptual de querer evitar la responsabilidad internacional del Estado, vulnerando la Constitución. Véanse los artículos 113 a 115 de la Ley 1836 de 10. de abril de 1998 (Ley del Tribunal Constitucional). En el mismo sentido de la Ley, el Anteproyecto de Ley de Necesidad de Reforma Constitucional elaborado por el Consejo Ciudadano para la Reforma Constitucional en 2001: “[es atribución del Tribunal Constitucional] absolver las consultas previas a la aprobación congresal sobre la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales que le sean planteadas por el presidente de la República o el presidente del Congreso Nacional” (artículo 122.f). Ya Ribera Santiváñez había advertido del riesgo que para los derechos de los particulares podía traer el carácter consultivo del recurso de revisión de la constitucionalidad de tratados. En su momento, planteó la posibilidad de impugnar los tratados por la vía del control correctivo, pero siempre dándole a esta posibilidad el carácter de excepción, para disminuir las probabilidades de comprometer la fe internacional del Estado (*cfr.* Ribera Santiváñez, José Antonio, *Jurisdicción constitucional*, Cochabamba, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, 2001, pp. 216-218). Véase *infra* nota 48 su postura más reciente respecto del control de la constitucionalidad de los tratados.

confesaría su desconocimiento respecto a las diferencias de técnica jurídica entre la celebración de un tratado y la promulgación de una ley, pues la práctica muestra que los Estados pueden estar celebrando tratados sin que siquiera se percaten de ello sus propios negociadores (véase párrafo 2), lo que jamás ocurre en el caso de las leyes, pues las formalidades del procedimiento legislativo tienen carácter constitutivo. En suma, es innegable que las normas de derecho internacional pueden ser objeto de control de constitucionalidad tanto por la vía directa como la incidental,⁴⁶ en primer lugar, porque no hay impedimento jurídico para ello (véase párrafo 14), y, en segundo, porque impedirlo importaría limitar el derecho a la tutela judicial efectiva.⁴⁷ Pero sujetar todos los tratados al previo control del Tribunal Constitucional, estorbaría la marcha del Estado y de la sociedad según el ritmo natural del acontecer histórico, tanto como la entorpecería acabar con los principios de conservación y presunción de constitucionalidad de las normas de derecho interno, pues para ambos casos la racionalidad es exactamente la misma, a saber: desde que hay una división de poderes, hay una división de competencias; y si las hay, se debe a que la presunción de partida es que cada poder es el más capacitado para ejercer su respectiva competencia; y está llamado a

46 De hecho, es lo que ocurre en el derecho español, en el que los tratados en vigor para el Estado son objeto de impugnación constitucional por el recurso que en nuestra legislación se conoce como directo o incidental de inconstitucionalidad. Así, el artículo 27 de la Ley Orgánica 2/1979 (Ley del Tribunal Constitucional) establece: “1. Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados. 2. Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: c) Los tratados internacionales”. En el caso de Bolivia, el recurso de inconstitucionalidad procedería contra normas de derecho internacional en la medida que tuviesen carácter general.

47 El derecho a la tutela judicial efectiva, en democracia, demanda que las normas que componen un sistema jurídico sean coherentes con las normas constitucionales de dicho sistema. En este sentido, véase el razonamiento del Tribunal Constitucional de España: “La tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido, exigencia que... permitiría reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema” (citado por Urías, Joaquín, *La tutela frente a leyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 88).

desempeñar el control para realizar un papel enteramente residual, que jamás implique el reemplazo de un poder por otro. De donde plantear que todos los tratados deben estar sujetos al control previo del Tribunal Constitucional, importaría cuestionar de inicio la capacidad del Legislativo y el Ejecutivo para ejercer sus respectivas atribuciones, es decir, descreer del supuesto constitucional básico para la organización del Estado por poderes independientes, y someter a un poder al tutelaje de otro.⁴⁸

V. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

1. *Artículo*

Toda reforma de la Constitución que comprometa al Estado en responsabilidad internacional está prohibida. Cualquier iniciativa contraria a normas de derecho internacional requiere la previa desvinculación del Estado conforme a las normas de la materia. Es inviolable por vía de reforma constitucional cualquier norma de derecho internacional en que no esté permitida la desvinculación del Estado.

Derecho comparado. Alemania 79.3; Brasil 60.III.4; El Salvador 248 (párrafo 4); Francia 89 (párrafo 5); Grecia 110.1; Honduras 374; Italia 139; Portugal 288; República Dominicana 119; Suiza 193 (párrafo 4), 194 (párrafo 2).

2. *Motivación*

25. *Descripción general.* Por su finalidad, este artículo apunta, de un lado, a mantener incólumes las normas de derecho internacional aplicables en grado universal, y, de otro, a la conservación de la fe del Estado.

48 Ribera Santiváñez propone instaurar el control previo de la constitucionalidad de tratados como una etapa adicional en el proceso de celebración de los mismos: “se hace inviable el ejercicio del control correctivo o represivo de constitucionalidad sobre las normas internacionales, por ello debe establecerse el control preventivo obligatorio, es decir, la consulta obligatoria sobre la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales” (“El Tribunal Constitucional en el nuevo modelo de Estado”, *Memorias del IX Seminario Internacional Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, Sucre, Tribunal Constitucional, 2006, p. 179).

Los referentes de relevancia son las Constituciones alemana (artículo 79.3)⁴⁹ y suiza (artículos 193 y 194).⁵⁰

26. *Justificación de la fórmula.* La primacía del derecho internacional limita la libertad de actuación normativa de los Estados en las materias en que se encuentran vinculados internacionalmente. Una reforma constitucional que compromete la fe del Estado importa incurrir en responsabilidad internacional ante los Estados perjudicados. Para evitar la violación de la regla *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), el artículo prohíbe las reformas que acarreen la responsabilidad internacional del Estado. Todo el objeto de la prohibición es que, antes de reformar su Constitución, el Estado se desvincule de las normas de derecho internacional que limitan su poder de reforma. El cumplimiento de este artículo puede ser judicialmente exigido mediante la demanda respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución (artículo 120.10). Esta prohibición es aplicable tanto a la reforma parcial como a la total, pues no interesa al derecho internacional la forma de reformar una Constitución, sino que se respeten las normas internacionales. En este sentido, la fórmula propuesta está destinada a evitar la responsabilidad internacional del Estado, para lo cual prohíbe toda reforma sin previa desvinculación. Por otro lado, existen normas de derecho internacional convencional que no admiten denuncia (como algunas de derechos humanos). Respecto de estas normas, el artículo actuaría como una norma de inviolabilidad, puesto que no podrían ser materia de reforma a la Constitución las obligaciones internacionales que no pueden ser terminadas. El objeto de una norma de inviolabilidad es excluir de las reformas constitucionales las materias que

49 Constitución de Alemania, artículo 79.3: “Toda modificación de la presente ley fundamental que afecte a la división de la Federación en Estados federados, su participación en el proceso legislativo o a los principios establecidos en los artículos 1o. y 20, estará prohibida”. El artículo 1o. se refiere a los derechos fundamentales, y el 20 a la organización democrático y social del Estado. La norma del artículo 79.3 fue la primera en su tipo. Al parecer, es de autoría de Thoma, que participó como consejero en la formulación de la Constitución (*cfr.* Jacobson, Arthur y Schlink, Bernhard (eds.), *Weimar, A Jurisprudent of Crisis*, Los Ángeles, University of California Press, 2000, p. 286).

50 Constitución de Suiza, artículo 193 (párrafo 4): [Respecto de la reforma total de la Constitución] “Las normas imperativas de derecho internacional no podrán violarse”. Artículo 194 (párrafo 2): “Toda reforma parcial de la Constitución deberá respetar el principio de unidad de materia y no violar las normas imperativas del derecho internacional”.

ella protege. Como en todo producto cultural, un límite natural de la norma de inviolabilidad es la vigencia de los valores que tutela, pues de ser superados por la historia, la norma de inviolabilidad pierde sentido como cláusula pétrea, por lo mismo que constituía la garantía de un estado de cosas que ya no es concebido como la realidad deseable. Otro límite natural de la norma de inviolabilidad es su jerarquía formal en el derecho interno, habida cuenta que, en una suerte de “Yo el Supremo desdigo lo que Yo el Supremo dije”, en términos teóricos no hay cómo asegurar jurídicamente que no sea derogada por otra norma de igual jerarquía. El artículo propuesto vincula la norma de inviolabilidad a las normas de derecho internacional obligatorias para Bolivia. Similar efecto, aunque de ámbito material más reducido, tiene toda norma de inviolabilidad que se remita a materias que son objeto de regulación internacional. Tal, por ejemplo, es el caso de los derechos fundamentales en el artículo 79.3 de la Constitución de Alemania, pero no el de su división federal, pues para ello la norma de inviolabilidad opera sin más clausuras que las del derecho nacional.