

RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

-Discrecionalidad y razonabilidad en la determinación y aplicación de las normas "operativas" contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre derecho humanitario-

Domingo E. Acevedo

*Asesor Jurídico Principal, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de
la Secretaría General de la OEA*

1. Introducción
2. Derecho internacional y derecho interno: consideraciones generales
 - a. Dualismo
 - b. Monismo
 - c. Otras Doctrinas
 - d. Posición del Derecho Internacional
3. Jerarquía de los tratados internacionales conforme al derecho constitucional de Estados miembros de la OEA
4. La operatividad de las normas de derechos humanos y de derecho internacional humanitario en la jurisdicción interna
 - a. Derechos Humanos
 - b. Derecho Internacional Humanitario
5. Conclusiones

1. Introducción

El denominado derecho internacional clásico regulaba únicamente relaciones entre Estados soberanos, de Estado a Estado, o como diría el profesor Bidart Campos, "desde la puerta de un Estado hacia afuera, hasta la puerta de otro Estado o de otros Estados, también hacia afuera"¹. Este derecho, al servicio de una sociedad internacional de es-

1 Bidart Campos, German J. y Herrendorf, Daniel E., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, (1991), pág. 245.

estructura exclusivamente interestatal, consideraba únicamente como sujetos de derecho internacional a los Estados y era común, especialmente en la doctrina, considerar a los individuos como objeto de dicho ordenamiento².

En la configuración actual de la sociedad internacional los Estados soberanos continúan siendo, fundamentalmente, los destinatarios principales de las normas de derecho internacional; pero es obvio que el Derecho Internacional contemporáneo ya no tiene la función de regular solamente relaciones entre Estados sino que se ocupa de materias cuya regulación correspondía en el pasado al derecho interno. Por ejemplo, en materia de derechos humanos los Estados no poseen una esfera de competencia absoluta porque la comunidad internacional reconoce hoy en día la existencia de valores o bienes jurídicos universales, cuya promoción y protección trascienden la competencia propia de un Estado particular³. En otros términos, la violación de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana interesa a toda la comunidad internacional y, de acuerdo con el derecho internacional contemporáneo, tales violaciones están sujetas a la acción colectiva de los Estados⁴.

De igual manera, los destinatarios de las normas que forman parte del derecho internacional humanitario son, primordialmente, los Estados⁵. Sin embargo, una parte importante de las normas de derecho humanitario regulan la conducta que deben observar las partes en luchas civiles y en las de liberación nacional, es decir grupos o entidades

2 "Es impensable", decía Anzilotti, "que puedan existir sujetos de derechos y obligaciones que no sean los Estados". *Il Diritto Internazionale nei giudizi interni* (1905), pág. 44.

3 Véase al respecto, W. Michael Reisman "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law" en 84 *AJIL* (1990), pág. 866.

4 La desigualdad que existe con relación al grado de observancia de los derechos humanos entre los diversos Estados, y la manera tan diferente en que éstos conciben a los derechos humanos, ha inducido a ciertos autores a sostener que el tema de la universalidad es, por ahora, un mito. Véase, por ejemplo, Antonio Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Editorial Ariel (1991), págs. 58 y ss. F. Capotorti, "Human Rights: The hard road toward universality" en *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy and Theory*, R. St. J. MacDonald y D.M. Johnston (eds.), 1983, págs. 977 a 1000.

5 Véase, por ejemplo, Christophe Swinarski, "Problemas Actuales del Derecho Internacional Humanitario" en *Simposio sobre la Implementación del Derecho Internacional Humanitario en la República Oriental del Uruguay*, Montevideo (Septiembre 1989) pág. 24; Heather Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, (1988), pág. 34.

que no son necesariamente Estados⁶. Además es importante tener presente que esas normas obligan no sólo a los Estados como tales, sino también a los individuos, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas, Jefes de Gobierno, Ministros de Estado y a otros funcionarios, así como a las fuerzas que actúan por decisión o autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Es más, en cuanto a las medidas de represión, el derecho internacional humanitario prevé la aplicación de sanciones penales a las personas individuales "que cometan o den orden de cometer" infracciones graves "no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria"⁷.

El tema de la "Relación entre el derecho internacional y el derecho interno", además de un alcance y contenido sumamente vasto, tiene al mismo tiempo una importancia fundamental puesto que la eficacia y efectividad del derecho internacional depende, en gran medida, de la manera en que los ordenamientos jurídicos internos se conformen a las normas internacionales y les den efecto⁸. Con referencia al derecho internacional humanitario, como se verá más adelante, este punto específico ha sido objeto de numerosos pronunciamientos. Por ahora bastaría mencionar que en 1986 la propia Conferencia Internacional de la Cruz Roja reafirmó que la aplicabilidad del derecho internacional humanitario depende, en gran medida, de la adopción de leyes adecuadas e instó "a los gobiernos de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y, cuando proceda en los Protocolos adicionales a cumplir cabalmente su

6 El Artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, no legitima políticamente a los grupos rebeldes ni les confiere subjetividad internacional, pero de acuerdo con esa norma esos grupos disfrutan de ciertos derechos de carácter humanitario, e inversamente los obliga a conceder los mismos derechos y garantías al personal militar (y civil) que actúe bajo las órdenes de las autoridades del Estado.

7 Véase, Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en las Fuerzas Armadas en Campaña, de 12 de agosto de 1949 (Convenio I) Artículos 49 y 50.

8 Conf. José A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público*, (1986), pág. 159. Con referencia a la modalidad del derecho internacional contemporáneo de establecer obligaciones de efecto o de aplicación directa en el derecho interno de los Estados, existe una cuestión colateral de orden teórico que requeriría una consideración más extensa que la que sería posible darle en el presente trabajo. En síntesis consistiría en indagar si el paso de una concepción que consideraba al Estado como el destinatario exclusivo del derecho internacional, a una concepción que incluye una dimensión antropocéntrica del derecho internacional en la cual la persona particular pasa a ser titular de derechos y obligaciones internacionales, comporta o no un cambio, por adición, de la naturaleza de aquel derecho.

obligación de adoptar o complementar la legislación nacional pertinentes..."⁹

El presente trabajo tiene por objeto analizar la relación del derecho internacional y el derecho interno (especialmente en los países de América Latina) respecto de dos áreas específicas: derechos humanos y derecho internacional humanitario. En particular este trabajo considera la obligación que tienen los Estados parte, a través de sus órganos competentes, de dar prioridad a la aplicación de las normas "operativas" contenidas en instrumentos internacionales sobre derechos humanos y sobre derecho internacional humanitario.

La consideración de este tema comienza con una descripción básica, muy breve, de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

2. Derecho internacional y derecho interno: consideraciones generales

Respecto de este tema general existen, en principio, dos problemas básicos que conviene diferenciar *ab initio*.

En primer lugar, la cuestión de si el derecho internacional puede aplicarse en forma directa en el ámbito interno de un Estado o si requiere, por el contrario, algún acto especial de recepción o conversión al derecho interno.

En segundo lugar, en caso de conflicto, cuál de los dos ordenamientos debe prevalecer.

En el plano doctrinario ha existido, desde 1889, un intenso debate sobre la naturaleza de las relaciones entre ambos ordenamientos. Las dos teorías más importantes a que dio lugar esta cuestión se conocen con el nombre de *dualismo* y de *monismo*, aunque cabe consignar que existen además, otras teorías que han tratado de conciliar la profunda diferencia que separa a aquéllas.

9 Resolución V: Medidas Nacionales de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja (1986), el texto de la resolución, en *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)* No. 86, marzo-abril 1988, págs. 133-134.

a. Dualismo

Probablemente hubiese sido muy difícil a los fundadores del derecho internacional moderno (como Suárez y Victoria) aceptar la existencia de una teoría que no fuese la monista, puesto que de acuerdo con la concepción jurídica que ellos postulaban tanto el derecho internacional como la propia existencia del Estado estaban informados por el derecho natural. Existía, por ende, un condicionamiento existencial por parte de este último. Pero a partir de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, en parte como resultado de la influencia de ciertos pensadores como Hegel, para quien el Estado constituía la realidad de la idea ética, "el espíritu en cuanto voluntad sustancial" que no reconoce poder que le sea superior, (y en parte a raíz de haber surgido en algunos Estados modernos parlamentos con independencia absoluta en el ámbito interno) se desarrolló una fuerte corriente en favor de la doctrina dualista. Los máximos exponentes de la tesis dualista fueron dos representantes del positivismo jurídico: Heinrich Triepel¹⁰ y Dionisio Anzilotti¹¹.

De acuerdo con la concepción de Triepel el dualismo se funda en dos premisas fundamentales:

- El derecho internacional y el derecho interno regulan relaciones diversas, en razón de que el primero rige las relaciones que tienen lugar entre Estados, y el segundo las relaciones entre el Estado y sus súbditos o las relaciones entre éstos.
- El derecho internacional y el derecho interno tienen un origen distinto. El origen del derecho interno deriva de la voluntad del Estado como tal y el del derecho internacional de la voluntad común de los Estados o "Gemeinwille". La conclusión fundamental que, según el dualismo, se deriva de esas dos premisas es que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos jurídicos internos, y necesitan para su aplicación de un acto especial de recepción. El derecho internacional y los respectivos derechos internos de los Estados constituyen así dos órdenes totalmente diversos, separados e independientes entre sí. En síntesis, de acuerdo con esta teoría el derecho internacional es intrínsecamente diferente del derecho interno¹².

10 *Volkerrecht und Landesrecht*, (1899).

11 *Il Diritto Internazionale nei Giudizi Interni*, (1905); y *Corso di Diritto Internazionale*, (Tercera Edición, 1928), Vol. I, págs. 43 et seq.

12 Anzilotti distinguía entre derecho internacional y derecho interno sobre la base de los principios fundamentales que informan a cada uno de ellos. El derecho interno está informado por el principio básico de que la legislación del Estado debe ser obedecida, mientras que el derecho internacional está condicionado por el principio *pacta sunt servanda*. De tal manera los dos sistemas son totalmente distintos y separados. Más aún, Anzilotti sostenía que el derecho internacional y el derecho interno eran tan diferentes que no existía la más mínima posibilidad de conflicto entre ellos.

Para quienes conciben el derecho internacional desde un prisma estrictamente consensual, resulta natural ver el derecho interno como un ordenamiento diferente del internacional.

Sin perjuicio de la aceptación o rechazo de las premisas en que se apoya la teoría dualista y de la inserción, adopción o incorporación que con carácter previo pudiese requerir la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno, es evidente que hoy en día numerosos tratados internacionales constituyen fuente directa de derechos y obligaciones para las personas individuales. Así lo ha reconocido la jurisprudencia internacional en reiteradas ocasiones; por ejemplo, en 1928 la Corte Permanente de Justicia Internacional en la cuestión relativa a la competencia de los *Tribunales de Dantzig*,¹³ expresó, que de la interpretación del Tratado entre Polonia y Dantzig surgía que la voluntad de las partes había sido la de conceder derechos y obligaciones a los particulares y que esos derechos y obligaciones podían ser aplicados por tribunales nacionales.

Con referencia al derecho internacional humanitario, el Convenio de Ginebra relativo al trato de los Prisioneros de Guerra, de 1949 (Convenio N° III), en tanto intenta conferir derechos a personas individuales, puede considerarse comprendido dentro del razonamiento que utilizó la Corte Permanente en el caso antes citado¹⁴.

b. *Monismo*

Los autores que defienden la doctrina monista sostienen que existe una unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos. Según la concepción normativista de Kelsen, las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de

13 CPJI, Serie B, N° 15, pág. 17, (Dictamen de 3 de marzo de 1928).

14 Carecería del objeto detenerse a considerar en el presente trabajo, aunque fuere muy brevemente, el tema relativo a la subjetividad internacional del individuo, que es ampliamente conocido por quienes participan en este Seminario. Por ahora, tal vez baste señalar que no todas aquellas personas beneficiadas por una norma internacional, ni todos aquellos a quienes la norma imponga una conducta, deben considerarse sujetos de derecho internacional. Es necesario que exista una legitimación que puede ser *activa* cuando se reclame por incumplimiento de un derecho, o *pasiva* si se trata de atribuir a una persona responsabilidad por incumplimiento o violación del derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre *Reparación de Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, expresó en 1949 que "Los sujetos de Derecho, en el sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a la naturaleza o a la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad." (Véase *CIJ Recueil*, 1949 pág. 178).

vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental *or grundnorm*. En 1926 Kelsen sostuvo que la norma fundamental podía ser ubicada bien en el derecho interno bien en el derecho internacional, dependiendo ello de factores éticos o políticos. Posteriormente entendió que se debía insertar en el derecho internacional¹⁵.

c. *Otras Doctrinas*

Como intento de superación de las posturas dualistas y monistas, aparecieron otras teorías de matiz conciliador entre las que cabría mencionar a las denominadas doctrinas de *coordinación*¹⁶. Este grupo de doctrinas es de cuño monista puesto que parte de la unidad de todos los sistemas normativos, pero no postula la subordinación del derecho interno al derecho internacional, ni la delegación de éste a aquél, sino que encara la relación entre ambos ordenamientos mediante la coordinación entre uno y otro con fundamentos en normas superiores.

d. *Posición del Derecho Internacional*

El derecho internacional positivo no toma partido por los postulados básicos del dualismo o del monismo. Es ésta una cuestión que deja a los derechos internos y, como veremos enseguida, son fundamentalmente las constituciones y las leyes nacionales de los Estados las que determinan si el cumplimiento del derecho internacional en el plano interno necesita o no de un acto de recepción y la forma que ese acto debe tener.

Pero es indiscutible que en caso de conflicto, el derecho internacional debería prevalecer sobre los derechos internos. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone a este respecto que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." La única excepción que las partes podrían invocar en contra de la aplicación de esta norma es la prevista en el artículo 46 de la misma Convención, en aquellos casos en que el consentimiento de un Estado en la celebración de un tratado hubiese sido dado en violación de una norma del derecho interno.

15 Véase *Recueil des Cours*, (1926), Vol. 14, págs. 313-314; y *The Principles of International Law*, (1952), págs. 403-447.

16 Véase, por ejemplo, M. Aguilar Navarro, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Vol. I, págs. 207 et seq.; A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, sexta edición, (1978), págs. 94 et seq.

La jurisprudencia internacional se ha pronunciado también de modo categórico al respecto¹⁷.

3. Jerarquía de los tratados internacionales conforme al derecho constitucional de Estados miembros de la OEA

a. En primer lugar cabría mencionar las constituciones que, explícita o implícitamente, establecen la primacía del derecho constitucional. Dentro de esta clasificación correspondería mencionar, entre otros, los siguientes ejemplos:

i. Argentina

La Constitución Argentina dispone en su artículo 27 que "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución". Por su parte, el artículo 31 de la misma Constitución establece, en lo pertinente, que:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...

En 1948 la Corte Suprema Argentina al interpretar estos preceptos constitucionales en el caso *Merk Química Argentina contra Gobierno Nacional*,¹⁸ sostuvo que en tiempos de paz se mantiene en el orden interno la supremacía de la Constitución sobre los tratados (concepción dualista) en tanto que en tiempo de guerra no previstos en el citado artículo prevalece el derecho internacional (teoría monista).

Es importante señalar que la República Argentina ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 sin reservas, y esa Convención, según se ha visto, establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

17 Por ejemplo, la CPJI ha expresado que "un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos". (CPJI, Serie B, No. 10, pág. 20). En otra ocasión la CPJI ha sostenido, *inter alia*, que "un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor" (Opinión Consultiva sobre *Súbditos Polacos en Dantziq*, (1932), CPJI, Serie A-B No. 44, pág. 24). Véase asimismo *United States (P.W. Shufeldt v. Guatemala)*, Sir Herbert Sisnett, Arbitrator, (1930), en el cual el Arbitro reiteró el principio según el cual "It is a settled principle of international law that a sovereign cannot be permitted to set up one of his own municipal laws as a bar to a claim by a foreign sovereign for a wrong done to the latter's subject" (Dept. of State Arb., Series 3, pág. 851).

18 Véase *Fallos de la Corte Suprema*, 1948, Tomo 211, Vol. 1, pág. 162.

La Corte Suprema Argentina ha seguido, con frecuencia, la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos respecto del tema de la primacía entre las leyes nacionales y los tratados. Para esa Corte Suprema los tratados y las leyes se encuentran en pie de igualdad y, en consecuencia, se aplica la regla *lex posterior derogat priori*. La aplicación de la ley nacional posterior al tratado fue considerada por la Corte Suprema Argentina en la sentencia dictada, el 6 de noviembre de 1963, en el caso *San Martín y Cía. Ltda. c/ Nación Argentina*, en el cual declaró, *inter alia*:

...

6. Que corresponde establecer que ni el artículo 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos -leyes y tratados- son igualmente calificados como ley suprema de la Nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno.

7. Que esta conclusión es también la adoptada por la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, con fundamento igualmente en un texto análogo al del artículo 31 de la Constitución Nacional, la *supremacy clause* de la Constitución de los Estados Unidos, a saber, la cláusula segunda del artículo VI -confr. *Corpus iuris secundum*, vol. 87, pág. 943; ver también Cooley, *Constitutional limitations*, vol. I, pág. 25 y ss., nota 2; Willoughby, *Principles*, pág. 236 y ss.; Corwin, *The Constitution of the United States of America*, pág. 418 y siguientes-.

8. Que se sigue de lo dicho que rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores. En su expresión clásica: *Leges posteriores priores contrarias abrogant*, ha sido también admitido como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada, por la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, antes recordada¹⁹.

19 Fallos de la Corte Suprema (1963) tomo 257, pág. 199; véase asimismo *La Ley* No. 113, pág. 458. En el mismo sentido se pronunció la Suprema Corte Argentina al decidir el caso *Esso S.A. Petrolera Argentina contra Gobierno Nacional* el 5 de junio de 1968, al reiterar que "Entre las leyes y los tratados de la Nación no existe prioridad de rango" y que con respecto a ellos "rige en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio de que los posteriores derogan a los anteriores". CSJN, *Fallos* tomo 271, pág. 7; *El Derecho* tomo 23, pág. 423.

ii. México

La disposición constitucional que tiene fundamental relevancia en este aspecto es el artículo 133. Este artículo tiene como antecedente el artículo 237 del *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, del 22 de octubre de 1814. Sin embargo, fue la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, de 4 de octubre de 1924, la que introdujo en el artículo 161, fracción III la mención expresa de que cada uno de los Estados tiene la obligación de guardar y hacer guardar la Constitución, las Leyes Generales de la Unión y los Tratados.

Por su parte, la Constitución Mexicana de 1857, en su artículo 133, establecía:

Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los Tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República con la aprobación del Congreso, serán ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes o Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados.

El Poder Constituyente mexicano de 1917 reprodujo fielmente el artículo 133 de la Constitución de 1857. Sin embargo, en 1934 ese artículo fue parcialmente reformado, para quedar en los términos aún en vigor:

Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones de los Estados.

De esta forma, de acuerdo con el ordenamiento constitucional mexicano, los tratados sólo serán Ley Suprema cuando se conformen a la Constitución. Esta formulación es de suma importancia, ya que de acuerdo con el texto anterior podía producirse una derogación de la propia Constitución en aquellas disposiciones incompatibles con un tratado posterior, de conformidad con el principio *lex posteriori derogat priori*, posibilidad excluida por la reforma de 1934, que exige la conformidad del tratado con la Constitución subordinando el primero a la segunda, con lo cual la Constitución Mexicana adopta una postura dualista.

El Artículo 133 de la Constitución Mexicana fue invocado recientemente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la denuncia presentada por cuatro diputados del Estado de Nuevo León por el Partido Acción Nacional, para quienes la Ley Electoral aprobada por el Congreso de ese Estado y publicada en el Periódico Oficial el 27 de mayo de 1987, vulnera el ejercicio de los derechos políticos reconocidos por el Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, priva a los ciudadanos del Estado de Nuevo León de contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo (Artículo 25 de la Convención); y no cumple con el compromiso asumido por México al firmar y ratificar esa Convención, que consiste en garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella (Artículo 1 de la Convención), y de adecuar su legislación interna a los requerimientos de la Convención (Artículo 2 de la Convención)²⁰.

La posición de los reclamantes se centró en el contexto del Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al interpretar que "cuando una ley entre en contradicción con un tratado, la contradicción debe resolverse en favor de lo establecido por el tratado". En el caso planteado, los cuatro reclamantes sostuvieron que las disposiciones de la Ley Electoral de Nuevo León contradicen las Normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos antes citadas.

El Gobierno de México afirmó, *inter alia*, que la denuncia presentada versa sobre un problema electoral y que tal temática se vincula "con el ejercicio del derecho de libre autodeterminación del pueblo Mexicano... que resultaría vulnerado si una instancia internacional pretendiera efectuar ... consideraciones de cualquier naturaleza"²¹.

Entre muchas otras consideraciones la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que las normas de la Convención y su aplicación a los Estados integrantes de la Federación se rigen, en este caso, por lo dispuesto en el Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²² y concluyó que:

El Gobierno de México debe cumplir con su obligación de adecuar la legislación interna ... a fin de que ella garantice de manera efectiva el ejercicio de los derechos políticos reconocidos en el Artículo 23 de la Convención Americana, y brinde un recurso sencillo rápido y efectivo, de conformidad con el Artículo 25 de la Convención, ante Tribunales imparciales e independientes, según el Artículo 8 de la Convención...²³

iii. Estados Unidos

La Constitución de los Estados Unidos, cuyo Artículo VI, sección 2 (la denominada "Supremacy Clause") es la fuente directa del Artículo 31 de la Constitución Argentina antes mencionada, también establece la supremacía del derecho constitucional sobre el derecho internacional, al disponer que:

20 Caso N° 10.180, 22 de febrero de 1991 en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, documento OEA/Ser.G, CP/doc. 2144/91, 13 marzo 1991, pág. 261.

21 *Ibid.*, pág. 266.

22 *Ibid.*, pág. 273.

23 *Ibid.*, pág. 275.

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se dicten con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país y los jueces de Cada Estado estarán obligados a observarlos, no obstante cualquier disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado.

La Constitución de los Estados Unidos considera a las leyes federales y a los tratados en un mismo plano en el ordenamiento jurídico interno y, por tanto, se aplica el que fuere posterior en el tiempo, lo que en el idioma inglés se conoce como "the last in the time rule"²⁴. En consecuencia, al igual que en el ordenamiento jurídico argentino, un tratado puede dejar sin efecto las disposiciones de una ley anterior e inversamente una ley posterior puede modificar un tratado anterior.

Con respecto al derecho internacional consuetudinario, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos expresó, en el fallo dictado en el caso del *Paquete Habana*, que "El derecho internacional es parte de nuestro derecho y debe ser determinado y aplicado por los tribunales competentes cada vez que, en debida forma, se someta ante ellos cuestiones de derecho para su decisión"²⁵.

El tercer "Restatement of the Law", una publicación privada que tiene una influencia muy grande en el ámbito de la jurisdicción interna de los Estados Unidos, se refiere a este tema en forma extensa y reitera, entre otros conceptos, que "el derecho internacional y el derecho interno de los Estados Unidos constituyen dos ordenamientos diferentes"²⁶.

Con motivo de la sentencia dictada en junio de 1989 por el Juez Palmieri en el caso *United States v. Palestine Liberation Organization*²⁷ en el cual se planteó, *inter alia*, la cuestión de la aplicación de una ley federal dictada con posterioridad a la celebración del Acuerdo de Sede entre el Gobierno de los Estados Unidos y las Naciones Unidas, el Profesor Herbert W. Briggs, recientemente fallecido, formuló sobre este tema el siguiente comentario:

...

What is missing in all this is the established rule of international law -established by treaty, by the jurisprudence of the

24 Sobre este tema existe un exhaustivo estudio del Profesor Jordan J. Paust: "Rediscovering the Relationship Between Congressional Power and International Law: Exceptions to the Last in Time Rule and the Primacy of Custom" en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 28 No. 2 (1988), págs. 393-449. Véase asimismo L. Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, Chapter IV.

25 Publicado en 175 U.S. págs. 677, 700 (1990).

26 *Restatement of the Law Third. The Foreign Relation Law of the United States* adoptado y promulgado por "The American Law Institute". Vol. 1 (1986) pág. 40.

27 Véase, 695 Fed. Supp. pág. 1456 (S.D.N.Y. 1988). El fallo fue reproducido en *International Legal Materials* Vol. XXVII, No. 4 (July 1988), pág. 1055.

International Court of Justice and of international arbitral tribunals- that international law prevails over contrary national law.

I am, of course, aware of the parochial frame of reference preferred by adepts of U.S. constitutional law -for example, in *Whitney v. Robertson* and its progeny (that which is later in date prevails), in the prevalent misreadings of the *Paquete Habana*, and even in its executive manifestations in the "plenary power" orbiter dictum in *Curtis-Wright*-.
...

Instead of the misreading of the "Supremacy clause," and a better way would be to emphasize the constitutional obligation of the President (Art. II, sec. 3) to "take care that the laws be faithfully executed"- laws which admittedly embrace rules of international law binding on the United States²⁸.

Entre otros Estados latinoamericanos cuyas constituciones dan primacía al derecho constitucional sobre el derecho internacional cabría mencionar a Ecuador (Artículo 139), Nicaragua (Artículo 182).

Es importante señalar que, aún cuando los sistemas jurídicos de los Estados que se mencionan en este grupo se inclinan por la doctrina dualista, el incumplimiento de una obligación internacional, como consecuencia de haber dado prioridad a la norma constitucional, no los exonera de la responsabilidad emergente de dicho cumplimiento.

- b. Existe un segundo grupo de Estados latinoamericanos cuyos ordenamientos establecen igual jerarquía entre el derecho constitucional y los tratados sobre derechos humanos. En estos Estados los derechos que resulten de ciertos tratados internacionales en materia de derechos humanos se consideran constitucionalmente reconocidos y garantizados. Por ejemplo, la Constitución del Perú dispone en su artículo 105 que los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. La Constitución Chilena de 1980, reformada en 1989, otorga rango constitucional a los "derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana", al establecer en su Artículo 5, última frase, que "Es deber de los órganos del Estado respetar, y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"²⁹.

28 "U.S. v. P.L.O. -A Comment" en *Virginia Journal of International Law* (1988) Vol. 29, pág. 169 (La cita no incluye las notas al pie de página).

29 Para un análisis más extenso del alcance de la reforma introducida en 1989 en el Artículo 5 de la Constitución Chilena véase, César Pinochet Elorza, "Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos" en *La Reforma Constitucional de 1989. Estudio Crítico*. Cuaderno de Análisis Jurídico, serie No. 13 de Seminarios. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago (1990) págs. 9-18.

La Constitución de *Guatemala* (Artículo 46) constituye otro ejemplo de este grupo.

- c. En tercer lugar correspondería mencionar aquellos Estados latinoamericanos en los cuales los tratados tienen jerarquía superior a la ley nacional, aunque inferior a la constitución. Por ejemplo, el Artículo 101 de la Constitución del *Perú* establece que "Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero".

El artículo 7 de la Constitución de *Costa Rica* dispone, por su parte, que "Los tratados públicos, los convenios internacionales y concordados, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

Las constituciones de *El Salvador* (Artículo 144) y de *Honduras* (Artículo 18) contienen disposiciones similares a las transcritas.

4. La operatividad de las normas de derechos humanos y de derecho internacional humanitario en la jurisdicción interna

a. *Derechos Humanos*

En el ámbito interamericano, la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales, han distinguido entre normas operativas (self-executing) y normas programáticas de los tratados internacionales sobre derechos humanos³⁰. Las primeras son aquellas que, por su naturaleza y especificidad se aplican directamente sin necesidad de que se adopten previamente medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole.

30 Véase, por ejemplo, la sentencia dictada en la República Argentina en el caso *Sánchez Abellenda, Raúl, contra Ediciones de la Hurraca S.A. y otros Slamparo*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, publicada en *La Ley*, (Junio 2, 1987), pág. 5, en la cual se dice que "el nudo central radica en dilucidar si el Pacto de San José de Costa Rica, firmado en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1979, es directamente operativo (autoejecutorio) o meramente programático"; asimismo, el pronunciamiento de la Corte in re *Ponzetti de Balbín I. contra Editorial Atlántida, S.A.* en *La Ley* t. 1985-B, pág. 120. Sobre este tema, véase asimismo Jorge Vanossi, *Régimen constitucional de los Tratados*, Ed. El Coloquio, Buenos Aires, (1969); Juan A. Travieso, "La recepción de la Convención Americana de (sic) derechos humanos en el sistema jurídico argentino" en *La Ley* Año LI No. 108 (5 junio 1987); M.A. Ekmekdjian, "Operatividad y programaticidad de los derechos individuales" en *El Derecho*, 22 de abril de 1985; J. Miller, M.A. Gelli y S. Cayuso, *Constitución y Derechos Humanos* Editorial ASTREA (1991) Tomo I, Cap. Primero C.

La aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos en los Estados del Caribe miembros del "Commonwealth" ha sido considerada en forma exhaustiva por varios autores en *"International Human Rights Law in the Commonwealth Caribbean"* Editado por Angela D. Byre, (M. Nijhoff, 1989).

Inversamente, la aplicación de las denominadas normas programáticas requieren la adopción previa, por parte de los Estados, de medidas apropiadas para posibilitar su aplicación en el ámbito interno. Valga destacar que la distinción entre normas operativas y programáticas tiene relevancia no solamente con respecto a los tratados sobre derechos humanos y sobre derecho internacional humanitario, sino también en relación con los que versan sobre muchas otras materias.

Con respecto a los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos, y más específicamente en relación al Pacto de San José, el autor del presente trabajo considera que, cualquiera sea la jerarquía que les atribuyan los diversos ordenamientos jurídicos internos a los tratados, las disposiciones contenidas en la Parte I, sobre Deberes de los Estados y Derechos Protegidos (artículos 1 a 32 inclusive) del referido Pacto son directamente aplicables por los Estados Partes, con la posible excepción de los artículos 13.5, 17.4 y 21.3. El Profesor Héctor Gros Espiell considera que "la Convención Americana sobre Derechos Humanos es, para los Estados Partes en ella, también derecho interno, directamente aplicable que puede ser invocado y debe ser utilizado por todos los órganos y autoridades encargados de aplicar el derecho, en especial por los jueces y tribunales"³¹.

El compromiso de adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias" para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, que prevé el Artículo 2 constituye, como dice Gros Espiell, "una obligación complementaria y adicional a la de respetar y garantizar directamente los derechos reconocidos por la Convención"³².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta en caso de inexistencia de una Ley Nacional al respecto en un Estado Parte en la Convención, ha expresado, en parte, que:

23. La tesis de que la frase "en las condiciones que establezca la ley utilizada en el Artículo 14.1 (de la Convención) solamente facultaría a los

31 Véase *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica Andrés Bello, Chile, (1991) pág. 209. Sobre el mismo tema Germán Bidart Campos, "El Pacto de San José y el derecho interno" en *Tutela Procesal de las Libertades Fundamentales*, JUS, (1988); M.G. Monroy Cabra, "Aplicación de la Convención Americana en el Derecho Interno" en *Derechos Humanos en las Américas, Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches* (OEA, Washington, D.C., 1984), págs. 135-145. Monroy Cabra sostiene en el artículo mencionado que "al ratificar la Convención...los Estados la deben aplicar en forma directa e inmediata". (pág. 144).

32 H. Gros Espiell, *Ibid.*, pág. 210.

Estados Partes a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento interno no lo regule, no se compadece ni con el 'sentido corriente' de los términos empleados, ni con el 'contexto' de la Convención..."³³

Ahora bien, con respecto al tratamiento que se ha dado a este tema en los Estados que han ratificado los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos, debido a la carencia de espacio el autor de este trabajo ha decidido comentar, principalmente, la jurisprudencia de los tribunales argentinos que constituye un buen ejemplo de la vacilación que, con frecuencia, se observa en materia de interpretación y aplicación de normas, tanto dispositivas como imperativas, que regulan derechos fundamentales de la persona.

En la sentencia dictada en el caso *Microomnibus Barrancas de Belgrano S.A. s/ impugnación* la Corte Suprema Argentina ha sostenido, *inter alia*:

...

3º Que, del examen de la jurisprudencia de la Corte, surge que el otorgamiento del carácter operativo o programático a los tratados internacionales ha dependido de si su ejercicio había sido supeditado o no a la adopción, en el caso concreto, de medidas legislativas por parte del orden jurídico interno del país contratante (ver, en tal sentido, Fallos, 186-258; 249-677; 252-262; 284-28 y los pronunciamientos dictados en las causas: "Costa, Héctor R. c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires y otros", C-752.XIX y C-753.XIX de marzo 12-1987 (ED 123-128), "Eusebio, Felipe E. s/ suc. *ab intestato*", E-56.XXI de junio 9-1987, "Firmenich, Mario E. s/ incidente de excarcelación", I-74.XXI de julio 28-1987, "Jauregui, Luciano A. s/ planteo de excepciones previas", J-60.XXI, marzo 15 de 1988 (ED, 129-144) y "Sánchez Abelenda, R. c. Ediciones de la Urraca, S.A. y otro", S-454.XI de diciembre 1º-1988 (ED, 131-542), entre otros, y asimismo, Henkin, Louis, "Foreign Affairs and the Constitution", 1972, ps. 156/159 y la jurisprudencia allí citada)³⁴.

La Corte en este caso ha admitido la operatividad de, al menos, algunas disposiciones del Pacto de San José, al interpretar que el texto del Artículo 8, inc. 1º de la Convención Americana, al igual que los Artículos 7, inc. 5º y 8 inc. 2º letra (h) de la citada Convención, no requieren una reglamentación interna ulterior.

La lectura de los casos que cita la Corte en el párrafo considerativo transcrito revela que su jurisprudencia con referencia a este tema es

33 Opinión Consultiva OC-7/86, 26 de agosto de 1986. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1; 1.1 y 2), Convención Americana sobre Derechos Humanos, págs. 12-13.

34 (M-527 XXII R.H) publicada en *El Derecho*, 17 mayo 1990, pág. 4.

muy fluctuante y, en algunos de esos casos, llega a conclusiones jurídicamente incomprensibles. Por ejemplo en el *Caso Eusebio, Felipe Enrique, suc. ab intestado*,³⁵ (promovido por la esposa y la hija menor del causante), la representante legal de una hija extramatrimonial del Sr. Eusebio pidió en primera y segunda instancia que se declare la "igualdad absoluta" entre ambas hijas, conforme al Artículo 16 de la Constitución Argentina, y el Artículo 17, párrafo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁶ que se halla vigente en la República Argentina con anterioridad al deceso del Sr. Eusebio (ocurrido el 25 de abril de 1985) ya que fue aprobada mediante ley 23054, en marzo de 1984³⁷.

La Corte en este caso se remitió *in totum* a los fundamentos del Procurador General quien consideró que las disposiciones del Artículo 17 de la Convención Americana tienen un "carácter predominantemente programático" y por consiguiente no cabe atribuirles operatividad propia. Expresa en apoyo de esa apreciación que "de no ser así, carecería de sentido esta obligación que asumen los Estados que suscriben el tratado en cuanto a adoptar las disposiciones de derecho interno que se requieran para efectivizar la tutela de los derechos que en él se enuncian".

El análisis de los fundamentos que utiliza el mencionado funcionario y la Corte Suprema Argentina para justificar la inoperatividad del Artículo 17.5 de la Convención requeriría una consideración mayor que la que se le puede dar en el contexto de este trabajo. Cabría señalar, sin embargo, que de acuerdo con el Artículo 31 de la Constitución Argentina, cuando una ley interna se halla en contradicción con un tratado en el cual la República Argentina es parte, la contradicción debe resolverse en favor de lo establecido en el tratado, cuando este es posterior a la ley nacional.

35 CSJ E-56 XXI de 9 de junio de 1987, publicado en *La Ley Año LI N° 166* de Sep. 1° 1987, pág. 1. Sobre este caso véase comentario de F.N. Barrancos y Vedia en la misma publicación, quien considera que la sentencia se ajusta a los derechos derivados de la Constitución.

36 El Artículo 17.5 del Pacto de San José dispone que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

37 Publicada en el Boletín Oficial el 27 de marzo de 1984. La solicitud de la representante de la hija extramatrimonial se basó, además, en la alegada inconstitucionalidad de la norma contenida en el Artículo 21 de la ley 23264 que, pocos días después de ocurrido el fallecimiento del causante, fijó la igualdad absoluta entre los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales.

El Profesor Granshof van der Meersch ha expresado que, en caso de duda, la determinación de si una norma es o no operativa (self-executing) debe efectuarse sobre la base de tres criterios: la intención de las partes, el objeto de las disposiciones y la forma³⁸.

La intención de las partes y el objeto de las disposiciones surgen en forma clara de la lectura, entre otros, de los Artículos 1, 2 y 29 de la Convención, y de los antecedentes de esas disposiciones, así como de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes mencionados y de los aportes doctrinarios sobre la materia³⁹. En cuanto al tercer criterio que menciona van der Mersch, el Artículo 17.5 está redactado en forma clara y precisa, y su aplicación directa (si realmente se desea dar cumplimiento a la norma del Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) no requiere un desarrollo ulterior de índole legislativo o reglamentario por los Estados Partes en la Convención. Además, el argumento de que el Artículo 27 de la Convención de Viena nada tiene que ver con las cuestiones suscitadas en este caso, a las que se califica como "vinculadas a la aplicación intertemporal de normas de derecho interno" es, jurídicamente, erróneo porque desconoce que la protección de los derechos humanos constituye, hoy en día, una cuestión que trasciende el ámbito de la competencia exclusiva de los Estados Parte en los instrumentos internacionales que tutelan esos derechos.

A mayor abundamiento cabría recordar al respecto que la propia Corte Suprema Argentina en el *Caso Siri* sostuvo que "las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar

38 "La Convention Européenne des Droits de l'Homme á-t-elle, dans la cadre du droit interne, une valeur d'ordre public?", en *Actes du 2me. Colloque International sur la CEDH*, Viena, (1985), págs. 187-188.

39 Véase, por ejemplo, Jorge O. Azpiri, "La Convención Americana de Derechos Humanos y la situación legal de los hijos extramatrimoniales", en *La Ley*, tomo 1984-C, pág. 1100; M.A. Ekmekdjian "La ejecutoriedad de los derechos y garantías reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica y la acción de Amparo", *La Ley*, t. 1987-B, pág. 263; S. Albanese, "Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales", *La Ley*, Suplemento 22 de julio 1987 y "Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales incorporados al derecho interno a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema", *El Derecho*, 130, pág. 797; N.P. Sagüés, "Compatibilidad entre la jurisdicción internacional del Pacto de San José de Costa Rica y la Jurisdicción Nacional", en *Jornadas sobre el Pacto de San José de Costa Rica*, Bs. As., Asociación Argentina de Derecho Constitucional, (1988), págs. 189-201.

consagradas en la Constitución, independientemente de las leyes reglamentarias"⁴⁰.

Otro ejemplo: desde septiembre de 1986 Argentina es parte en la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes", que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.

El artículo 2, párrafo 3 de esa Convención es sumamente importante puesto que elimina la eximente de la obediencia debida como justificación de la tortura al establecer que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura", y el párrafo 2 *in fine* del mismo Artículo excluye la invocación de "circunstancias excepcionales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura".

En 1987 el Gobierno Argentino se vio obligado a adoptar la ley No. 23.251, de "Obediencia Debida", aprobada en junio de ese año. Esa ley constituye en realidad una especie de amnistía en favor del personal militar (desde soldados hasta Generales de Brigada), y del personal de las fuerzas de seguridad de policía y penitenciarias por los delitos cometidos durante el período del gobierno militar que se inició en 1976 y concluyó en 1983. El Artículo 1º de la ley de "Obediencia Debida" establece que "se presume, sin admisión de prueba contraria", que todos "los altos oficiales, los oficiales subalternos, los suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, de policía y penitenciarias no son punibles" por los delitos cometidos durante el período del gobierno militar porque "en tales casos se considera de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción por estar subordinadas a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes sin facultad o posibilidad de examen, oposición o resistencia".

Por su parte, el Artículo 2º del Código Penal Argentino, relativo a la aplicación de la ley penal más benigna, dispone que "si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuese distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna".

40 CSJN, Fallos, t. 239, pág. 459.

Ahora bien, en el caso ESMA⁴¹ la Corte expresó que respecto de los tratados internacionales rige el principio según el cual las leyes posteriores derogan a las anteriores, pero que ese principio cede ante el fijado por el Artículo 2º del Código Penal que dispone la ultra actividad de la ley penal más benigna. La Corte expresa que ha tenido en cuenta el referido principio y procuró evitar la aplicación de la ley posterior más gravosa, porque la aplicación de la ley penal más benigna no fue alterada, dice la Corte, por la ley 23.338 que aprobó la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en cuyo Artículo 2, párrafo 2, según se ha visto, se excluyó la obediencia debida en el supuesto del delito de tortura⁴². En opinión del autor de este trabajo no cabe invocar por parte de tribunales nacionales, en los casos de tortura, disposiciones de derecho interno similares a las que invocó la Corte Suprema Argentina en el caso ESMA para eximir de responsabilidad a los presuntos autores de tales actos, porque la prohibición contenida en la Convención de las Naciones Unidas es inderogable, puesto que se trata de un crimen de carácter internacional. Además, de acuerdo con la práctica de los Estados y con la opinión generalizada de la doctrina de derecho internacional, la norma jurídica que prohíbe la tortura tiene carácter imperativo o de *ius cogens*⁴³. La Corte Suprema Argentina,

41 Publicado en *El Derecho* No. 7075, 19 septiembre 1988. El fallo dictado en este caso por la Corte Suprema Argentina rechazó los planteos de inconstitucionalidad dirigidos contra la ley 23521 (de Obediencia Debida) por los particulares damnificados y declaró comprendidos en su artículo 1, párrafo 1º a los siguientes oficiales de las Fuerzas Armadas Argentinas: Francis Whamond, Luis N. D'Imperio, Jorge E. Acosta, Adolfo M. Donda, Alfredo I. Astiz, Antonio Pernías, Carlos Capdevila, Raúl E. Scheller, Carlos R. Casella, Héctor A. Febres, Juan A. Azic, Juge Vildoza, Oscar A. Montes, Humberto J. Barbuzzi, Manuel J. García y José A. Suppichich.

42 *El Derecho*, 19 septiembre 1988, págs. 1 y 4. Por otra parte, como señala Bidart Campos, la referida Convención, contrariamente a lo que sostiene la Corte, no estaba en vigencia al momento de dictarse la sentencia, por no haber alcanzado el número mínimo de veinte ratificaciones que la propia Convención exige para entrar en vigor. Véase al respecto, "La Convención sobre la Tortura y la Ley de Obediencia Debida (Un tema de derecho internacional y de derecho constitucional)", en *El Derecho*, 19 septiembre 1988, pág. 1. Cabe advertir además que en la sentencia la Corte erróneamente se refiere a la ley 23.338 como "la norma legal que puso en vigor el tratado", cuando en realidad, esa ley aprobó la Convención de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno de Argentina, pero no la puso en vigor.

43 Véase al respecto: T. Meron, "On the Hierarchy on International Human Rights" en 80 *AJIL* (1986) pág. 15.

En el mismo sentido que en el caso ESMA, se pronunció la Corte en los casos *Raffo*, *José Antonio*; *Pena*, *Oscar Antonio*; y *Kerney*, *Miguel s/ Tormentos*, de 28 de abril de 1988, *La Ley*, 7 septiembre 1988, págs. 5 y 6; y *SuárezMason*, *Carlos y otros*, de 21 de junio de 1988. Referencia a este caso en *La Ley*, 16 noviembre 1988.

tan proclive a citar la jurisprudencia de los Tribunales Norteamericanos, pudo haber seguido, en el caso ESMA, el precedente de la célebre sentencia dictada en el caso *Filartiga v. Peña Irala*,⁴⁴ en la cual se califica el delito de tortura como un crimen contra el derecho de gentes.

Independientemente de la calificación de la norma que prohíbe la tortura como una norma de *ius cogens*, cabría considerar a esa prohibición como un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas, de acuerdo con el Artículo 38 párrafo 1(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A mayor abundamiento cabría mencionar que, tratándose de un derecho respecto del cual todos los Estados tienen un interés en su protección, la obligación de respetar ese derecho es, según la terminología que utilizó la CIJ en el asunto del *Barcelona Traction*, una obligación "erga omnes"⁴⁵.

b. Derecho Internacional Humanitario

Con relación al tema que se pretende abordar aquí (la prioridad que deben dar los Estados a las normas "operativas" o de aplicación directa del derecho internacional humanitario), la práctica internacional y particularmente las decisiones de los tribunales nacionales, en el ámbito interamericano, son menos frecuentes que las que existen en materia de derechos humanos. No obstante, el examen de algunos casos prácticos y las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso que se cita más abajo arrojan alguna luz sobre el mencionado tema.

Existen, en cambio, numerosos antecedentes doctrinarios en el sentido de que la aplicación eficaz de la vasta y compleja normatividad del derecho internacional humanitario depende, básicamente, de las medidas específicas que los respectivos Estados están obligados a adoptar para que sirvan de guía a la conducta que deben observar los beligerantes⁴⁶.

44 Véase 630 F. 2d. pág. 876 (2d. Cir. 1980); véase asimismo *Forti v. Suárez Mason*, en 672 F. Supp. pág. 1531 (N.D. California, 1987), "amended on rehearing", en 194 F. Supp. pág. 707 (N.D. California 1988).

45 *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* (Bélgica c/España) Sentencia de 5 de febrero de 1970, en ICJ Reports (1970) pág. 32.

46 Véase por ejemplo M. Bothe, "The role of national law in the implementation of international humanitarian law" en *Studies and Essays on international humanitarian law and Red Cross Principles in honor of Jean Pictet*, (Christophe Swinarski Editor, 1984) págs. 301-312 y la bibliografía allí citada; "Medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario" en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (RICR) No. 86, marzo-abril 1988, págs. 127-147; Ch. Swinarski; *Principales nociones e Institutos del*

El presente trabajo no tiene por objeto enumerar y comentar las medidas que deben adoptar los Estados a fin de facilitar la aplicación eficaz de las normas del derecho internacional humanitario. Esa tarea ya fue efectuada "in extenso" por autores muy calificados⁴⁷.

Sin duda, la obligación que establece el Artículo 1, común a los cuatro Convenios de Ginebra, de "respetar y hacer respetar" (los Convenios) requiere la adopción de algunas medidas administrativas específicas por los Estados a fin de facilitar la aplicación de las normas contenidas en determinados artículos de los Convenios, lo que el Profesor Bothe llama "the internalization of norms".

Así por ejemplo, la tarea de divulgación y de instrucción apropiada a los miembros de las fuerzas armadas (oficiales, suboficiales y soldados) sobre el alcance de las normas contenidas en los cuatro Convenios y, cuando corresponda, en los Protocolos Adicionales de 1977, puede facilitar el cumplimiento de esas normas.

Con frecuencia se menciona como un impedimento a la aplicación adecuada del derecho internacional humanitario, la complejidad de las normas y la falta de operatividad o autoejecutoriedad de las mismas⁴⁸. Existe sin embargo, en opinión de ese autor, un énfasis excesivo y desproporcionado en algunos trabajos doctrinarios con relación al problema que plantea, en materia de aplicación de las normas del derecho internacional humanitario, la supuesta falta de operatividad de esas normas.

En primer lugar corresponde hacer notar que, como ocurre en materia de derecho internacional de los derechos humanos, no existe uniformidad de criterios, por parte de los órganos de los Estados Partes en los Convenios de 1949, sobre cuáles normas deben considerarse operativas y cuáles no; este problema, según se ha visto en la sección anterior, se traduce con frecuencia en interpretaciones que, entre otras consecuencias

derecho internacional humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana (IIDH, San José 1990), especialmente Capítulo V, págs. 49-52 este autor distingue tres tipos distintos de medidas: preventivas, de control y de represión del derecho internacional humanitario, pág. 49; I. D. De Lupis, *The Law of War* Camb. Uni. Press, (1987); Frédéric de Mulineu, "Law of War and Armed Forces" en *Armed Forces and the Development of the Law of War* Bruselas (1982), págs. 35-48. Este autor afirma, además, que "In most States the Conventions and the Protocols are considered "self-executing" and need only to pass the national ratification procedure". (pág. 43).

47 Véase la enunciación de las disposiciones que requerirían la adopción de reglas específicas por parte de los Estados, en Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario*, *supra* nota 46, págs. 50-61, y M. Bothe "The role of national Law..." *supra* nota 46.

48 Véase M. Bothe *supra* nota 46, pág. 302.

negativas, se utilizan para justificar un comportamiento diferente del que exige una obligación internacional. También se ha visto en la sección (a) anterior que la discrecionalidad que disfrutaban algunos órganos nacionales encargados de interpretar y de aplicar disposiciones contenidas en tratados internacionales no siempre se ejerce de manera razonable.

Una reconocida autoridad en materia de derecho internacional humanitario, el Profesor Theodor Meron, al referirse precisamente a este tema ha señalado que "constituye una práctica frecuente de los Estados tratar de recurrir, en casos de incumplimiento del derecho internacional, a excepciones de hecho o de derecho o a justificaciones contenidas en la propia norma así como a relacionar un caso o situación particular a esa norma", y agrega a continuación:

Obviously, states normally shield themselves with self-serving justifications, calculated to minimize international censure of their course of action⁴⁹.

La falta de "operatividad" de una norma contenida en un tratado de derecho internacional humanitario debería invocarse, por los órganos de los Estados, únicamente en situaciones de carácter absolutamente excepcional. El problema de la especificidad de las normas de derecho internacional humanitario es muy importante, pero es, en todo caso, accesorio. La autoejecutoriedad u operatividad de una norma de derecho internacional debe depender esencialmente de que su redacción sea suficientemente clara. Sería, por ejemplo, inadmisibles que un Estado Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 pretendiese justificar, mediante la aplicación de disposiciones de derecho interno, los actos de tortura (y los demás atentados a la vida y a la integridad corporal) que prohíbe el Artículo 3 común, utilizando el pretexto de la falta de reglamentación del referido artículo por parte del Estado que incurre en su incumplimiento. Por otra parte, como recuerda Jiménez de Aréchaga, "Si ha transcurrido algún tiempo desde que el tratado ha entrado en vigor y ni el Poder Ejecutivo ha pedido al Parlamento una ley de ejecución, ni este órgano ha dictado ley alguna, surge una fuerte presunción de que el tratado es ejecutable por sí mismo"⁵⁰.

49 Véase, "The Geneva Conventions as Customary Law" en 81 *A.J.I.L.* 1987 pág. 369. Por supuesto, el estado de necesidad militar también se invoca con mucha frecuencia por los Estados a efecto de justificar un comportamiento contrario a una obligación internacional. Para una consideración extensa de este tema véase, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1980) Vol. II, Primera Parte págs. 16-54.

50 Véase "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno" en *Revista del IIDH*, No. 7, San José, enero-junio 1988, págs. 36-37.

En este mismo orden de ideas cabría citar aquí lo expresado recientemente por el Director Adjunto del Departamento de Doctrina y Derecho del CICR, quien al responder a la pregunta de si "el drama de los kurdos demuestra que hay lagunas en el derecho internacional humanitario", respondió que:

En primer lugar, hay que determinar si se trata de lagunas del derecho o de la inobservancia de éste, es decir, si las normas existen pero no se aplican. Pienso que en este caso, como en otros muchos, hay normas, los principios son perfectamente claros; lo que habría que mejorar, pues, es el cumplimiento de estas⁵¹.

La invocación frecuente e irrazonable de falta de operatividad de determinadas disposiciones de derecho internacional humanitario podría traducirse en el incumplimiento de obligaciones fundamentales de los Estados, como sería, por ejemplo, la de sancionar a los autores de infracciones graves. Al no existir un mecanismo internacional centralizado con competencia para aplicar el derecho internacional humanitario, la eficacia de las medidas de represión que éste prescribe, depende exclusivamente de la acción unilateral, y por consiguiente discrecional, del Estado nacional.

Resulta oportuno recordar, con referencia a este último punto, que en ciertos casos excepcionales, se ha recurrido a órganos cuya competencia para resolver las cuestiones planteadas es, para decirlo de alguna forma, muy dudosa⁵².

51 Véase "El derecho internacional humanitario y el conflicto en Oriente Medio" Entrevista con François Bugnion, director adjunto del departamento de Doctrina y Derechos del CICR, en *Boletín del CICR*, No. 184 (mayo 1991) pág. 2.

52 En el ámbito interamericano existen, por ejemplo, dos casos presentados a la consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que tienen su origen en circunstancias derivadas de conflictos armados internacionales. El primero de ellos *Disabled Peoples' International v. United States of America*; presentado el 5 de noviembre de 1983 a raíz del bombardeo del "Richmond Hill Insane Asylum" durante la acción armada que, en octubre de ese año, emprendieron en contra de Grenada los Miembros de la Organización de Estados del Caribe Oriental (OECS), con la participación de fuerzas de los Estados Unidos, Jamaica y Barbados. En abril de 1986 la CIDH declaró que la solicitud de los peticionantes (relacionada con la muerte de 16 pacientes y de seis heridos como consecuencia del bombardeo del Asilo) es admisible. (Caso No. 9213). Sobre este caso véase, David Weissbrodt y Beth Andrus "The Right to Life During Armed Conflict: Disabled Peoples' International v. United States" en *Harvard J. Int'l Law* vol. 29 No. 1 (1988) págs. 59-83. Al 31 de julio de 1991, fecha que el autor concluyó la preparación del presente artículo, no existía un pronunciamiento definitivo de la CIDH sobre este caso.

El segundo caso, derivado de la acción que llevaron a cabo fuerzas militares de los Estados Unidos en Panamá, en diciembre de 1989, fue presentado a la CIDH el 29 de

Aparte de las consideraciones hasta aquí expuestas, la operatividad de la mayor parte de las normas contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales de 1977 deriva, en realidad, del hecho que esas normas forman parte del derecho internacional consuetudinario y deben, en consecuencia, ser objeto de aplicación inmediata y directa, tanto en los conflictos armados internacionales como en los que no tienen tal carácter.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el fallo dictado en el caso *Nicaragua v. United States* concluyó que la obligación de "respetar" y también la de "hacer respetar" los Convenios "en todas circunstancias" a que se refiere el Artículo 1 (común a los cuatro Convenios), no deriva solamente de los Convenios en sí mismos, sino de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los Convenios simplemente le dan una expresión concreta⁵³.

Cabría iniciar el comentario sobre esa conclusión de la CIJ recordando que también las disposiciones contenidas en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 han sido calificadas por la doctrina y por la práctica de los Estados, como normas de derecho internacional consuetudinario⁵⁴. En 1946 el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg rechazó el argumento en el sentido de que las Convenciones de la Haya no eran obligatorias para Alemania y sostuvo que "en 1939 las disposiciones contenidas en la Convención (IV de 1907) estaban reconocidas por todas las naciones civilizadas y se las consideraba como declaratorias del dere-

junio de 1990 a raíz de la muerte de 70 civiles que, según se alega en los escritos, habría sido causada por miembros de las fuerzas armadas de los Estados Unidos una o dos semanas después de producida la invasión a Panamá. (Caso No. 10573).

53 *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States) Merits, párrafo 220 (1986) I.C.J. Reports pág. 114. Para un análisis doctrinario sobre el alcance de la obligación de "respetar y hacer respetar" a que se refiere el Artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, véase Luigi Condorelli y L. Boisson de Chazournes, "Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances' en *Essay in honor of J. Pictet*, supra nota 46. págs. 17-35.

54 Véase, por ejemplo, T. Meron, "Human Rights in Time of Peace and in Time of Armed Strife" en *Contemporary Issues in International Law* (T. Buergenthal ed. 1984) 1,4.; W.A. Solf, "Protection of Civilians Against the effects of hostilities under Customary international Law and under Protocol I" en *The American University Journal of International Law*, Vol. I (1986) pág. 117; Ch. Swinarski, *Principales nociones e Institutos del Derecho Int'l Humanitario*, supra nota 46, pág. 30.

cho y de las costumbres de la guerra"⁵⁵, es decir, como derecho consuetudinario internacional.

Los Convenios de Ginebra de 1949 son, asimismo, ampliamente aceptados en la comunidad internacional y han adquirido el status de derecho consuetudinario internacional⁵⁶.

La Corte Internacional de Justicia ha expresado que las disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra "reflejan lo que [esa] Corte ha denominado, en 1949, consideraciones elementales de humanidad (Corfú Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949, pág. 22)"⁵⁷.

El Protocolo I contiene algunas disposiciones que no podrían calificarse como derecho consuetudinario, pero muchas otras como por ejemplo las que se refieren a la prohibición de las represalias (Artículo 20), la prohibición del empleo de armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (Artículo 35), la norma fundamental sobre distinción entre población civil y combatientes (Artículo 48), etc., también han sido reconocidas como parte del derecho consuetudinario internacional⁵⁸.

Una consecuencia muy importante que, con relación al derecho interno, tiene la conceptualización de las normas de los Convenios de Ginebra como derecho consuetudinario internacional es que la aplicación de esas normas debería, al menos teóricamente, efectuarse en forma directa, puesto que los conceptos de derecho consuetudinario y de autotejedoriedad son, en opinión de este autor, conceptos concomitantes⁵⁹.

55 *Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals* Cmd. 6964, págs. 64-65 (1946).

56 Conf. T. Meron, "Human Rights in Time of Peace and in Time of Armed Strife", *supra* nota 53, pág. 5; G. Roberts "The Rules of Warnings War: the case against ratification of the Additional Protocol I" en 26 *Va. J. Int'l Law* (1985) págs. 109, 115.

57 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, Merits, 1986, ICJ Reports pág. 114 (párrafos 215 y 218). La resolución 2444 de la Asamblea General de las Naciones Unidas ha calificado, entre otros, a la prohibición de ataques indiscriminados, como principios básicos del derecho consuetudinario internacional.

58 Conf. F. Kalshoven, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977", en 8 *Netherlands Yearbook of International Law* (1977) págs. 106, 116.

59 Otro aspecto que cabe destacar es el que señala la CIJ respecto de la facultad de denuncia (a que se refieren los Artículos comunes 63 del Convenio I, 62 del Convenio II, 142 del Convenio III y 158 del Convenio IV), en el sentido de que las partes no

En segundo término, en caso de conflicto entre una norma de derecho internacional humanitario que, como dice la CIJ, fuese la "expresión concreta" del derecho consuetudinario, y una norma de derecho interno, debería prevalecer la primera, al menos en el ámbito de la jurisdicción interna de los Estados que la aceptan como tal; es decir, como una norma del derecho internacional consuetudinario⁶⁰.

Finalmente, es obvio que debe considerarse totalmente excluida la excusa de falta de operatividad de una norma imperativa de derecho internacional humanitario (o de *ius cogens*). Como es sabido, estas normas pertenecen a una categoría excepcional, cuyo vigor en el plano normativo internacional deriva de la circunstancia que la comunidad internacional les asigna un valor intrínseco superior, que no admite acuerdo en contrario y que sólo pueden ser abrogadas por el nacimiento de una nueva norma de igual identidad, de acuerdo con lo previsto en los Artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) ha reconocido que "algunas reglas (de derecho internacional humanitario) son, sin lugar a dudas, reglas de *ius cogens*"⁶¹. Este punto de vista es compartido por numerosos autores, algunos de los cuales sostienen que la totalidad del derecho internacional humanitario está constituido por normas *ius cogens*⁶².

La invocación o aplicación, por parte de los órganos de un Estado, de leyes nacionales a fin de justificar un comportamiento diferente del que habría exigido una norma imperativa de derecho internacional humanitario, (a la cuales los miembros de la comunidad internacional les reconoce un valor superior e inderogable) carecería de razonabilidad. Así por ejemplo, no sería razonable que un Estado optase por aplicar su derecho interno en detrimento de normas de *ius cogens* que prohíben la

quedarán exentas del cumplimiento de las obligaciones que dimanen de normas consuetudinarias por el sólo hecho de haber denunciado los convenios.

60 Este punto ha sido tratado, con referencia a los Estados Unidos, por el Profesor Richard B. Lillich, quien, sobre la base del *dictum* de la Corte Suprema de Justicia en el caso del *Paquete Habana*, ha expresado un parecer similar en "The Constitution and International Human Rights" en 83 *A.J.I.L.* (1989) págs. 856-857.

61 Anuario de la CDI (1980) *supra* nota 49, pág. 40.

62 Así por ejemplo, Luigi Condorelli y L. Boisson de Chazournes expresan al respecto que:

L'ensemble des caractéristiques propres au droit humanitaire général suggère à l'évidence une réflexion ultérieure: ce droit semble clairement appartenir à la catégorie des normes impératives de droit international général.

Véase, "Quelques remarques..." *supra* nota 53, pág. 33.

práctica de la tortura, o de las que se refieren a otras infracciones graves como serían, por ejemplo, las relativas a los crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. En estas circunstancias los Estados tienen la obligación de dar efecto "ex proprio vigore" a las normas imperativas, independientemente de lo que pudiesen establecer sus respectivos ordenamientos internos al respecto.

5. Conclusiones

Si bien el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos poseen algunas características y principios que permiten identificarlas como dos ramas diferentes, en materia de determinación o calificación de las normas operativas (o "self-executing") las cuestiones que se plantean en ambas ramas del derecho internacional son esencialmente idénticas.

En primer lugar, existe una manifiesta disparidad entre los diferentes Estados respecto de cuáles normas deben considerarse "operativas", o ejecutables por sí mismas, ("self-executing") en un tratado internacional⁶³. En el caso del derecho internacional humanitario esta circunstancia tiene un efecto negativo mucho mayor puesto que la eficacia de este derecho depende esencialmente de la interpretación y aplicación de buena fe que, con referencia a sus normas, realizan en forma discrecional las partes en un conflicto armado.

Entre los obstáculos que impiden la aplicación del derecho internacional humanitario se menciona con frecuencia el hecho de que las normas de ese derecho deben ser aplicadas en situaciones extremas que ponen en peligro la vida del Estado⁶⁴. El autor del presente trabajo piensa que las partes en un conflicto armado (internacional, o sin carácter internacional) no podrían legítimamente sustraerse al cumplimiento de las normas de los Convenios o, en su caso, de los Protocolos Adicionales de 1977, invocando el peligro en que se halla su país. El derecho interna-

63 Por ejemplo, en el Mensaje Presidencial en que se pidió al Senado de los Estados Unidos la autorización para ratificar la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos se recomendó a ese cuerpo que, juntamente con la autorización, adoptase una declaración que exprese que las normas contenidas en los Artículos 1 a 32 de la Convención son "non-self-executing", es decir, no ejecutables por sí mismas. Véase "Message of the President Transmitting Four Treaties Pertaining to Human Rights", S. EXEC. DOCS. C, D, E, y F, 95th Congress, 2nd Session, at VIII, XI, XV, XVIII (1978).

64 Véase, por ejemplo, M. Bothe, *supra* nota 46, pág. 301.

cional humanitario se basa en el consentimiento de los Estados de abstenerse de realizar ciertos actos, precisamente en caso de conflictos armados. En consecuencia, al ratificar los Convenios los Estados se comprometen a no utilizar el peligro en que se hallan para liberarse de sus obligaciones.

Los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, que tienen un profundo arraigo en el derecho internacional contemporáneo, así como las "consideraciones elementales de humanidad" a que se refirió la CIJ en el caso del *Canal de Corfú* y en el de *Nicaragua*, impone a los Estados el deber de no evadir el cumplimiento de sus obligaciones mediante la invocación irrazonable e innecesaria de la falta de operatividad de normas fundamentales de derecho internacional humanitario, o del derecho internacional de los derechos humanos.