

## LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS UN PROBLEMA ACTUAL

Laura TRIGUEROS GAISMAN

**SUMARIO:** *Introducción. I. Los tratados y la jerarquía entre los órdenes. II. Naturaleza del problema. III. La doctrina. IV. Los precedentes internacionales. V. Los trabajos preparatorios de la Convención. VI. La Convención de Viena. VII. Problemas de constitucionalidad en el Estado federal.*

### INTRODUCCIÓN

Los grandes cambios que se han observado en el mundo en los últimos años, la transformación de las relaciones entre los Estados, los intentos de formación de agrupaciones de carácter económico y político entre ellos, la necesidad de agilizar las formas de concertación internacional, obligan a revisar algunos aspectos del derecho internacional que cobran nuevamente vigencia. A pesar de la acelerada evolución de estos acontecimientos y en buena medida provocados por ellos, los grandes problemas del derecho internacional siguen presentándose.

La doctrina y la jurisprudencia revisan constantemente temas fundamentales de la materia que adquieren nuevas dimensiones en vista de la recomposición de las fuerzas internacionales. En ocasiones, son los mismos problemas de siempre los que se ventilan en los foros internacionales y ante las instancias judiciales. Se hacen necesarias nuevas formas de concertación internacional, más ágiles y más efectivas, pero no se ha logrado superar los obstáculos que siempre lo han impedido.

La interrelación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos sigue provocando discusiones. Los problemas de aplicación interna de los acuerdos internacionales, sobre todo los que se refieren a su constitucionalidad, siguen sujetos a discusión. La complejidad de las relaciones internacionales exige soluciones que aparentemente

te ni los Estados ni las instancias internacionales están en posibilidades de proveer.

En 1969, al darse por terminados los trabajos de la conferencia de las Naciones Unidas sobre la Convención internacional del derecho de los tratados en la ciudad de Viena, se dio un paso importante de acercamiento entre los bloques que, dentro de la comunidad internacional, sostienen posturas antagónicas respecto de las características de los acuerdos internacionales, de sus efectos y, sobre todo, de sus límites. Durante los trabajos preparatorios de la convención se logró una distensión entre los puntos de vista contradictorios sobre varias materias. Esta fue particularmente notable en el área que se refiere a la admisión de la inconstitucionalidad como causa de invalidez de un tratado y como excepción a la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Se conciliaron intereses y se reconoció una realidad que no era posible soslayar.

A pesar de los esfuerzos que se han hecho para tratar de consolidar la supremacía del derecho internacional y la fuerza vinculativa de sus fuentes, la realidad demuestra que, por múltiples razones, los Estados se empeñan en sostener la primacía de su derecho interno, al menos la de sus normas constitucionales, frente al derecho internacional. Los mismos Estados que sostienen posturas de corte internacionalista suelen oponer la excepción de inconstitucionalidad ante las reclamaciones por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Esta dicotomía entre los ideales del derecho internacional y lo que en realidad es, no aparece únicamente ni de manera privativa en el área de los tratados; se encuentra también, desafortunadamente, en otras áreas de gran importancia en la materia, como son la resolución pacífica de controversias, el derecho de autodeterminación de los pueblos, etcétera. Aun los principios consagrados que han recibido el apoyo unánime de la comunidad internacional sufren violaciones constantes en las relaciones cotidianas entre los Estados.

La situación del mundo actual, el fin de la guerra fría, la unipolaridad, los procesos de integración y de globalización en diferentes latitudes no ha ayudado a terminar con estos problemas. Su importancia y la preocupación que suscitan puede comprobarse por la inclusión del tema "Derecho internacional y derecho constitucional" en los foros internacionales más prestigiados, tales como el XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Atenas en el mes de julio de este año.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En el XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Ate-

## I. LOS TRATADOS Y LA JERARQUÍA ENTRE LOS ÓRDENES

Por lo que respecta a la celebración de tratados, los Estados se encuentran sujetos a la influencia y a las presiones que ejercen sobre ellos diversos factores internos e internacionales. Independientemente de la buena o mala fe de quienes los conciertan, no es difícil que se incurra en irregularidades. Es especialmente importante tener en consideración las condiciones internas de desarrollo de los países, así como su ubicación en el contexto internacional; sus diversas circunstancias políticas, las presiones que se ejercen sobre los países económicamente débiles, las condiciones en que se da fin a un conflicto armado, etcétera, puede inducir a los Estados a contraer compromisos internacionales en forma inadecuada o desventajosa, que pueden tener como consecuencia violaciones o contradicciones con sus normas fundamentales.

La posibilidad de invocar tal contradicción como causa de nulidad del tratado celebrado o como excepción a la responsabilidad que se pudiera fincar contra el Estado por su incumplimiento, fue uno de los problemas más arduos a que se enfrentaron los expertos en la preparación de la convención; se discutió incluso en la conferencia diplomática que la aprobó.

Ni en el seno de una conferencia internacional, ni siquiera en el de una reunión de carácter académico, podía pretenderse llegar a una unificación de criterios. El problema se plantea en el marco de la discusión sobre las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, donde los bloques antagónicos no representan únicamente posturas doctrinales diversas y encontradas, sino que rebasan los límites de la especulación académica y llegan a constituir políticas que se reflejan en el derecho positivo y en las decisiones de las autoridades que resuelven en forma vinculativa los conflictos internacionales.

Sin embargo, esta dificultad no puede esgrimirse como fundamento para desconocer el problema o evitar su discusión. El argumento de que las razones de unos anulan los fundamentos de los otros no puede sostenerse.

nas, Grecia, en el mes de agosto de 1994, se discutió ampliamente el problema de constitucionalidad de los tratados en el marco de la Convención de Viena y de la situación real imperante en la mayoría de los derechos nacionales respecto de la importancia de las disposiciones constitucionales respecto de la aplicación interna de los tratados. Fue manifiesta la divergencia de criterios y la falta de acuerdo entre la postura internacionalista en extremo de la relatora general, la doctora Soler, y la de los ponentes nacionales y los participantes que enfocaban el problema desde un punto de vista más realista.

Es cierto que es necesario dotar al derecho internacional de una mayor firmeza y seguridad para promover las relaciones entre Estados y la convivencia internacional; pero también lo es que los Estados necesitan conservar su identidad, su soberanía y sus posibilidades de autodeterminación, aun en presencia de procesos de integración como los que actualmente se viven. Sólo el respeto a sus normas fundamentales puede garantizar esta situación.

En el estado actual de cosas el problema no puede resolverse si se plantea desde una perspectiva abstracta y general. Si se pretende determinar cuál de los órdenes es más importante, a cuál debe otorgarse mayor jerarquía o de qué manera se subordinan el uno al otro, en lugar de encontrar soluciones, se hallarán conflictos. Debe afrontarse la realidad y partir del enfoque que dé su justo valor a cada proposición. Debe encontrarse un punto medio adecuado para mantener la fuerza imperativa del derecho internacional, pero dar cabida, en forma excepcional, a la posibilidad de hacer valer el derecho interno como factor determinante para impugnar la validez de un tratado, justificar el incumplimiento de las obligaciones contraídas o denunciarlo. El derecho comparado demuestra que no se puede forzar la realidad.<sup>2</sup>

El considerar que algún tipo de acuerdos internacionales forma parte de una categoría independiente no evita el que se pueda plantear su inconstitucionalidad. Cuando se propone la existencia de un derecho supranacional, conformado por las normas del derecho internacional privado uniforme de origen convencional, sobre todo en materia mercantil, se trata de resolver los problemas de contradicción entre tratados y legislación interna ordinaria, problemas de hermenéutica, de simple aplicación.

En estos casos la solución puede ser funcional. Pero si se presenta un problema de constitucionalidad, el conflicto cambia de dimensión, de estrato jurídico; la categoría de derecho supranacional queda subordinada necesariamente a la norma fundamental. Solamente una reforma constitucional que cediera la soberanía en la materia a un organismo internacional o que modificara la relación de jerarquía entre los tratados

<sup>2</sup> Con excepción de los países de la Comunidad de Europa que, por razones de su integración, establecen constitucionalmente la superioridad de los tratados de la comunidad sobre sus propias Constituciones, son muy pocos los Estados que aceptan otorgar mayor jerarquía a los tratados aun sobre su Constitución. Entre ellos puede mencionarse a Holanda, antes de su integración a la Unión.

y la Constitución podría resolver la situación. Ambas soluciones son situaciones de prever en el corto plazo.<sup>3</sup>

## II. NATURALEZA DEL PROBLEMA

La gravedad del problema de la inconstitucionalidad de los tratados deriva de la falta de uniformidad de criterios y de las contribuciones que se presentan tanto en la doctrina como en los precedentes internacionales respecto de ella.

## III. LA DOCTRINA

Los autores que sostienen la primacía absoluta del derecho internacional consideran que en las relaciones internacionales únicamente son aplicables sus reglas y principios y que, por tanto, el derecho interno resulta irrelevante.

Para ellos, el derecho internacional determina la forma y requisitos en que los Estados pueden contraer obligaciones a través de tratados, las condiciones para que éstos sean reputados como válidos. Las dificultades que se presentan en el derecho interno, las posibles contradicciones con sus normas o la responsabilidad en que pueden incurrir los Estados por la imposibilidad de cumplir la obligación contraída, no pueden y no deben tomarse en consideración.

Remiro Bretons sintetiza los argumentos que se han dado para justificar esta postura:

- a) la complejidad e incierta aplicación del derecho interno crearía un peligro demasiado grave para la seguridad de las relaciones internacionales;
- b) los otros contratantes, cuya buena fe es digna de protección, no tienen por qué soportar las consecuencias de vicios internos de los que no son responsables; en todo caso el Estado que incurre en inconstitucionalidad es culpable de un ilícito para el que no hay mejor reparación que el mantenimiento de validez del tratado;
- c) ha de confiarse en la ostensible autoridad de órganos que acep-

<sup>3</sup> En relación con el concepto de derecho supranacional ver: David, René, *Le droit du commerce international*, París, Economica, Coll. Études juridiques comparatives, 1987, pp. 49-54; Jünger, Friedrich K., *Choice of Law and Multistate Justice*, Netherlands, Martins Nijhof Publ., 1993.

tan obligaciones en nombre del Estado y presumir que actúan de conformidad con su Constitución;

d) juzgar acerca de la regularidad constitucional de los actos del representante de un Estado extranjero es, en términos objetivos, una tarea difícil, dadas las características de las reglas pertinentes, escasas, genéricas y de la prolija y desigual práctica a la que han dado lugar. Esta dificultad aumenta en la contratación multilateral;

e) la indagación sobre la constitucionalidad de la tramitación de la celebración de un tratado en otro Estado es una impertinencia, un acto inamistoso, y hasta puede convertirse en una injerencia, un acto de intervención en asuntos internos;

f) la alegación de inconstitucionalidad puede ser una excusa para evadir los compromisos asumidos por un gobierno que no gustan a su sucesor, y

g) admitir la concepción internacionalista equivale a eliminar la semilla de futuras controversias.<sup>4</sup>

Los internistas, por su parte, señalan que el derecho internacional regula casi todas las cuestiones relativas al derecho de los tratados, su formulación, las condiciones de su cumplimiento, sus efectos, etcétera, pero deja al derecho interno de cada Estado la determinación de la forma de obligarse, la competencia de sus órganos y el procedimiento que éstos deben seguir. Por tanto, en el ámbito internacional, es imprescindible tomar en cuenta estas disposiciones para efectos de la validez del tratado en este ámbito, independientemente de sus efectos internos.

Los argumentos que sostienen esta tesis pueden resumirse como sigue:

a) El principio de autodeterminación del Estado por lo que respecta a su organización interna es indiscutible, por lo tanto debe admitirse que los mecanismos que lo regulan tengan relevancia en el nivel internacional;

b) No puede alegarse la imposibilidad o la dificultad de conocer el derecho interno de otro Estado, cuando se cuenta con canales diplomáticos para obtener la información necesaria y con publicaciones y colecciones accesibles en las que ésta se publica con toda veracidad;

c) La declaración de nulidad de un tratado en el orden interno pone en entredicho su ejecución y podría provocar un conflicto de sistemas;

d) El reconocimiento de la nulidad de un tratado por violaciones al derecho interno no debe confundirse con la eventual responsabilidad del Estado por el perjuicio causado a otros Estados que hayan actuado de buena fe.

<sup>4</sup> Bretons, Remiro, *Derecho internacional público*, t. II, pp. 154 a 157.

e) La consideración del derecho interno en el orden internacional constituye una garantía para asegurar el cabal cumplimiento de los acuerdos internacionales, y una protección para evitar las consecuencias de las presiones e intervenciones de unos Estados en otros en la conclusión de tratados;

f) Constituye una forma de respaldar los controles democráticos sobre la acción internacional del Estado;

g) Los abusos que puedan cometerse al alegar la violación al derecho interno como causa de nulidad de los tratados y las controversias que se pretenden eliminar al desconocer esta posibilidad, se presentarán de todos modos y no se contará con los medios adecuados para hacerles frente.<sup>5</sup>

Los argumentos que fundamentan estas posturas se han depurado, las posiciones extremas se han matizado y han dado paso a actitudes moderadas y a tesis eclécticas que pugnan por un desarrollo del derecho internacional apegado a la realidad. Los autores que las sostienen pretenden mantener el principio de seguridad en las relaciones internacionales y el respeto a la buena fe de los Estados contratantes, pero reconocen la necesidad de configurar como causa de nulidad las violaciones al derecho interno, siempre que éstas sean susceptibles de ser conocidas por los demás Estados y que se trate de violaciones a normas fundamentales del derecho interno, rubro en el que se comprenden tanto las disposiciones de carácter material como las formales o de procedimiento.<sup>6</sup>

#### IV. LOS PRECEDENTES INTERNACIONALES

Los tribunales internacionales, tanto los jurisdiccionales como los arbitrales, han tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Los precedentes muestran una constante:

— El problema se presenta con relativa frecuencia;

— Los Estados hacen valer la inconstitucionalidad de los tratados o su contradicción con el derecho interno, como excepción para evitar la responsabilidad por su incumplimiento;

— No existe un sometimiento tácito de los Estados a principios que consagren la primacía del derecho internacional;

<sup>5</sup> Seara Vázquez, "Los conflictos de la ley nacional con los tratados internacionales", en *Comunicación mexicana al VII Congreso de Derecho Comparado*, México, Upsala, serie D, Cuadernos de Derecho Comparado, núm. 6, 1966, y *Derecho internacional público*, 12a. ed., México, Porrúa, 1988, pp. 46 y 47.

<sup>6</sup> Entre los autores que sostienen una postura ecléctica puede mencionarse a Lord MacNair, cuya obra *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, es de consulta obligada.

- Las soluciones de controversias en el nivel internacional no muestran una línea clara y constante;
- Las variantes en las resoluciones no se presentan por épocas, ni denotan alguna influencia evidente;
- Las resoluciones parecen responder a las particulares circunstancias y condiciones de la controversia.<sup>7</sup>

En la Convención de Viena se logró, al menos en principio, resolver esta situación de indefinición, atendiendo a una realidad concreta. No puede considerársele solamente como un documento de transacción, aunque es evidente que fue el resultado de una solución conciliatoria. Marca la posibilidad del inicio, por vía de interpretación, para reformular las posturas contradictorias y dar un tratamiento diferente al problema.<sup>8</sup>

## V. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA CONVENCIÓN

En el análisis de los debates que se sostuvieron en las conferencias diplomáticas para la formulación del texto del tratado, se observa con claridad que las posturas rígidas fueron avaladas por muy pocos; la tendencia fue la de llegar a una solución intermedia.

Los Estados participantes acordaron definitivamente apoyar y mantener el principio de obligatoriedad del derecho internacional por encima de los ordenamientos jurídicos de los Estados. Pero este principio no conservó su carácter absoluto. La importancia del derecho interno fue reconocida y se aceptaron ciertas excepciones, limitadas, expresamente establecidas en el texto del tratado, para evitar consecuencias demasiado gravosas para todos, debidas al incumplimiento de las obligaciones internacionales por la inconsistencia interna del acuerdo.

<sup>7</sup> La jurisprudencia internacional se ha manifestado con más frecuencia por la primacía del derecho internacional; sin embargo, ha aceptado en varios casos la prevalencia de decisiones que sostienen el criterio contrario. Ver Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, pp. 65 y ss.; Sorensen, Max, *Derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 195 y ss.

<sup>8</sup> Esta situación se hizo evidente sobre todo en las discusiones sobre el texto del artículo 46 de la Convención que sufrió varias modificaciones hasta lograr el acuerdo. Ver *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*. Primer período de sesiones: Viena 26-III a 24-V-1968. Documentos Oficiales. Actas resumidas, Nueva York, Ed. Naciones Unidas, 1969. Particularmente la 43a. sesión, pp. 262 a 271.



Se consagró la solución internacionalista pero, a propuesta de la delegación de Paquistán, el artículo original del proyecto, que era muy enfático, se dividió en dos disposiciones: una que contiene el principio de obligatoriedad general de cumplimiento y otra que se refiere al papel del derecho interno respecto de la observancia de los tratados, y que reafirma el principio de superior jerarquía del derecho internacional.<sup>9</sup>

Aun cuando se argumentó en favor de mantener éste como principio único, en virtud de que varias decisiones de tribunales de arbitraje internacional, y del propio Tribunal Permanente de Justicia Internacional así lo consideran, y que se quiso hacer valer su carácter consuetudinario, la propuesta no prosperó.

Fue necesario aceptar que también existen precedentes de las mismas instancias internacionales en los que se resolvió, con fundamento en el derecho interno, la nulidad de la obligación contraída y se excusó al Estado de su cumplimiento.<sup>10</sup>

En este sentido se hizo notar la evidencia del derecho comparado, que demuestra que la mayor parte de los sistemas jurídicos actuales no reconoce la superioridad de los tratados sobre sus normas constitucionales.<sup>11</sup>

Esta situación se reflejó tanto en las discusiones de las comisiones como en las de la plenaria, al grado de que se optó por introducir una excepción al principio general, que más que una transacción debe considerarse como un reconocimiento de que la realidad no corresponde al

<sup>9</sup> La enmienda propuesta por Pakistán se aprobó en la 72a. sesión de la Conferencia, el 15 de mayo de 1968. Ver *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados*, op. cit.

<sup>10</sup> A este respecto pueden mencionarse como ejemplos las resoluciones dictadas por la Comisión Especial de Reclamaciones México Francia, en el asunto de Georges Pinson en 1928 (ver *La réparation des dommages*, París, 1933, pp. 72 y 73). Cit. por César Sepúlveda en su *Derecho internacional público*, 15a. ed., México, Porrúa, 1988, p. 71; y la del Tribunal Internacional de Justicia el 28 de noviembre de 1958 en el caso Boll, sobre la aplicación del Convenio sobre Tutela de Menores entre Países Bajos y Suecia, ver C.I.J. *Recueil*, 1958, pp. 55 y ss.

<sup>11</sup> En el derecho constitucional comparado se observan diferentes tendencias: a) Estados que reconocen la superioridad del derecho internacional respecto de su legislación interna, de manera expresa, pero la refieren a las normas generales del derecho internacional o la limitan a las relacionadas con la paz y la seguridad; b) Estados que equiparan la jerarquía de las normas internacionales con las de su derecho interno, que es quizá la más frecuente; c) Estados que distinguen entre el derecho internacional consuetudinario y el que deriva de los tratados y otorgan diferente jerarquía a cada uno de ellos; d) Estados que reconocen una primacía del derecho internacional sobre el interno, en general, como Holanda y Alemania o en casos especiales: países de la Comunidad Europea.

ideal internacionalista de la validez suprema de ese orden frente a los sistemas nacionales.

En varias ocasiones, diferentes delegaciones expresaron sus objeciones, y eventualmente la necesidad de abstenerse de participar en la votación de cuestiones relacionadas con estos temas, por el hecho de que sus Constituciones y sus ordenamientos internos establecen expresamente la subordinación de los tratados y convenciones internacionales a las normas constitucionales. Éste fue el caso de Venezuela y el de Noruega en las sesiones en que se discutió el principio general y en la relativa al artículo 46.<sup>12</sup>

Disposiciones de esta naturaleza son muy comunes en los ordenamientos internos; generalmente traen aparejada la posibilidad de ejercer un control constitucional de los tratados que, en última instancia, no permitiría su aplicación por las autoridades locales y haría incurrir al Estado en responsabilidad por incumplimiento. En estas condiciones los Estados no pueden comprometerse, dado que no estarían en posibilidades de cumplir.<sup>13</sup>

Se hizo notar una circunstancia adicional: algunos ordenamientos internos, no siempre de nivel constitucional, establecen restricciones respecto de materias que no pueden ser objeto de acuerdos internacionales, en virtud del interés del Estado por proteger y controlar especialmente el área en cuestión. En ocasiones se trata de restricciones temporales, pero esto no impide que pueda presentarse un problema de carácter similar a los comentados.<sup>14</sup>

Con estos antecedentes se entró al análisis del artículo 46 (43 del proyecto) que, como era de suponerse, fue objeto de una prolongada discusión. Se propusieron siete enmiendas al texto elaborado por la co-

<sup>12</sup> Ver 78a. sesión de la Comisión Plenaria de la Conferencia de Naciones Unidas, *op. cit.*, del 20 de mayo de 1968, pp. 509 y 510.

<sup>13</sup> Éste es el caso de la Constitución mexicana. El artículo 133 de la misma señala: "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 aprobación del Senado, serán la Ley suprema de toda la Unión [...]".

<sup>14</sup> Éste es el caso de las llamadas normas de aplicación inmediata, reconocidas por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Boll*, *supra*. Cfr. Francoscakis, Philip, "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966, pp. 1 a 18; Batiffol, Henri, "L'arret *Boll* de la CIJ", *Revue Critique de Droit International Privé*, 1959, pp. 259 a 276.

misión. De ellas, solamente una consideró que debía suprimirse la excepción al principio de supremacía absoluta del derecho internacional y, por tanto, desestimarse la violación del derecho interno de los Estados como una causa de nulidad del tratado.

En efecto, Japón y Paquistán presentaron en forma conjunta una enmienda en la que proponían la supresión de la última frase del artículo, con base en los siguientes argumentos:

— No debe debilitarse el principio de *pacta sunt servanda* introduciendo excepciones;

— Debe favorecerse la estabilidad de los tratados a través de la supremacía del derecho internacional;

— La complejidad e incertidumbre en la aplicación del derecho internacional constituye un riesgo que no debe permitirse;

— Es difícil pedir a los Estados contratantes que conozcan el derecho de otros Estados que pudieran ser parte en el tratado;

— La formulación del artículo 46, tal como la propone la comisión, es contraria a la voluntad expresada por los cincuenta y cinco países que votaron en favor del mencionado principio, sin que hubiera ningún voto en contra.

En el debate, estos argumentos fueron apoyados y complementados por otros países. Se insistió en los argumentos generales sustentados por las doctrinas internacionalistas. Se hizo hincapié en que la redacción propuesta crearía controversias y dificultades innecesarias que se evitarían con una formulación más simple y sin excepciones.<sup>15</sup>

A pesar de todo, los proyectos de enmienda presentados no implicaron la supresión de ninguno de los párrafos del artículo ni de ninguna de sus frases, por lo que habría que suponer que, a pesar de las críticas, las delegaciones estaban, en el fondo, de acuerdo y en favor del proyecto. Finalmente la votación confirmó esta situación.

Como lo expresaron los delegados, de mantenerse una posición rígida a este respecto se dejaría sin resolver un problema que no puede soslayarse, pues si bien la tendencia hacia el fortalecimiento del orden internacional es clara, es también evidente que los Estados cuyas Constituciones o normas fundamentales contienen disposiciones diferentes o contrarias a

<sup>15</sup> Apoyaron esta postura Suecia, Camboya, Chipre, Francia y Suiza. Se reforzaron los argumentos en contra del proyecto. Gran Bretaña y Australia se pronunciaron por mantener el principio de los artículos 26 y 27.

la jerarquía superior del derecho internacional no pueden aceptar una regulación tan drástica.<sup>16</sup>

## VI. LA CONVENCIÓN DE VIENA

La importancia de la Convención radica en lo adecuado de la solución por la que se optó. Se actuó respetando la realidad que se observa en la comunidad internacional y se plasmó ésta en el texto de la Convención.

Mientras que, por una parte, el artículo 26 consagra el principio *pacta sunt servanda*, y el 27 establece que el derecho interno no puede ser invocado como causal de incumplimiento unilateral de un tratado; por otra, el artículo 46 dispone que las violaciones a las normas fundamentales de un Estado pueden ser alegadas como justificación del incumplimiento del compromiso contraído.

La regla general se estableció en los artículos 26 y 27:

— “Un tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

— “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Las excepciones se formularon de dos diferentes maneras:

— En el artículo 46, expresamente, incluso a través de una referencia a la disposición que contiene la regla general:

El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio del consentimiento, a menos que esa violación se manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

— Y, en el artículo 47, que se refiere a la actuación de un órgano de representación del Estado que no ha respetado las restricciones específicas que se impusieron a los poderes concedidos, o que ha incurrido en un error respecto de su competencia. Esta disposición se incluyó en el capítulo correspondiente a los vicios del consentimiento, pero en el fon-

<sup>16</sup> La delegación de Gran Bretaña fue especialmente enfática a este respecto. Ver 48a y 72a. sesiones, *op. cit. supra*.

do, los supuestos que contempla también constituyen infracciones a las normas internas de carácter fundamental y, en la mayoría de los casos, a las normas constitucionales.

Aun cuando el último caso no pudiera considerarse como una verdadera excepción al principio porque se trata de situaciones que se han reconocido siempre como limitantes de responsabilidad. Su naturaleza permite incluirlo, si no como una novedad en el tratamiento del tema, sí como elemento sustancial de las excepciones a la responsabilidad de los Estados, íntimamente relacionada con la que se refiere a la constitucionalidad de los tratados. En estos casos se trata de una violación al procedimiento de conclusión del tratado, materia que, en lo general, forma parte de la disposición del artículo 46.

Se establecen requisitos indispensables para que un supuesto se considere comprendido dentro de las hipótesis normativas que constituyen una excepción:

1. Debe probarse que el acto constituye una violación al derecho interno.

Se admite la excepción en dos casos: por violaciones a la Constitución o a normas internas, no necesariamente constitucionales, siempre que se trate de disposiciones que tengan un carácter fundamental para el sistema.

La excepción puede ser alegada sólo por el Estado afectado, ya que se considera como una causa de invalidación; nunca por terceros Estados, como sucede cuando se trata de causales de nulidad absoluta.<sup>17</sup>

Este carácter debe ser valorado por el órgano al que corresponda emitir la resolución al respecto, es decir, a la Corte de La Haya. Pero podría considerarse también la posibilidad de que la valoración sea hecha por el órgano competente del Estado parte que resulte afectado por el incumplimiento, antes de acudir a la instancia internacional. En todo caso, siempre será necesario que se pruebe a satisfacción las características de la violación, no sólo respecto del tipo y la jerarquía de la norma de que se trata, sino también de que se cumplen los otros requisitos que la Convención exige.

2. Es necesario que la violación sea manifiesta, es decir, que sea conocida o susceptible de ser conocida por otro Estado parte.

A este respecto el profesor Mac Nair ha sostenido que no pueden defi-

<sup>17</sup> Jiménez de Aréchiga, *Curso sobre el derecho de los tratados*, México, UNAM, 1970, p. 44.

nirse como no manifiestas las violaciones a disposiciones constitucionales; por lo menos las contenidas en una Constitución escrita.

Es común a todos los sistemas jurídicos que se exijan requisitos para la celebración de un tratado y que exista un procedimiento para ello; tales normas deben considerarse de notoriedad internacional; no puede alegarse su desconocimiento.

Lo mismo puede afirmarse respecto de las limitaciones específicas que se imponen a la competencia de un órgano, cuando éstas constan de manera pública e inequívoca.<sup>18</sup>

3. La violación debe estar relacionada con disposiciones relativas a la competencia del órgano o a la restricción específica a los poderes concedidos.

Respecto de la competencia del órgano, pueden contemplarse diferentes supuestos:

— Que el órgano no cuente con plenos poderes y por tanto el tratado que celebre no tenga validez.

No puede presentarse la excepción de inconstitucionalidad cuando quien firma el tratado es el titular del Poder Ejecutivo, el jefe de Estado o el ministro de Relaciones Exteriores; en estos casos la capacidad del sujeto es inherente al cargo, por tanto, tienen carácter de representantes del Estado sin necesidad de acreditar sus plenos poderes.

En el caso de que se trate del titular del Poder Ejecutivo de un gobierno *de facto*, que no cuenta con la legitimidad interna ni con el reconocimiento internacional de los otros Estados que suscriben el convenio, en principio no se admite la posibilidad de excusar su incumplimiento por inconstitucionalidad, dado que el derecho constitucional que debe observarse, a decir de Jiménez de Aréchiga, es el vigente en el momento en el que se celebra el acuerdo, y no el que estaba anteriormente en vigor. Sin embargo, debe reconocerse la posibilidad de que pueda presentarse la excepción en algunos casos.<sup>19</sup>

La excepción también puede presentarse cuando no se solicita al funcionario que dice representar al Estado la exhibición de los poderes de que está investido.

<sup>18</sup> Lord MacNair, *op. cit.*, pp. 62, 66 y 68. La discusión sobre este punto en las sesiones de la conferencia de Naciones Unidas permiten determinar los alcances de esta frase.

<sup>19</sup> Sørensen, Max, *op. cit.*, pp. 208 a 211; Jiménez de Aréchiga comenta este caso en relación con los tratados celebrados por México en Niagara Falls, *op. cit.*, p. 47.

— Que el procedimiento interno de ratificación no se haya cumplido. Este procedimiento puede consistir en la intervención de otro órgano, además del facultado para firmar el acuerdo, con objeto de ejercer un control de carácter político o jurídico y de revisar las obligaciones que se contraen. En algunas ocasiones se trata de la aprobación por el órgano Legislativo, en otras de la emisión de una ley que incorpore el tratado al orden jurídico interno.

En estos casos, como antes se mencionó, las disposiciones constitucionales se consideran notorias. Por una parte este tipo de requisitos es común a todos los sistemas; por otra, los Estados tienen todos los medios necesarios para allegarse la información necesaria al respecto. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas lo reconoce así en su artículo 110 que establece que, en cuanto a los requisitos para la celebración de los tratados, debe estarse a las disposiciones de su derecho interno.

El mismo criterio se aplica cuando un ordenamiento jurídico interno prevé la existencia de diferentes tipos de acuerdos internacionales y establece procedimientos diversos de celebración y ratificación para cada uno de ellos. Esto sucede en un buen número de países como en Estados Unidos, Francia, España.

En el caso de México, debe hacerse notar la irregularidad de la situación creada por la promulgación y publicación de la Ley sobre la Celebración de Tratados del 2 de octubre de 1992. En ella se crean los llamados “acuerdos interinstitucionales”, que pueden ser celebrados por los secretarios de Estado, los gobernantes de las entidades federativas, los presidentes municipales y otras autoridades secundarias con sus homólogos en países extranjeros. Estos acuerdos internacionales no requieren de la aprobación del Senado; es suficiente con que cuenten con un dictamen aprobatorio y su registro ante la Secretaría de Relaciones Exteriores para producir todos sus efectos legales y constituir una obligación internacional.

La situación es delicada. Desde el punto de vista constitucional, solamente el presidente de la República está facultado para celebrar tratados y convenciones internacionales; ésta es una facultad exclusiva del Poder Ejecutivo federal que está sujeta al control del Senado, mediante la facultad que la propia Constitución le otorga para aprobar dichos acuerdos internacionales.

La Constitución no prevé la existencia de ningún otro tipo de documento que permita asumir a las autoridades contraer para el Estado una obligación internacional.

Con anterioridad a la publicación de esta ley se presentaba ya una situación irregular al respecto. Existía la práctica establecida de celebrar “acuerdos ejecutivos” por el presidente para contraer compromisos internacionales sin la debida aprobación del Senado. Tales acuerdos ejecutivos eran, evidentemente, contrarios a la Constitución: no estaban previstos en la Constitución, eran suscritos por funcionarios carentes de facultades y no contaban con la aprobación del Senado. Respecto de los problemas que con ellos se presentarían, era evidente la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 46 de la Convención de Viena.

A partir de la publicación de la Ley sobre la Celebración de Tratados esta posibilidad se extingue y el problema se magnifica; no porque se hayan creado instrumentos nuevos de carácter constitucional, ni porque la ley convalide la inconstitucionalidad de los acuerdos, sino porque la misma ley impide la posibilidad de recurrir a la excepción de inconstitucionalidad cuando sea el caso: desvirtúa las características de notoriedad y de violación manifiesta a la Constitución de tales acuerdos.

Sin embargo, existen posibilidades reales de que las obligaciones contraídas a través de tales acuerdos no puedan cumplirse, dado que las autoridades judiciales podrían impedir su aplicación por su carácter inconstitucional.

El supuesto de la excepción se presentaría también en el caso de un tratado celebrado por la autoridad competente de un estado federal, cuando no hiciera la consulta previa exigida por la Constitución a los Estados miembros o no recabara de ellos la aprobación respectiva y comprometiera al país sin hacer la reserva de la cláusula federal.

En el segundo supuesto, respecto de las restricciones impuestas a las facultades del órgano competente, deben considerarse varios casos:

— Las limitaciones constitucionales impuestas específicamente, sobre alguna materia, al poder general de celebrar tratados por los órganos competentes.

En términos generales, los Estados son libres para limitar las facultades de sus órganos para la celebración de tratados, y estas limitaciones se consideran como notorias porque generalmente están previstas en el texto de la Constitución. Los Estados no quedan vinculados si estas limitaciones no se respetan.<sup>20</sup>

Éste sería el caso de tratados celebrados por México sobre extradición de reos acusados de la comisión de delitos políticos, en contra de lo que

<sup>20</sup> Lord MacNair, *op. cit.*, p. 63.



establece el artículo 15 de la Constitución; o cuando los tratados en cuestión modifiquen la regulación de los derechos fundamentales garantizados por la propia Constitución.

— En el Estado federal, las limitaciones que derivan de las normas de distribución de competencias, en los casos en que las entidades federativas tienen facultades para celebrar tratados sobre determinadas materias.

Aun cuando la regla general respecto de los Estados complejos es que la capacidad de celebrar tratados es un atributo de la soberanía y, por lo tanto corresponde a las autoridades centrales la competencia a este respecto, en varios Estados federales y confederados se establece constitucionalmente la posibilidad de que las entidades federativas ejerzan este tipo de facultades.

En estos casos se trata siempre de una situación de excepción y, por lo tanto tales facultades son limitadas a cierto tipo de acuerdos, como en el caso de la Constitución de Estados Unidos, que sólo les permite celebrar pactos o acuerdos, pero no tratados; o bien se permiten respecto de algunas materias en particular, como sucede en la Constitución de Suiza.<sup>21</sup>

La excepción de inconstitucionalidad podría presentarse cuando una de las dos instancias de poder sobrepasara los límites señalados constitucionalmente a su competencia. Sería, por contra, inaceptable cuando los poderes centrales no tuvieran limitación alguna respecto de la celebración de tratados sobre materias que corresponden, en principio, a los Estados, pero sobre las cuales éstos no puedan contraer compromisos internacionales, como es el caso de México.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Max Sørensen hace referencia a los casos de la Constitución de Suiza y del artículo 10 de la Constitución de Estados Unidos. Señala también que en el imperio británico las autoridades del gobierno de Gran Bretaña no tenían capacidad para comprometer en un tratado a las colonias o territorios dotados de órganos legislativos y ejecutivos, sin consultarlos previamente, *op. cit.*, pp. 205 y 234.

<sup>22</sup> Los diferentes criterios que se han sostenido respecto de este problema pueden consultarse en: Arteaga Nava, Elisur, "Facultades de los poderes federales en materia de relaciones exteriores", *Revista Alegatos*, núm. 19, México, 1991; Díaz, Luis Miguel, "Tratados internacionales y la Constitución", *Anuario Jurídico*, X, México, UNAM, 1983, pp. 38 y ss.; Ortiz Alhf, Loretta, "Comentarios sobre algunos problemas de derecho internacional público", en *Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, UAM-A, 1992, pp. 169 y ss.; Trigueros Gaisman, Laura, "Los problemas de aplicación interna de los tratados", *Revista Alegatos*, núm. 10, México, UAM-A, 1988, pp. 140 y ss.; Vázquez Pando, Fernando, "Comentario a la Convención sobre Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías", *Anuario Jurídico*, núm. X, México, 1983; Tri-

## VII. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO FEDERAL

Los problemas que derivan de la violación a la distribución de competencias en el Estado federal no pueden considerarse como objeto de la excepción salvo cuando existen restricciones a las facultades de las autoridades centrales sobre materias específicas. En cualquier otro caso no podría considerarse aplicable el artículo 46, por no tratarse de cuestiones relativas a la competencia.

Un caso que se presenta con frecuencia es el relativo a la posibilidad de que las autoridades federales celebren tratados sobre materias que la Constitución ha considerado reservadas a la competencia de las entidades federativas. En principio puede considerarse que si en la Constitución no existe limitación expresa a la facultad de celebrar acuerdos internacionales sobre tales materias, los órganos pueden hacerlo. Ésta es la situación que prevalece en el derecho mexicano y en el de Estados Unidos, por ejemplo.

El problema se complica cuando se trata del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el tratado, la reglamentación necesaria para hacerlo efectivo, los actos concretos de aplicación por tribunales, respecto de los cuales las autoridades federales generalmente no cuentan con facultades expresamente otorgadas por la Constitución. La solución debe buscarse caso por caso.

Esto sucede particularmente cuando un tratado no puede aplicarse en la esfera local por falta de normas que lo permitan o por ser contrario a la legislación interna de la entidad.

En estos supuestos si las autoridades federales reglamentan el tratado para hacerlo aplicable, o si pretendieran que los términos del acuerdo internacional modifican directamente la legislación local incurrirían en una violación a la Constitución, no por falta de competencia para celebrar el tratado, sino porque no tiene facultades para reglamentario ni posibilidad jurídica de aplicarlo en contra de la legislación local.

Solamente en el caso de que exista prevención constitucional al respecto es posible evitar esta violación. Éste es el caso del derecho estadounidense, en el que se establece que los tratados y las leyes federales tienen jerarquía superior a las leyes locales, y por tanto prevalecen sobre ellas, en caso de contradicción.

gueros Gaisman, Laura, "La restitución internacional de menores. Aplicación interna de una convención", *Revista Alegatos*, núm. 25/26, pp. 41 y ss., México, 1994.

En el derecho mexicano no existe disposición constitucional que establezca esta jerarquía. En efecto, el artículo 133 de la Constitución otorga igual importancia en este punto a los tratados, a las leyes federales y a las locales. La única distinción válida al respecto se refiere a los casos en que cualquiera de estas normas fueran contrarias a la Constitución, caso en el cual debe darse preferencia a la norma constitucional.<sup>23</sup>

Al no existir regulación al respecto, las únicas facultades para reglamentar el tratado son las autoridades locales. Los poderes federales, en caso de hacerlo, incurrirían en una violación a la Constitución por no respetar la distribución de competencias establecida en el artículo 124 de la Constitución.<sup>24</sup>

Por lo que se refiere a su aplicación, el artículo 104, fracción I de la Constitución, señala que los tribunales federales están facultados para aplicar los tratados internacionales. Pero aplicar el acuerdo internacional relativo a una materia de competencia de los estados, en contra de las disposiciones locales, derogándolas o sustituyéndolas, pudiera considerarse como una invasión de competencias en la esfera de los Estados.

Aun cuando los jueces federales cuentan con una innegable competencia desde el punto de vista formal, la competencia material es exclusiva de las entidades.<sup>25</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una resolución reciente, aunque no afortunada, se ha pronunciado por la supremacía de los tratados sobre el derecho interno; ha considerado que las disposiciones de aquéllos derogan la legislación local en forma automática, sin tener en cuenta el precepto constitucional que claramente establece la supremacía de la Constitución, pero no la de los otros órdenes normativos.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Sobre la discusión de la interpretación del artículo 133 de la Constitución, ver: Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 15a. edición, México, Porrúa, 1977, pp. 568 y ss.; Herrera y Lasso, Manuel, *Estudios políticos y constitucionales*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, pp. 113 y ss.

<sup>24</sup> Cfr. Arteaga Nava, Elisur, "Las facultades de los poderes federales en materia de relaciones exteriores", *op. cit.* y *Derecho constitucional. Instituciones federales, estatales y municipales*, t. I, México, Porrúa, en prensa; Trigueros Gaisman, Laura, "Restitución internacional de menores. Aplicación interna de una convención", *Revista Alegatos, op. cit.*, pp. 43 a 50.

<sup>25</sup> Así parecen considerarlo las autoridades de la Secretaría de Relaciones Exteriores quienes, actuando como autoridad central para los efectos de la aplicación de la Convención, han acudido a las autoridades locales para promover la restitución.

<sup>26</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, contradicción de tesis 3/92.

Esta hipótesis de inconstitucionalidad, sin embargo, no puede considerarse como relacionada con el artículo 46 y, por tanto, no exime de responsabilidad al Estado por el posible incumplimiento del tratado.

La consideración anterior debería encuadrarse, en todo caso, como una imposibilidad técnica y jurídica de aplicar el tratado. En todo caso, respecto de esta imposibilidad debe tenerse en cuenta el aspecto competencial que afecta y da origen al problema. No es, desde luego, el sentido que le da la Convención, pero finalmente produce una incapacidad real de cumplimiento de la obligación internacional.

El profesor Mac Nair se refiere a este problema y señala que, efectivamente, la incapacidad de cumplimiento del tratado en estos casos no se admite como causa de nulidad del tratado. Señala que estos problemas son tan importantes como la invalidez de los tratados, pero no han sido suficientemente estudiados y, hasta ahora, no constituyen una excusa para eximir de responsabilidad al Estado.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Lord MacNair, *op. cit.*, pp. 59 y 78.