

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Mientras que por una parte, según principios generalmente aceptados, un Estado no puede ampararse, en su *litis* con otro Estado, en las disposiciones de la Constitución de este último, sino solamente en el derecho internacional y en las obligaciones internacionales debidamente aceptadas, por otra parte, y a la inversa, un Estado no puede aducir su propia Constitución contra otro Estado con el propósito de eludir las obligaciones que le incumben según el derecho internacional o los tratados en “vigor”.¹

SUMARIO: I. *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969)*. II. *Importancia de la Convención de 1969*. III. *Elaboración de la Convención de Viena de 1969*. IV. *Codificación y desarrollo progresivo*. V. *Los tratados y los terceros Estados*. VI. *Interacción entre costumbre y tratado*. VII. *Tratados y acuerdos ejecutivos*. VIII. *Precisiones necesarias sobre las diversas categorías de los Executive agreements*. IX. *Supremacía constitucional*. X. *¿Legalización de los “acuerdos ejecutivos” en México?* XI. *Solución de controversias*. XII. *Significado de “organización internacional”*. XIII. *Finalidad política de la “Ley Mexicana sobre Celebración de Tratados”*. XIV. *Naturaleza jurídica de los “acuerdos interinstitucionales”*. XV. *Validez internacional de los “acuerdos ejecutivos”*. XVI. *Costumbre y reformas constitucionales*. XVII. *Conclusión*.

I. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS (1969)

La premisa básica de este primer apartado se basa en que la mayoría de las cuestiones relativas a la interpretación o aplicación del Tratado de Li-

¹ Cour Permanent de Justice International (CPJI), “Polish Nationals in Danzig”, *Advisory Opinion No. 23*, Series A/B, núm. 44.

bre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá deberán ser despejadas a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

México firmó esta Convención el mismo día de su apertura a firma, esto es el 23 de mayo de 1969, y después de haber sido aprobado por el Senado de la República, fue ratificada el 25 de septiembre de 1974.

El gobierno de Canadá no firmó la Convención de Viena en el periodo señalado conforme a lo dispuesto por la misma, esto es, hasta el 30 de noviembre de 1969, en el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de la República de Austria, y después hasta el 30 de abril de 1970, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Sin embargo, ya sujeta a ratificación o adhesión esta Convención, el gobierno de Canadá depositó su instrumento de adhesión en poder del secretario general de las Naciones Unidas, conforme al artículo 83 de la misma, el día 14 de octubre de 1970.

Por lo que respecta a Estados Unidos de América, de conformidad con el artículo 81 de la Convención, este país firmó el mencionado Tratado el 24 de abril de 1970, pero sin que hasta la fecha (abril de 1992) haya depositado el instrumento respectivo de ratificación en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entró en vigor el 27 de enero de 1980, esto es, después del trigésimo día de haberse depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión. Este “Tratado de tratados” fue aprobado por 79 votos a favor, 19 abstenciones y el muy lamentable voto en contra por parte de Francia, en razón de las disposiciones relativas al *jus cogens*.²

Con ocasión del depósito del instrumento de adhesión por parte de Canadá, el ministro de Relaciones Exteriores de dicho país, formuló la siguiente declaración.

La Convención constituye un tratado de carácter legislativo que establece principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo. Dada

2 Ver *Traités Multilatéraux pour lesquels le Secrétaire Général exerce les fonctions de Dépositaire*, St/Leg/Serd. D/11, Nueva York, 1980, pp. 555-562. Cabe recordar que todo lo relativo a los acuerdos internacionales entre Estados y organizaciones internacionales sería codificado posteriormente por la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados o entre organizaciones internacionales”, adoptada el 20 de marzo de 1986 por los Estados participantes en la Conferencia de Naciones Unidas convocada por la Resolución 39/86 del 13 de diciembre de 1984 de la Asamblea General. Ver también el texto de la Convención de 1986 en *Documents Juridiques Internationaux*, París, vol. 5, núm. 2, 1986, pp. 314-316.

la importancia primordial de los tratados como fuente de obligaciones jurídico-internacionales vinculantes para los Estados, y en razón de la diversidad y del gran alcance del conjunto de tratados complementarios que regulan una gran parte de las transacciones entre los Estados, la presente Convención puede ser considerada en cierta forma como la *base constitucional de la comunidad internacional de los Estados*. No le cede en importancia más que a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.³

Hay que recordar que la Asamblea General de Naciones Unidas tras haber examinado el Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la labor realizada en su decimoctavo periodo de sesiones⁴ que contenía el texto definitivo de un proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, decidió por su Resolución 2166 (XXI), del 5 de diciembre de 1966, que debía convocarse a una conferencia internacional para que examinase el derecho de los tratados e incorporarse los resultados de su labor en una convención internacional.

El primer periodo de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se celebró en la ciudad de New Hofburg, Viena, del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968. El segundo periodo de sesiones de la Conferencia tuvo lugar también en New Hofburg, del 9 de abril al 22 de mayo de 1969, fungiendo en ambos como presidente, el ilustre profesor Roberto Ago.

En el primer periodo de sesiones de la Conferencia estuvieron representados 103 Estados, y en el segundo 110; en ambos estuvieron presentes Canadá, Estados Unidos de América y México.⁵

II. IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN DE 1969

La importancia fundamental de la Convención de Viena de 1969 radica en el hecho, por demás significativo, de que la mayoría de sus disposiciones codifican lo que hasta entonces era únicamente derecho consuetudinario.

3 Ver *Comuniqué de presse No. 18*, Délégation de Canada auprès des Nations Unies, 14 de octubre de 1970 (Las cursivas son mías).

4 *Asamblea General de las Naciones Unidas* (A) 6309, revisión 1 (Rev.) parte II.

5 Ver *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*. Documentos oficiales de la Asamblea de las Naciones Unidas (Doc. of./A) Conferencia (Conf.) 39/11/addendum (Add.), Nueva York, Naciones Unidas, 1971.

Hasta la adopción de esta Convención, las reglas de derecho que se referían a los tratados internacionales estaban contenidas esencialmente dentro de la costumbre internacional.

Ya desde tiempo atrás se había visto la necesidad de codificar dichas reglas con objeto de poder sistematizarlas y conferirles también mayor certidumbre respecto a la norma consuetudinaria. Así, por ejemplo, el derecho de los tratados fue objeto de un estudio en el proyecto elaborado en 1935 por la Harvard Law School. Pero ésta, como algunas otras, no eran sino intentos de codificación privada, sin valor alguno respecto a los Estados desde un punto de vista jurídico. La codificación oficial, en este terreno como en otros, debía presentarse con gran vigor y necesidad, dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas.

III. ELABORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969

La decisión de incluir el derecho de los tratados entre las materias que debían ser codificadas se tenía desde 1949, esto es, desde la primera sesión de la Comisión de Derecho Internacional, en donde se nombró como relator especial al conocido jurista británico James Brierly, después a sir Hersch Lauterpacht en 1952, y posteriormente a sir Gerald Fitzmaurice (1955) hasta que éste fue electo juez de la Corte Internacional de Justicia en el año de 1961; debiendo designarse así a un cuarto relator especial, sir Humphrey Waldock, otro eminente jurista británico.

El nombramiento de sir Humphrey Waldock, coincidió no únicamente con la decisión definitiva de preparar el texto de una convención sobre el derecho de los tratados, sino también con la voluntad y disponibilidad plena de la Comisión para la realización de esta tarea.

Los años que van de 1962 a 1966 puede decirse que fueron los decisivos, en virtud de que los tres primeros informes de Waldock delinearon la fisonomía del proyecto de Convención, en tanto que en los tres sucesivos se tomaron en cuenta todas y cada una de las observaciones formuladas por los gobiernos de los Estados, para corregir la redacción inicial.

En el curso de 227 sesiones, la Comisión discutió y elaboró un proyecto de 75 artículos, que se adoptó al término de la vigésima octava sesión (julio de 1966), para turnarlo después a la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la recomendación de promover una conferencia di-

plomática para el examen del proyecto, con el fin de concertar una convención en la materia.⁶

Uno de los internacionalistas más eminentes en esta materia, el profesor Paul Reuter, ha podido escribir que, como muchos de los instrumentos legales elaborados en la época contemporánea, la Convención de 1969 presenta dos aspectos en contraste: uno muy clásico y el otro innovador.

De entre los dos, dice Reuter, es muy probable que el aspecto clásico predomine sobre el segundo y en alto grado, en la medida que es el principio de la soberanía que permanece situado en el corazón mismo de la Convención, esto es, expresado en el caso concreto, en la fórmula de la voluntad del Estado.⁷

IV. CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO

Hay que recordar que la labor de codificación del derecho internacional dentro del sistema de Naciones Unidas debe acompañarse siempre de un desarrollo progresivo del mismo⁸ con el fin de evitar posibles vacíos jurídicos que puedan presentarse por problemas de reciente aparición.

Sin embargo, en la práctica, las dos tareas de codificación y desarrollo progresivo están a tal grado empalmadas entre sí, que la misma Comisión de Derecho Internacional ha debido renunciar a una nítida distinción de las mismas, ya que en definitiva toda codificación conlleva inevitablemente, por la precisión de términos y la coordinación de las disposiciones que emprenden, un mínimo de desarrollo progresivo del derecho.

Es por ello por lo que debe renunciarse a una visión simplista de una codificación que pudiera suprimir completamente el derecho consuetudinario anterior, pues en realidad lo que se constata es la existencia de relaciones complejas, entreveradas y ambiguas entre los tratados y la costumbre, en

6 Ver Rosenne, Shabtai, *The Law of treaties*, Nueva York, A. W. Sijthoff-Leiden. Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1970, pp. 30-95; Elias, T. O., *The Modern Law of Treaties*, Nueva York, A. W. Sijthoff-Leiden, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1974; Capotorti, Francesco, *Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, Padova-Cedam, 1969; Guardia y Delpech, Marcelo de la, *El derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, La Ley, 1970.

7 Reuter, Paul, *La Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, París, Libraire Armand Colin, 1970, p. 15. Por su parte, el juez T. O. Elias, otra autoridad en la materia, ha dicho a este propósito lo siguiente: “*All expressions of opinion in juristic writings or judicial decisions that are inconsistent with its provisions must be regarded as inadmissible, at least from the date of its coming into force*”, *op. cit.*, p. 7.

8 Artículo 13 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

donde si bien es cierto que la codificación toma como base la costumbre anterior, sin embargo, no va a sustituir a ésta más que en forma parcial, y a la vez, factor muy importante, puede en forma recíproca constituir un punto de partida para la formación de una nueva norma consuetudinaria.⁹

V. LOS TRATADOS Y LOS TERCEROS ESTADOS

La norma *pacta sunt servanda*, según la cual los tratados obligan a las partes y deben ser ejecutados de buena fe, es el principio fundamental del derecho de los tratados.¹⁰

Ahora bien, un tercer Estado es cualquier Estado que no sea parte en el tratado y parece ser unánime el reconocimiento de que, en principio, un tratado no crea ni obligaciones ni derechos para terceros Estados sin que medie su formal consentimiento.¹¹

Esta norma parece tener su origen en el derecho romano, del que se extrajo en la forma de la conocida máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*: los acuerdos no imponen obligaciones ni confieren derechos a terceros.

Sin embargo, en derecho internacional, la justificación de esta norma no se apoya meramente en ese concepto general del derecho contractual, sino en la soberanía y la independencia de los Estados.

Los tribunales internacionales —como señaló la Comisión de Derecho Internacional— han sostenido con firmeza, que en principio los tratados, sean bilaterales o multilaterales, no imponen obligaciones a Estados que no son parte en ellos ni modifican en modo alguno sin su consentimiento sus derechos legítimos.

En el famoso caso de la *Isla de Palmas* (o Miangas) el juez Max Hü-ber, refiriéndose al supuesto reconocimiento de los títulos de España con respecto a la isla sobre la base de tratados celebrados por este país con otros Estados, sostuvo lo siguiente:

Además, aparece evidente que los tratados concertados por España con terceras potencias, en los que reconocía su soberanía sobre las Filipinas, no

9 Ver Ago, Roberto, “La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation” en *Recueil d'études de droit international en hommage a Paul Guggenheim*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Tribune de Genève, 1968, pp. 93-131.

10 Artículo 26, Convención de Viena (CV).

11 Artículo 34, CV.

podían obligar a los Países Bajos [...] cualquiera que sea el verdadero significado de un tratado, no puede ser interpretado en el sentido de que dispone de los derechos de terceras potencias independientes.¹²

Así pues, los tratados concertados por España con otros Estados eran *res inter alios acta*, el asunto que por ley sólo concierne a otros; en tanto que tratados no podían obligar en modo alguno a los Países Bajos.

Por otro lado en derecho internacional, y no obstante lo anterior, es ciertamente posible que un Estado quede obligado por una disposición contenida en un tratado en el cual no es parte en estricto sentido.

En esta hipótesis deben cumplirse dos condiciones para que un tercero pueda quedar obligado: las partes en el tratado han de haber tenido la intención de crear mediante esa disposición una obligación para ese tercer Estado, el tercer Estado ha de haber aceptado expresamente esa obligación.

Cuando se cumplen estas dos condiciones, en realidad hay un segundo *acuerdo colateral* entre las partes en el tratado por un lado, y el tercer Estado, por otro. La verdadera base jurídica de la obligación de este último no es el propio tratado sino el acuerdo colateral.¹³

No obstante, como lo señaló la Comisión en el proyecto de artículos, aun cuando la cuestión se enfoque de este modo, sigue habiendo en estos casos una disposición de un tratado concertado entre ciertos Estados que obliga directamente a otro Estado que no es ni llega a ser parte en el tratado.¹⁴

Otro mecanismo jurídico que puede verse en derecho internacional como una forma de flexibilizar el principio del efecto relativo de los tra-

12 Ver "Island of Palmas case". Parties: Netherlands vs. USA. Arbitrator: Max Hüber (Switzerland), Award: The Hague, April, 1928, en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pp. 850 y 842. Casi al final del laudo el árbitro dijo: "...The inchoate title of the Netherlands could not have been modified by a treaty concluded between third Powers", *idem*, p. 870, párrafo 3o.

13 Ver CPJI, asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País de Gex, París, serie A/B, núm. 46, 7 de junio de 1932, Rec, p. 141.

14 Ver "Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados con sus comentarios", aprobado por la Comisión Internacional en su decimotavo periodo de sesiones, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (ACDI)*, vol. II, 1966. Ver también el comentario al artículo 31 que sería después el artículo 35 de la Convención. Por lo que respecta a la "cláusula de la nación más favorecida", por lo cual un Estado "A" se obliga a conceder a un Estado "B", en cuyo favor se concertó, todas las ventajas que el Estado "A" pueda otorgar a un Estado "C" cualquiera, nosotros somos de la opinión que este tipo de cláusulas (GATT) no constituye una verdadera excepción al principio del efecto relativo de los tratados, sino que en realidad constituye una modalidad de aplicación de los tratados en el tiempo. Ver Cahier, Philippe, "Le problème des traités a l'égard des tiers", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1974, vol. 143, p. 584.

tados, lo podemos encontrar a través de la ampliación o extensión por vía consuetudinaria de las reglas contenidas en un tratado. De esta suerte se pueden explicar ciertos fenómenos como el del reconocimiento general de ciertos *status* territoriales cuyo origen era meramente convencional o contractual.

Así podrían citarse casos como los de la neutralidad de Suiza, prevista por los tratados de Viena de 1815, o la situación particular de la Antártida, resultante del tratado de 1959. El artículo 38 de la Convención de Viena prevé esta extensión bajo *forma de excepción*, declarando que lo dispuesto en la Convención..., “no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocido como tal”.

Sin embargo, es cierto que en muchos de estos casos que se citan no puede decirse con propiedad que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, señaló la CDI, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado como normas obligatorias de derecho consuetudinario.¹⁵

VI. INTERACCIÓN ENTRE COSTUMBRE Y TRATADO

Los dos principales procedimientos de creación de normas internacionales que son el tratado y la costumbre, son fuentes independientes pero situadas sobre un mismo plano jurídico, esto es, que un tratado puede abrogar o derogar una costumbre, y una costumbre a su vez puede abrogar o modificar una regla convencional. En aquellos casos en que una regla consuetudinaria llega a ser el objeto de una codificación, la regla en cuestión adquiere obviamente un doble valor en tanto que será convencional o contractual para los Estados que lleguen a ser parte en el tratado, pero subsistirá a la vez como regla consuetudinaria tanto en rela-

¹⁵ Ver *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados*, A/Conf. 39/11/Add. 2, pp. 53 y 54. La Comisión no creyó que debía incluirse este proceso como un ejemplo de tratado que tiene efectos jurídicos para terceros Estados, al estimar que en estas hipótesis la fuente de la fuerza obligatoria de las normas era la costumbre y no el tratado. No obstante ello, y habida cuenta de la importancia de este proceso, se decidió incluir en el artículo 38 de la CV una reserva de carácter general para excluir cualquier interpretación en el sentido de que la CV rechazara la legitimidad del proceso concerniente a la intervención de la costumbre en la extensión de la aplicación de las normas convencionales más allá de los propios Estados contratantes, *loc. cit.*

ción con estos últimos, como con los Estados que no lleguen a ser partes del tratado.¹⁶

En ausencia de una regla consuetudinaria, una regla convencional que no vincula en cuanto tal más que a los Estados partes en el tratado, puede indiscutiblemente constituir un precedente para el nacimiento de una regla consuetudinaria.

En efecto, como cualquier otra práctica, la práctica convencional, señala el profesor Paul Reuter, puede conducir progresivamente a la conclusión de que una regla es necesaria y que, al insertarla en el conjunto de los tratados concluidos, los Estados expresan una convicción creciente de estar obligados por la misma: la inserción en el tratado de la disposición correspondiente adquiere un alcance tanto declarativo como constitutivo.¹⁷

En los casos relativos a la plataforma continental en Mar del Norte (RFA vs. Dinamarca y RFA vs. Países Bajos), la Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 20 de febrero de 1969, trataba de determinar en un cierto momento, si una nueva regla consuetudinaria, poseyendo un idéntico contenido que el consagrado en el artículo de la Convención de Ginebra de 1958 (artículo 6o.), se había ya cristalizado a partir de dicha Convención.

La Corte comienza por afirmar el principio según el cual una disposición contractual puede servir de fundamento a una regla de carácter consuetudinario:

Al atribuir al artículo 6o. de la Convención la influencia y el efecto indicados, esta tesis equivale manifiestamente a considerarlo como una disposición normativa, habiendo servido de base o de punto de partida a una regla puramente convencional o contractual al origen, se había desde entonces integrado al *corpus* del derecho internacional general, y sería ahora aceptada con ese título por la *opinio juris*, de tal suerte que de ahora en adelante sería oponible incluso a los países que no son y que jamás han sido partes en la Convención. Ciertamente esta situación se encuentra dentro del terre-

16 El artículo 43 de la CV que se refiere a las obligaciones impuestas por el derecho internacional independiente de un tratado, dice a la letra: “La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado o cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de este tratado”.

17 Ver Reuter, Paul, *Introduction au Droit des Traités*, 2^{ème} édition, revue et augmentée, Genève, Publications de l’Institut de Hautes Études Internationales, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 94 y 95.

no de las posibilidades y se presenta de tiempo en tiempo: es incluso uno de los métodos reconocidos por los cuales nuevas reglas de derecho internacional consuetudinario llegan a formarse.¹⁸

De acuerdo con este trascendente fallo de la Corte Internacional de Justicia, para que una norma inserta en un tratado llegue a adquirir el estatus de norma consuetudinaria se requerirá antes que nada que la disposición en cuestión posea: “un carácter fundamental normativo y pueda así constituir la base de una regla general de derecho”. Una participación bastante amplia y representativa en la Convención es suficiente, a condición de que comprenda a los Estados particularmente interesados. Por último, que por breve que haya sido el tiempo transcurrido de la práctica,

ésta haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada, incluidos los Estados interesados, y se haya manifestado un reconocimiento general por el hecho de que una regla general de derecho o una obligación jurídica estuvieren en juego.¹⁹

VII. TRATADOS Y ACUERDOS EJECUTIVOS

En materia de celebración de tratados, el régimen presidencial de Estados Unidos de América se caracteriza por la competencia del Ejecutivo con intervención obligatoria del Senado para conclusión de todos los tratados, de conformidad con el artículo 2o., sección 2, párrafo 2o. de la Constitución Federal de 1787: “El presidente tendrá el poder, con el consejo y consentimiento del Senado de concluir tratados, siempre y cuando éstos reúnan la mayoría de los dos tercios de los senadores presentes”.²⁰

18 “Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord”, Arrêt du 20 février 1969, Cour Internationale de Justice (CIJ), *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, p. 41, párrafo 71.

19 *Idem*, pp. 41-43, párrafos 72, 73 y 74. Para un lúcido análisis de aspectos fundamentales del fallo, ver el estudio de la profesora Krystina Marek, “Le problème des sources du droit international dans l’arrêt du plateau continental de la Mer du Nord”, *Revue Belge du Droit International*, Bruxelles, Edit. Institut de Sociologie Bruxelles, 1970, pp. 44-78. A propósito de la expresión “fondamentalement normatif”, ciertamente desafortunada por su imprecisión, K. Marek señala que lo que probablemente quiso decir la Corte fue que una regla convencional general puede servir de base a un desarrollo consuetudinario, *idem*, p. 58.

20 “He shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the senators present concur”. *The Constitution of the United States*, Nueva York, Edit. Barnes and Noble Inc., 1960, p. 17, with notes by William R. Barnes.

Para la doctrina internacional más autorizada la intervención del Senado en el sistema constitucional norteamericano, va más allá de una simple aprobación. En Estados Unidos el *treaty-making-power* estaría en realidad dividido entre el Senado y el presidente, y se basa conjuntamente sobre dos órganos; de esta suerte intervendría como un verdadero componente del *treaty-making-power*, en la elaboración del contenido de los tratados, concurriendo sobre un mismo pie de igualdad con el presidente en la formación de la voluntad estatal.²¹

Sin embargo, la práctica general en lo referente a la *consulta* al Senado, como un punto previo a la negociación de un tratado, es algo que sin lugar a dudas cayó en desuso, nada menos que casi desde principios del siglo pasado.

De acuerdo al autorizado comentario del constitucionalista Bernard Schwartz y con base en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

no existe un deber constitucional de hacer al Senado su consejero en el proceso de concertación de tratados [...], el poder constitucional del Senado de “aconsejar y consentir” es así, en realidad, sólo el poder de *consentir*. Constitucionalmente hablando, el senado posee únicamente un poder de veto en el proceso de concertación de tratados.²²

No obstante lo anterior, y si bien la idea de los constituyentes estadounidenses fue la de dividir el campo de las relaciones exteriores entre el presidente y el Congreso, con el paso del tiempo, “el veredicto de la historia le ha dado al primero la parte del león”.²³

Es precisamente en el campo de la celebración de los acuerdos internacionales, que la autoridad del Ejecutivo se ha vuelto mucho mayor en la práctica que en lo consagrado en la Constitución.

21 Ver Rousseau, Charles, *Droit International Public*, París, Editions Sirey, 1970, vol. I, pp. 96 y 97. A este propósito Charles Rousseau se basa en la fórmula del secretario de Estado, Clay, para quien, el Senado debía considerársele como constituyendo en verdad: “*a component part of the treaty-making-power*”.

22 Ver Schwartz, Bernard, *Los poderes de gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. del inglés de Julieta Campos, México, Facultad de Derecho, UNAM, 1966, vol. II, p. 144. De acuerdo con la cláusula de la supremacía (artículo 2o.) los tratados están en un plano de igualdad con las leyes del Congreso, ambos son ley suprema de la Nación. Así y de conformidad con la Suprema Corte, un tratado puede abrogar o superar una ley anterior del Congreso, y una ley del Congreso puede igualmente superar o abrogar un tratado anterior, *idem*, pp. 150 y 151.

23 Corwin, citado por Bernard Schwartz en, *Le Droit aux Etats Unis, une creation permanente*, París, Editions Economica, 1979, p. 111.

La concertación de los famosos convenios ejecutivos (*executive agreements*) fue proliferando cada vez más en Estados Unidos, a partir sobre todo de la Segunda Guerra, celebrándose ya sea bajo la autoridad del Congreso, en ejecución de una ley o resolución del mismo, o bien aquellos convenios ejecutivos que son realizados sin que medie ningún tipo de autorización legislativa.

De entre los convenios ejecutivos celebrados por Estados Unidos con autorización legislativa, se suele encontrar una gran cantidad de ellos relativos a derechos de autor, marcas registradas, y acuerdos comerciales. Por lo que toca a los concertados sin autoridad legislativa, puede mencionarse, nada más para recordar los de una particular trascendencia, los acuerdos de Yalta; el armisticio que puso fin a la Primera Guerra Mundial, la rendición militar y el Protocolo de Berlín que concluyó la Segunda Guerra en Europa; la terminación del conflicto coreano, etcétera.²⁴

La razón político-legislativa que está detrás de esta forma de concertación de acuerdos o convenios ejecutivos, que desde el punto de vista del derecho internacional están al mismo nivel que un tratado, ha sido puesta en relieve por el profesor Bernard Schwartz de la siguiente manera:

Un convenio ejecutivo puede permitir al presidente dirigir la política exterior desembarazado del espectro que significa el *veto* del Senado; pero también le permite actuar libre del control legislativo. Y en esto, como en otros campos, el control legislativo es esencial, en nuestro sistema de frenos y equilibrios, para evitar aventuras demasiado audaces del Ejecutivo [...] Por lo que concierne a la Constitución, no hay nada que impida la realización de un convenio ejecutivo referente a cualquier asunto —prácticamente— que pueda ser objeto de negociaciones internacionales.²⁵

Frente a esta proliferación de los *executive agreements* que no son sino acuerdos internacionales en forma simplificada —práctica absolutamente “legalizada” por la Suprema Corte (US vs. Belmont, 1937 y US vs. Pink, 1942)—, el Senado estadounidense emprendería diversos caminos para controlar la acción presidencial, acción que en realidad estaba privando a la Cámara Alta de sus facultades constitucionales en materia de tratados.

24 Ver Schwartz, Bernard, *op. cit.*, pp. 169-176.

25 *Idem*, p. 179. Según este autor, de acuerdo con las delegaciones de la autoridad para contraer convenios ejecutivos, éstos pueden concertarse de tal forma que pueden modificar la ley existente. “Sólo cuando el Presidente actúa sin autorización del Congreso, los convenios ejecutivos contraídos por él están absolutamente sujetos a las disposiciones de las leyes federales anteriores”, *idem*, p. 185.

Así, a principios de la década de los cincuenta, el senador Bricker por una parte, y el senador Knowlanda por la otra, propusieron sin éxito, diferentes enmiendas constitucionales con objeto de someter los *executive agreements* del Ejecutivo a la aprobación del Senado.

Sin embargo, cuando en el año de 1972 se adoptó el *Case Act*,²⁶ el Congreso logró imponer una cierta forma de control parlamentario frente a la actividad presidencial en materia internacional, en aquellos casos en que el presidente pretendiera comprometer a Estados Unidos en alguna otra forma que no fuese la *vía del tratado* de acuerdo al artículo II.

Desde esa fecha, jurídicamente, el presidente está obligado a “notificar al Congreso para efectos de información, todos los *executive agreements* concluidos con terceros Estados.”²⁷

VIII. PRECISIONES NECESARIAS SOBRE LAS DIVERSAS CATEGORÍAS DE LOS *EXECUTIVE AGREEMENTS*

Si hablamos de acuerdos ejecutivos dentro del sistema constitucional estadounidense, es necesario dejar bien esclarecido que la expresión de *executive agreements* es utilizada en por lo menos tres distintas direcciones, para denotar tres diversos procedimientos para su celebración:

1o. Acuerdos ejecutivos celebrados en cumplimiento o de conformidad con un tratado existente.

2o. Acuerdos ejecutivos que se celebran condicionados a la aprobación del Congreso, en ejecución de una ley o resolución del Congreso.

3o. Acuerdos ejecutivos celebrados en cumplimiento únicamente de las facultades constitucionales otorgadas al presidente de la República.²⁸

A. Un acuerdo ejecutivo celebrado con base en un tratado, y siempre y cuando se realice dentro de los límites precisos del tratado, posee la

26 86 Stat. 619.

27 Ver Carreau, Dominique, “Le Président, le Congrès des Etats-Unis et le commerce international: L'exemple d'un conflit constitutionnel mal résolu”, en Burdeau, Georges, *Mélanges*, París, LGDJ, 1977, pp. 497 y ss. Ver Mullen, F. William, *Presidential Power and Politics*, Nueva York, Edit. S. T. Martin Press, 1976. “The virtually imperial manner in wich presidents since Truman have conducted foreign policy, however, has lead to several attempts to assure congressional (and especially senatorial) participation in the framing of that policy”, *idem*, p. 245.

28 Ver Covey, Oliver T., “Editorial Comment”, *American Journal of International Law* (AJIL), Washington, D.C., vol. 55, pp. 437-440. Es claro que ninguno de estos acuerdos ejecutivos está sujeto al proceso formal de celebración de tratados que especifica al artículo 2o., sección 2, cláusula 2a., de la Constitución estadounidense.

misma validez y efecto que el tratado en sí, y está sujeto a las mismas limitaciones constitucionales.

Derivando uno de sus elementos de la supremacía constitucional, el acuerdo ejecutivo prevalecerá sobre toda ley estatal que sea inconsistente con el mismo, y se conforma a la regla consuetudinaria que favorece al instrumento que se ha celebrado posteriormente en tiempo, en caso de que sea inconsistente frente a una ley federal.

Un ejemplo de este tipo de acuerdos ejecutivos lo encontramos en los innumerables acuerdos que celebra Estados Unidos para complementar derechos y obligaciones dentro del marco de la Organización del Tratado del Atlántico del Norte (OTAN).²⁹

B. Un acuerdo ejecutivo congresional (*congressional executive agreement*), se basa en un previo o subsecuente acto del Congreso por el que se autoriza ya sea la conclusión de un acuerdo, o bien otorgando una facultad general para la acción ejecutiva requerida internacionalmente para instrumentar la legislación en cuestión.

En principio, el acuerdo debe estar basado dentro del marco de los poderes conjuntos conferidos al Congreso y al presidente para poseer una validez constitucional.

La mayoría de los acuerdos ejecutivos celebrados por Estados Unidos caen dentro de esta categoría y, como su contraparte anterior, un *congressional executive agreement* sobreesee toda ley estatal que no sea concordante; igualmente, se rige por la norma consuetudinaria que favorece el instrumento celebrado con posterioridad, en caso de una incongruencia con una ley federal.³⁰

C. Los acuerdos ejecutivos celebrados únicamente bajo la autoridad constitucional conferida al presidente (*sole executive agreements*), son aquellos realizados sin referencia alguna a un tratado o autoridad estatutaria, esto es, concertados exclusivamente sobre la base de los poderes constitucionales conferidos al presidente como jefe del Ejecutivo y comandante en jefe (*Commander in Chief*) responsable de las relaciones exteriores y asuntos militares de Estados Unidos.

²⁹ Ver Mullen, F. Williams, *Presidential Power and Politics*, Nueva York, St. Martin Press, 1976, pp. 245-249, y Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the Constitution*, Nueva York, Mineola Foundation Press, 1972, pp. 173-188.

³⁰ Ver Henkin, Louis, *op. cit.*, pp. 173-188. Es interesante hacer notar que el *American Law Institute* ha opinado que la fuente de autoridad para celebrar un “acuerdo congresional-ejecutivo” puede ir incluso más allá que la que se derivaría de la mera suma de facultades respectivas entre el Congreso y el presidente. Citado por Henkin, p. 177.

Dentro de esta categoría de acuerdos siguen existiendo algunas cuestiones en torno a las cuales no parece que haya todavía una respuesta categórica, ni unanimidad de opinión al respecto.

Así, por ejemplo, sigue debatiéndose si el Congreso puede legislar para prohibir o limitar la celebración de este tipo de acuerdos ejecutivos. De esta suerte, se sigue cuestionando la *War Powers Resolution de 1973*, por la cual se requiere autorización del Congreso para el envío de fuerzas armadas en situaciones bélicas. La validez de estas restricciones no han sido plenamente resueltas por la Suprema Corte y los presidentes siguen cuestionándolas. Igualmente no parece del todo claro si el presidente por sí mismo pudiera celebrar un acuerdo que no estuviese de conformidad con una ley del Congreso, o también si un *sole executive agreement* pudiera sobreeser una legislación congresional anterior que no estuviese de conformidad con el acuerdo ejecutivo.

En este punto no parece hasta ahora que la Suprema Corte haya dirimido la controversia, pero en la importante *Causa United States vs. Guy W. Capps, Inc.*,³¹ se asentó que, a diferencia de un tratado, un acuerdo ejecutivo celebrado por la autoridad única del presidente, no podía contravenir las disposiciones de una ley federal anterior.

Este no sería evidentemente el caso, cuando un acuerdo ejecutivo se concertara de conformidad con una autorización del Congreso, pues aquí el objetivo de la delegación de funciones es el permitir al presidente que pueda alterar incluso derechos ya establecidos, como ocurrió con la Ley de Expansión Comercial de 1962, respecto a la Ley Aduanal vigente de aquellos momentos.³²

IX. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El artículo 133 de nuestra Constitución establece la llamada supremacía constitucional y una escala jerárquica de las diversas disposiciones que deban regir en el país.

31 Cuarto Circuito, 1953.

32 Ver Pritchett C., Herman, *The American Constitution*, Nueva York, Mc Graw-Hill Book Company, Inc., 1959, pp. 327-343. Es interesante hacer notar que hay ocasiones en que no se sabe a ciencia cierta si un determinado acuerdo ejecutivo se celebró de conformidad con una delegación del Congreso o bajo la autoridad exclusiva del presidente como ocurrió con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el cual además no fue nunca puesto a consideración del Congreso. En este sentido se expresó el profesor Dale Beck Furnish, en su conferencia sobre "Acuerdos bilaterales y multilaterales en el derecho interno norteamericano" dictada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en 1991. Mimeografiada.

De acuerdo con este precepto, los tratados internacionales celebrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado, en los términos del artículo 76, fracción I, y 89, fracción X, “serán la Ley Suprema de toda la Unión”.

Las leyes emanadas del Congreso de la Unión son fundamentalmente las leyes federales. El último párrafo del 133, que dispone que los jueces de cada estado se conformarán a la Constitución, leyes y tratados, consigna el principio de la supremacía del derecho federal sobre el derecho local.³³

Para Jorge Carpizo, la Constitución se encuentra en el grado más alto de la pirámide jurídica; en un segundo grado las leyes constitucionales y los tratados, y en un tercero coexistirían el derecho federal y el derecho local pues, a diferencia de Estados Unidos de América, en México el problema sería de *competencia* y no de supremacía de la legislación federal sobre la local.³⁴

El precepto de la supremacía constitucional que incluye a los tratados dentro de la Ley Suprema de la Nación, es idéntico en forma y fondo al artículo VI de la Constitución de Norteamérica y a los artículos 126 y 133, respectivamente, de las constituciones mexicanas de 1857 y 1917, esta última en su texto anterior a la reforma de 1934.³⁵

En efecto, en 1933 se reformó el precepto que comentamos, agregando a su texto tradicional, el de que los tratados deben de estar de acuerdo con la Constitución. Con justa razón, don Antonio Carrillo Flores sostuvo que este agregado³⁶ era “en verdad innecesario”, pues obviamente el presidente de la República, ni aun con la aprobación del Senado podía modificar la Constitución; que a ello equivaldría concertar un tratado que la contrariase”.³⁷

Lo mismo han opinado constitucionalistas de la talla de los doctores Antonio Martínez Báez y Jorge Carpizo, para los cuales: “Más valdría que se hubiera dejado el artículo 133 como estaba que hacerle una modificación innecesaria, excesiva y peligrosa”.³⁸

33 Ver Schmill Ordóñez, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Manuel Porrúa, 1971, pp. 514-525.

34 Ver Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año II, núm. 4, enero-abril de 1969, pp. 3-33.

35 Ver Martínez Báez, Antonio, “La Constitución y los tratados internacionales”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, núm. 30, 1946, pp. 167-181.

36 Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1931.

37 Ver Carrillo Flores, Antonio, *Jornadas en homenaje a la Constitución Mexicana de 1917 en su sexagésimo aniversario*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1977, p. 28.

38 Martínez Báez, Antonio, *op. cit.*, p. 179.

“La reforma precisó algo que ya se encontraba en el artículo y para la interpretación del mismo no era necesario esta reforma”.³⁹

X. ¿LEGALIZACIÓN DE LOS “ACUERDOS EJECUTIVOS” EN MÉXICO?

En la Ley mexicana sobre la Celebración de Tratados del 2 de enero de 1992, se consagra una figura denominada *acuerdo interinstitucional*, no contemplada así por la Convención de Viena de 1969, que se define como un convenio regido por el derecho internacional público, celebrado entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública federal, estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, que no necesariamente derivase de un tratado previamente aprobado (artículo 2o.).

Esta figura de la reciente Ley la encontramos muy discutible por varios aspectos, pero antes que nada porque nuestra Constitución Política sostiene expresamente que: “dos estados no pueden, en ningún caso: I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro estado ni con las potencias extranjeras (artículo 117)”.

El punto aquí, no es de cuestión semántica sino de fondo, pues como ha dicho don Antonio Martínez Báez:

“Este artículo es muy importante, puesto que al prohibir en lo absoluto toda actividad internacional a los estados miembros de la Federación, hace radicar exclusivamente en los órganos federales la facultad de actuar en los actos de la vida exterior”.⁴⁰

Pero además de ello, tenemos que preguntarnos, si de lo que se trataría aquí es de querer *legalizar* ciertas prácticas viciosas como la famosa práctica de los acuerdos ejecutivos, que permiten al presidente tranquilamente desembarazarse del espectro que significaría un posible veto del Senado, o sencillamente actuar libremente de todo control legislativo.

La Constitución Política de México ha sido clasificada por los constitucionalistas como rígida y estricta, por lo cual con la práctica del Ejecutivo de no someter al Senado los acuerdos internacionales, no puede de ninguna manera modificar los artículos 76, fracción I, y 89, fracción X. Esto quiere decir que sólo sería procedente si se enmendara la Constitución mediante el procedimiento de reformas marcado en su artículo 135,

39 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 117.

40 Martínez Báez, Antonio, *op. cit.*, p. 177.

esto es, por un voto de las dos terceras partes del Congreso de la Unión, con aprobación de la mayoría de las cámaras legislativas de los estados.⁴¹

XI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En cuanto a los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que hacen referencia los artículos 8o., 9o., 10 y 11 de la Ley mexicana sobre Celebración de Tratados, cabría preguntarse si están en total conformidad con la Convención de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de Naciones Unidas, y con la Convención Interamericana de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, de Montevideo, en cuyo caso se trataría de una mera *reiteración*; o bien existen ciertas discrepancias, y entonces surgirán varios problemas en tanto que México es signatario de ambas convenciones internacionales.⁴²

XII. SIGNIFICADO DE “ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL”

Otro punto que llama la atención, es la fracción VIII del artículo 2o. de la Ley mexicana sobre Celebración de Tratados, en donde se dice que se

41 Ver Bernal, Carlos, “Los Convenios Ejecutivos ante el Derecho Constitucional e Internacional”, *Jurídica*, México, núm. 12, 1980, pp. 33-69.

42 Artículo 8o. Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado, la Federación o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá: I. Otorgar a los mexicanos y extranjeros, que sean parte en la controversia, el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional; II. Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y III. Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.

Artículo 9o. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 8o., cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación.

Artículo 10. De conformidad con los tratados aplicables, el Presidente de la República nombrará, en los casos en que la Federación sea parte en los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a los que se refiere el artículo 8o., a quienes participen como árbitros, comisionados o expertos en los órganos de decisiones de dichos mecanismos.

Artículo 11. Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8o., tendrá eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de naciones que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.

entenderá por *organización internacional* a “la persona jurídica creada de conformidad con el derecho internacional público”.

El término organización internacional es utilizado generalmente para describir una organización establecida mediante acuerdo entre dos o más Estados o, como sencilla y llanamente dice la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, de 1986, por organización internacional se entiende una organización intergubernamental: “Esto es, una entidad constituida por la voluntad común de los Estados, dotada de órganos propios para llevar a cabo funciones de tipo internacional que le son conferidas por su *acta constitutiva*”.

Decir que una organización internacional es una persona jurídica creada de conformidad con el derecho internacional público, puede ser cierto y evidente, pero también puede serlo cualquier otro sujeto internacional; no hay, a mi parecer, una diferencia específica que permita su delimitación en una categoría distinta.

XIII. FINALIDAD POLÍTICA DE LA “LEY MEXICANA SOBRE CELEBRACIÓN DE TRATADOS”

Por otro lado, en la Exposición de Motivos de la Ley se dice que la misma

“...busca precisar la obligación de coordinar las acciones de las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, con la Secretaría de Relaciones Exteriores, en la celebración tanto de tratados como de acuerdos interinstitucionales”.

Pero si éste es su objetivo principal, entonces para qué nos sirve la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que en forma expresa y con base en el artículo 28, fracción I, estipula que la Secretaría de Relaciones Exteriores le corresponde el despacho de asuntos tales como el de:

Promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior de las dependencias y entidades de la administración pública federal; y sin afectar el ejercicio de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, conducir la política exterior, para lo cual *intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte*.⁴³

43 Las cursivas son mías.

No cabe duda que se trata aquí de una mera reiteración, ¿y una reiteración para qué? ¿con qué objeto? Probablemente la respuesta está a nivel político y no jurídico, esto es, tratar de recordar, enfatizar y puntualizar a través de un nuevo instrumento legislativo, que la Secretaría de Relaciones Exteriores debe intervenir en las negociaciones de todos los compromisos internacionales, entiéndase por ejemplo en las negociaciones de los tratados de libre comercio.

XIV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS “ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES”

¿Qué vienen a ser, desde un punto de vista jurídico, estos acuerdos interinstitucionales, a los que ya aludíamos anteriormente?

Para comenzar, hay que decir que al margen de la Constitución, México ha venido celebrando en forma cada vez más creciente, este tipo de acuerdos sobre las más diversas y heterogéneas materias, a través principalmente de las secretarías de Estado; destacándose por su número: la Secretaría de Hacienda, la ex Secretaría de Programación y Presupuesto, la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, la Secretaría de Comercio, la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de la República.⁴⁴

La Exposición de Motivos de la Ley, nos dice que:

Un acuerdo interinstitucional obliga a las partes firmantes según el derecho internacional público, pero, a diferencia de los tratados, no requieren ser sometidos a la aprobación del Senado, pues no son Ley Suprema de la Nación y, en contraste con los contratos internacionales privados, no son regulados por reglas del derecho internacional privado.

En México, como en Estados Unidos, la concepción ha sido siempre la de que el poder en las relaciones con el exterior reside en el Ejecutivo y el *contrapeso* es tarea del Legislativo; no obstante es el poder en el campo de las relaciones exteriores lo que se ha venido incrementando y es el *control* lo que se ha venido mermando.

44 Cabe señalar que la Secretaría de la Defensa Nacional y la de Marina no han suscrito este tipo de “acuerdos” o al menos no se tiene registro oficial de los mismos. Ver *Relación de tratados en vigor*, parte IX, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1991, pp. 217-253.

El presidente de México, como el presidente de Estados Unidos, tiene el monopolio constitucional en las relaciones con otros gobiernos, tiene el monopolio de la negociación y concertación de tratados, del llamado *treaty-making-power*.

El Congreso mexicano, como el Congreso norteamericano, “no puede dar por terminado un tratado como obligación internacional; pero puede, mediante una legislación posterior incompatible con el tratado, anular sus disposiciones por lo que se refiere a su efecto en nuestro derecho interno”.⁴⁵

En México, desde el año de 1836 (con la celebración del Tratado de Paz y Amistad con España) y en Estados Unidos, desde el año de 1817, se han celebrado por parte del presidente de la República un sinnúmero de convenios o acuerdos ejecutivos.⁴⁶

XV. VALIDEZ INTERNACIONAL DE LOS “ACUERDOS EJECUTIVOS”

Cualquier acuerdo regido por el derecho internacional público, que se celebre con otro Estado soberano, debe considerarse como una obligación internacional asumida por México, o por Estados Unidos como nación. Los efectos internacionales de un convenio o acuerdo ejecutivo están en el mismo plano que un tratado; para el derecho internacional, la distinción es absolutamente irrelevante. Probablemente para efectos de derecho interno, ciertos acuerdos ejecutivos no pueden alterar, en Estados Unidos de América, el derecho existente, en tanto que un tratado se convierte en ley suprema de la nación y tiene precedencia sobre cualquier ley anterior.⁴⁷

En la muy importante *Causa de United States vs. Belmont* (1937), a la que nos referimos anteriormente, la Suprema Corte de Estados Unidos, sostuvo sin cortapisas que un convenio ejecutivo celebrado por el presidente, por su propia autoridad, tiene el mismo efecto que un tratado respecto de la ley estatal.

Ahora bien, no debemos olvidar que un convenio ejecutivo concertado por la autoridad única del presidente, a diferencia del tratado, no puede contravenir las disposiciones de una ley federal anterior; fue lo que se

45 Schwartz, Bernard, “Los poderes del Presidente”, *op. cit.*, p. 159.

46 Ver Bernal, Carlos, *op. cit.*, p. 47.

47 Ver Hackworth, *Digest of International Law*, p. 426 y Schwartz, B., *op. cit.*, pp. 179 y 180.

sostuvo en la *Causa United vs. Guy Ine* (1953). Sin embargo un convenio ejecutivo, contraído de acuerdo con una delegación del Congreso, que prevea específicamente una modificación de la ley existente, puede decirse que tiene virtualmente el mismo efecto legal en derecho interno, que el que posee un tratado.⁴⁸

Aceptar la opinión (la opinión del presidente Eisenhower y su secretario de Estado en 1960) de que un convenio ejecutivo puede ser legalmente obligatorio, sólo mientras que el presidente que lo celebró está en la Casa Blanca, sería volver a una concepción que hace de los acuerdos internacionales sólo compromisos personales de los jefes de Estado, actuando a nivel particular.

Este concepto no sólo es una regresión a la teoría monárquica, absolutamente fuera de lugar en una República moderna. Es también incompatible con la Constitución, tal y como la interpreta la Suprema Corte. Si las causas de *Belmont* y *Pink* significan algo, es que un convenio ejecutivo es más que el simple compromiso personal del presidente que lo contrajo...⁴⁹

La peregrina idea de que un convenio ejecutivo no puede obligar legalmente a Estados Unidos más allá del presidente que lo concertó no tiene base constitucional ni legal de ninguna clase.

XVI. COSTUMBRE Y REFORMAS CONSTITUCIONALES

Ahora bien, podría tal vez pensarse que la viciosa práctica en México de celebrar una gran cantidad de compromisos internacionales por parte del Ejecutivo, sin que intervenga una autorización previa o una aprobación posterior por parte del Poder Legislativo, ha generado gradualmente una *costumbre constitucional* de forma tal que los acuerdos ejecutivos serían compromisos legalmente contraídos de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y nos guste o no nos guste, esto no puede ser verdad dentro de nuestro sistema normativo, pues como ha sostenido Jorge Carpizo:

48 Schwart, B., *op. cit.*, pp. 184 y 185.

49 *Idem*, pp. 186 y 187.

... una costumbre constitucional (en México) no puede derogar un precepto de la Constitución o una tesis jurisprudencial por dos razones: la primera, que es la importante, la norma constitucional sólo puede ser alterada o abrogada a través del procedimiento que la propia ley fundamental señala para su reforma. Este principio se deriva del artículo 135 constitucional, y del aspecto rígido y formal de la propia Constitución... La segunda razón se encuentra en que incluso en el derecho privado mexicano no existe la costumbre derogatoria. Así, el Código Civil, en su artículo 10, establece que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.⁵⁰

De acuerdo con esto, no creo que pueda haber alguna duda respecto al papel que juega en este campo la costumbre en el derecho mexicano, a la inversa de lo que sucede en el derecho estadounidense, en donde, como se sabe, esta fuente desempeña un papel más que preponderante y en donde la mayoría de los cambios a la Constitución se llevan al cabo a través de la interpretación judicial.⁵¹

Así las cosas, no nos queda sino preguntarnos una vez más, y sin encontrar respuesta satisfactoria, por qué razón el Legislador tuvo la ocurrencia de consagrar en una ley reglamentaria, los famosos acuerdos interinstitucionales, que no son sino acuerdos ejecutivos o llamados también acuerdos en forma simplificada.

Lo grave es que con ello se está tratando de convalidar algo que por su propia naturaleza está viciado de origen, ya que no puede ser convalidado por una ley secundaria, una figura jurídica que no es contemplada en forma alguna dentro del marco de nuestra Constitución Política. ¿Por qué no haber pensado en reformar la carta magna a través de su procedimiento prescrito? Nuestra Constitución es rígida y escrita, pero llevamos alrededor de 375 reformas a la misma, con una facilidad y destreza, amén de prontitud y celeridad, que hace la envidia de muchos países latinoame-

50 Carpizo, Jorge, "Costumbre constitucional" (voz), *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. II, p. 350; igualmente ver Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM-Coordinación de Humanidades, 1969, pp. 336 y 337.

51 Ver Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, 2a. ed., pról. de Salvador Urbina, México, Porrúa, 1982. Consúltese en especial pp. 518-582. "...El fundamento y validez de ese derecho radica ante todo en la jurisprudencia de los tribunales [...] la autoridad y la validez la constituyen los principios y la doctrina sentados por los tribunales en su jurisprudencia [...] El *common law* o derecho angloamericano es, pues, un derecho elaborado por los jueces, y de ahí que en Inglaterra y en Estados Unidos se le llame *judge-made-law*...", *idem*, p. 30.

ricos; la aparente rigidez se ha mitigado a tal grado que se ha convertido en arcilla moldeable al capricho de la época y circunstancia.⁵²

XVII. CONCLUSIÓN

Toda manifestación de voluntades concordantes imputable a dos o más sujetos de derecho internacional y destinada a generar efectos jurídicos según las reglas del derecho internacional, debe considerarse como un tratado internacional, sea cual fuere su denominación particular. El término *tratado* se utiliza técnicamente en un sentido genérico y abarca todo ese microcosmos lingüístico que va desde “convenciones”, “pactos”, “protocolos”, hasta “estatutos”, “acuerdos”, “actas”, “canje de notas”, etcétera.

Todo Estado queda obligado a respetar de buena fe, no sólo la letra sino también el espíritu del tratado internacional del cual es parte contratante. El incumplimiento o inejecución de cualquiera de las obligaciones insertas en el tratado es susceptible de ser sancionado por el derecho internacional a través del mecanismo de la responsabilidad internacional.

En casi toda obra de codificación pueden reconocerse disposiciones que constituyen simplemente una mera transcripción del derecho consuetudinario general. En esta hipótesis no será la norma convencional sino la norma consuetudinaria (aunque ya codificada) la que continuará siendo aplicable a la generalidad de los Estados. Pero esta última podrá ser conocida con mayor precisión por medio de su transcripción misma en la Convención.

Naturalmente, en caso necesario deberá probarse que efectivamente existe una correspondencia entre norma consuetudinaria y norma codificada.

De igual manera pueden existir disposiciones realmente innovadoras dentro de las convenciones de codificación, y en estos casos no puede excluirse el hecho de que un nuevo derecho consuetudinario general pueda ir generándose paulatinamente, a través de la práctica internacional subsecuente.

52 Ver Carpizo, Jorge, “Las reformas constitucionales en México”, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980, pp. 303-310; “La realidad es dinámica y se modifica de acuerdo con las necesidades y las aspiraciones de un pueblo. La Constitución escrita debe irse reformando en concordancia con los cambios de esa realidad”, *idem*, p. 303.