

CAPÍTULO QUINTO
EL SISTEMA DE RECEPCIÓN MEXICANO

I. Del “sistema hegemónico de gobierno” hacia un verdadero sistema de pesos y contrapesos	101
II. Sistema de control de poderes	102
III. El sistema constitucional	103
1. La división vertical de poderes	104
2. La cláusula federal	106
IV. La división horizontal de poderes	108
V. Los tratados internacionales. El artículo 133	109
VI. El artículo 89. El Poder Ejecutivo y las relaciones exteriores	116
1. Defensa nacional	118
2. Celebrar empréstitos	119
3. Ausencia del país del presidente. Artículo 88	120
VII. Dirección de la política exterior y celebrar tratados internacionales. Artículo 89, fracción X	121
VIII. El Poder Legislativo en la Constitución y las relaciones exteriores. Los artículos 73, 79 y 88 de la Constitución	126
IX. El Poder Judicial y las relaciones exteriores. Artículo 104 de la Constitución	127
X. Cabos sueltos en el esquema constitucional de recepción del derecho internacional	134
1. La modificación de un tratado	134
2. México y la costumbre internacional	136
3. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU	140
XI. Hacia un nuevo esquema constitucional de recepción del derecho internacional	144

CAPÍTULO QUINTO

EL SISTEMA DE RECEPCIÓN MEXICANO

I. DEL “SISTEMA HEGEMÓNICO DE GOBIERNO” HACIA UN VERDADERO SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS

En la historia contemporánea de la Constitución de 1917, el sistema de recepción del derecho internacional, y aun más, el sistema constitucional mediante el cual, el Estado mexicano se pone en contacto con los asuntos internacionales, comparte la misma suerte del sistema constitucional total: la existencia de un dominio absoluto de un presidente y un partido hegemónico que dejan en la obsolescencia algunos principios constitucionales fundamentales (como la división de poderes y el federalismo). Sistema singular que fue denominado por Giovanni Sartori como “sistema hegemónico de gobierno” o en forma menos elegante, pero más contundente por el escritor Mario Vargas Llosa como “dictadura perfecta”. Con esta situación fáctica se puede entender que la negociación, aprobación y ratificación de los tratados y con mayor razón la conducción de la política exterior (a la que nos referimos más adelante) estaba a manos del presidente en turno. Por supuesto, en mayor o menos medida (dependiendo de la importancia del asunto) funcionaban los mecanismos que la constitución contiene, pero siempre la última palabra la tenía el presidente en turno. En virtud de lo anterior me atrevo a aventurar una hipótesis (imposible de comprobar) que sin la presidencia imperial y en un sistema de verdadera división de poderes, el tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) no hubiera sido aprobado por el Senado. En realidad, esta documentado, tal tratado fue el proyecto de un presidente y de un grupo de políticos de aspiraciones trans-sexenales.

Pero, lo que nos importa aquí, es ver como México ha cambiado su actitud provocada por su inserción en la economía internacional y los cambios políticos que han traído por consecuencia el fenómeno de alternancia en el poder. En el “sistema hegemónico de gobierno” los tratados internaciona-

les no tenían mucha importancia como fuente de derecho interno y una discusión sobre la aplicación del derecho consuetudinario en el interior, si bien ahora es difícil, en otro momento hubiera sido impensable. Es solamente cuando el país se empieza a abrir a la economía internacional cuando la importancia del derecho convencional internacional se empieza a incrementar. La adopción de tratados internacionales de la importancia del TLCAN trae por consecuencia participar en organismo de solución de controversias, necesidad de modificar el sistema jurídico interno so pena de ser sujeto de responsabilidad internacional. La universalización de los derechos humanos hace que los tratados internacionales sobre la materia cobren importancia y se exija su cumplimiento.¹⁷⁸

Aunque, si, como dijimos anteriormente, el sistema constitucional mexicano contaba y cuenta con un sistema de recepción que a su vez cuenta con pesos y contrapesos, ¿qué es lo que falló? Aquí trataremos de dar respuesta a esta pregunta.

Otro punto que es interesante en el desarrollo constitucional mexicano es que con la globalización y universalización se pone a prueba el sistema de recepción y el resultado es lastimoso, sobre todo en lo relativo a la recepción de los tratados internacionales en donde la doctrina jurídica ha sido bastante creadora, sin que sea suficiente frente a las limitaciones del propio sistema.

II. SISTEMA DE CONTROL DE PODERES

El constitucionalismo contemporáneo parte de una premisa fundamental: la construcción o diseño de un sistema en que el poder del Estado no se concentre en las manos de una persona o institución y en cambio dividir el poder de tal manera que dichos poderes divididos se equilibren y se controlen mutuamente. De esa manera aparece la división de poderes desde el año de 1748 en la obra de Montesquieu, quien a su vez parte de la idea de que el hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él.¹⁷⁹ De ahí que

¹⁷⁸ Por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT sobre derechos indígenas que es un tratado adoptado por México no tenía mucha relevancia hasta que los zapatistas (el FZLN) lo colocan en la parte central y fundamental de sus reivindicaciones.

¹⁷⁹ En el *Esprit de las loyes*, Montesquieu afirma “la democracia y la aristocracia no son estados libres por su naturaleza. La libertad política no reside fuera de los gobiernos moderados. Pero en los Estados moderados tampoco la encontraremos siempre; sería in-

las concepciones filosóficas que inspiraron el constitucionalismo contemporáneo piensen en sistemas estatales que se controlen, pues aun la misma división de poderes no es una garantía para lograrlo.

La Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 (en la cual se inspira la mexicana) desarrolla un sistema de “*checks and balances*” con base en la división de poderes, a diferencia de los sistemas parlamentarios que diseñaron un sistema de entrecruzamiento de poderes.¹⁸⁰ Sea lo que sea, la historia constitucional y el constitucionalismo comparado nos enseña que no hay una sola vía en el diseño constitucional para lograr el fin principal: la división de poderes, el equilibrio entre ellos y el control y limitaciones mutuos. La experiencia mexicana del siglo XX es un claro ejemplo de que no es suficiente la teórica y esquemática división de poderes plasmada en la Constitución, el sistema derivó en un grosero monopolio del poder por parte del ejecutivo (las razones que explican esto pueden ser muchas, lo objetivo es que tal monopolio llegó a ser una patología del sistema).

Indudablemente el gobierno tiene el liderazgo de la política interna y externa, en su conjunto, pero tal liderazgo debe estar acompañado de consultas y contrapesos. A nivel internacional evidentemente un sistema de tal tipo fortalece las negociaciones internacionales (frecuentemente se escucha decir a los negociadores “esto no lo puedo aceptar porque mi Congreso no lo aceptaría”), independientemente de los beneficios que se pueden obtener, aparte del control del poder (pensamos en transparencia, consenso, creación de políticas de Estado, etcétera, a lo que nos referiremos también adelante).

III. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

De acuerdo con la Constitución vigente, la organización del Estado mexicano se realiza bajo los principios de una “República representativa y democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida

dispensable que no se abusara del poder. La experiencia eterna enseña, sin embargo, que todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación” (Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Universidad de Puerto Rico, 1964, pp. 94 y 95).

¹⁸⁰ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, p. 205.

según los principios de esta ley fundamental”.¹⁸¹ Estas Líneas directrices fundamentales, para nuestro propósito, se deben de relacionar con el principio de división de poderes que la misma Constitución reconoce “el Supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”.¹⁸² Esto significa que hay una doble división de poderes. Una división horizontal que se refiere a la distinción entre las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial y una división vertical que existe en relación con la distribución del poder entre la Federación y los estados.¹⁸³ Estas dos divisiones de poderes que la doctrina considera que son parte de otras divisiones¹⁸⁴ tienen que ver con la creación de sistema de pesos y contrapesos, de frenos y contrapesos en busca del ejercicio equilibrado del poder en contra del monopolio del poder en una sola entidad estatal.

1. *La división vertical de poderes*

De conformidad con estos principios se delinea la postura del Estado mexicano en las relaciones internacionales y su sistema de recepción del derecho internacional. En principio, la Federación reserva para su ejercicio la posibilidad de realizar tratados internacionales, de obligar internacionalmente al Estado mexicano; así lo manifiesta la Constitución cuando el artículo 117 de la misma establece “Los estados no pueden, en ningún caso: I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las potencias extranjeras”.

Esta disposición tiene relación directa con los artículos 40 y 124 de la Constitución que instaura el sistema federal dentro de nuestro orden supremo. Entonces, de conformidad con estos artículos, el ejercicio de la soberanía en su aspecto internacional queda reservada a la Federación y cuando se habla de la soberanía de los Estados, de lo que se está hablando es, ni más ni menos, que de la “autonomía política, jurídica y económica”¹⁸⁵ que en ningún caso los posibilita para realizar tratados. Aunque no a actuar frente a

¹⁸¹ Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

¹⁸² *Ibidem*, artículo 49.

¹⁸³ De esta división también trata la obra de Häberle, Meter, *op. cit.*, nota 180, p. 203.

¹⁸⁴ Véase Orozco Henríquez, Jesús J., “Comentario al artículo 49” en varios, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, México, UNAM, 1994, p. 232.

¹⁸⁵ Sánchez Bringas, Enrique, “Comentario al artículo 117 de la Constitución”, en *ibidem*, p. 549.

los demás Estados del sistema de relaciones internacionales. El derecho de participar en los tratados está centralizada sólo en los estados, y las entidades locales, por disposición de la Constitución mexicana tienen prohibido realizarlos, como antes lo vimos.¹⁸⁶ La prohibición a los estados de celebrar tratados, es una norma tradicional en la historia del constitucionalismo federal mexicano, aunque como nota curiosa hay que mencionar que la Constitución de 1857 a pesar de que ya la contemplaba, hacía una excepción cuando se refería a los estados fronterizos, los cuales podían celebrar “coaliciones” para “la guerra ofensiva o defensiva contra los bárbaros”¹⁸⁷

También es necesario mencionar, y lo reiteraremos más delante, que vía los tratados internacionales se le otorga al poder federal, en una clara representación del Estado la facultad de comprometerse, en su conjunto, pudiendo realizar acuerdos en materias que son del dominio del poder Legislativo local. Recordemos que nuestra Constitución señala las facultades del Congreso federal y la competencia de las legislaturas locales es meramente residual, de conformidad con el artículo 124 de la misma Constitución.

La norma que prohíbe a los estados celebrar tratados se ha mantenido en la Constitución de 1917 incólume, sin ninguna modificación. Sin embargo, la Ley de Tratados de 1992¹⁸⁸ a través de lo que denomina como acuerdos interinstitucionales, le otorga a las diferentes dependencias de la administración pública estatal o municipal la facultad de celebrar esta clase de “acuerdos”, cuando nuestra Constitución en su artículo 117-I es clara en la prohibición a los estados de celebrar acuerdos, tratados o convenios, etcétera (todo aquello que esencialmente signifique un tratado internacional); solamente la Federación los puede celebrar, y ni por asomo nuestra Constitución vigente contempla la excepción contenida en el artículo 111-I de la Constitución de 1857 (como lo analizamos en otro lugar en forma más detallada).

¹⁸⁶ Aun más, el artículo 118 de la Constitución condiciona a los estados a su participación en las guerras extranjeras “Tampoco pueden, sin consentimiento del Congreso de la Unión: III. Hacer la guerra por sí a alguna potencia extranjera, exceptuándose los casos de invasión y de peligro tan inminente que no admite demora. En estos casos darán cuenta inmediata al presidente de la República”.

¹⁸⁷ El artículo 111 de la Constitución de 1857 decía “Los estados no pueden en ningún caso «I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con potencias extranjeras. Exceptuándose la coalición que pueden celebrar los estados fronterizos para la guerra ofensiva contra los bárbaros»”.

¹⁸⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 2 de enero de 1992.

Sin embargo, en tiempos de alternancia, donde hay una evidente y creciente descentralización, los estados están demandando mayor participación en las relaciones exteriores, es por eso que algunos gobernadores acuden al exterior, buscando abrir brechas de mercados para sus productos locales, esto es un fenómeno bastante interesante. Por supuesto, cuando a nivel de la Secretaría de Relaciones Exteriores no hay capacidad para promover los mercados locales, los consulados o embajadas deben servir de facilitadores en el exterior con información y contactos.

En general, en el momento en que se revive el federalismo, y que los gobernadores se animan a actuar en el extranjero, por necesidad o bien por que forma parte de su estrategia política o bien porque se escudan en ella para hacer “turismo oficial”, se manifiestan los siguientes fenómenos: un activismo de los estados en el exterior; además hay una tendencia a llenar los huecos que dejan los poderes federales en materia de promoción de las actividades económicas de los estados federales; hay una indudable participación de dichos estados en los acuerdos interinstitucionales; los estados tienen una obligación y de alguna manera participación, en la aplicación de los tratados internacionales, adoptados por México. En efecto, dentro de su competencia establecida por la norma fundamental, los estados tienen facultad y obligación de legislar en materias contenidas en los tratados internacionales. Todos estos fenómenos son producto de los nuevos tiempos en donde hay una tendencia paulatina hacia la recuperación de su soberanía limitada por el fuerte presidencialismo. Por ser un fenómeno nuevo, creamos que es necesario regularlo para que no se vaya al otro extremo y este desprovisto de los naturales controles. Un sistema fuerte, federal, como lo podemos ver en Canadá, Suiza o Alemania, no reprime a sus entidades para salir al extranjero, más bien las regula.

En derecho internacional también está regulado la situación de los estados federales, como lo veremos a continuación.

2. La cláusula federal

Una de las instituciones más singulares dentro del derecho de los tratados y que responde a la soberanía de los Estados y que a su vez da fundamentación a las obligaciones internacionales es la cláusula federal. En principio, sabemos que no es posible recurrir al derecho interno para justificar un incumplimiento de una obligación convencional internacional incluyendo la irresponsabilidad del estado federal por actos ilegales de sus

entidades federativas.¹⁸⁹ En efecto, es normal y una regla que los tratados internacionales obliguen, vinculen al Estado en su totalidad, independientemente de su estructura interna;¹⁹⁰ sin embargo, esta regla también tiene su excepción y ésta se encuentra en los tratados relacionados con una “entidad compuesta” como lo denomina Paul Reuter. Para este internacionalista, estas “entidades compuestas” son las estructuras políticas dotadas de personalidad propia en el derecho internacional, pero que están integradas por unidades componentes que disfrutan también de una cierta personalidad jurídica internacional. Por orden decreciente de centralización, esas estructuras son: Estados federales, confederaciones, organizaciones internacionales que ejercen competencias estatales y organizaciones internacionales ordinarias”.¹⁹¹

Como decíamos anteriormente, en el caso de que un Estado federal celebre válidamente un tratado internacional, éste es obligatorio para sus partes; es decir, para sus “provincias”, “entidades federativas” o cualquiera que sea su denominación, a menos que la Constitución federal exima a las entidades federativas de cumplir con los tratados celebrados a esferas específicas. En este caso, el Estado no se comprometerá con esas esferas aunque, lógicamente tiene la obligación de incluir a sus tratados una “cláusula federal”. Esto tiene por efecto que las entidades federativas no tengan obligación de cumplir la esfera sometida a cláusula federal, será una mera recomendación, que pueden aceptarla, pero dentro de los marcos de los procedimientos internos de las entidades federativas. Ahora bien, dichas entidades federativas, desde la perspectiva del derecho internacional, no son consideradas tercera partes en relación con los tratados que se ejecutan en una parte de su territorio.

¹⁸⁹ Esta verdad elemental ha hecho afirmar a un jurista “...se debe destacar que las defensas de los Estados no son siempre las más adecuadas. Así, por ejemplo, la defensa del Estado federal según la cual él no es responsable para la actuación de sus entidades federativas, ya fue tantas veces denegada que uno se pregunta ¿por qué los abogados insisten en invocarlo?” Graham, James A., “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 15, abril 2004, p. 169.

¹⁹⁰ Por ejemplo ver el artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que textualmente establece “Las disposiciones del presente pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

¹⁹¹ Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, México, UNAM-FCE, 1999, p. 137.

Uno se pregunta, por qué países como México con una estructura federal no han recurrido a esta institución de la cláusula federal. Quizás la respuesta es que dado el sistema predominante de partido único el régimen federal ha sido meramente teórico, ya que los gobernadores estaban sometidos al centro presidencial. Sin embargo, las cosas han cambiado y es necesario tomar en consideración este tipo de instituciones en el momento de negociar tratados internacionales donde se toque la competencia de las entidades federativas. Por supuesto tal práctica fortalecería el sistema federal.

IV. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DE PODERES

El Poder Ejecutivo, es la máxima autoridad en materia de tratados internacionales. A lo largo de la historia constitucional de nuestro país, podemos ver que es el Poder Ejecutivo el que está encargado de la negociación y celebración de los tratados internacionales.¹⁹² En el caso de la Constitución de 1917, también se conserva esa disposición. El titular del Poder Ejecutivo Federal es el único autorizado para dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, según lo disponen los artículos 89-X y 133 de nuestra constitución. Sin embargo, esa facultad no se puede ejercer irrestrictamente, ilimitadamente; sino que está limitado por los demás poderes. De esa manera, y siguiendo a su modelo, la Constitución estadounidense, el presidente, junto con el Senado tiene la facultad “legislativa” única a través de los tratados internacionales.¹⁹³

En principio, el artículo 133 establece que es el Senado quien tiene que aprobar los tratados internacionales; norma que va en conjunción con el artículo 76 de la misma Constitución que dispone que es una facultad exclusiva del Senado “I ...aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión”.

¹⁹² El artículo 159 de la Constitución de Apatzingán de 1814 refería que “Al supremo gobierno tocó privativamente: publicar la guerra y ajustar la paz. Celebrar tratados de alianza y comercio con las naciones extranjeras”.

¹⁹³ Esta afirmación, se apoya en la doctrina con lo siguiente:

“During the 1788 debates on ratification in North Carolina, Mr. Lenoir affirmed that the *treaty power is a legislative power given to the president*”, and Senate, since treaties “*are to be the supreme law of the land*” (las cursiva son nuestras). Paust, Jordan J., “Self-Executing Treaties”, *American Journal of International Law*, vol. 82, octubre núm. 4, 1988, p. 766.

Otras limitaciones se encuentran en los artículos 15, 18 y, como ya comentamos, en el 117-I. Por supuesto, en caso de violación a estos controles, el poder Judicial, concretamente el Poder Judicial de la Federación, como lo dispone el artículo 94 de la Constitución, tiene la facultad de interpretar los tratados internacionales.

V. LOS TRATADOS INTERNACIONALES. EL ARTÍCULO 133

Este artículo que tiene su equivalente en la Constitución de Estados Unidos,¹⁹⁴ tiene una desafortunada redacción. El hecho de que se mencione que deben ser celebrados por el “presidente”, conduce a graves errores de interpretación. Esto lo podemos constatar en la sentencia del juez primero de distrito en el estado de Nuevo León, con fecha 3 de noviembre de 1994, en la que ante el cuestionamiento de si el secretario de relaciones exteriores está facultado para firmar tratados internacionales, el juez, con base en los artículos 89-X y 133 afirmó “sólo el presidente de la República está facultado constitucionalmente para obligar al país y, por ende, celebrar tratados internacionales”.¹⁹⁵

Criterio demasiado estrecho, pues no toma en cuenta la práctica ni el derecho internacional, ya que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, de la cual México forma parte, recogió una práctica internacional, consistente en que los jefes de Estado o jefes de gobierno, junto con los ministros de asuntos exteriores, gozan de la presunción de ser representantes del Estado y, en consecuencia no requieren de presentación de plenos poderes para participar en la celebración de los tratados internacionales.¹⁹⁶

Independientemente de lo anterior, esto es una constatación más de que, generalmente, el derecho internacional, así como su funcionamiento, es ignorada por los juzgadores. Pero, sin duda, podemos afirmar que el punto toral en la comprensión del sistema constitucional mexicano de recepción del derecho internacional, es el artículo 133. En principio, podemos decir que este artículo tiene una clara inspiración en el artículo VI, inciso 2, de la

¹⁹⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de enero de 1934.

¹⁹⁵ Véase Tron Petit, Jean Claude, “Aplicación de tratados por tribunales mexicanos, El papel del derecho Internacional en América”, *The American Society of International Law*, México, UNAM, 1997, p. 150.

¹⁹⁶ Artículo 7o. fracción 2 de la Convención de Viena de 1969

Constitución estadounidense,¹⁹⁷ pero su evolución e interpretación lo ha alejado significativamente de su modelo original; lo cual es comprensible ya que la Constitución estadounidense de 1787, en la cual se han inspirado los constituyentes mexicanos, responde a otra realidad cultural y política; y, es más, el sistema jurídico estadounidense forma parte de la tradición jurídica del *Common Law* que se manifiesta en mantener casi intacta la Constitución, y evolucionar con la práctica judicial, a diferencia de la experiencia mexicana que ha cambiado varias veces de Constitución, además de que la última está plagada de reformas. Por lo anterior, es importante tener presente el origen histórico del artículo 133, ya que esto coadyuva a su mejor comprensión.

En 1934, a instancia de Óscar Rabasa, el artículo fue reformado añadiéndole la frase “que estén de acuerdo con la misma” y se especificó que la aprobación del Senado sea requerida. En efecto, dos cambios se le hicieron al texto original, se agregó la expresión “que estén de acuerdo con la misma”, es decir, los tratados para que sean ley suprema de toda la Unión deben estar de acuerdo con la Constitución; deben celebrarse por el presidente de la República y, por último, deben ser aprobados por el Senado.

El artículo 133, que se conoce como “de la supremacía constitucional”, dice en su versión actual:

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. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las Constituciones o leyes de los estados.

Tradicionalmente en la doctrina de derecho constitucional se ha hablado que este artículo establece una jerarquía de las normas en el ámbito mexicano: en primer lugar se encuentra la Constitución, ordenamiento jurídico

¹⁹⁷ En su artículo VI, inciso 2, la Constitución estadounidense establece “Esta constitución y las leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos constituirán la ley suprema de la nación; y los jueces de todos los estados tendrán obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier estado”, Véase H. Congreso de la Unión, *Las Constituciones de México*, 2a. ed., México, 1991, p. 519.

más alto; en segundo lugar las leyes constitucionales y los tratados, y en tercer lugar coexisten el derecho federal y el local.¹⁹⁸ La Suprema Corte de Justicia, como veremos más adelante, se refiere también al tema.

Sin embargo, la afirmación de que el artículo 133 presenta un orden jerárquico no es suficiente para responder a todas las hipótesis que se plantean respecto de la relación entre el derecho interno y el internacional, y esta debilidad se ha manifestado más cuando la doctrina mexicana ha tratado de explicar el lugar del derecho internacional en el orden jurídico interno, con motivo de su apertura a la economía internacional.

En efecto, a partir de finales de la década de los años setenta, se ha venido realizando una paulatina (a veces) pero definitiva apertura de México a la economía internacional. Quizás los instrumentos jurídicos más importantes, en donde se personifica esa apertura, son la adhesión de México al GATT y la negociación, firma y entrada en vigor el primero de enero de 1994 del TLCAN.

Precisamente, a partir de este tratado, la doctrina jurídica mexicana, desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho constitucional, ha retomado el ya explorado tema del lugar del derecho internacional en el derecho interno, esta vez con nuevas voces y con argumentos no menos inteligentes y originales que los anteriores. La reanimación del debate doctrinal se debe a la importancia del TLCAN en virtud de su enorme impacto en el derecho mexicano.¹⁹⁹

Así se tratan de resolver dos aspectos interrelacionados, alrededor del artículo 133 de la Constitución; primera, si existe un orden jerárquico en la normatividad y después cuál es la relación entre tratados y leyes constitucionales.

Sobre el primer aspecto, la doctrina más reciente no es tan unánime en considerar que hay un orden jerárquico.²⁰⁰ Lo cual es comprensible desde

¹⁹⁸ Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año II, núm. 4, enero-abril, 1969, p. 23.

¹⁹⁹ Para prueba de esta aseveración véase el trabajo de Luis Malpica de Lamadrid, en donde se hace una relación de los cambios en la legislación mexicana a partir del TLCAN. Malpica de Lamadrid, Luis, "La modernización del sistema jurídico mexicano y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC)", *Un homenaje a don César Sepúlveda, Escritos Jurídicos*, México, UNAM, 1995, pp. 245-264.

²⁰⁰ Con argumentos inteligentes, Raúl Medina Mora, Jorge Adame Goddard y Fernando Vázquez Pando plantean cada quien, desde su perspectiva y con su lenguaje propio, que se está hablando en el artículo 133, no de jerarquía sino de acentuar el sistema

el punto de vista de una interpretación histórica, como lo hace Medina Mora.²⁰¹ Interpretar que el artículo 133 establece una jerarquía constitucional, como se ha establecido en la doctrina del derecho constitucional y en la jurisprudencia, nos lleva a discusiones interminables sobre el lugar de los tratados en esa jerarquía o “pirámide” normativa. No hay duda que la Constitución es suprema en el interior del Estado mexicano, ya que la normatividad así como los tratados deben estar de acuerdo con ella, pero cumpliéndose con este requisito las leyes del Congreso de la Unión y los tratados son “ley suprema de toda la Unión”. Realmente, como lo menciona Medina Mora, lo que el artículo 133 está haciendo, es enfatizar el carácter federal del sistema mexicano, así como reconocer la preeminencia de las disposiciones normativas derivadas de la Federación, siempre y cuando estén de acuerdo con la constitución.

Como vimos anteriormente, el derecho internacional público y el derecho interno son dos órdenes jurídicos diferentes, ya que obedecen a categorías diferentes (sujetos, fuentes, etcétera). Una vez que un tratado internacional se ha realizado conforme lo señala la Constitución mexicana, habría que analizar si es auto aplicativo o no. Esto es relevante porque si no son auto aplicativos la discusión se termina. El tratado trae una obligación de legislar en un determinado sentido, si no se hace, entonces hay responsabilidad internacional, y a nivel interno prevalece la Constitución y la legislación interna.

En el caso de que el tratado sea auto aplicativo, y haya duda sobre su aplicación respecto de leyes del Congreso de la Unión, se utiliza como criterio de interpretación, como lo postula Vázquez Pando, considerar que el Tratado es una norma especial que se aplica en los casos a que ésta se refiere, enfrente de la norma general, la ley del Congreso, la cual se aplicaría a todos los demás casos.

federal (Medina Mora) o una distribución de competencias (Vázquez Pando) o de la existencia de un sistema terciario compuesto no de una pirámide sino de tres estratos: el nacional, el derecho internacional y el derecho mercantil internacional (Adame Goddard). Véanse los trabajos de Péreznieto Castro, Leonel, “El artículo 133 constitucional: una relectura”, *Jurídica*, México, núm. 25, 1995, pp. 265-292; Adame Goddard, Jorge, “El Tratado de Libre Comercio en el orden jurídico mexicano”, en Witker Jorge (coord.) *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, UNAM, 1993, t. I, pp. 79-108 y Medina Mora, Raúl, “El artículo 133 constitucional y la relación entre el derecho interno y los tratados internacionales”, *Pemex Lex*, México, núms. 75-76, septiembre-octubre, 1994, pp. 7-22.

²⁰¹ Medina Mora, Raúl, “El artículo 133...”, *op. cit.*, nota 200.

Por otra parte, si estamos hablando de las normas internacionales, y en forma concreta de los tratados internacionales, es necesario mencionar que México es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en virtud de su ratificación realizada el 25 de septiembre de 1974 (la Convención de Viena entró en vigencia el 27 de enero de 1980), y que esta Convención, en primera instancia, prohíbe a los Estados invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de violación de un tratado, ya que textualmente establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.²⁰²

Otro principio fundamental contenido en la Convención de Viena y que forma parte también del derecho consuetudinario, es el relativo a que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.²⁰³ Es claro, como lo hace notar el maestro Alonso Gómez Robledo,²⁰⁴ que el derecho internacional no puede aceptar el incumplimiento de sus propias normas; sin embargo, la misma Convención, en su artículo 46, hace una reserva a lo dispuesto en el artículo 27, al permitir que los Estados se apoyen en sus legislaciones internas si existe una violación objetivamente evidente y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.²⁰⁵

Por lo tanto, de acuerdo con la Convención de Viena, para poder alegar vicios del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado, deben reunirse los siguientes elementos:

²⁰² Artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

²⁰³ *Ibidem*, artículo 26.

²⁰⁴ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Artículo 133” en varios, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, 5a. ed., México, PGR, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 641-644; también se recomienda otro trabajo del mismo autor, “Aproximaciones al marco jurídico internacional del Tratado de Libre Comercio”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, cit.*, nota 200, pp. 55-78.

²⁰⁵ Textualmente el artículo 46 dice “Disposición de derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados: 1. 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 de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

- Que el consentimiento de un Estado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho de importancia fundamental. Aquí se entiende que las normas si bien pueden ser constitucionales, también pueden no serlas. La valoración de si son o no fundamentales corresponde a la instancia correspondiente a nivel interno, que a su vez la hará valer ante la autoridad judicial internacional,²⁰⁶ que puede ser la Corte Internacional de Justicia o bien un árbitro o tribunal arbitral internacional.
- Que esa disposición de derecho interno concierna a la competencia para celebrar tratados. Un caso de violación sería si México realizará un tratado sobre extradición de reos políticos. En tal caso se estaría violando el artículo 15 de la Constitución que limita la competencia del Ejecutivo para realizar tratados internacionales.
- Que esa violación sea manifiesta (que resulte objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia, conforme a la práctica y buena fe). Por ejemplo, es manifiesta cuando se viola la Constitución, ya que ésta es un documento público. Pero, hay que subrayarlo, no toda violación a la constitución; es necesario que la violación se refiera a la competencia para celebrar tratados.

Todo esto lo traemos a colación porque nos da elementos amplios para resolver el problema de determinar que norma predomina en caso de colisión de la constitución y un tratado internacional. A nivel interno, vemos que no hay problema porque evidentemente la Constitución tiene prevalencia, como lo señala su artículo 133, pero ¿a nivel internacional? A nivel internacional, en caso de incumplimiento de un tratado por oposición a una norma constitucional, indudablemente existe responsabilidad del Estado, y concretamente del Ejecutivo o del Legislativo, y además creemos que existe cierta obligación moral de denunciar, o dar por terminado el tratado. La excepción se da cuando se reúnan los requisitos por la Convención de Viena en su artículo 46. En este caso, bastará que el tratado internacional haya sido celebrado en contravención del artículo 133 (por ejemplo, que el tratado no lo celebre el Ejecutivo u otro órgano autorizado, o bien que no sea aprobado por el Senado) para poder alegar vicios del consentimiento y

²⁰⁶ Véase Trigueros Gaisman, Laura, “La constitucionalidad de los tratados, un problema actual”, en varios, *Un Homenaje a don César Sepúlveda, Estudios Jurídicos*, México, UNAM, 1995, pp. 466-486.

justificar el incumplimiento. En virtud de que en esa hipótesis nos encontraríamos en el caso de una nulidad relativa, sería México quien debería hacer valer el vicio ante la jurisdicción internacional.

Podemos concluir que la posición del artículo 133 constitucional es, por un lado, sostener la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales, y por la otra, reconocer la supremacía del orden jurídico federal en el que se incluye a la constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados.

En caso de contradicción entre normas de derecho interno y el derecho internacional convencional, prevalece la Constitución, pero el Estado incurre en responsabilidad internacional, a menos que se den las hipótesis señaladas en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en cuyo caso, es justificable el incumplimiento.

En lo que se refiere al posible conflicto interno que se ocasione en caso de colisión entre una norma interna (federal) y los tratados, si bien la doctrina reciente da una respuesta, como lo vimos anteriormente, podemos considerar que todavía son interpretaciones sometidas a discusión, ya que es un problema no resuelto y no se pueden resolver en el marco de la Constitución vigente. No debemos olvidar que el artículo 133 de la Constitución mexicana fue tomado de la Constitución estadounidense de 1787, y concretamente de su artículo VI, inciso 2,²⁰⁷ y mientras la práctica estadounidense ha hecho evolucionar los conceptos adecuándolos a la práctica actual, en el caso mexicano, a excepción de una reforma en 1934, en términos generales se ha mantenido su expresión original.

En consecuencia, lo más saludable sería reformar el artículo 133 de la Constitución, para terminar con interpretaciones tortuosas y establecer claramente los alcances de los tratados en el orden jurídico interno. Si México está decidido a una internacionalización, no hay razón para no remozar y adecuar dicho artículo 133 a las condiciones actuales del mundo. ¿Cuál debería ser la dirección de la reforma? En principio, algunos tratados deberían ser aprobados por el Congreso, eso sería sano y fortalecería la democracia; además, con eso se daría pie a considerar que el derecho internacional prevalece frente a la legislación interna, después de la Cons-

²⁰⁷ Se recomiendan dos excelentes trabajos sobre el tema: Buergenthal, Thomas, *op. cit.*, nota 69, pp. 304-400; Vázquez, Carlos Manuel, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", *American Journal of International Law*, vol. 89, núm. 4, octubre, 1995, pp. 695-723.

titución. Los acuerdos interinstitucionales serían una facultad del Ejecutivo y no deberían rebasar sus facultades. Pero, a eso nos referiremos más adelante.

Ahora bien, la facultad del presidente en materia de tratados tiene limitaciones. Una de ellas es la aprobación del Senado, como hemos visto (“los tratados deben de estar de acuerdo con la Constitución y ser aprobados por el Senado”, y al cual nos referimos anteriormente). Pero la constitución plantea otro tipo de controles y los encontramos, en principio, en el artículo 15 constitucional que prohíbe:

...la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común, que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.

Este artículo, que no ha sufrido modificaciones desde su original de 1917, tiene dos partes. En la primera, contiene, una importante limitación para el ejecutivo en materia de protección de derechos humanos; la no extradición de reos políticos, ni de esclavos, principio reconocido en diferentes tratados internacionales,²⁰⁸ y en la segunda se hace una enfática prohibición de los tratados que alteren las garantías y derechos establecidos por la Constitución para el hombre y el ciudadano. Esta última prohibición es individualizada y parecería superflua si tomamos en cuenta que el artículo 133 ya contiene la obligación de que los tratados se ajusten a la constitución; sin embargo, mientras se trate de garantías y derechos del hombre y el ciudadano, ser explícito no sobra.

VI. EL ARTÍCULO 89. EL PODER EJECUTIVO Y LAS RELACIONES EXTERIORES

En el sistema constitucional mexicano, el poder Ejecutivo en las relaciones internacionales, como en otras materias, tiene una fuerte presencia; aunque parezca que sus facultades en esta materia están controladas al ejer-

²⁰⁸ Véase el comentario de Rodríguez y Rodríguez, Jesús, al artículo 15, en varios, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, México, UNAM, 1994, pp. 68-70.

cerlas conjuntamente con el poder Legislativo, existen ciertos resquicios por donde las facultades del Ejecutivo se fortalecen y superan a los demás poderes. Pero, revisemos la Constitución para tener un panorama sobre el tema.

El capítulo III de la Constitución mexicana hace referencia a las facultades y obligaciones del titular del Poder Ejecutivo. El presidente de la República, en lo tocante a las relaciones internacionales, tiene las siguientes facultades “El ejercicio de la función representativa exterior. Nombrar y remover a los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales”²⁰⁹

El presidente de la República tiene la facultad de nombrar a los “órganos de las relaciones internacionales”, como los denomina el maestro Sepúlveda: al secretario de relaciones exteriores (artículo 89-II²¹⁰) que es el funcionario más importante después del presidente en las relaciones exteriores. Esta facultad que tiene el presidente es ilimitada, y es muy trascendente, pues la orientación de la política exterior del país, en gran parte depende de quien sea el titular del ministerio de Relaciones Exteriores. Aunque la política exterior de nuestro país se sostiene en principios de política exterior que le dan homogeneidad y continuidad, en la práctica el secretario de relaciones exteriores puede darle características propias, por lo que es notorio que la constitución no señale un contrapeso o control a esta trascendente facultad (más adelante nos referimos al tema).

Las modificaciones que ha sufrido el artículo 89-II²¹¹ se refieren a una adecuación política del momento y no han alterado, de ninguna manera, las facultades del Ejecutivo en materia de asuntos exteriores. Por otra parte, estas facultades las ejerce el Ejecutivo, conjuntamente con el poder legislativo, concretamente con la participación del Senado o de la Comisión Permanente en caso de que aquél se encuentre en receso. Sabemos

²⁰⁹ Artículo 89-I, II y III de la Constitución mexicana.

²¹⁰ El artículo 89-II y III se ha modificado desde su original en la Constitución de 1917, que era el siguiente:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes:

I. Nombrar y remover libremente a los secretarios del Despacho, al procurador general de la República, al gobernador del Distrito Federal y a los gobernadores de los territorios, al procurador general de justicia del Distrito Federal y Territorios, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de hacienda y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinada de otro modo en la constitución o en las leyes.

²¹¹ *Diario Oficial de la Federación* 8 de octubre de 1974; *Diario Oficial de la Federación*, 10 de agosto de 1987 y *Diario Oficial de la Federación*, 25 de octubre de 1993.

que esta facultad la utiliza el Ejecutivo en forma amplia, y muchas veces sus decisiones no son muy acertadas. El Senado debería ejercer más control en este caso.

1. *Defensa nacional*

Declarar la guerra,²¹² siempre con la participación del Congreso²¹³ y disponer de la guardia nacional; disponer de la totalidad de la fuerza armada para la defensa exterior de la Federación;²¹⁴ con la intervención del Senado, permitir la salida de tropas extranjeras por el territorio nacional y la estación de escuadras de otras potencias, por más de un mes, en agua mexicanas. Esta facultad la ejerce con la autorización del senado.²¹⁵

Estas facultades que tiene el Ejecutivo en materia de defensa nacional, aunque se ha reformado en 1944²¹⁶ no ha sido en su esencia. Con la reforma constitucional de 1944, por si hubiera duda, se subraya la facultad que tiene el Poder Ejecutivo de disponer de la “totalidad de la fuerza armada”. Con la reforma, quedó expresado de la siguiente manera “VI. Disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente o sea del ejército terrestre, de la marina de guerra y de la fuerza aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación”.

Con la participación más activa de México en los organismos internacionales, y concretamente en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, se ha vislumbrado la posibilidad de enviar contingentes armados en misiones de mantenimiento de la paz o en general, en misiones armadas en cumplimiento de resoluciones de dicho Consejo, lo cual sería ir en contra de la tradicional política exterior del Estado mexicano, que es de carácter pacifista. Claro que se ha tratado de corregir la propuesta y se maneja que la participación de México no sería con contingentes militares armados, sino con personal de técnicos, lo cual en esencia no cambia y si sería crear un precedente bastante peligroso. De cualquier forma, este tipo de decisiones

²¹² Artículo 89-VIII de la Constitución mexicana.

²¹³ *Ibidem*, artículo 73-XII.

²¹⁴ *Ibidem*, artículo 89-VI y VII.

²¹⁵ *Ibidem*, artículo 76-III.

²¹⁶ Hay una reforma (*Diario Oficial de la Federación* del 10 de febrero de 1944) de lo dispuesto en la fracción VI del artículo 89. El original decía “VI. Disponer de la fuerza armada permanente de mar y tierra para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación”.

deben de ir acompañadas de un consenso nacional y formar parte de la política exterior de Estado, la cual se debe formar con la participación, por lo menos del Poder Legislativo. Más adelante nos referiremos a esta política exterior de Estado.

2. *Celebrar empréstitos*

Además, el Ejecutivo está facultado para celebrar empréstitos en los marcos señalados por el Congreso (artículo 73-VIII):²¹⁷

Ningún empréstito podrá celebrarse sino por la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino por la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el presidente de la República en los términos del artículo 29.

Mas tarde, en 1993, se adicionó el siguiente párrafo.

Asimismo, aprobará anualmente los montos de endeudamiento que deberán incluirse en la Ley de Ingresos, que en su caso requiera el gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público, conforme a las bases de la ley correspondiente. El Ejecutivo Federal informará anualmente al Congreso de la Unión que sobre el ejercicio de los recursos correspondientes hubiere realizado. El jefe del Distrito Federal informará igualmente a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal al rendir la cuenta pública.

²¹⁷ Aquí, originalmente la fracción VIII decía “Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación; para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional”. Posteriormente, en el año de 1946 (*Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre), se reformó esta fracción y finalmente en el año de 1993 (*Diario Oficial de la Federación*, 25 de octubre) se adicionó el último párrafo.

Como vemos, en lo que corresponde a las facultades del Ejecutivo en materia de asuntos exteriores. Aquí concretamente la facultad para contratar empréstitos sólo sufre una modificación en el aZo de 1946, estableciendo la limitación para el Ejecutivo de que los empréstitos sólo deben de celebrarse con motivo de la “ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos”. Aquí el Congreso lo que hace es dar “las bases”, se entiende de carácter legislativo, pero no puede controlar el contenido de la negociación de la contratación de los empréstitos. Sin embargo, eso no significa que el Senado pueda intervenir, ya que los empréstitos contratados por el Ejecutivo tienen la forma de tratados internacionales, aunque no lo mencione. Lo anterior, independientemente de la facultad de control de los actos del Ejecutivo que tiene el poder judicial.

3. Ausencia del país del presidente. Artículo 88

Por último, mencionemos que en ejercicio de sus facultades de director de la política exterior, el presidente, puede realizar viajes al extranjero, pero para hacerlo, debe obtener el permiso del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente (artículo 88).²¹⁸ En otro momento, la autorización era automática y no se ejercita esa facultad de contrapeso o de limitación; aunque es muy importante, ya que en sus viajes al extranjero, el presidente lleva la representación del Estado mexicano, actúa en su representación y puede llegar a comprometerlo.²¹⁹ En el momento de alternancia, como se le ha denominado al fenómeno de la presidencia de un no miembro del PRI, se ha intentado un mayor control de la política exterior del presidente por la

²¹⁸ El artículo 88 fue modificado en su original (*Diario Oficial de la Federación*, 21 de octubre de 1966) para adicionarle que la Comisión Permanente puede también otorgar el permiso correspondiente. En efecto, el original del artículo 88 decía “El presidente de la República no podrá ausentarse del territorio nacional sin permiso del Congreso de la Unión”. En el año de 1966 (*Diario Oficial de la Federación*, 21 de octubre) se le agregó la expresión “o de la Comisión Permanente en su caso”.

²¹⁹ El primer presidente post-PRI, Vicente Fox, ha dado muestras de que si no se cuenta con una política exterior bien estructurada, puede causar graves problemas diplomáticos como sucedió con el presidente Venezolano Chávez. En el año 2005 el presidente Vicente Fox creó un desaguisado diplomático en su viaje a Argentina por sus declaraciones a la prensa, que se llevó a los extremos en la relación con el presidente venezolano Hugo Chávez, algunos legisladores opinaron que no le concedería al presidente autorización para un siguiente viaje.

vía de control de los viajes del presidente. Lo cual es un control insuficiente pues la esencia es controlar la política exterior en su totalidad, no de manera coyuntural como se ha pretendido en algún momento.

**VII. DIRECCIÓN DE LA POLÍTICA EXTERIOR
Y CELEBRAR TRATADOS INTERNACIONALES.**
ARTÍCULO 89, FRACCIÓN X

Originalmente, la fracción X del artículo 89 decía “dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras, sometiéndolas a la ratificación del Congreso Federal”.

El actual texto de esta fracción dice:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos, la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

De acuerdo con esta disposición, dos son las facultades que se otorgan al Ejecutivo mexicano: dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales. En relación con la dirección de la política exterior, vemos que el comportamiento de México en las relaciones internacionales lo dirige el presidente de la República. Esta facultad está vigilada por el Senado, y además, de acuerdo con esta nueva redacción, la política exterior debe ceñirse, debe practicarse, en el marco de los principios contenidos en dicho artículo 89 fracción X. La inserción de dichos principios en la Constitución, que sólo encuentra parangón en la Constitución Soviética de 1977, ha sido justamente criticada por los especialistas en derecho internacional de México.²²⁰

²²⁰ Véase Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Elevación a rango constitucional de los principios de política exterior”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXI, núm. 63, septiembre-diciembre, pp. 1165-1167.

La política exterior de México es una política de principios que han sido formados a lo largo de su vida independiente,²²¹ los cuales le han dado prestigio internacional, ya que con base en ellos ha participado en hechos concretos, por ejemplo, la promoción del Tratado de Tlatelolco, o ha sido la cuna de doctrinas como la Doctrina Estrada, que tiene un gran reconocimiento internacional. ¿Pero, eso es una razón para congelar los principios en la constitución? Lo anterior aunado a que la política exterior es dinámica, mutable, y que México es parte de la Carta de San Francisco, que como tratado internacional obliga a sus miembros a conducirse en conformidad con ella, hace muy cuestionable la inserción en la Constitución de dichos principios. Además la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, adoptada por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, de 24 de octubre de 1970, es parte de las normas consuetudinarias internacionales; y por ser nuestro país respetuoso de ellas, le son aplicables. Por lo expuesto nos parece que es precipitado y ocioso incluir los principios señalados en la carta magna mexicana. Al hacerlo se corre el peligro de inmovilizar los principios de política exterior y dejar fuera a otros principios que revisten gran importancia en las relaciones internacionales y que ya tenían una formación en la práctica nacional; podemos citar entre otros a los principios de pluralismo ideológico²²² y al principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales que aparece en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, y donde México ejerció gran influencia.²²³

Ahora bien, en la mayor parte del siglo XX México hizo gala de su política exterior posrevolucionaria, una política exterior denominada “principista, por estar basada en principios de política exterior claros”²²⁴ (que tenían y tienen un sustento histórico, con condicionantes geográficos importantes, como ser vecinos de la gran potencia capitalista y en unas rela-

²²¹ Véase Sepúlveda, César, “Vigencia actual de los principios de la política exterior del Estado mexicano”, *Revista del Centro de Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas*, México, 1981.

²²² Tello, Manuel, *La política exterior de México (1970-1974)*, México, FCE, 1975, pp. 61-64; Seara Vázquez, *La política exterior de México*, 1969; Vazquez Flores, Rafael, *Introducción al estudio de la política exterior de México*, México, Nuestro tiempo, 1995.

²²³ Castañeda, Jorge, “La Carta de Derechos y Deberes de los Estados desde el punto de vista del derecho internacional”, *Justicia económica internacional*, México, 1976.

²²⁴ Al respecto ver Rabasa, Emilio O., (coord.), *Los siete principios de la política exterior de México*, México, UNAM, 2005.

ciones internacionales dominadas por la Guerra Fría, como rasgos más sobresalientes) que le permitían navegar en las aguas llenas de tiburones de la política exterior del momento. Verbigracia, en virtud de su principio de “pluralidad ideológica” podía mantener relaciones más o menos fluidas con países del bloque socialista o bien participar en el grupo de los 77.²²⁵ Sin embargo, en lo interno era otra cosa,²²⁶ contrastaba con una política de élites políticas y económicas.

Con sus principios por delante, como carta de presentación y una actitud legalista, México parecía un país de avanzada, con una política externa progresista, que le permitía un liderazgo latinoamericano. Por ejemplo, el principio de no intervención, con un origen claro en la historia patria, formado en las trágicas y dramáticas experiencias de las numerosas intervenciones extranjeras del siglo XIX y principios de siglo XX, es un principio que México defendió y logró insertar en los documentos fundamentales de la organizaciones internacionales, como la ONU²²⁷ y la OEA.

Sin embargo, lo más importante para nuestro tema es que correspondía al ejecutivo señalar la política exterior, como un mandato constitucional, sin claro contrapeso de otros poderes y aunque teóricamente existiera tal contrapeso, el predominio del poder ejecutivo sobre los demás poderes podría nulificarlo.²²⁸ Entonces, la política exterior estaba “diseñada” (en realidad correspondía a una inercia de la práctica de una costumbre que, en parte, funcionaba bien) para dejar satisfechos políticamente al ala de izquierda del espectro político mexicano de aquella época.²²⁹ Aunque, si en

²²⁵ Ver Manuel Tello, que hace referencia al principio de pluralismo ideológico que sin dudar colocaba a México en un lugar cómodo en la Guerra Fría (Tello, Manuel, *La política exterior de México (1970-1974)*, México, FCE, 1975).

²²⁶ Este es un fenómeno, que se traduce en utilizar la política exterior como un importante instrumento de legitimación interna, es familiar en la ciencia de las relaciones internacionales. Véase Velásquez Flores, Rafael, *op. cit.*, nota 222, p. 55.

²²⁷ Al respecto es recomendable ver la obra: Castañeda, Jorge, “México y el orden internacional”, en *Obras completas*, México, Naciones Unidas, SRE-El Colegio de México, 1995, t. I, pp. 37-270.

²²⁸ Véase Borja, Tamayo, Arturo, “Enfoques para el estudio de la Política Exterior de México: evoluciones y perspectivas”, en *La política exterior de México. Enfoques para su análisis*, México, El Colegio de México, Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, 1992, pp. 19-44.

²²⁹ M. Seara Vázquez explica como se formaba y funcionaba la política exterior de México. El PRI, decía Seara, “es un auténtico órgano del Estado que realiza diversas funciones, algunas de ellas en detrimento de órganos estatales tradicionales y constitucional-

realidad funcionaba en ciertos aspectos (como una coraza de protección) al mismo tiempo respondía a una realidad de un México cerrado, que no le daba demasiada importancia a la participación más activa, agresiva, en busca de mercados y de posicionamientos internacionales en beneficio su población. Y no tenía que hacerlo, pues su economía no tenía una vocación de comercio exterior.²³⁰

Pero, ¿qué sucede cuando se desploma el gobierno de un solo partido? En principio, Se manifiesta la ausencia de una política exterior de Estado, es decir, que responda a una serie de factores como historia, la capacidad económica del país y que se tome en cuenta la situación geopolítica y todo eso en un medio ambiente político totalmente ajeno al que se movía con sus principios congelados: un sistema de competencia global, con una importancia creciente de los temas de derechos humanos, y un debilitamiento de la soberanía en varios aspectos (medio ambiente, crimen internacional, por ejemplo). Es decir, México llega a la alternancia, y con ello la división de poderes se actualiza cuando a nivel internacional hay cambios substanciales (fin de la Guerra Fría, globalización económica, III Revolución Industrial)²³¹ y sin que este provisto de una política exterior de Estado y, como lo veremos, sin contar con las estructuras constitucionales adecuadas (análisis que veremos mas adelante).

Un política exterior debe ser (y en realidad lo es) la extensión de la política interna. Los principios de política exterior de nada sirven si no tienen un contenido, o bien no se adecuan a la realidad del momento. Con un México que intenta integrarse al comercio exterior deben de crearse una estrategia de carácter estatal en el que se establezca el que somos, que queremos y donde estamos parados. El esquema constitucional es un esquema que refleja el sistema presidencial a ultranza: el presidente tiene la facultad de dirigir la política exterior y celebrar tratados. La reforma a la fracción X del

mente auténticos, como la Cámara y el Senado” en Seara Vázquez, Modesto, *La política exterior de México*, México, Esfinge, 1969, p. 18.

²³⁰ Algo se vislumbró en el sexenio del presidente Luis Echeverría cuando se creó un Instituto Mexicano de Comercio Exterior que contaba con un edificio gigantesco, que rebasaba, con creces, la realidad de la capacidad y la infraestructura de exportación del país.

²³¹ Véase Becerra Ramírez Manuel, “Controles constitucionales en materia de Política Exterior. Hacía una política exterior de Estado”, *Kaos Internacional*, México, año II, vol. II, núms. 10 y 11, julio-diciembre, 2000, pp. 7-15.

artículo 89 de la Constitución mexicana²³² tiene varios aspectos que merecen un comentario más amplio.

Control del Senado en materia de política exterior.

Artículo 76 fracción I

El artículo 76 fracción I ha sufrido una transformación desde su original de 1917, cuando textualmente decía “Artículo 76 son facultades exclusivas del senado: I. Aprobar los tratados o convenciones diplomáticas que celebre el presidente de la República con las potencias extranjeras”. En 1977, se reformó esta fracción para quedar como sigue “I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el presidente de la República y el secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión”.

Como se nota, con la reforma de 1977, se amplían las facultades de vigilancia o de control del Senado, permitiendo que esta Cámara del Legislativo analice la política exterior del presidente. Esta facultad del Senado para analizar la política exterior del presidente no tiene trascendencia práctica, puesto que no se está facultando al Senado para impedir que surta sus efectos jurídicos la política exterior del presidente en caso de violación de los principios antes mencionados. El profesor Sepúlveda también critica la redacción del artículo 76-I para concluir que “el papel del Senado mexicano respecto a las relaciones exteriores sigue siendo deslucida y bastante anodina”.²³³

Lo anterior nos lleva a reafirmar que si no existe un verdadero sistema de control de las facultades del presidente en materia de política exterior, la inclusión de los principios de política exterior en la Constitución mexicana es un acto ocioso y peligroso, en el sentido de que puede inmovilizar la política exterior de nuestro país, que debe ser dinámica. Precisamente, uno de los principales puntos de la política exterior del gobierno de alternancia era cambiar la política “de principios” por una “política de intereses”. Con lo cual no estamos de acuerdo, sin embargo lo que si se manifiesta de esta disyuntiva es la falta de contenidos adecuados de los principios y sobre to-

²³² *Diario Oficial de la Federación*, 11 de mayo de 1988.

²³³ Sepúlveda César, *Derecho Internacional*, 15a. ed., México, Porrúa, 1988, p. 548.

do la ausencia de controles y precisamente lo hace ser un poder omnímodo incontrolable. Algo esta cambiando pero aun así no es suficiente. En ese sentido, sería recomendable crear esos controles; por ejemplo, sería bastante aconsejable, como sucede en otros sistemas, por ejemplo en Estados Unidos que participe otro poder en, el Senado concretamente, en la designación del secretario de relaciones exteriores, un secretario es un puesto clave, el secretario debe de formular la política exterior que va a aplicar y al mismo tiempo someterse a las críticas y opiniones del legislativo y buscar consensos que es lo que traerá la política exterior de Estado. Así, siendo el secretario de relaciones exteriores aprobado por el Senado, también debe de rendir cuentas, pudiendo éste pedir la remoción del Secretario. Por ejemplo, ¿por qué se permite la participación del Senado en la aprobación de los embajadores y no del secretario de relaciones exteriores que es la cabeza del servicio exterior?

Por otra parte, y en otro ámbito, en los últimos años hemos sido testigos de un desarrollo interesante en la Suprema Corte de Justicia de la Nación al incorporarse una especie de control por parte de la Suprema Corte de Justicia sobre el artículo 89-X, que se nota en la sentencia dictada en el caso Cavallo en donde se pronuncia sobre una supuesta violación de los principios de derecho internacional, concretamente de los principios de autodeterminación y de no intervención en los asuntos internos de los Estados, contenidos en el citado artículo 89-X de la Constitución mexicana.²³⁴

VIII. EL PODER LEGISLATIVO EN LA CONSTITUCIÓN Y LAS RELACIONES EXTERIORES. LOS ARTÍCULOS 73, 79 y 88 DE LA CONSTITUCIÓN

En el análisis de las facultades del Poder Ejecutivo, ya mencionamos la participación que tiene en algunos casos el Poder Legislativo; recordemos algunas: la ratificación de los nombramientos que el presidente haga de los ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales;²³⁵ autorización al presidente de la república para ausentarse del país,²³⁶ aprobar los tratados,²³⁷ etcétera.

²³⁴ Véase Becerra Ramírez, Manuel, “El caso Cavallo”, *op. cit.*, nota 131, pp. 585-626.

²³⁵ Artículo 79-VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

²³⁶ *Ibidem*, artículo 88.

²³⁷ *Ibidem*, artículo 133.

Sin embargo, podemos mencionar como facultades exclusivas del Poder Legislativo en la materia de relaciones exteriores:

- Admitir nuevos Estados.²³⁸ Este artículo, originalmente rezaba de la siguiente manera “El congreso tiene facultad: I. Para admitir nuevos estados o territorios a la Unión Federal”.
- Dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.²³⁹ Facultad que tiene el Congreso desde el texto original de la constitución de 1917.
- Para establecer contribuciones sobre comercio exterior.²⁴⁰ En el texto original de 1917, esta facultad del Congreso no existía, fue hasta 1942, cuando se reforma el artículo 43 para agregarla. Precisamente, esta facultad que tiene el Congreso ha hecho pensar, sin razón, a más de un tratadista de derecho constitucional que los tratados sobre comercio exterior (por ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte-TLCAN) deben de aprobarse por ambas Cámaras del Congreso. Sin embargo, se ha mantenido la práctica ortodoxa de que sea solamente el Senado quien lo apruebe.

En general, estas áreas son de gran importancia en el desarrollo del país, y sin duda la competencia exclusiva del Poder Legislativo es relevante, pero se queda en el mero marco de una facultad legislativa sancionatoria de las propuestas del Ejecutivo, ante la facultad mucho más amplia que tiene el presidente de dirigir las negociaciones diplomáticas, de acuerdo con el artículo 89. Entonces sería adecuado que el Congreso también tuviera facultades para aprobar los tratados internacionales.

IX. EL PODER JUDICIAL Y LAS RELACIONES EXTERIORES.

ARTÍCULO 104 DE LA CONSTITUCIÓN

Potencialmente hablando, el Poder Judicial tiene facultades muy importantes, sobre todo en el aspecto del control de los actos del Ejecutivo e inclusive del Senado, en la elaboración de los tratados internacionales. La

²³⁸ *Ibidem*, artículo 73-I.

²³⁹ *Ibidem*, artículo 73-XVI.

²⁴⁰ *Ibidem*, artículo 73-XXIX.

Suprema Corte de Justicia en este campo, decía el maestro Antonio Carrillo Flores, es un “poder regulador”.²⁴¹

La Suprema Corte de Justicia tuvo como modelo a la Suprema Corte de Estados Unidos, creada por la Constitución aprobada en Filadelfia en 1787; sin embargo, fue solamente modelo y no copia fiel, como también aseguró el maestro Carrillo Flores.²⁴²

De acuerdo con la Constitución mexicana vigente, toca al Poder Judicial conocer “De todas las controversias del orden civil y criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el poder mexicano”.²⁴³

De los casos concernientes a miembros del cuerpo diplomático y consular (artículo 104-VI). Aunque en 1934, hay una reforma al artículo 104-I (*Diario Oficial de la Federación*, 18 de enero) y en 1946 (*Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre), las facultades del poder Judicial señaladas en dicho artículo 104, fracciones I y IV se mantienen esencialmente.

Aun más, la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, en sus artículos 11, fracción IV *bis*, inciso a) dispone:

...corresponde a la Suprema Corte de Justicia conocer en pleno... IV bis. Del recurso de revisión contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito: a) Cuando se impugne un tratado internacional o una ley emanada del Congreso de la Unión, vigente en todo el país o sólo en el Distrito Federal.

Además y también de gran importancia es lo dispuesto en el reiterado artículo 133 de la Constitución, que frecuentemente olvidan los jueces “Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes de los estados”. Quizás podamos criticar esta disposición por ser corta y referirse sólo a los tratados internacionales y no en general al derecho internacional, pero obviando esa crítica normal al sistema que adopta nuestra constitución podemos observar que la misma es clave para exigir la aplicación de los tratados por parte de los jueces. Lo cual a

²⁴¹ Carrillo Flores, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981, p. 85.

²⁴² *Ibidem*, p. 86.

²⁴³ Artículo 104-I de la Constitución.

su vez lleva a una serie de condiciones²⁴⁴ como la necesidad de que los abogados postulantes conozcan y sepan interpretar e invoquen los tratados y por su parte los jueces tengan la voluntad y la sapiencia para decidir con base en dichas normas internacionales.

Ahora bien, desde el punto de vista doctrinal, no hay duda de que el Poder Judicial es un verdadero poder.²⁴⁵ Como vimos, todavía el Poder Ejecutivo en nuestro país es el poder más vigoroso, e inclusive eso se nota en la estructuración de la política internacional, donde sus facultades son amplias. En este aspecto, la Suprema Corte no tiene posibilidades de establecer un control. No conocemos algún precedente en donde la Suprema Corte haya censurado un acto de política exterior del Poder Ejecutivo.

Dicho de otra manera, la Suprema Corte tiene el poder de controlar al Ejecutivo, en lo que se refiere a la constitucionalidad de los tratados. Como lo señalamos anteriormente, la Corte ha dictado diferentes ejecutorias en ese sentido, pero ¿y los actos de política exterior? Es decir, las “facultades que las leyes fundamentales atribuyen a los organismos del Ejecutivo y Legislativo, para que puedan ejercerlos dentro de amplio margen de discrecionalidad en cuanto a su oportunidad, justicia, motivos y conveniencia”,²⁴⁶ como los define el maestro Fix-Zamudio. Esas facultades no tienen ningún control y conste que pueden tener mucha trascendencia.

Por otra parte, también es importante el papel tan preponderante que tiene el Poder Judicial en establecer la interpretación de la Constitución en asuntos relativos al lugar que guardan los tratados en el sistema interno. Hasta ahora es muy trascendente la sentencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) en el amparo 1475/98, con motivo de un amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo (amparo 1475/98), y en la que dicho alto tribunal consideró que los tratados tienen una alta jerarquía sólo después de la Constitución y sobre las leyes federales (estableció que el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al

²⁴⁴ Véase el excelente trabajo Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, nota 133, p. 198.

²⁴⁵ En el Congreso Constituyente de 1917, el diputado Truchuelo afirmó, en relación con el poder judicial “debe tener su origen, como todos los demás poderes, en la misma soberanía del pueblo, no hace más que interpretar la soberanía nacional, por medio de esa demostración, por medio de ese vehemente deseo de impartir justicia, como el Poder Legislativo interpreta la soberanía nacional dictando leyes” (Carrillo Flores, *op cit.*, nota 241, p. 86).

²⁴⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, UNAM, IIJ, 1977, p. 37.

Servicio del Estado (que dice “En cada dependencia solo habrá un sindicato...”) va en contra del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo al derecho de sindicalización y tal convenio tiene preeminencia.

En efecto, la sentencia de la Corte es muy importante, independientemente de que rompió con el corporativismo sindical, lo cual dio motivo a una serie de comentarios en su momento, establece una inclinación a un sistema de recepción monista internacional que va muy de acuerdo con las más modernas tendencias del constitucionalismo de los últimos tiempos.

La tesis jurisprudencial emitida por nuestro más alto tribunal resuelve a su manera el problema que se presenta de la interpretación del sistema de recepción del derecho internacional contenido en la Constitución mexicana.

La doctrina constitucional establece una jerarquía en donde la Constitución esta en la cúspide y después, aparentemente en segundo plano, están 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”, y la Constitución establece que estas serán “la ley suprema de toda la Unión”. En esa línea, con la sentencia en el amparo 1475/98 la Suprema Corte de Justicia (SCJ) reconoce el hecho inobjetable tanto dentro de la doctrina como de la interpretación jurisprudencial que la Constitución es la ley fundamental y que el problema respecto a la jerarquía de las demás “normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de ‘leyes constitucionales’, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional”.

En efecto, los tratados internacionales tienen su origen en la voluntad soberana del pueblo que esta expresada en la Constitución y precisamente en ella reside los fundamentos de los Estados para la adhesión a los tratados internacionales. Por ejemplo, esta idea esta contenida en la doctrina europea sobre el derecho comunitario, el cual no reconoce supremacía del derecho comunitario (DC) sobre el constitucional, ni tampoco de conflicto entre norma interna y norma comunitaria ya que:

...la Constitución se aplica plenamente en los ámbitos que siguen siendo competencia soberana del Estado miembro, pero en los ámbitos atribui-

dos a la Unión y regulados por normas comunitarias se aplica el derecho comunitario en toda su plenitud y el Estado no puede invocar la Constitución para impedir los efectos de la norma comunitaria válida. Luego, todo Estado miembro debe adecuar su Constitución antes de su ingreso en la Unión Europea a fin de permitir al DC desplegar todos sus efectos con plenitud.²⁴⁷

Es decir, en virtud de su capacidad soberana los Estados contraen obligaciones por medio de los tratados mediante los cuales se autolimitan. Después, no pueden desconocer esas obligaciones, insistimos, libremente contraídas. De acuerdo con lo anterior, es comprensible que al Estado, dentro de su interior, le toque elegir los medios para satisfacer las obligaciones del Estado.

En materia de tratados, el derecho internacional complementa el principio fundamental de *pacta sunt servanda* con la disposición del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 que claramente establece que un Estado no puede invocar los preceptos de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, disposición que está ratificada por la jurisprudencia.²⁴⁸ Aunque la Convención de 1969 deja la puerta abierta con su artículo 46 para proteger a las normas internas de importancia fundamental relativas a la competencia para celebrar tratados, caso que conduce a la nulidad de los tratados). Lo que, en este caso, significa una supremacía de la Constitución.

Sin embargo, la sentencia que se comenta, rompe con sus precedentes²⁴⁹ dictada por el Poder Judicial mexicano al establecer que “los tratados inter-

²⁴⁷ Mangas Martín, Araceli, y Liñán Nogueras, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw Hill, 1996, p. 429.

²⁴⁸ La Jurisprudencia europea es muy clara en este sentido, en donde se reconoce el principio de la primacía de los tratados internacionales e inclusive, después de la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (la empresa italiana Simmenthal compraba carne bovina a Francia y en virtud de una ley de 1970 se le obligaba a pagar derechos de control sanitario, lo cual se alegaba iba en contra del Tratado de la Comunidad Económica Europea), se declaró que los tratados prevalecían inclusive sobre las leyes posteriores a los tratados.

²⁴⁹ Aunque en el Poder judicial esta postura ya tiene precedentes en una controvertida sentencia del juez séptimo de distrito del Distrito Federal en materia administrativa de fecha 31 de marzo de 1997 en el amparo promovido (574/96) por la *USX Corporation Inland Steel Company* contra el Panel Binacional constituido de acuerdo al capítulo XIX del tratado, y en el cual se decidió, lo que bien observa el doctor Péreznieta Castro “El tratado se integra al sistema jurídico nacional vía artículo 133 constitucional el tratado

nacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local”.

De acuerdo con la SCJ, esta interpretación del 133 constitucional deriva de dos razones fundamentales que analizaremos a continuación.

La primera razón que esgrime la SCJ se expresa en el siguiente párrafo:

...que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado intervine como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

Un Principio toral, universal del derecho internacional es que todas las normas y obligaciones internacionales deben de cumplirse de buena fe (*pacta sunt servanda*). Este principio esta reiterado por la jurisprudencia internacional, la Carta de Naciones Unidas en su preámbulo, su artículo 2o.-2 y la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados (Res. 2625- XXV de la AG de 24 de octubre de 1970) también por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre Derecho de los Tratados, como lo vimos anteriormente.

La segunda razón expresada por la SCJ para fundamentar su interpretación del artículo 133 esta expresada en el siguiente párrafo:

constituye tribunales (los paneles) que por estar previstos en él también son integrados al sistema jurídico nacional. Estos tribunales (los paneles) dice el juez, “tienen la facultad, atribuida directamente a ellos y no a otra autoridad previamente constituida, de ordenar que la autoridad investigadora realice ciertas conductas para corregir los vicios que advierta en su actuación. El secretario de SECOFI, dice el juez, en virtud del tratado, no tiene facultades de incumplir el laudo, y en consecuencia, el laudo reclamado en este juicio, afirma el juez, “si es un acto de autoridad susceptible de impugnarse a través del juicio de amparo”. Postura que fue criticada por la profesora Ortiz Ahlf por considerar que los paneles son de naturaleza internacional y por lo tanto no son instituciones asimilables por el derecho interno mexicano”. (Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado), discurso de ingreso como miembro de número que presenta la licenciada Loretta Ortiz Ahlf bajo el título *Caos en el marco de los capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México 12 de junio de 1998, panfleto, pp. 33.

...en esta materia (se refiere a la materia de los tratados) no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.

Esta interpretación que hace la SCJ es congruente con los orígenes del artículo 133. En efecto, si revisamos el origen de la formula mexicana, es decir la Constitución de los Estados Unidos, veremos que el presidente de la República y el Senado tienen una capacidad legislativa única ya que “during the 1788 debates on ratification in North Carolina, Mr. Lenoir affirmed that the *treaty power is a legislative power given to the president*”, and Senate, since treaties “are to be the supreme law of the land” (las cursivas son nuestras).²⁵⁰

Es claro que en materia de tratados internacionales la conjunción de presidente-Senado tiene una clara y única facultad “legislativa”, independiente de la concedida al poder legislativo interno.

Por lo demás, hasta ahora todavía la Corte tiene un papel gris en la aplicación e interpretación de los tratados internacionales como lo muestran varias sentencias, como por ejemplo la relativa al asunto de “los halcones”.²⁵¹ Aquí si urge que el poder judicial se ponga a tono en el conocimiento y en la aplicación de los tratados internacionales y en general del derecho internacional.

²⁵⁰ Paust, Jordan J., “Self-Executing Treaties”, *op. cit.*, nota 193, p. 766.

²⁵¹ Véase Becerra Ramírez Manuel, “Genocidio”, *Cuestiones constitucionales*, número 14, enero-junio, 2006, pp. 205-228.

X. CABOS SUELtos EN EL ESQUEMA CONSTITUCIONAL DE RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. *La modificación de un tratado*

Podemos añadir al vapuleado sistema de recepción de tratados internacionales la mención de algunas otras carencias, por ejemplo ¿qué pasa cuando hay una modificación substancial de un tratado o bien se decide terminarlo, por supuesto con la intervención del ejecutivo? En estos casos ¿no procede el control del poder legislativo, como sucede con el acto inicial de aprobación de los tratados? Sigue que los tratados internacionales son actos vivos que están sujetos algunas veces a cambios y otras veces se van adecuando en su cumplimiento, interpretándose por las partes o por las decisiones judiciales.

Un caso interesante que muestra las lagunas que existen en la estructura jurídica mexicana es el que se refiere a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). México ratificó en 1981, el 24 de marzo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²⁵² pero se abstuvo de admitir la competencia de la CIDH.²⁵³ Sólo fue, hasta 1998, cuando el Ejecutivo Federal decidió admitir tal competencia y aquí es cuando encontramos cierta singularidad. La adopción de la Convención Americana, así como la decisión de no admitir la competencia contenciosa de la CIDH se realizó por el procedimiento establecido por la Constitución, es decir, la participación del Ejecutivo con la aprobación del Senado, pero ni la Constitución, ni la Ley de Tratados prevé el caso de la aceptación de la competencia de un tribunal internacional. Ante la duda que enfrentaban los juristas del gobierno del Estado mexicano sobre cuál era el procedimiento para hacer factible tal aceptación decidieron someterlo a la aprobación del Senado, con base en la fracción X del artículo 89 y de la fracción I del artículo 76 de la Constitución mexicana. Es decir, se siguió el mismo procedimiento que se sigue para la aprobación de un tratado internacional, cuando si lo vemos estrictamente no era el caso, pues

²⁵² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 7 de mayo de 1981.

²⁵³ Situación que es posible, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 62.1 que permite que en el momento de depósito del instrumento de ratificación o adhesión de la Convención o en cualquier momento posterior se puede reconocer como obligatorio la competencia de la Corte.

la Convención Americana que contiene la regulación de la Corte, como vimos ya se había adoptado con anticipación. Sin embargo, éste precedente es muy importante y valioso, pues va de acuerdo con el espíritu de los sistemas constitucionales de crear mecanismos de pesos y contrapesos y de control de los poderes. Lo negativo de la decisión fue que México aprovechó para hacer una reserva a la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir una reserva a la aplicación de la Convención Americana, que como vimos ya había aprobado y ratificado desde 1981, en todo lo relativo a los temas que toca el artículo 33 de la Constitución Mexicana para expulsar a extranjeros sin previo juicio.²⁵⁴ Tal reserva hecha en 1998 es a todas luces violatoria de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que regula el régimen de las reservas que establece que “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse al mismo”.²⁵⁵

En efecto, es una reserva atemporal a la Convención americana y dado la gran importancia de los derechos humanos, ésta reserva de México sería una “reserva encubierta” que es la que se realiza posteriormente y que trae por consecuencia la invalidez de la misma.²⁵⁶

Pero, independientemente de esta anomalía, lo que aquí queremos resaltar es el precedente de que un cambio en las obligaciones convencionales internacionales del Estado mexicano debe tener un control por parte del Senado. Precisamente, esto es lo que está ausente en la Constitución mexicana, ya que no está muy claro sobre qué pasa si el Ejecutivo (que tiene la facultad indiscutible de negociar y firmar los tratados internacionales) quiere modificar el contenido del tratado, su término de vigencia, o bien, denunciarlo. Lógicamente, si el Senado está previsto en el diseño constitucional como un órgano de contrapeso o de control de los actos del Ejecutivo en materia convencional internacional, cuando exista una decisión del Ejecutivo que traiga un cambio esencial en el contenido de un tratado inter-

²⁵⁴ En su parte correspondiente, el artículo 33 de la Constitución establece “...pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”

²⁵⁵ Artículo 19 de la Convención de Viena de 1969.

²⁵⁶ Véase Salgado Pesantes, Hernan, “Las reservas en los tratados de derechos humanos”, en *Liber Amicorum Hector Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, vol. I, Secretaría de la Corte interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 1-13.

nacional (como los antes mencionados), el Senado debe conocerla para aprobarla, en caso de que esté de acuerdo con la Constitución.

2. México y la costumbre internacional

La Constitución vigente de 1917 no hace ninguna referencia a la costumbre internacional a excepción de la remisión que se hace en el artículo 27 y 42 cuando se hace referencia a los límites del territorio nacional.²⁵⁷ En estos casos la referencia a la costumbre internacional se implica del significado de término “derecho internacional”.

El hecho de que la Constitución mexicana sea omisa en referencia al derecho consuetudinario internacional, no implica que éste no tenga una aplicación en derecho interno, sobre todo de un proceso al que nos hemos referido de una intensa internacionalización de muchos aspectos, como los comerciales que se han sentido en la experiencia mexicana. Precisamente el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) nos da oportunidad de un ejemplo en donde se remite a la aplicación del derecho consuetudinario. Y este es un ejemplo que se puede multiplicar dado la incidencia cada vez mas frecuente en que nos vemos involucrados, por nuestra misma tendencia de apertura a lo internacional.

Pues bien, veamos nuestro ejemplo. Como sabemos, uno de los objetivos fundamentales del TLCAN es establecer un marco jurídico para las inversiones extranjeras. A respecto, el artículo 1105 de dicho Tratado refiere al nivel mínimo de trato que se le debe garantizar a los inversionistas extranjeros, en una fórmula bastante amplia que lleva a la vaguedad. En efecto, el artículo 1105-1 dice “Cada una de las partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

La aplicación de esta disposición a la práctica se ha topado con el concepto amplio de “acorde con el derecho internacional” ya que la amplitud

²⁵⁷ Véase, por ejemplo el artículo 27 que establece, “...y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional”; o bien “son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional” o bien el artículo 42 que establece: El territorio nacional comprende: V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional... VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con las extensiones y modalidades que establezca el propio derecho internacional.

de tal ordenamiento que incluye el derecho convencional, los principios generales de derecho y la costumbre internacional entre otras manifestaciones, hace difícil entender de qué se está hablando. Es por ello que con base en un fallo emitido por la Comisión de Libre Comercio en el marco del TLCAN, el 31 de julio de 2001 se trató de terminar con la falta de claridad.

Para llegar a tal resolución hay que mencionar que de conformidad con el artículo 1131 del TLCAN, que se refiere al “derecho aplicable”, se establece:

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.
2. La interpretación que formula la Comisión sobre una disposición de este tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección.

Este artículo es de gran singularidad ya que, como lo han observado varios especialistas, fundamentalmente con esta disposición se elimina al derecho nacional de su aplicación en todas las decisiones que dicte un tribunal arbitral en el marco del capítulo 11. Lo cual es sumamente criticable pues el marco jurídico internacional, y en este caso de solución de controversias, debería ser de carácter complementario. Bueno, pero el caso es que con base en este artículo se dictó la nota de interpretación que entre otras disposiciones establece que las estipulaciones del artículo 1105 se limitan a aquéllas que prescribe el derecho consuetudinario internacional.²⁵⁸

En efecto la nota interpretativa establece:

Habiendo revisado la operación del procedimiento realizado bajo el capítulo once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Comisión de Libre Comercio aquí adopta las siguientes interpretaciones del capítulo once a fin de clarificar y refirmar el significado de ciertas disposiciones...

B. El Estándar Mínimo de Tratamiento de Acuerdo con el Derecho Internacional.

²⁵⁸ Véase Graham, James A., “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Revista mexicana de derecho internacional privado y comparado*, núm. 15, abril 2004, p. 157.

1. El artículo 1105(1) prescribe el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros del derecho consuetudinario internacional como el estándar mínimo de tratamiento para ser proporcionado a las inversionistas de inversiones de otra Parte.

2. El concepto de ‘trato justo y equitativo’ y ‘seguridad y protección total’ no requiere un trato adicional o más allá del requerido por el derecho consuetudinario internacional relativo al estándar mínimo de tratamiento de extranjeros.

3. Una determinación en violación de otra provisión del TLCAN o de un acuerdo internacional separado no determina que ha habido una violación del artículo 1105 (1).²⁵⁹

De acuerdo con esta nota interpretativa, en el marco del TLCAN, cada una de las partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho consuetudinario internacional, independientemente del trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. Es decir, los tres poderes de la federación mexicana deben de aplicar, legislar o bien resolver controversias en el interior del Estado mexicano de conformidad con lo que son los estándares que el derecho consuetudinario establece. Con esto, el derecho consuetudinario, en materia de inversiones extranjeras toma carta de naturalización en el derecho mexicano.

Sin embargo, también hay que mencionar que si bien la nota interpretativa es obligatoria para los futuros arbitrajes, el tribunal en el marco del capítulo 11 del TLCAN, en el caso *Pope & Talbot* que fue la primera vez que tuvo que aplicar la nota interpretativa, le resto fuerza jurídica a tal nota in-

²⁵⁹ Traducción nuestra, el texto en inglés es el siguiente: *Having reviewed the operation of proceeding conducted under chapter eleven of the North American Free Trade agreement, the Free Trade Commission hereby adopts the following interpretations of chapter eleven in order to clarify and reaffirm the meaning of certain of its provisions...*

B. *Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law.*

1. *Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.*

2. *The concepts of fair and equitable treatment and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.*

3. *A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of article 1105 (1).*

terpretativa, “calificándola de enmienda escondida al tratado”²⁶⁰ le restó fuerza jurídica obligatoria.²⁶¹ En efecto, al arbitro en el capítulo 11 del TLCAN se le otorgan facultades exorbitantes que no tienen la esencia de la función arbitral; es decir, el árbitro no es un juez, resuelve una controversia *ad hoc* en el marco de la competencia limitada que las partes les conceden.

En tal caso, esta argumentación, y posición contradictoria del mismo TLCAN sería posible hacerla valer ante las instancias judiciales internacionales.

Aunque también hay que tomar en consideración que con base en el artículo 11 de la Ley sobre Celebración de Tratados, tal nota interpretativa tendrá eficacia y será reconocida en la República y podrá utilizarse “como prueba de los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables”.

Lo curioso del caso es que la consecuencia última es que la costumbre internacional (en el caso concreto de tratamiento a los inversionistas extranjeros) tiene, con esta nota interpretativa, validez en el derecho interno. Pero surge una serie de cuestiones: ¿se puede invocar la costumbre internacional aun cuando la Constitución es omisa sobre ella (a diferencia de los tratados internacionales que tiene una validez plena en nuestro sistema jurídico interno)? Y suponiendo que sea válida, ¿cuántos litigantes han hecho valer ante los tribunales esta posibilidad? y aun más: ¿cuántos juzgados se atreven a invocar la costumbre internacional en sus resoluciones? Al respecto podemos decir que México, como cualquier otro Estado de la comunidad internacional está sujeto al derecho internacional que incluye la costumbre internacional y más cuando lo determina una instancia de solución de controversias que esta creado en el marco de un tratado en el que forma parte. México incurría en responsabilidad internacional en el caso

²⁶⁰ Graham James, A., *op. cit.*, nota 259, p. 158.

²⁶¹ *Idem*. En efecto, en Pope & Talbot se estableció que “*Canada took the further point that it was not within the powers of an arbitral tribunal under chapter eleven to challenge that, which was issued by the Commission as an interpretation of a provision of the NAFTA ...the tribunal finds the letter argument unpersuasive. Article 1131(1) requires an arbitral tribunal under chapter 11 to decide the issue in dispute in accordance with NAFTA and applicable rules of international law. If a question is raised whether in issuing an interpretation, the Commission has acted in accordance with article 2001 an arbitral tribunal has a duty to consider and decide that question and not simply to accept that whatever the commission has stated*”.

de que no acatara el derecho internacional. Eso es claro y no habría problema, el problema lo encontraríamos en la situación de hacer valer en el interior del Estado mexicano la costumbre internacional. ¿Es posible hacerla valer cuando ni siquiera la Constitución la reconoce? Este es, hasta hora, un problema teórico, pero no muy lejano de que ocurra. Una decisión de nuestro máximo tribunal tendría que inclinarse por reconocer la aplicación de la costumbre internacional, pero también podría enfrentarse a otros problemas de interpretación ¿cuál es el lugar de la costumbre internacional en el orden jurídico interno?, es decir, ¿cuál es el lugar que le toca a la costumbre internacional enfrente de los tratados y del orden jurídico federal y del local? La Corte tendría que llenar omisiones claras de nuestro régimen constitucional.

Por otra parte, hay una gran reticencia entre los juristas, sobre todo, de nuestro sistema de tradición jurídica de derecho codificado, por no apoyarse en la costumbre que se ve insegura, poco clara, incierta, ya que no está codificada. Sin embargo, con la internacionalización de ciertas áreas de lo que anteriormente era indudable competencia de la soberanía interna, como es el caso de los derechos humanos y del derecho comercial internacional, una posición de rechazo, de ignorancia o de una mera actitud de avestruz no es recomendable, y sobre todo cuando se pueden dictar sentencias o laudos en órganos judiciales o arbitrales extranjeros que se pueden traducir en condenas económicas cuantiosas por ignorar el derecho consuetudinario internacional.

3. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU

En la práctica internacional es perceptible un fenómeno mediante el cual las resoluciones de los Organismos Internacionales tienen un impacto de más o menos intensidad en la esfera jurídica interna de los Estados; ya que el estudio de este fenómeno es objeto de otra investigación en curso, aquí nos detendremos en el análisis de un caso de diferentes aristas, como es el de las resoluciones del Consejo de Seguridad en su lucha contra el terrorismo.

Dos acontecimientos históricos de gran envergadura marcan el gran activismo que ha caracterizado al CS de la última década de fin de siglo pasado a la fecha: el fin de la Guerra Fría que ha producido que los miembros permanentes coincidan frecuentemente en sus votaciones (lo que no suce-

día antes) y después la “guerra contra el terrorismo”, que si bien existía con anticipación, se incrementa en intensidad vía el CS después del “11 de septiembre”.

Es notable que en los últimos años el CS, aduciendo una fundamentación en el capítulo VII de la Carta de San Francisco, se ha convertido en una especie de legislador en diferentes materias, en forma concreta aquí nos referimos a lo relativo al terrorismo internacional, materia sobre la cual dicta resoluciones que van dirigidas al derecho interno de los Estados miembros de la ONU.

Si bien, de conformidad con la Carta de San Francisco al CS se le conceden amplias facultades en materia de asuntos que ponen en peligro la paz y seguridad internacionales de acuerdo con el capítulo VII y existe la obligación contenida en artículo 20.-5 de que los Estados miembros deben prestar ayuda en caso de que la ONU ejerza acción preventiva o coercitiva,²⁶² viendo desde la perspectiva actual es un cheque en blanco de gran magnitud que puede ser cuestionable, en derecho internacional por las facultades que el CS posee y en derecho interno por la ausencia de controles que este tipo de resoluciones tiene, como lo veremos a continuación.

Con motivo de la lucha antiterrorista, concretamente proveniente de los talibanes y su apoyo a Osama bin Laden y su red, el 15 de octubre de 1999, el CS aprobó la Resolución 1269 (1999) según la cual, con apoyo en el capítulo VII de la Carta de San Francisco, entre otras disposiciones “decide” que todos los Estados apliquen varias medidas, entre ellas “congelar los fondos y otros recurso financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, o de cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control...”. En otras palabras lo que el CS esta mandando a los Estados miembros de la ONU es controlar los flujos financieros de los supuestos terroristas y para operar tal mandato se crea un Comité que recaba información de todos los Estados miembros sobre las medidas adoptadas.

Estas medidas de control de los flujos financieros son objeto de varias resoluciones sobre todo después del 11 de septiembre, sobresale la Resolución 1373 (2001) que manda a todos los Estados a:

²⁶² El artículo 20.-5 de la Carta de San Francisco establece “Los miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva”.

- Prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo.
- Que tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo.
- Congelar sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos.
- Prohibir a sus nacionales o a todas las personas y entidades en sus territorios que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo.

Además, en otras resoluciones del mismo CS se manda:

- Asegurar el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo (Resolución 1373 (2001)).
- Congelar sin demora los fondos y otros activos financieros o recursos económicos de esas personas, grupos, empresas y entidades, incluidos los fondos derivados de bienes que directa o indirectamente pertenezcan a ellos o a personas que actúen en su nombre (Resolución 1526 /2004).

La Resolución 1617 (2005) hace énfasis en el tema y otorga facultades al Comité Contra el Terrorismo creado en virtud de la Resolución 1373. Lo trascendente del tema es ver como un órgano de la ONU esta creando unilateralmente (recordemos que el CS esta compuesto de 15 Estados miembros y 5 permanentes) obligaciones para todos los miembros, en diferentes aspectos, pero aquí lo que nos interesa es ver que esos controles se refieren a los flujos financieros. Lo recomendable hubiera sido que esas obligaciones se debieron haber contraído normalmente por vía convencional, o vía la Asamblea General que es el órgano de la ONU que esta compuesto de todos los Estados miembros. En otras palabras el CS se ha convertido en un órgano de facto de carácter legislativo, con obligaciones que tienen un objeto bastante amplio y vago (la lucha contra los terroristas y Al-Qaida y

Osama bin Laden, que son como fantasmas que se les conoce por la vía de la televisión).

Ahora bien, ¿cómo se reciben esas obligaciones en derecho interno, en el interior de los Estados? En el caso mexicano este supuesto cumplimiento de las Resoluciones del CS se realizan a través de Resoluciones (Resolución por la que se expiden las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito y 124 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular de 11 de mayo de 2004²⁶³ y la Resolución por la que se expiden las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículo 108 bis de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y 91 de la Ley de Sociedades de Inversión,²⁶⁴ ambas expedidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (en adelante las identificaremos como las “Resoluciones de la Secretaría de Hacienda”). Estas resoluciones que tiene un rango normativo, en la escala normativa del sistema jurídico mexicano, muy bajo, pues ni siquiera llegan a reglamentos expedidos por el presidente, a su vez tienen una fundamentación en los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito que por cierto fue reformado en el mismo año de 2004, en el mes de enero, antes de la expedición de las Resoluciones y de los artículo 108 bis de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y 91 de la Ley de Sociedades de Inversión.

Las Resoluciones de la Secretaría de Hacienda, en términos generales, crean un sistema de control de la información de los flujos financiero en cuanto a propietarios, origen, cantidad, con la finalidad de “combatir el financiamiento al terrorismo”. Esta información que obtienen las instituciones financieras es enviada al Comité Contra el terrorismo para cumplir con lo dispuesto por la Resolución 1337 del CS. También dicho Comité envía listas de personas que son sospechosas de terrorismo al gobierno mexicano quien a su vez las envía a las instituciones financieras para el cumplimiento de la información al Comité del CS.

Salta a la vista la ausencia de una fundamentación constitucional en esas operaciones en donde los derechos humanos de los titulares de los capitales sospechosos como ilegales o de terroristas son omitidos.

Pero, lo que queremos resaltar es la ausencia de controles en el marco jurídico interno, desde la misma Constitución para “abajo”, de los actos del poder ejecutivo en el cumplimiento de las Resoluciones-legislaciones

²⁶³ *Diario Oficial de la Federación* del 14 de mayo de 2004.

²⁶⁴ *Idem.*

del CS. El resultado es que el CS esta legislando en materia reservada a la soberanía estatal. Lo recomendable es que se sometiera a un control de otro de los poderes este tipo de resoluciones, el indicado sería el legislativo. Esto no es nuevo, en algunos sistemas como el japonés se cuenta con una ley de aplicación de las resoluciones del CS.

XI. HACIA UN NUEVO ESQUEMA CONSTITUCIONAL DE RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Los teóricos de las constituciones modernas recomiendan redactar un documento constitucional con fórmulas generales, con líneas fundamentales que no pequen en detalles para hacer de la Constitución un documento vivo, dinámico, susceptible de ser actualizado por los operadores, sin que se salgan de dichas líneas. Con lo cual estamos de acuerdo, sin embargo, dada la complejidad del los fenómenos internacionales sería recomendable agrupar en un capítulo “internacional” todos los aspectos del *jus gentium*, incluyendo la normatividad en derechos humanos y derecho humanitario internacional, que comparten sus características generales.

Para terminar la vaguedad o ambivalencia del esquema constitucional mexicano de recepción del derecho internacional es recomendable adoptar la formula que es vigente en muchas constituciones, sobre todo las europeas, de que el derecho internacional, inclusive las normas y principios generalmente reconocidos, son parte del derecho interno. Esto significa una incorporación saludable del derecho internacional consuetudinario y de las resoluciones de los organismos internacionales en la Constitución mexicana. Todo cambio en las obligaciones internacionales debe de seguir el mismo camino que para su creación para ser válido. En caso de controversia, al Poder Judicial le tocará determinar cuándo nos encontramos ante la presencia de una norma de carácter consuetudinario.

Los tratados internacionales que vayan de acuerdo con la Constitución deben de ser aprobados por el Congreso, salvo aquellos acuerdos que solo son obligatorios para el Ejecutivo, en tal caso deberán ser aprobados por el Senado. Dichos tratados internacionales solo estarán debajo de la Constitución a excepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos que una vez que sean aprobados por el Congreso tendrán el mismo rango constitucional.

Los acuerdos interinstitucionales que son aquellos que no comprometen al Estado mexicano, celebrados por la administración pública central o

descentralizados en el área de sus facultades son nulos de pleno derecho cuando se celebren *ultra vires*, además de que deben de estar previstos en la Constitución, lo mismo que la jurisdicción de los tribunales internacionales así como sus resoluciones.

Los tratados de derechos humanos celebrados por nuestro país que agreguen alguna garantía a la Constitución serán parte integrante de la misma y primarán frente a las leyes internas.

El Senado, aprobará y removerá al Secretario de Relaciones Exteriores que le proponga el presidente y conocerá y sancionará la política exterior del Ejecutivo en los informes anuales que el Ejecutivo dicte. La aprobación del secretario de Relaciones Exteriores, lo hará el Senado de conformidad con el proyecto de política exterior que será consensuado en su seno por dicha Cámara y una vez hecho, la actuación del ejecutivo se debe de ceñir a ella.

En caso necesario, en las negociaciones internacionales, cuando se negocie un aspecto de competencia de los Estados que integran la Federación el ejecutivo podrá interponer la cláusula federal. El poder judicial, a petición de parte, tendrá la facultad iniciar una iniciativa de ley para incorporar alguna disposición de los tratados de los que nuestro país sea parte o de la costumbre internacional que no tenga carácter auto ejecutivo.