

CAPÍTULO PRIMERO

CRITERIOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA OBLIGACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional ha manifestado un desarrollo progresivo a través de los tiempos. Este desarrollo se ha visto reflejado en sus conceptos, desde el denominado derecho de gentes o *ius gentium*, del derecho romano, que llevaba implícito en su nombre la utilidad generalizada que del derecho hacían los pueblos, pasando por la definición tradicional que abarcaba el derecho regulador de las relaciones interestatales, y de acuerdo con la cual, sólo los Estados eran sujetos de derecho internacional, hasta la definición actual del derecho internacional contemporáneo, que es considerado como el derecho que se ocupa de la conducta de los Estados y de los organismos internacionales y de sus relaciones entre sí, así como de algunas de sus relaciones con las personas naturales o jurídicas.

En todas estas etapas de desarrollo, esta disciplina jurídica ha hecho acreedores de derechos y obligaciones internacionales a sus sujetos, les ha permitido tener acceso a los procedimientos internacionales, estableciendo, conforme a derecho, una activa relación con ellos.

Para el estudio que nos ocupa, nos detendremos en la fase actual del derecho internacional, al que se define como contemporáneo o moderno.

En el concepto anteriormente mencionado, a pesar de que se amplían los sujetos del derecho internacional, se considera al Estado como un sujeto principal del mismo, y en su interacción con el derecho internacional, éste afianza su papel de sujeto de obligaciones.

Variadas posiciones doctrinales, consolidadas desde hace tiempo, definen las obligaciones derivadas del derecho internacional como situaciones en las cuales se realiza la aplicación de normas jurídicas fundamentales, y no de reglas de civilidad o cortesía, o de actos destinados a la creación de una norma jurídica.¹

Traigo a colación esta reflexión por la necesidad de llamar la atención sobre la obligación del Estado de aplicar las normas de derecho internacional contenidas en los acuerdos internacionales de los que forma parte, y de crear normas jurídicas, en su caso, que garanticen su cumplimiento.

En el presente trabajo me abocaré al estudio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, clasificado como un acuerdo de tipo comercial, que ha sido suscrito por los tres países que conforman la región de América del Norte, es decir, los Estados Unidos de América, Canadá y México, y que se encuentra en la fase de concreción de una zona de libre comercio, debido a que los Estados Unidos de América, el socio mas fuerte, económicamente hablando, no ha externado ningún interés en avanzar hacia la creación de una zona aduanera o de un mercado común.

La suscripción de este acuerdo lleva implícita la obligación estatal referida anteriormente, que se concreta en la necesidad del reconocimiento de la supremacía jerárquica de la norma internacional en el sistema interno de fuentes de cada país considerado.

Tal precepto se encuentra ampliamente reconocido por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, como veremos a lo largo de este capítulo, y constituye una regla básica en las relaciones internacionales. Sin embargo, en el caso específico del Tratado de Libre Comercio referido, la aplicación de la normativa internacional se ha visto comprometida por las actitudes adoptadas por Estados Unidos, que han mermado profundamente el contenido del Tratado. En específico, la emisión de la *Implementation Act* del TLCAN, que ha terminado por establecer reglas

¹ Heller, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, FCE, 1995, p. 231.

diferentes para ese país que conllevan la aplicación preferente de la normativa federal y estatal interna, por encima del contenido del Tratado, y minimizan el alcance del mismo, desviando parcialmente el cumplimiento del Tratado en cuestión.

Esta actuación responde, fundamentalmente, a las presiones de que es objeto el Estado norteamericano por parte de los grupos de poder económico, que no quieren ver disminuidos los beneficios que obtienen como resultado de las políticas de subvención estatales.

I. LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Como señalamos anteriormente, la consolidación de la posición preeminente de los tratados en el sistema de normas interno ha sido realizada a través de la adopción de una serie variada de instrumentos jurídicos internacionales, y ha sido además sustentada por un gran número de decisiones jurisprudenciales nacionales.

Entre la normativa internacional, destaca la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.² Este instrumento fue abierto a la firma de la comunidad internacional el 23 de mayo de 1969, y sirvió de corolario a los estudios de codificación comenzados por la Comisión de Derecho Internacional en 1949, y a los esfuerzos desarrollados en las Conferencias sobre el Derecho de los Tratados que tuvieron lugar en Viena durante 1968 y 1969.

Lógicamente, un proyecto de esta envergadura tropezó con innumerables obstáculos, por lo que sólo hasta el 27 de enero de 1980 logró su vigencia, con setenta y nueve votos a favor, diecinueve abstenciones y el voto contrario de Francia, que respondió

² *La Comisión de Derecho Internacional y su obra, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, Nueva York, Naciones Unidas, 1996, pp. 146 y ss.

a las disposiciones sobre las normas de *ius cogens* que regula la Convención.

La concreción de este proyecto pudo lograrse con el voto de Togo, ocurrido el 28 de diciembre de 1979, que se convirtió en el instrumento de ratificación número treinta y cinco.

Dentro de las opiniones divergentes que fueron esgrimidas en la fase preparatoria, la más relevante se refería a si era apropiado que la codificación del derecho de los tratados se concretara a través de un código comentado, o una convención. Sobra decir que la segunda opción triunfó, fundamentalmente porque se perfilaba como un buen medio de consolidar el derecho de los tratados y porque constituía una mejor forma de participación de los nuevos Estados, que estaban ansiosos por contribuir a la codificación del derecho internacional, tarea que inicialmente había quedado a cargo de las grandes potencias.

Es decir, que a pesar de las opiniones contrarias, el hecho de que esta Convención lograra codificar y sistematizar la aplicación de normas de derecho internacional, hasta ese momento aplicadas solo a través de la costumbre, permitió una mayor certidumbre y fue la razón contundente que permitió su aprobación.

A estas valoraciones se puede agregar la importancia que ha venido adquiriendo últimamente como elemento unificador en el proceso de fragmentación del derecho internacional, y que es consecuencia de la diversificación y desarrollo del mismo.

Así, el resultado de todo este esfuerzo ha sido el nacimiento de reglas que se caracterizan por su generalidad, en un intento por lograr el consenso de la mayor parte de la comunidad internacional.

Siguiendo esta política conciliadora, la definición que esta convención hace del término “tratados”, resulta también bastante afín a práctica de la generalidad de Estados.

En el artículo 2o., apartado 1, inciso a, se define al tratado como: “...un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...”.

Aunque para muchos expertos el hecho de que la codificación del derecho de los tratados se materialice a través de un tratado, sugiere la posible creación de un sistema dual (dado que los codificadores escogieron la forma de un tratado para reglamentar la aplicación de tratados), para nosotros viene a subrayar la importancia y utilidad que los mismos tienen en el desarrollo del derecho internacional.

Ahora bien, parte de la importancia que puede atribuírsele a los tratados, estará condicionada por el grado de eficacia que este instrumento internacional logre tener, y ello sólo es posible si se cumplen los preceptos acordados.

Para lograr este objetivo, el inciso b del citado artículo 2o. y los preceptos enumerados del 11 al 15, enfatizan, como veremos a continuación, grosso modo, que con cada uno de estos actos, los Estados corroboran su consentimiento en obligarse por el tratado.

En específico, para los efectos de la convención citada, el inciso b del apartado 1 del artículo 2o. establece lo siguiente: “...se entiende por «ratificación», «aceptación», «aprobación» y «adhesión», según el caso, el acto internacional así denominado, por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”.

Por otro lado, el artículo 11 de la misma Convención, en materia de regulación de las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado, preceptúa lo siguiente: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”.

En este contexto resulta importante resaltar también, en la definición de tratados la frase “regidos por el derecho internacional”. Es decir, que aunque un país no sea parte de la Convención, puesto que ésta es considerada el instrumento codificador por excelencia de esta disciplina, sus acciones, particularmente la suscripción de tratados, se regirán por el derecho internacional, que es regulado a su vez por la convención citada.

Uno de los grandes aciertos de la Convención ha sido la codificación de los principios consuetudinarios de derecho internacional, que han regido a lo largo de la historia, las relaciones jurídico-internacionales de las naciones.

Esto ha permitido considerar la tesis cada vez más aceptada en el ámbito internacional y con la que nos identificamos plenamente, que considera que el instrumento jurídico antes mencionado debe aplicarse por vía de costumbre aún a los países que no lo hayan firmado o ratificado, toda vez que de él se desprenden “normas generalizables”,³ que reflejan la idoneidad de una disposición convencional para adquirir un carácter normativo general.

Este criterio puede ser aplicado en el caso de los Estados Unidos de América, que en el interactuar de sus relaciones internacionales no pueden sentirse ajenos a la existencia de la Convención y del carácter rector de sus disposiciones, a pesar de que no hayan concluido el trámite de ratificación.

Otros artículos de la Convención de Viena fortalecen el sentir de la mayor parte de la comunidad internacional, en cuanto al respeto a las reglamentaciones de la Convención que deben profesar los países que suscriban cualquier tipo de tratado. Así, los artículos 27 y 46, también corroboran esta idea, cuando subrayan la importancia de la observancia de los tratados, y que no podrán invocarse las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento del mismo, a menos que se afecte una norma de importancia fundamental de la legislación doméstica correspondiente.

En la actualidad, estos artículos han sido invocados una y otra vez, en la interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos, por los órganos jurisdiccionales universal e interamericano de protección de los derechos fundamentales.⁴

³ Peñaranda, Antonio, *La costumbre en el derecho internacional*, Madrid, Universidad Complutense, 1974, p. 133, y Gómez-Robledo, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, México, UNAM, 1994, p. 16.

⁴ Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones; Caso El Amparo, Reparaciones, y Caso Neira Alegria y otros, CIDH, www.corteidh.or.cr.

Cuando nos acerquemos al fenómeno de los acuerdos ejecutivo-congresionales, presentes en la legislación de los Estados Unidos de América, constataremos que ni la doctrina ni la jurisprudencia han aceptado que éstos se encuentren regulados constitucionalmente, es decir, que no puede considerarse que el incumplimiento del TLCAN, cabría en el supuesto regulado por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Las disposiciones contenidas en el TLCAN, no pueden ser consideradas, jurídicamente hablando, como una “norma de importancia fundamental” del derecho interno americano, debido a que no son reconocidas como normas constitucionales.

II. EL PRINCIPIO CONSUETUDINARIO *PACTA SUNT SERVANDA*

Singular importancia, en el sistema jurídico internacional y específicamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, reviste el principio consuetudinario *pacta sunt servanda*.

Hemos considerado necesario detenernos en esta máxima, por cuanto, una parte significativa del cumplimiento de los tratados descansa en su observancia. La aplicación de este principio además se materializa en todas las relaciones internacionales, y cobra particular relevancia para el caso específico del Tratado de Libre Comercio que nos ocupa, el que establece reglas en materia comercial, que son de obligatorio cumplimiento para los países signatarios.

El principio de referencia, se encuentra contenido en la Convención de Viena, en cuyo preámbulo se realiza un reconocimiento universal a los principios del libre consentimiento, de la buena fe y de la obligatoriedad del cumplimiento de los tratados. A su vez, el artículo 26 define el contenido de esta regla, al establecer que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Sin duda, la buena fe, como fundamento jurídico del principio *pacta sunt servanda*, ha adquirido una importancia trascendental ante la creciente necesidad de cooperación internacional que en últimas fechas se ha hecho cada vez más evidente, y refuerza por otro lado lo regulado por este precepto. En conjunto con el artículo 27, en el que nos detuvimos anteriormente, establece reglas fundamentales e impide el recurso al derecho interno como justificación de su incumplimiento.

Es decir, que la propia redacción de este artículo señala el carácter ineludible del cumplimiento de un convenio internacional, una vez que el Estado, o los Estados en cuestión, han emitido su beneplácito.

En cuanto a la naturaleza del principio *pacta sunt servanda*, existen opiniones divergentes. La doctrina ha adoptado diversas teorías, que la han calificado como una norma ética o una regla del derecho natural, como un principio general de derecho, o como un principio consuetudinario.

Aunque tiene una base moral, esta norma es hoy considerada como uno de los principios fundamentales del derecho internacional positivo, del que dependen las reglas establecidas en los tratados, y además constituye la base que sostiene la superestructura del derecho internacional contemporáneo.

El carácter consuetudinario de esta regla está dado por los precedentes que la consagran y por la universalidad de la creencia de que es obligatoria. Además, probablemente sea la regla consuetudinaria más antigua de la que se tiene referencia.

Una parte de la doctrina ha calificado este principio consuetudinario como una regla tautológica, que sólo afirma que “los acuerdos que obligan son obligatorios”.⁵

⁵ Virally, Michel, “Fuentes del derecho internacional”, en Sorensen, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1973, pp. 150-152, y Heller, Hermann, *op. cit.*, nota 1, p. 243.

Otros tratadistas la consideran una norma de *ius cogens*,⁶ aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados, que no admite acuerdo en contrario, siguiendo la definición que de este tipo de normas imperativas establece la citada Convención, en su artículo 53. Es importante considerar también, que el respeto de este principio obliga a todos los Estados firmantes de un tratado a adecuar su legislación interna para permitir su correcto cumplimiento, cuestión que encuentra cierta resistencia en los países de la comunidad internacional.

El reconocimiento de las normas de *ius cogens* es un tema polémico, que no ha logrado un consenso en la doctrina jurídica internacional. Los argumentos que se han esgrimido en los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) sobre derecho de los tratados y sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y otros foros internacionales, están relacionados, fundamentalmente, con el carácter superior e imperativo de su cumplimiento.

La Comisión de Derecho Internacional considera que el reconocimiento y aceptación de las normas de *ius cogens* debe hacerse por la “comunidad internacional de Estados”, lo que no incluye unánimemente a todos los miembros de la comunidad, sin embargo, el carácter imperativo de la norma está dirigido a todos los miembros de la comunidad internacional. Es decir, que la voluntad de la mayoría obliga a una minoría, aunque esta última no reconozca las citadas normas.⁷ Esto, sin lugar a dudas, no ha permitido un consenso en la aprobación del tema.

El establecimiento de una división jerárquica entre estas normas jurídicas internacionales, las características que deben cumplir en general estos principios para ser clasificados en esa tesitura, y el modelo normativo de producción de este tipo de normas, han sido también motivo de disenso.

⁶ Korowicz, Marek St., *Introduction to International Law*, La Haya, Martinus Nyhoff, 1959, p. 59.

⁷ Danilenko, Gennady M., “International Jus Cogens”, *European Journal of International Law*, vol. 2, núm. 1, 7 de agosto de 2000, www.ejil.org.

Además, gran parte de los estudiosos de este tema se ha opuesto a reconocer el carácter imperativo de las normas de *ius cogens*, al considerar que éste contraviene la naturaleza consensuada del derecho internacional.

Sin embargo, en la práctica, se ha hecho cada vez más evidente la posibilidad de reconocer algunos principios de derecho como normas de *ius cogens*, a través de tratados multilaterales. El problema que aquí se señala, está dado porque en ese supuesto no se cumple el carácter imperativo universal de estas normas, debido a que estarían dirigidas sólo a los países que forman parte del acuerdo multilateral de que se trate.

Esta posición en la actualidad ha perdido un poco de peso, pues la tendencia a considerar ciertas normas como generalizables, capaces de rebasar los marcos convencionales, desestima la posibilidad de que solo los países miembros de un tratado están obligados a acatar este tipo de principios.

Otro de los argumentos sustentados tiene que ver con que su reconocimiento puede ser un factor que contribuya a la fragmentación del derecho internacional general, situación que ha venido ocurriendo en el último medio siglo, y que además supone que la solución de problemas concretos puede provocar la aparición de jurisprudencia contradictoria, la búsqueda del foro más favorable y la pérdida de la seguridad jurídica, así como la creación de problemas de coherencia en derecho internacional.⁸

Sin embargo, según nuestro parecer, el problema que aflora nuevamente ante estos señalamientos, no es el reconocimiento de esta realidad, o sea, la existencia de un *ius cogens* regional y de su posible responsabilidad en la fragmentación del derecho internacional público.

El hecho mismo de la concertación de pactos regionales ha contribuido a la fragmentación del derecho internacional y esto es un proceso ya irreversible.

⁸ Comisión de Derecho Internacional de la ONU, 58 periodo de sesiones, Ginebra, A/CN.4/L.702, mayo-agosto de 2006, p. 4.

Lo que resulta, según nuestra opinión, más preocupante, es la ausencia de determinadas reglas generales que establezcan pautas a seguir por parte de los países involucrados en un acuerdo y que puedan aportar homogeneidad en los procesos, en cualquier parte del mundo que se realicen.

Es válido mencionar, a pesar de todos los inconvenientes que hemos señalado en el desarrollo de estas normas, que en muchos casos ha prevalecido la necesidad de encontrar fórmulas en el derecho internacional, que obliguen imperativamente a la comunidad de Estados a responder por la comisión de hechos ilícitos y que en consecuencia establezcan un límite al relativismo del derecho internacional.

El ejemplo más notorio de la concreción de estas ideas se ha materializado de manera lenta y su codificación no ha tenido lugar a través de un tratado, que sin dudas sería lo más deseable. El análisis sobre este tema ha ocurrido en el marco del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, turnado a la Asamblea General el 26 de julio de 2001 y aprobado por este órgano de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 28 de enero de 2002, en la modalidad de resolución.⁹

Una de las estipulaciones que guardan especial importancia en la resolución comentada es la consideración de que el Estado objeto de reclamación es responsable del comportamiento de cualquiera de sus órganos, tanto Legislativo, como Ejecutivo y Judicial; ya sea que pertenezcan al gobierno central como a una división territorial del Estado.

Esto último resulta de suma importancia, porque cierra las puertas a la consideración esgrimida por muchos países en el sentido de que los órganos locales en muchas ocasiones tienen cierta

⁹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10 y correcciones (A/RES/56/83).

autonomía, lo que no le permite a los Estados responder por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas a nivel central.¹⁰

Al igual que la Convención de Viena, esta resolución hace suyo el postulado referido a “la prohibición de invocar las disposiciones del derecho interno como justificación para incumplir las obligaciones emanadas de la responsabilidad internacional” del país en cuestión.

Este documento resulta un primer intento de codificar la responsabilidad de los Estados de la comunidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos. Si bien su materialización no permite una acción coercitiva hacia los Estados responsables, sí señala a la atención de los gobiernos la necesidad de trabajar en ese sentido.

También, los avances alcanzados en la materia de derecho penal internacional en la persecución de crímenes de guerra y delitos contra la humanidad probablemente se deban a que fueron los primeros temas considerados como normas de *ius cogens* por el derecho romano y el código napoleónico, y sobre todo debido al despertar de la conciencia jurídica internacional que está teniendo lugar en estos momentos en el ámbito global.¹¹ Todo ello nos permiten esperar que en un futuro no muy lejano sean admitidos otros campos del derecho en este desarrollo progresivo de las normas internacionales de carácter imperativo.

Otro concepto que podría imprimirle estas características al principio *pacta sunt servanda*, es el de las obligaciones *erga omnes*, que han sido definidas por el Tribunal Internacional de Justicia como aquellas obligaciones que se contraen ante toda la comunidad internacional y protegen derechos esenciales para la misma.¹²

¹⁰ Capítulo II, Atribución de un comportamiento al Estado, artículo 4o., *ibidem*, p. 2.

¹¹ A. A. Cançado Trindade, voto particular en la OC-18/03, CIDH, p. 29.

¹² Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium vs. Spain) (Second Phase), I. C. J Reports, 1970, p. 3, <http://www.icj.org/decisions/isummary/ibtsuamary700205.htm>.

Como en el caso del *ius cogens* regional también se han considerado las obligaciones *erga omnes inter partes*, para las normas surgidas en un ámbito convencional, lo que podría abrir el camino para considerar el principio *pacta sunt servanda* como una obligación que se contrae ante toda la comunidad internacional y específicamente ante los países partes en un acuerdo, para preservar los derechos adquiridos en el convenio de que se trate.

Además de estos elementos que podrían ser considerados, es necesario utilizar otros mecanismos de defensa de nuestros intereses, puestos al alcance de todos por el derecho de los tratados, como veremos en el capítulo quinto.

En cuanto a la posición adoptada por los órganos jurisdiccionales de los países signatarios del TLCAN, los pronunciamientos de los tribunales de las tres partes han establecido, desde tiempos remotos, la obligación de cumplimiento de los tratados, que confirma la importancia del principio *pacta sunt servanda*.

Esta norma es reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional. Ello sin duda, deja sin valor el argumento de incumplimiento de este principio, por ser una norma de la Convención de Viena de 1969, instrumento que no ratificado por ese país. A ello podemos agregar el hecho de que la naturaleza consuetudinaria de este principio la hace acreedora de cierto carácter obligatorio.

Recordemos además que esta característica, es un elemento a tener en cuenta, pues el derecho constitucional de ese país, desde sus inicios ha conferido a la costumbre y las instituciones, entre otros, un lugar preponderante, como lo señala la denominación de su sistema: el *common law*.

Los pronunciamientos de tribunales de los Estados Unidos de América y de México sobre la obligación de cumplimiento de los tratados, que confirman la importancia del principio *pacta sunt servanda*, son numerosos; ya sea que se analice como una norma internacional convencional o consuetudinaria.

A manera de ejemplo mencionaremos algunos casos que han sido emblemáticos en la historia jurisprudencial de sus respecti-

vos países. En la causa *Foster vs. Nielson*, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, declaró que el tratado es ley del país y que debía ser considerado por consiguiente en los tribunales de justicia como equivalente a un acto de la legislatura.¹³

Otro precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que apoya el principio *pacta sunt servanda* es el del caso *Murria vs. The Schooner Charming Betsy*,¹⁴ de 1804, en el que se declaró que ningún acto del Congreso debía ser violatorio del derecho internacional, si hubiera otra forma de hacerlo.

También en el asunto *United States (Metzger Claim) vs. Haití*,¹⁵ del 27 de septiembre de 1900, se declaró que las obligaciones de un tratado tienen tanta fuerza entre las naciones como los contratos privados entre los individuos.

En México, la tesis jurisprudencial núm. 44, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de marzo de 1995,¹⁶ referida al Convenio de París, para la Protección de la Propiedad Industrial de 1958, establece la obligación para las autoridades competentes de acatar los convenios internacionales, en vista de que han cumplido con el procedimiento que establece el artículo 133 constitucional.

En ese mismo sentido, la tesis aislada de marzo de 2001,¹⁷ referida a los principios de supremacía constitucional y orden jerárquico normativo que establece el artículo 133 constitucional, en relación con los tratados, declara la necesaria y obligatoria observancia de los acuerdos de los que México es parte.

¹³ Compilación de causas de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, consultado en: <http://www.uscplus.com/online>.

¹⁴ US 64/1804, *ibidem*.

¹⁵ Sentencia arbitral citada por: D'Estefano Pisan, Miguel A., *Historia del derecho internacional. Desde la antigüedad hasta 1917*, Cuba, Ciencias Sociales, 1985, p. 434.

¹⁶ Segunda Sala, Séptima Época, núm. de registro 390,934 de la SCJN, consultado en IUS 2002 de la SCJN.

¹⁷ Primera Sala, Novena Época, núm. de registro 190,070 de la SCJN.

Aunque los documentos emitidos por el Poder Judicial en los Estados Unidos de América y México, confirman la política de observancia de los preceptos contenidos en los tratados, ésta representa una regla que en la práctica resulta muchas veces desnaturalizada por las actuaciones internas de los órganos competentes de algunos países, cuyos procedimientos de aprobación de los tratados se manipulan atentando contra su efectiva aplicación.

Una vez comentado el lugar que ocupa esta regla de derecho internacional consuetudinario en el sistema jurídico internacional y en particular en el de los EUA y México, cabría preguntarse: ¿es posible alegar el respeto y observancia de ese sistema normativo internacional y este principio, y al mismo tiempo no cumplir lo pactado, haciendo uso para ello de un trámite legislativo de procedimiento interno?

¿Es admisible modificar lo pactado unilateralmente, en lugar de realizar cambios en la legislación interna, que permitan cumplir el acuerdo suscrito, como así lo establece este principio?

¿Hasta que punto puede esgrimirse que esto corresponde a un trámite estrictamente interno de procedimiento, sin tener que responder a los afectados y a la comunidad internacional, si tenemos en cuenta que en las actuales condiciones de desarrollo del sistema jurídico internacional, cada vez con más frecuencia los problemas particulares (léanse trilaterales en este caso), pueden adquirir una connotación más plural?

La suscripción de un tratado es un acto voluntario y soberano de una nación. ¿Porqué entonces aceptar un acuerdo que no podemos o queremos cumplir?

Indiscutiblemente el derecho internacional está obligado a encontrar un camino que garantice la obligatoriedad imperativa del cumplimiento de los tratados. Hasta este momento el principio consuetudinario de buena fe, *per se*, no ha resultado del todo eficaz.

Su reconocimiento, de manera particular, contribuiría a imprimirle una mayor eficacia a este principio, y en sentido general, agilizaría el tránsito inevitable que está ocurriendo en el ordena-

miento internacional, que va de un derecho relacional y dispositivo, a uno comunitario e imperativo.

La aceptación del principio *pacta sunt servanda* como una norma de *ius cogens* o como una obligación *erga omnes* podría establecer un límite al relativismo del derecho internacional, y no se dejaría a la espontaneidad que caracteriza a las normas consuetudinarias y a la buena fe todo el peso del posible cumplimiento de los acuerdos.

La violación de su cumplimiento, una vez clasificada como una norma de *ius cogens* o *erga omnes*, puede ser cuestionada, a tenor de los artículos analizados supra, contenidos en la Resolución 56/83, sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, lo que haría más difícil su incumplimiento y pondría en evidencia a nivel internacional a los países que se hagan acreedores de esta falta.

III. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

La problemática de la interpretación jurídica es inagotable y ha sido objeto de grandes debates dentro de la doctrina tanto nacional como internacional.

Debido a que, para aplicar una ley o tratado es necesaria su interpretación, este acto no puede ser obviado de la vida jurídica, por lo que entendimos necesario traerlo a colación, máxime si en la ejecución de ese acto, se ha generado el problema que quiero explicar.

Ahora bien, como nuestro tema de estudio se ubica en el ámbito internacional, nos limitaremos a comentar el desempeño de este concepto jurídico en esa área. Si a esto le añadimos que el capítulo XX del TLCAN establece toda una gama de herramientas para defender su uso correcto, coincidiremos en que amerita una pequeña revisión.

La regulación de la interpretación de los tratados ha sido propuesta también por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aunque los principios rectores sobre la in-

interpretación de las normas internacionales pertenecen al derecho internacional consuetudinario.

Tal y como explicamos en el caso del principio *pacta sunt servanda*, siguiendo la tendencia evolutiva comentada en ese caso, estas normas también han sido codificadas y se encuentran contenidas en los artículos 31 a 33 de la multicitada Convención.

Por su parte, las reglas o principios sobre interpretación contenidos en la Convención establecen una clara distinción entre las técnicas de interpretación intrínseca y extrínseca.

En el método de interpretación intrínseca se utilizan sólo las disposiciones que se encuentran contenidas en el tratado, como por ejemplo, el texto, el preámbulo, los anexos, y el contexto, es decir, lo preceptuado en el artículo 31.1 y 31.2.

La interpretación en su forma extrínseca se refiere a la utilización de elementos externos al tratado. En este supuesto se pueden mencionar las consideraciones recogidas en el artículo 31, en su sección 3, que se refieren a acuerdos posteriores entre las partes, acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, la práctica ulterior en la aplicación del tratado y las normas pertinentes de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

La inclusión de las normas de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, reconoce que los tratados son producto del sistema jurídico internacional y que su funcionamiento está determinado por ese hecho.

En el artículo 31 se enfatiza en la necesidad de que la interpretación se realice de buena fe, elemento que está estrechamente vinculado con el principio *pacta sunt servanda*. La redacción de este artículo niega la posibilidad de imponer objetivos colaterales o personales en el análisis de las disposiciones contenidas en los tratados y aboga porque se determine la intención común de las partes, evitando los subjetivismos unilaterales, que puedan ser propiciados por el principio de la buena fe y realizando análisis razonados, apegados a documentos que gocen de credibilidad.

En el caso de los tratados, se deben tener en cuenta todas las circunstancias que rodearon su adopción y cual fue la intención de las partes en el momento de las negociaciones y de la conclusión de los mismos (elementos extrínsecos). Se debe prestar atención tanto al texto de un tratado, como a su preámbulo y los anexos.

Por su parte, la conveniencia del uso de materiales relacionados con los trabajos preparatorios fue discutida en el Instituto de Derecho Internacional, desde los años cincuenta (1950, 1952 y 1956), debido a que la admisión de documentos externos podría ser utilizada para justificar cualquier circunstancia.

Para tener una mayor certeza en la aplicación del principio de la buena fe, el artículo 27 postula que ningún país puede utilizar su legislación como pretexto para incumplir el tratado.¹⁸

El análisis que realizan los organismos internacionales que utilizan los procedimientos arbitrales para resolver disputas hace hincapié en la interpretación como el proceso que ha de dar sentido y debe afectar a todos los términos del tratado y en el que la persona encargada de interpretar un texto no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado.¹⁹

El artículo 33 de la Convención citada apoya la idea de que no puede ser utilizada la interpretación como excusa para elaborar textos que en algunas partes difieran del original, debido a que su autenticación se haya realizado en más de un idioma. Es decir, que lo deseable es que en todo momento los términos del tratado deben coincidir, y su sentido debe ser el mismo.

Por otra parte, es necesario apuntar que las normas de la Convención de Viena sobre el tema de la interpretación no profundizan sobre la complejidad de la interpretación de los tratados. El establecimiento de principios rectores pretende acotar las in-

¹⁸ Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Estados Unidos de America, Manchester University Press, 1984, pp. 83 y 84.

¹⁹ Organización Mundial del Comercio, Informe del grupo especial sobre Argentina-Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado, WT/DS121/R 25 de 1999, pp. 5-42.

tenciones de muchos Estados por imponer a ultranza sus puntos de vista internos, aunque su discrecionalidad, o pluralidad de interpretaciones en ese tema hace difícil esta restricción.

Esta discrecionalidad se hace patente cuando las normas contenidas en los tratados, que regulan inicialmente las relaciones entre Estados, una vez que se incorporan a la legislación interna de las naciones, a través de sus respectivos trámites, regulan también las relaciones de particulares y de órganos estatales. Y esta relación convierte a las normas internacionales en derecho estatal, pudiendo ser aplicadas e interpretadas por los órganos administrativos y judiciales del Estado que ha suscrito el acuerdo en cuestión.

Sin embargo, el reconocimiento por parte de la Convención, de los métodos extrínsecos de interpretación, constituyen un importante instrumento que puede ser utilizado por los negociadores para evitar que la interpretación en su etapa interna pueda ser manipulada unilateralmente. Me refiero a la posibilidad de concertar acuerdos ulteriores entre las partes sobre su interpretación o la aplicación de sus disposiciones, que obligaría a los Estados suscriptores a ser más cautelosos cuando realicen los procesos internos de ejecución, y evitaría el proceso de revisión del tratado.

Ello también permitiría a los rubros económicos favorecidos por el acuerdo mantener los beneficios logrados y, en el caso de los sectores desfavorecidos, tendrían otra posibilidad de reclamar un mejor camino.

También, el hecho de que exista un acuerdo entre las partes, en relación con la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, permite mantener un contacto cercano entre las mismas, para conocer el comportamiento de cada una de ellas en el proceso interno de aplicación del tratado y evitar que éstas se desentiendan de los compromisos adquiridos.

Es importante además considerar que, para la interpretación de las disposiciones contenidas en los tratados, la práctica posterior en la aplicación del acuerdo por parte de los países signatarios constituye un elemento a tener en cuenta, pues nos da una

idea clara de la verdadera intención de las partes en el periodo posterior a la concertación del acuerdo, la que no debería alejarse de lo preceptuado en el texto del instrumento a considerar.

Además, estas disposiciones constituyen una limitación a la interpretación unilateral, porque son una puerta que abre alternativas para que los países que manipulan sus procedimientos internos estén obligados a responder sobre sus actuaciones. Lo que verdaderamente atenta contra estos preceptos es que muchas veces los países afectados no hacen uso de los instrumentos que el derecho internacional les proporciona, debido a que los intereses económicos y de determinados círculos de poder prevalecen sobre los de una nación.

Otro elemento válido a considerar en la etapa, digamos, interna de interpretación, es el factor político, que resulta prácticamente imposible de ignorar y que, en la mayor parte de las ocasiones, supera los argumentos jurídicamente correctos. Lógicamente, esto significa una limitación seria al papel que debe jugar el derecho en esa otra fase del proceso interpretativo.

Un ejemplo típico de esta supremacía política sobre la jurídica en la interpretación aparece en los Estados Unidos de América, cuando, en la mayoría de los casos, el Ejecutivo decide si un tratado o acuerdo ejecutivo debe entrar en vigor a través de la emisión de una norma emitida por el Congreso (heteroaplicativo), o siguiendo el procedimiento constitucional regulado en el artículo VI de la carta magna de ese país (autoaplicativo). Los argumentos que ayudan a tomar esta decisión, en la mayoría de los casos, corresponden a factores políticos, los cuales se anteponen a los elementos jurídicos.²⁰

En el procedimiento interno de aplicación del tratado o acuerdo ejecutivo, a través de la emisión de una norma por parte del órgano legislativo competente, el Ejecutivo y el Legislativo juegan un papel importante e inmediato en el proceso de interpreta-

²⁰ *Treaties and other international Agreements: The Role of the United States Senate, A study prepared for the Committee on Foreign Relations United States Senate*, Washington, Librería del Congreso, 2001, p. 17.

ción y hacen uso de las técnicas de interpretación que corresponden al derecho nacional o internacional.

Utilizando esa prerrogativa de soberanía estatal, estos países, en muchos casos, se alejan del principio de buena fe que deben regir sus relaciones con los otros Estados y ponen en práctica una interpretación unilateral, sobre disposiciones acordadas multilateralmente, que refleja el desdén que algunos países sienten por el derecho internacional, y la comunidad de naciones. Esta situación pone además en entredicho la utilidad de la codificación de las normas internacionales y denota un deterioro de la ética que deben regir las relaciones de los órganos del Estado en el acto interpretativo.

Otro de los elementos que integran el artículo 31 es la necesidad de que se tenga en cuenta el objeto y fin del tratado, al momento de su interpretación. En el capítulo I del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que enumera los objetivos del acuerdo, en el artículo 102 se menciona como uno de ellos: “1. e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias”.

Además, en el acápite 2 de este artículo se dispone: “Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional”.²¹

Más adelante, al adentrarnos en el análisis de la norma de implementación del TLCAN, emitida por el Congreso de los Estados Unidos de América, se hará evidente que la interpretación unilateral de este acuerdo impide asegurar que este procedimiento sea eficaz para la aplicación del mismo, o en todo caso, sería necesario preguntar: ¿para qué parte es eficaz el trámite en cuestión?

Tampoco se puede afirmar que este procedimiento se haya realizado de conformidad con las normas aplicables de derecho

²¹ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, texto oficial, 2a. reimp., México, Miguel Ángel Porrúa, 1997, pp. 7 y 8.

internacional, pues la norma en comento no se apegó en su totalidad a lo acordado por las partes, ni al texto oficial, que es vigente para los países miembros.

Lo que resulta indudable en el tema de la interpretación, al igual que en muchos otros temas de derecho internacional codificados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, es que estas reglas interpretativas son expresiones generales de principios de derecho internacional consuetudinario y que al igual que el principio *pacta sunt servanda* deben ser cumplidos, ya sea por el reconocimiento de su obligatoriedad, dada por la codificación o por su aplicación consuetudinaria.

Hemos expresado anteriormente que ningún país que tenga una intensa participación internacional puede obviar lo establecido en la Convención de Viena de referencia. En el tema de interpretación de tratados, los Estados Unidos de América, han reconocido la necesidad de la aplicación de los principios de interpretación contenidos en este acuerdo, para dirimir disputas surgidas en el contexto del TLCAN,²² lo que viene a confirmar esta aseveración.

Mucho más actual resulta el reconocimiento que las autoridades judiciales de los Estados Unidos de América han hecho de la supremacía del derecho internacional en el caso Avena. Sin dudas, este asunto, en el que ciudadanos mexicanos no tuvieron asistencia consular, durante el juicio que se les siguió por homicidio, y que fue llevado por México, por primera vez, ante la Corte Internacional de Justicia, no solo ha significado una importante victoria para el país, sino que ha obligado a nuestros vecinos del norte a considerar la necesidad de observar la normatividad internacional, pues en caso contrario se verá expuesto ante los órganos jurisdiccionales internacionales.²³

²² TLCAN, Panel Arbitral establecido en términos del capítulo XX, en el asunto de servicios de transporte transfronterizo, expediente del secretariado, núm. EUA-MEX-98-2008-01, p. 9, www.sice.oas.org.

²³ Gómez-Robledo Verduzco, Juan Manuel, "El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Inter-

Por otro lado, no solo los Estados de manera individual cada día con mayor empeño se esmeran por respetar e interpretar adecuadamente las disposiciones contenidas en los tratados, sino que los organismos internacionales, también se han pronunciado en ese sentido, en el marco de los análisis de procedimientos arbitrales que realizan. Así, han corroborado que la interpretación ha de dar sentido y debe afectar a todos los términos del tratado; además, la persona encargada de interpretar un texto no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado.²⁴

IV. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La relevancia de los tratados en el sistema de fuentes del derecho se ha visto reflejada también en las actuaciones y decisiones de la Corte Internacional de Justicia. Su Estatuto reconoce como una fuente fundamental a los tratados, cuando postula lo siguiente, en el primer párrafo del artículo 38:²⁵

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

nacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 31 y 32.

²⁴ Organización Mundial del Comercio, Informe del Grupo Especial sobre Argentina-Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado, WT/DS121R25 de 1999, pp. 5-42.

²⁵ Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Naciones Unidas, Nueva York, 1982, p. 58.

Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

Este precepto ha sido interpretado en diferentes vertientes por la doctrina. Se han expresado comentarios positivos acerca del mismo, en el sentido de que la Corte ha realizado una obra de sistematización de las fuentes y ha creado las bases para la aceptación de la existencia de costumbres regionales, a pesar de la generalidad que caracteriza la mayor parte de los preceptos contenidos en el citado artículo.²⁶

Otras posiciones doctrinales han criticado la rigidez del número de categorías que el precepto reconoce como fuentes de derecho internacional, la “supuesta” jerarquía que establece, la indiscriminada distinción entre los tratados y la costumbre, y la vaguedad que lleva implícita la utilización de los principios generales de derecho.²⁷

Indudablemente el desarrollo que ha experimentado el derecho internacional, buena parte del cual se debe a la proliferación de los tratados, podría justificar el orden establecido por este precepto, lo que no necesariamente significa que el artículo en comento esté estableciendo una jerarquía entre tratado y costumbre.

La Organización de las Naciones Unidas a través de la Comisión de Derecho Internacional ha ratificado esa posición en el

²⁶ Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, España, Aguilar, 1978, p. 124, y Seara Vázquez Modesto, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 1994, p. 57.

²⁷ Jiménez de Arechaga, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, p. 17, y OEA, *Informe Final. Segundo seminario sobre la enseñanza del derecho internacional*, Bogotá, 24-28 de septiembre de 1979, pp. 31-36; Tunkin, G. I., *International Law in the international system*, Moscú, Progreso, 1975, p. 147, y Verdross, Alfred, *Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public*, Ginebra, Truyol y Serra, 1968, p. 521, citado por Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 1991, pp. 11-16.

Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional.²⁸

Según nuestro criterio, el establecimiento de una jerarquía entre los tratados y la costumbre internacional, dependerá del caso concreto de que se trate, pues si, por ejemplo, las normas de *ius cogens* asumen la modalidad consuetudinaria, los tratados no pueden derogarlas. También deberá tenerse en cuenta que tanto las fuentes convencionales como consuetudinarias, pueden tener el mismo ámbito de validez, universal o regional.

Por ello, las relaciones entre los tratados y la costumbre internacional se rigen, generalmente por las máximas *lex posterior derogat anteriorem* y *lex specialis derogat generalem*,²⁹ siendo estas reglas ampliamente reconocidas y aplicadas en la mayor parte de los países de la comunidad internacional.

Un ejemplo de cómo puede ser considerada una de estas reglas es el caso en el que los tratados son analizados como *lex specialis* en relación con el derecho consuetudinario de que se trate y los principios generales. En este caso la Corte manifestó:³⁰ “En general como las normas convencionales son *lex specialis*, no sería apropiado que un Estado entablara una reclamación fundada en una norma de derecho consuetudinario si, en virtud de un tratado, ya ha establecido arbitrios para el arreglo de esa reclamación”.

En el caso de las naciones objeto de estudio, es decir, los Estados Unidos de América, México y Canadá, este principio es generalmente considerado, aunque en los Estados Unidos de América, como observaremos más adelante, esta máxima se ignora cuando se aplica la cláusula de anterioridad (*grandfather clause*).

En cuanto a considerar los principios generales de derecho como una tercera fuente de derecho internacional, no ha existido consenso sobre el particular.

²⁸ CDI, 58 periodo de sesiones, Ginebra, A/CN.4L.702, julio de 2006, p. 21.

²⁹ Gutiérrez Espada, Cesáreo, *Derecho internacional público*, Madrid, Trotta, 995, p. 543.

³⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. USA), ICJ Reports, 1986, pp 14-137.

La idea de su inclusión obedece a la necesidad de que existiera una tercera vía para resolver los casos, en el supuesto de que el juez internacional no pudiera apoyarse en un tratado o una costumbre.

Sin embargo, los detractores argumentan que su utilización resulta un exceso o abuso de poder del tribunal de que se trate o constituye un límite jurídico a la libertad de acción de los Estados que no nace de los tratados o la costumbre.³¹

Han aparecido también otras consideraciones. Existe la opinión de que los principios son una fuente autónoma del derecho internacional, distinta de los tratados y la costumbre. Por el contrario, otros entienden que los principios generales de derecho no constituyen una fuente *per se*.

Además, se ha especulado sobre si, cuando el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, en su artículo 38, se refiere a los principios generales de derecho, está haciendo mención a las reglas contenidas en la generalidad de los ordenamientos jurídicos internos, o se refiere a las normas que se derivan de la costumbre o los tratados.

Evidentemente, los principios a que se refiere el Estatuto en comento son “los que son aceptados en el derecho interno de cada Estado y que son susceptibles de aplicación internacional”.³²

La utilidad del derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho está fuera de discusión. Ambos pueden y son considerados no sólo como fuentes de interpretación adicionales al tratado, sino, además como herramientas para la interpretación de éstos, en el supuesto de su falta de claridad, u omisión sobre la ley aplicable, por lo que su ubicación dentro de las fuentes de derecho internacional, enriquece y amplía los instrumentos a utilizar por la Corte en su caso y todos los órganos jurisdiccionales internacionales, en su labor interpretativa.

³¹ Strupp, citado por Gutiérrez Espada, Cesáreo, *op. cit.*, nota 29, p. 551.

³² Virally, Michel, *op. cit.*, nota 5, p. 173, y Seara Vázquez, Modesto, *op. cit.*, nota 26, p. 68.

V. LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Otro instrumento internacional que reconoce a los tratados como fuente principal del derecho internacional es la Carta de las Naciones Unidas. Este reconocimiento adquiere gran importancia debido al carácter constitucional y especial que le otorgan algunas de sus normas y en particular como consecuencia de su aceptación universal y de los principios y propósitos que postula.

En el ámbito político, esta organización no ha sido suficientemente enérgica en la pacificación de conflictos internacionales, y le ha faltado determinación para enfrentar el papel hegemónico en la lucha contra el terrorismo que han encabezado algunos países occidentales.

El ejemplo más reciente, en este contexto, lo constituyen las injerencias y ocupaciones respectivas en Afganistán e Irak. La manipulación que de esta situación y del organismo internacional han hecho estos países, buscando la complicidad y legitimidad de su acción, han empañado considerablemente la imagen de la ONU.

La labor jurídica ha corrido con mejor suerte y puede ser clasificada de fructífera. El desempeño, entre otras, de la Comisión de Derecho Internacional, ha proporcionado importantes documentos, que contribuyen de manera significativa al desarrollo progresivo del derecho internacional, y en el que los tratados han ocupado un lugar especial.

La Carta en comento, en su preámbulo declara:³³

Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos: a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones, grandes y pequeñas; a crear condiciones bajo las cuales puedan

³³ Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Nueva York, Naciones Unidas, reimp., 1982.

mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional; a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

El respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, se ve además fortalecido por el carácter prevaleciente de los preceptos contenidos en la Carta, al disponerse que las obligaciones preceptuadas en la misma, en caso de conflicto, prevalecerán sobre cualquier otro convenio internacional.³⁴

Del texto citado, y de los demás preceptos analizados en las páginas anteriores, puede deducirse que los principales documentos de derecho internacional y las organizaciones internacionales más representativas, han valorado a los tratados y han reconocido, además de su función codificadora del derecho internacional, el auge de su función mediadora para lograr el compromiso de los pueblos mejorar las relaciones internacionales, buena parte de las cuales se desarrollan en el ámbito económico.

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS

Como parte del esfuerzo en el ámbito jurídico a que nos referimos anteriormente, puede mencionarse la clasificación de los tratados que ha llevado a cabo el derecho internacional en general, y la doctrina en particular, en un intento por uniformar y esclarecer los términos contractuales que predominan en las relaciones interestatales.

Es importante mencionar que estos instrumentos internacionales han sido objeto de diferentes denominaciones. Los términos pueden variar dependiendo de los países o de las regiones.

En el ámbito internacional su denominación no implica, normalmente, efectos legales, aunque en la esfera interna, en algu-

³⁴ *Ibidem*, artículo 103, p. 60.

nos países, si tiene gran importancia, porque de su denominación dependerá el trámite que se siga para su aprobación, como veremos posteriormente.

El derecho internacional reconoce un amplio catálogo de términos, entre los que podemos citar los siguientes: tratados, acuerdos, convenciones, arreglos, declaraciones, protocolos, memorándums de entendimiento, intercambio de notas y *modus vivendi*, entre otros.³⁵

Dependiendo de las características del asunto que va a ser regulado, de las implicaciones políticas del mismo, y las intenciones de las partes, se utilizarán diferentes denominaciones. Ahora bien, desde el punto de vista internacional, se aplicarán generalmente las mismas reglas a todos estos instrumentos, las cuales son el resultado de relaciones tradicionales entre los Estados, aceptadas mutuamente como normas creadoras de obligaciones y consideradas como derecho internacional consuetudinario.

El término tratado puede ser utilizado en su acepción genérica o particular. Cada uno de ellos posee las siguientes características:

1) *Tratado en término genérico*. Es utilizado para denominar a todos los instrumentos internacionales obligatorios suscritos entre sujetos de derecho internacional, independientemente de su formal clasificación.

La confirmación del uso genérico de este término se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que citamos anteriormente.

Los tratados en su forma genérica para ser clasificados como tal deben cumplir con determinados requisitos. En primer lugar, deben ser instrumentos obligatorios, creadores de derechos y obligaciones; deben ser concluidos por Estados u organizaciones internacionales con facultades para concertar tratados, deben ser regulados por el derecho internacional y el compromiso debe ser plasmado en forma escrita.

³⁵ La Comisión de Derecho Internacional y su obra, 5a. ed., Nueva York, Naciones Unidas, 1996, p. 350.

2) *Tratado en término específico*. No existen reglas establecidas porque los Estados utilizan el término de acuerdo a su criterio. Usualmente el término es reservado para aquellos instrumentos que requieren mayor solemnidad. La firma debe ser sellada y el tratado en la mayoría de los casos es objeto de ratificación. Pueden ser invocados varios ejemplos de estos tratados, los de paz, fronterizos, de extradición, de comercio y cooperación, entre otros.

Sin embargo, el uso de este término ha cedido paso a otros, entre los que se encuentran los acuerdos internacionales. Esta clasificación ha sido utilizada por los Estados Unidos de América para denominar al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, como constataremos posteriormente.

Los Acuerdos pueden tener significado genérico o específico, pero también puede adquirir un significado especial en el derecho económico de integración regional.

1) *Acuerdo en término genérico*. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 emplea el término “acuerdo internacional” en un sentido amplio. Por una parte define a los tratados como “acuerdos internacionales”, con determinadas características, y por otra, emplea el término “acuerdos internacionales” para referirse a otros instrumentos que no satisfacen las características de su definición de tratados.

El artículo 3o. de esta Convención se refiere también a los “acuerdos internacionales” en forma no escrita. Aunque los acuerdos orales no son muy frecuentes, pueden tener la misma fuerza obligatoria que los tratados, dependiendo de la intención de las partes.

Los compromisos acordados entre ministros de relaciones exteriores de determinados países de manera oral, sobre un asunto específico, pueden ser ejemplos de este tipo de acuerdo.

El término “acuerdo internacional” en su acepción genérica abarca el rango más amplio de los instrumentos internacionales.

2) *Acuerdos en término específico*. Este concepto es, usualmente, menos formal y abarca un rango de temas más estrecho que el de los tratados.

Hay una tendencia general a aplicar el término “acuerdo” a Tratados bilaterales o multilaterales restringidos. Se emplea especialmente para los instrumentos cuyos contenidos tienen que ver con cuestiones técnicas o administrativas que son suscritos por jefes de gobierno, pero que no necesitan ser ratificados. Estos son los que tratan temas de cooperación, financieros, culturales y científicos.

En el derecho económico internacional, el término, “acuerdo” es usado como título para ciertos acuerdos multilaterales generales, por ejemplo, los acuerdos comerciales.

Aunque el uso de este término experimentó un desarrollo lento en la primera década de este siglo, actualmente la mayor cantidad de los instrumentos internacionales son denominados “acuerdos”.

3) *Los acuerdos en el esquema de integración regional*. La base jurídica de los esquemas de integración regional la constituyen los tratados de estructura general con carácter constitucional. En este ámbito, también proliferan los instrumentos que son suscritos en relación con los tratados constitucionales o con los órganos de las organizaciones regionales y que son denominados usualmente como “acuerdos” para distinguirlos de los tratados constitucionales.

Por ejemplo, el Tratado de Roma de 1957, que forma parte de uno de los acuerdos base de la Comunidad Europea, se denominó “Tratado”, por su carácter constitutivo, mientras que los tratados suscritos por la Comunidad Económica Europea con otras naciones eran denominados generalmente como “acuerdos”.

También la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), fue constituida por el Tratado de Montevideo de 1980, pero los instrumentos subregionales suscritos bajo su estructura fueron denominados “acuerdos”.

Por su parte, el término “convención” también puede tener un significado genérico y uno específico.

1) *Convención en término genérico*. Esta definición es la que recoge la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38 (1) (a) que citamos anteriormente.

Este uso genérico del término “convención” abarca a todos los “acuerdos internacionales” en la misma forma que lo hace el término genérico de “tratados”.

2) *Convención en término específico*. En el siglo pasado este concepto era utilizado para denominar los acuerdos bilaterales, mientras que en la actualidad se usa generalmente para denominar a los Tratados multilaterales que han sido suscritos por un número considerable de partes.

Las convenciones se encuentran abiertas, normalmente, a la participación de la comunidad internacional o a un gran número de Estados.

Usualmente los instrumentos que son negociados bajo el auspicio de una organización internacional son denominados convenciones. Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992, etcétera.

A esta categoría también pertenecen los instrumentos adoptados por órganos u organizaciones internacionales. Por ejemplo, La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Otra de las denominaciones es el término “cartas”, que clasifica a los instrumentos formales y solemnes que se utilizan para la constitución de organizaciones internacionales. Por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, o la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1952.

Por su parte, los protocolos son utilizados para acuerdos menos formales que los tratados o convenciones, y pueden ser:

1) *Protocolo de firma*. Es un instrumento subsidiario del tratado, y tiene las mismas partes que este último. Normalmente

contiene anexos como pueden ser las cláusulas de interpretación del tratado, o de asuntos técnicos.

La ratificación del tratado lleva implícita la ratificación del protocolo.

2) *Protocolo opcional al tratado*. Es un instrumento que establece derechos y obligaciones adicionales con relación al tratado. Es usualmente adoptado en el mismo día, pero tiene carácter independiente, y es ratificado de manera independiente.

Estos protocolos permiten establecer entre algunos signatarios del tratado una serie de obligaciones que van más allá del tratado general y con las que no todas las partes del tratado general consienten, creando un sistema dual de niveles, o sea, hay una regla general y alguna específica que aún cuando no es contraria a la primera permite constatar una situación diferente. Un claro ejemplo de este instrumento es el Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

3) *Protocolo basado en el contenido del tratado*. Es un instrumento con obligaciones sustantivas específicas que ejecuta los objetivos generales del tratado. Estos protocolos permiten un proceso de elaboración de los tratados más acelerado y simplificado. Han sido utilizados en temas de derecho ambiental internacional. Por ejemplo, el Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono de 1987, adoptado sobre la base de los artículos 2o. y 8o. de la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985.

4) *Protocolo que enmienda al tratado*. Es un instrumento que contiene disposiciones que enmiendan uno o varios tratados anteriores, como el protocolo que enmienda los Acuerdos, Convenciones y Protocolos sobre Sustancias Sicotrópicas de 1946.

5) *Protocolo como un tratado supletorio*. Es un instrumento que contiene disposiciones supletorias al tratado anterior, por ejemplo, el Protocolo sobre Estatus de los Refugiados de 1967, que suple la Convención sobre el mismo tema, de 1951.

Por su parte, el “proceso verbal” es un instrumento poseedor de un número de arreglos o acuerdos a los que han llegado las partes.

Mientras que las “declaraciones” son utilizadas para varios instrumentos internacionales. Sin embargo, no siempre son legalmente obligatorias. El término es utilizado muchas veces de forma deliberada, para indicar que las partes no pretenden crear obligaciones legales, pero quieren declarar ciertas aspiraciones. La Declaración de Río de 1992 es un ejemplo de este tipo de instrumento internacional.

Las declaraciones, pueden ser, sin embargo, tratados en el sentido genérico, cuando intentan ser obligatorias en el ámbito del derecho internacional. Es necesario, de todas formas, establecer en cada caso, de manera individual, cuando las partes tienen la pretensión de crear obligaciones legales.

No siempre es posible determinar las intenciones de las partes. Algunas de las declaraciones no tuvieron originalmente fuerza obligatoria, pero sus disposiciones reflejaban posiciones consuetudinarias, o pudieron adquirir carácter obligatorio como derecho consuetudinario en una etapa posterior. Tal fue el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que comenzó siendo una mera declaración y se ha convertido en un instrumento internacional de obligatorio cumplimiento.

Las declaraciones que han intentado tener carácter obligatorio, pueden clasificarse en:

1) *Declaración que puede ser un tratado en sentido propio.* Un ejemplo significativo puede ser la Declaración conjunta entre el Reino Unido y China en relación con el problema de Hong Kong de 1984.

2) *Declaración interpretativa.* Es un instrumento que se anexa al tratado con el objetivo de interpretar o explicar las disposiciones de este último.

La declaración puede también ser un acuerdo informal sobre un tema de menor importancia.

Una serie de declaraciones unilaterales pueden ser acuerdos obligatorios. Por ejemplo, las Declaraciones bajo la cláusula opcional de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia que crean obligaciones entre los declarantes, aunque tales declaraciones sean unilaterales. Otro ejemplo es representado también es la Declaración Unilateral del Canal de Suez y los arreglos para su operación, promulgados por Egipto en 1957, los que fueron considerados un compromiso internacional.

Los memorándums de entendimiento son un tipo menos formal de instrumento internacional. Habitualmente disponen arreglos operacionales bajo la estructura de acuerdos internacionales.

También son usados para la regulación de asuntos técnicos o menores. Normalmente se presenta en forma de un documento único y no requiere de ratificación. Pueden ser concertados tanto por los Estados, como por las organizaciones internacionales. Las Naciones Unidas usualmente concluye memorándums de entendimiento con países miembros para organizar sus operaciones de mantenimiento de la paz o para organizar sus conferencias. Además, puede suscribir dichos memorándums en cooperación con otras organizaciones internacionales.

Otro de los tipos de acuerdos es el *modus vivendi*, cuya naturaleza es temporal o provisional, y que es reemplazado finalmente por un acuerdo de carácter más permanente. Usualmente se hace de manera informal y nunca requiere ratificación.

Finalmente, el “intercambio de notas” puede catalogarse como un acuerdo rutinario, que tiene muchas similitudes con un contrato de derecho privado. El acuerdo consiste en el intercambio de dos documentos, a través del que, cada parte, obtiene el documento firmado por el representante de la otra. Según un procedimiento usual el Estado que acepta repite el texto del Estado que ofrece para registrar su consentimiento. Los signatarios de las cartas pueden ser ministros de gobierno, diplomáticos o jefes de departamentos. Frecuentemente se recurre a la técnica del intercambio de notas debido a que el procedimiento

es muy ágil y también para evitar el procedimiento de aprobación legislativa.³⁶

La anterior relación nos proporciona una idea de la variedad de instrumentos que en la comunidad internacional son utilizados para concretar las relaciones entre sujetos del derecho internacional.

En el caso que nos ocupa, el instrumento jurídico de libre comercio de América del Norte, ha sido catalogado como acuerdo, por dos de sus partes, los Estados Unidos de América y Canadá, no obstante que los procedimientos de incorporación en sus legislaciones internas tienen diferente connotación, como veremos más adelante.

Por su parte el tercer país, México, no ha mantenido la clasificación de sus contrapartes, sino que ha denominado este instrumento como tratado, siguiendo las exigencias que en este sentido estipula el trámite constitucional correspondiente. De esta forma, cada una de las partes ha optado por la clasificación que su legislación doméstica le ha señalado.

La diferencia radica en que los procedimientos de algunos países llevan implícito un carácter mucho más proteccionista de sus legislaciones que otros, y lo que a simple vista puede parecer un procedimiento más que debe cumplirse para ejecutar un acuerdo internacional en la legislación doméstica, puede ser, y en efecto es, manipulado para obtener beneficios unilaterales. En estos casos el respeto a las estipulaciones de derecho internacional que hemos comentado inicialmente resulta ampliamente cuestionable.

A continuación constataremos que la heteroaplicabilidad, como método interno de aprobación de los tratados o acuerdos internacionales, es utilizado por los Estados Unidos de América para desvirtuar el obligatorio cumplimiento de los acuerdos, fundamentalmente los de tipo comercial.

³⁶ *Ibidem*, p.358.

Por otro lado, el análisis de la gran variedad de instrumentos internacionales que han puesto en práctica los países de la comunidad internacional, nos permite sugerir que algunos de ellos pueden ser utilizados para complementar acuerdos, como por ejemplo, los protocolos que enmiendan tratados o las declaraciones interpretativas, y que permiten realizar algunos cambios en los acuerdos principales, sin llegar a la fase de denuncia.