

EL ALCANCE DE LOS TRATADOS A LA LUZ DE LOS GOBIERNOS SUBNACIONALES

Fausto KUBLI GARCÍA
Ulises RUIZ-LOPART ESPINOSA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Orígenes del Estado federal*. III. *El Estado federal y los tratados internacionales*. IV. *Obligaciones internacionales*. V. *Caso de estudio*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 no contempla directamente su relación con los gobiernos subnacionales, por cuanto se refiere a las reglas de aplicación de los tratados entre Estados y no a lo que hacen con estos los gobiernos. De hecho, la aplicación de un tratado en su adopción o proceso de incorporación interna, interesa más bien al derecho interno y sólo cuando el Estado se encuentra en incumplimiento de sus obligaciones internacionales es que, a partir del derecho internacional, se busca identificar violaciones a normas internacionales, en virtud de un tratado.

El esfuerzo realizado en este estudio tiene la intención de desentrañar la actuación de los sistemas federales en su relación con los tratados internacionales.

Dentro de las relaciones internacionales persiste una discusión sobre la trascendencia del derecho internacional en la órbita de los gobiernos subnacionales. A pesar de la definición de este fenómeno en distintos tratados internacionales, hay resistencia hacia acatar obligaciones contraídas por un Estado federado en virtud de la celebración de un tratado y que emanan precisamente de la composición federal del Estado en cuestión.

En un Estado federado coexisten varias entidades estatales, las cuales han trasladado su estatus jurídico internacional al Estado central. Así, la representación y el ejercicio de la política exterior se concentran en el jefe de Estado, que por lo general es el presidente de la república o el rey en el caso de las monarquías. La capacidad de fijar obligaciones internacionales —y por ende, de participar en negociaciones— se conoce como *ius tractati*. Aún cuando concentrada en el poder estatal central, los efectos de esta facultad conciernen a todos los componentes del Estado federado; incluyendo, por supuesto, a los gobiernos subnacionales. Esto es, las obligaciones contraídas afectan a todas las entidades federativas y deben cumplirse de buena fe por las partes del Estado. Al respecto, el artículo 26 de la CVDT recoge el adagio latino *Pacta sunt servanda*, es decir, que todo tratado en vigor obliga a las partes que lo firman y, añade, su cumplimiento debe ser de buena fe.

El presente análisis pretende, pues, explorar las implicaciones prácticas de este fenómeno, a la luz de las fórmulas y obligaciones internacionales que rigen su alcance; con especial referencia a aquellas disposiciones de la CVDT que han sido el marco jurídico iniciático en el desarrollo e interpretación de los acuerdos internacionales celebrados entre Estados. Dicho de otra manera, esta propuesta se enfoca en la transgresión al orden jurídico internacional, específicamente a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Existen muchos ejemplos de cómo un Estado puede transgredir compromisos internacionales cuando desde una órbita subnacional —local e incluso municipal— se asumen medidas contrarias a los compromisos adquiridos.

Para ilustrar correctamente esta propuesta, nos remontamos a los orígenes de las instituciones del federalismo, haciendo un recorrido por su funcionamiento y sus rasgos más característicos. Ello con el fin de ofrecer al lector una exposición sólida de como habrá de estructurarse un Estado federado; que enriquezca y facilite el posterior análisis de su desempeño como sujeto de derecho internacional. Tampoco hay que dejar de señalar que las formas que esta institución puede asumir serán variadas según la distribución de competencias y la relación que guarden constitucionalmente los Estados centrales con las entidades federativas.

Por otro lado, desde un punto de vista práctico, se incorporan algunos casos en los que las obligaciones internacionales de un Estado federado son cuestionadas desde el ámbito subnacional. Al conjugar componentes prácticos al igual que teóricos, la presente investigación tiene como objetivo acercar al lector a un nivel de comprensión más amplio.

II. ORÍGENES DEL ESTADO FEDERAL

La palabra *Federación* surge del latín *foedus*, que significa pacto, alianza, acuerdo. En la antigua Roma hubo tres grandes etapas: la Monarquía, la República y el Imperio. Durante más de mil años, la expansión romana fue territorial y, por supuesto, cultural y también jurídica. Gran parte de la ampliación y hegemonía romana fue en virtud de los *foedus* que llevaban a cabo con alguna ciudad, tribu, pueblo, villa, aldea y nación. Establecer alianza con Roma a través del *foedus*, implicaba tener un mayor estatus en relación con los que no tenían dicha asociación, ya que disminuían o desaparecían algunos impuestos, por otro lado, eran protegidos de los romanos, entre otras ventajas:

El *status* de *civitas foederata* significaba una autonomía de gobierno respecto a la gestión del gobernador principal, si bien el pacto estipulaba algunas obligaciones para la ciudad, como el deber de contribuir con tropas y servicios navales a la República cuando ésta así lo requiriera, y dar albergue tanto a los magistrados como a los cuerpos militares de Roma si ello viniese al caso. La mayor ventaja que proporcionaba el *foedus* era la exención del pago del tributo anual, al que pronto estuvieron obligadas la gran mayoría de las ciudades de Hispania.¹

De esta manera, se fue asociando la idea del concepto *federación* con alianza entre pequeñas unidades políticas.² Asimismo existió, por un lado, el *foedus aequum*, el cual se traducía en un tratado o alianza que se caracterizó por ser defensiva, esto es, que los Estados pactaban su protección recíproca en tanto fueren agredidas, siempre y cuando la hostilidad no hubiese sido iniciada por alguna de las partes. En este supuesto, las partes no perdían la capacidad de iniciar guerras o de concertar la paz, llamado esto el *ius belli et pacis*.³ Por otro lado, estaba el *foedus inicum*, el cual también era una asociación defensiva hecha con Roma, en la que la parte que se adhería perdía el *ius belli et pacis*.⁴

¹ Joaquín Muñiz Coello, "Aspectos sociales y económicos de Malaca romana", *Habis*, núm. 6, Sevilla, 1975, pp. 241-252.

² Pierangelo Catalano, "Linee del Sistema Sovrannazionale Romano", *Memorie d'Instituto Giuridico. Università di Torino*, Torino, Italia, G. Giappichelli, serie II, memoria CXIX, 1965, p. 318. En esta obra, elabora un cuadro muy completo del *foedus Latinum*, la Confederación Latina. Véase la reseña de la obra anterior: Miguel Luban, "CATALANO, Pierangelo. Linee del sistema sovrannazionale romano", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 55, México, enero-abril de 1966.

³ Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario de Derecho Romano*, 4a. ed., España, Reus, 1995, pp. 254-256.

⁴ *Idem*.

Finalmente, y a pesar de la raíz etimológica, este término no corresponde al concepto actual de federación, que si bien también consiste en hacer un pacto, no tenía por objeto primordial constituir un estado supranacional, tal y como sucede en la actualidad.

Otro referente importante y obligado sobre la evolución del federalismo es la Confederación Helvética, hoy también conocida como Suiza.⁵ En el año de 1291, las comunidades alpinas, Uri, Unterwalden y Schwyz (que compartían el paso de Gotthard, considerado una ruta de tránsito y de comunicación entre el Imperio Alemán y Roma) decidieron firmar una declaración de unión. Bajo un acta solemne —con la intención de apoyarse mutuamente en contra de la hostilidad (sobre todo de los Habsburgo)—, pactaron establecer lazos importantes y de ayuda recíproca, con lo que el federalismo suizo derivó en sus inicios de una especie de tratado de asistencia recíproca entre los tres valles:

1291 en el nombre de Dios-Amén. Honor y el bien público son promovidos cuando las ligas han concluido establecerse apropiadamente para la paz y la tranquilidad. Consecuentemente, sabido por todos los hombres, que el pueblo del Valle de Uri, la democracia del Valle de Schwyz, y la comunidad del Valle bajo de Unterwalden, tomando en cuenta la malicia de esta era, con la intención de poder defenderse mutuamente, así como lo suyo, y preservar de mejor forma su apropiada condición, han prometido de buena fe asistirse unos a otros con ayuda, con cualquier consejo y cualquier favor, con personas y bienes, dentro y fuera de los valles, con poder e importancia, en contra de uno o todos los que causen a cualquiera cualquier violencia, molestia o daño, o puedan conspirar en contra de personas o bienes.⁶

Tiempo después, durante el siglo XVI, dentro del periodo de la llamada Reforma Protestante, los cantones suizos sufrieron la misma división religiosa que el resto de Europa. La Iglesia católica fragmentada por Lutero y Calvino, dividió políticamente a la región. Sin embargo, para la Confederación suiza significó llevar a la práctica una de las razones fundamentales del federalismo: la unión a pesar de la diferencia, o como también se suele decir, la unidad dentro de la diversidad. Fue durante los siglos XVII y XVIII que Suiza, inmersa en la solución de conflictos derivados entre cantones de influencia católica con los de corte reformista, se aisló del resto de las crisis que predominaban en Europa, lo que propició que se consolidara cada vez más su

⁵ Un muy viejo, pero excelente ensayo sobre la historia suiza se encuentra en Hugh Gibson, “Switzerland position in Europe”, *Foreign Affairs*, vol. 4, núm. 1, octubre de 1925.

⁶ Pacto federal de 1291. Traducción del inglés del autor.

federalismo y se le reconociera como una región neutra y pacífica, aunado a su creciente fortaleza económica.⁷

Cabe subrayar que la alianza dada por los primeros tres cantones, la cual se fue incrementando, no se vislumbraba como una asociación para fundar un país. Esto es, que también el significado y alcance de la expresión “federación” no tenía la connotación que tiene en la actualidad. Sin embargo, el periodo fundacional del Estado federal suizo fue a mediados del siglo XIX, exactamente en 1848. Cuando promulgaron su Constitución ya entonces 22 cantones, crearon con ello un Estado formal regido por una asamblea federal bicameral y un gobierno de siete ministros con una presidencia rotativa de un año. Sin duda hubo comparación con la joven y creciente nación federal, fundada en décadas anteriores, Estados Unidos de América, a la cual nos referiremos más adelante.

Adicionalmente, en este apartado abordamos el tema de la neutralidad en las relaciones internacionales de Suiza, las cuales son el resultado del modelaje de su federalismo. La institución de la neutralidad nace como una conducta de prudencia, esto es, no pronunciarse sobre conflicto alguno, justamente para no verse envuelto en disputas ajenas. Sus orígenes se remontan a principios del siglo XVI cuando dos cantones —Basilea y Schaffhausen— se incorporaron a la Confederación bajo la condición de no involucrarse en los conflictos que había entre las poblaciones rurales y las urbanas. Ambos cantones se mantuvieron al margen de esos conflictos y, posteriormente, hicieron lo mismo con las disputas internas entre católicos y protestantes. Fue así que la neutralidad se convirtió en una política generalizada del Estado federal y que continúa ya institucionalizada en su Constitución actual bajo el concepto de “Neutralidad Suiza”.

Finalmente, por lo que respecta a Suiza, su Constitución contiene una disposición que ilustra muy bien uno de los objetivos de este ensayo. Se trata del artículo 5, párrafo 4, el cual establece que tanto el Estado federal, como los gobiernos de los cantones respetarán el derecho internacional, lo que los condiciona a guiarse por todo lo que significa el cuerpo jurídico internacional, esto es, los tratados, la jurisprudencia internacional, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y las posturas doctrinales.⁸ Sin

⁷ Dicho avance económico está confirmado por varios estudios al respecto. Un hecho real es que Juan Jacobo Rousseau, quien fue el gran ideólogo de la Revolución francesa, nació en Ginebra, Suiza.

⁸ Hay que tener presente siempre las fuentes del derecho internacional establecidas en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia:

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

embargo, este respeto establecido por el máximo ordenamiento suizo, en la parte que se refiere a los cantones debe replicarse en los demás modelos de federalismo. Es decir, que los gobiernos locales, aunque no tengan el estatus jurídico internacional de gobierno federal, deben, en todo momento, asumir como normas vinculantes las derivadas del derecho internacional. Además, el artículo 56 que se refiere a las relaciones de los Cantones con los Estados extranjeros, los faculta precisamente para celebrar tratados sobre los temas que se encuentran dentro del marco de su competencia y en tanto no entren en conflicto con los intereses de la Confederación. Sin que haya mención de si la responsabilidad de estos tratados recae en el Cantón que sea signatario de tales acuerdos, a la luz del derecho internacional, nada nos haría suponer que tal responsabilidad no corresponde a Suiza como entidad independiente y soberana, ni a cada unidad constituyente de la federación. Consecuentemente, y si fuera el caso, los problemas de implementación y de cumplimiento corresponderían también a la federación.

A pesar de que en Suiza se desarrolló casi de manera espontánea en el federalismo, adquirió su naturaleza actual a mediados del siglo XIX. Hay que destacar que 1787 fue el año en que se promulgó la Constitución de Estados Unidos y se forjó esta institución tal y como la conocemos en la actualidad. El régimen federal pasó de ser una serie de acuerdos, pactos y alianzas a ser la constitución fundacional de un nuevo Estado. Uno que muchos doctrinarios llaman supranacional o supraestatal. El esquema angloamericano fue el modelo para muchas otras naciones, sirvió como referencia a la estructura de México desde la Constitución de 1824⁹ y también de muchos otros países que optaron por “regionalizar” su estructura jurídico-política.

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

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. 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.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

⁹ El célebre, fray Servando Teresa de Mier Noriega y Guerra, era escéptico con la idea de la federación mexicana. Sus argumentos se referían a que Nueva España al independizarse era un sólo estado, monolítico, único y no había porqué fragmentarlo y por ello vaticinaba mal agüero para la patria. Rafael Estrada Michel, “La teoría constitucional en la profecía del padre Mier sobre la Federación mexicana”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vols. XI-XII, México, 1999-2000, pp. 23-81.

El modelo federal de Estados Unidos de América

Aunque el federalismo en Estados Unidos de América se origina formalmente en la Declaración de Independencia expedida el 4 de julio de 1776; tiempo atrás había florecido ya la idea de dicho proyecto político, entre los pensadores liberales del siglo de las luces. Los ingleses que llegaron a establecerse en la región, con el tiempo fundaron las célebres trece colonias; cabe destacar que, uno de los líderes de los colonos, John Penn, en el año de 1698 había tenido la idea de unificarlas,¹⁰ aunque sin los vistos del federalismo actual. Sin embargo, la idea existió mucho tiempo antes y posteriormente evolucionó.

Un detonante de la Independencia fue la imposición fiscal a los colonos, la cual se gestó desde el Parlamento Británico y sin que existiera alguna representación de los colonos americanos que pudiera defender sus intereses. Derivado del desconocimiento político de las colonias, el conflicto creció hasta la separación y el rompimiento total con los británicos. Iniciada la gesta independentista, las colonias, y a poco más de un año de haber hecho su Declaración, promulgaron un importante documento, antecedente de su Constitución, “Los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua”, cuyo contenido y alcance no era la creación de un Estado federal, sino que solamente creaba una liga de Estados.¹¹ Esto es, algo más parecido al inicio del federalismo suizo que se analiza *supra*.

Consumada la Independencia y reconocida por la Gran Bretaña en 1783, las colonias tuvieron que organizarse y con la intención de pulir los artículos de la Confederación se reunieron en Filadelfia fuera de la agenda primaria, en tres meses y 22 días, promulgaron su actual Constitución, que con el tiempo y bajo una intensa campaña —a través del periódico *El Federalista*— fue aprobada por los Estados independientes. La Constitución de Estados Unidos de América es un documento corto de tan sólo 7 artículos y 27 enmiendas, pero que establece el funcionamiento del Estado federal, de las entidades, la división de poderes, sus atribuciones y competencias, y un catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, de la interpretación de estos preceptos se desprende todo un acervo de resoluciones judiciales que en realidad orientan el constitucionalismo angloamericano.

¹⁰ Merrill Jensen, *The Articles of Confederation*, EEUU, University of Wisconsin Press, 1966, p. 107.

¹¹ Milton Lomask, *The Spirit of 1787: The Making of Our Constitution*, Nueva York, Fawcett Juniper, 1980, p. 127.

III. EL ESTADO FEDERAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El artículo 6 de la CVDT es relevante para entender las complicaciones particulares que tendría una entidad federativa bajo el supuesto de que pueda celebrar tratados. Lo primero que hay que reconocer es que sólo los Estados y las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional, dado que la disposición en comento textualmente lo reconoce al sostener que “Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”. Por Estado debe entenderse, de manera general, que se trata de una entidad soberana e independiente. Esto, sin embargo, puede acarrear otras dificultades si tuviera que acordarse consenso internacional y, en ese sentido, las respuestas posibles no necesariamente serán puramente legales. Por ejemplo, tanto Ucrania como Bielorrusia, en tanto fueron repúblicas dentro de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS) se convirtieron en Estados Parte de diversos tratados de las Naciones Unidas, en realidad con motivo de un pacto político y no en virtud de las reglas reconocidas y aceptadas en el Derecho de los Tratados.

En todo caso, lo que hay que reconocer es que, independiente de que un tratado se celebre a título de un gobierno, un ministerio o secretaría o cualquier otra agencia gubernamental, lo que en realidad importa al derecho internacional es que la responsabilidad de las obligaciones contraídas recae únicamente en el Estado. Por esto, es interesante que, es en realidad el Estado el único que ostenta personalidad jurídica internacional, aunque muchas constituciones confieren facultades a sus entidades federativas para celebrar acuerdos internacionales y que los efectos del tratado tengan un impacto en el derecho interno.

Algunos casos interesantes son el de Bélgica, que en su integración federal se compone —desde 1993— de tres regiones (Flandes, Walonia y Bruselas-Capital; y tres comunidades lingüísticas-francófonos, neerlandófonos y germanófonos) que tienen competencia para celebrar tratados en materia ambiental y de recursos de agua. Resulta de tales facultades la suscripción del “1994 Agreement On The Protection Of The (River) Meuse”, que fue firmado por cada una de estas regiones con Francia y los Países Bajos. Uno más fue firmado por las mismas partes, pero respecto del Scheldt (conocido como Escalda en español). Al no tener personalidad jurídica internacional, la responsabilidad frente al derecho internacional le corresponde naturalmente al Estado de Bélgica.

IV. OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Cuando nos involucramos en el tema del Derecho de los Tratados, una cuestión que no debe obviarse es preguntarnos cuál es el significado que tienen las normas que componen el texto de un tratado en tanto que los tratados internacionales vinculan. En efecto, dictar que un tratado (o cualquier otra nomenclatura que haya)¹² es creador de obligaciones internacionales nos provoca a imaginar qué implicaciones legales tiene un tratado internacional una vez que ha sido firmado, ratificado y entrado en vigor.

Sin pretender complicarnos, podemos sostener sencillamente que un tratado, al entrar en vigor, nace legalmente y comienza a producir sus efectos, que son hacer cumplir el texto que se suscribió. Esto es, ponerlo en práctica, ejecutarlo, hacerlo cumplir. Lo cierto es que una vez que el tratado ha entrado en vigor se vuelve vinculante para las partes que lo integran y en virtud del principio general de derecho, *Pacta sunt servanda*, todos los Estados Parte están obligados a cumplir el tratado de buena fe. Puesto de otra forma, el tratado se convierte en el Derecho del Estado Parte. Lo deben obedecer todos los que formen parte del tratado, pues incumplirlo se traduce en incurrir en responsabilidad internacional. Claro, a menos que puedan acogerse a alguna defensa que excluya esa responsabilidad.¹³

Así, concebimos normalmente que un tratado internacional funciona desde el primer día que entra en vigor, pero no solemos preguntarnos qué complicaciones podría tener desde ese momento o si acaso faltan algunos “detalles” para que éste se aplique con sus todas sus consecuencias e implicaciones de Derecho y pueda producir los efectos para los cuales fue creado. Entonces pueden surgir muchas preguntas interesantes y algunas las vamos a resolver.

Precisamente, en este artículo deseamos comentar lo que pasa en el derecho interno a propósito de la adopción del tratado y lo que debe tener en cuenta un Estado por haber contraído obligaciones internacionales.

Al reconocer que los tratados confieren obligaciones a los Estados, también se conceden derechos. Esto acontece particularmente cuando hablamos de convenciones que otorgan derechos a las personas, como es el caso de los

¹² En el lenguaje del derecho internacional los tratados tienen como sinónimos las voces convención, pacto, protocolo, convenios, estatutos, *inter alia*.

¹³ Algunas de ellas son las excluyentes de ilicitud respecto de la responsabilidad internacional como son los casos de fuerza mayor, el peligro extremo o el estado de necesidad; pero también las que sirven para reconocer que un tratado es inválido, bien sea por error, fraude, corrupción, coerción o estar en conflicto con una norma de *jus cogens*.

tratados de derechos humanos, pues los individuos al exigir sus derechos requieren que en el derecho interno exista la infraestructura legal para que pueda garantizarse su cumplimiento. Por eso es posible que una persona, física o moral, pueda acudir a una corte o tribunal internacional para reivindicar sus derechos, como sucede en efecto en materia de derechos humanos o cuando existe un tratado bilateral de inversión (BITs o bilateral investment treaties).

En esta tesitura, los abogados que representan los intereses de un Estado durante la negociación de un tratado internacional deben estar muy atentos de las implicaciones que puede tener éste respecto al del derecho interno; así, durante las negociaciones podrán anticipar la conveniencia y las dificultades que conllevaría comprometer al Estado con cierto tratado. De tal suerte que se pueda considerar incluso si se requiere alguna legislación adicional para armonizar ambos planos del Derecho, es decir, el interno y el internacional. Estos ajustes deberán suceder antes que el tratado entre en vigor pues de lo contrario se estará en una situación de conflicto con el Derecho internacional y esto puede guiar a la indeseable violación de sus obligaciones internacionales.

Además, es menester hacer notar que ningún tratado internacional contiene la fórmula o explica la manera en que se deben emparejar armónicamente ambos planos del Derecho al momento de la incorporación al derecho interno. Es claro que se trata de una obligación que le corresponde enteramente al Estado Parte y, por tanto, es el único que la puede hacer cumplir. Naturalmente, esto es más complicado hacerlo que decirlo, en parte se logra generando los medios idóneos, tanto de infraestructura legislativa, como de información para que todos los órganos del Estado puedan estar en consonancia y hacer que las obligaciones contraídas sean llevadas a cabo efectivamente. Por supuesto el Poder Judicial cumple un papel crucial al aplicar las normas internacionales en el sistema del derecho interno. Igualmente, los abogados locales deben exigir a las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno (cuando se trata de un Estado federado, como México) cumplir con las obligaciones internacionales del Estado.

Esta armonía de incorporación es fundamental para evitar complicaciones que devengan en la responsabilidad del Estado, como fue evidente en el arbitraje de Metalclad, donde México no logró asegurar la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones del TLCAN respecto de sus gobiernos estatales y municipales.¹⁴ A propósito de este caso, como veremos con detalle más adelante, debe mencionarse otro principio

¹⁴ *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (NAFTA) Award, Laudo, 30 de agosto de 2000, párrafo 73.

general del Derecho internacional que se estipula en el artículo 27 de la misma Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en tanto que los Estados no pueden invocar disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.¹⁵ Claro, si esto fuera diferente el sistema de derecho internacional sería sumamente frágil, pues una defensa tan obviamente pueril destruiría fácilmente cualquier obligación internacional que emanara de un tratado.

La relación del derecho internacional y el derecho interno con respecto de la incorporación de los tratados se aclara mucho cuando revisamos las constituciones nacionales, pues en ellas se establece el tratamiento que le da cada Estado al tema. Normalmente, en la doctrina, aunque no son normas jurídicas, existen dos enfoques opuestos: las teorías monista y dualista. Básicamente, el monismo se distingue porque un tratado puede convertirse en parte del derecho interno, sin requerir legislación adicional, en tanto se encuentre de conformidad con la constitución y al tiempo que entrara en vigor; en cambio, el dualismo no le concede algún lugar específico en jerarquía de normas al tratado, puesto que tanto los derechos y obligaciones conferidos no producirán ningún efecto en el derecho interno, a menos que exista un proceso o alguna legislación que lo habilite para incorporarlo en el derecho local. Sin embargo, en la realidad la práctica nos revela que casi todas las constituciones cuentan con elementos de ambas teorías para incorporarlo dependiendo del tratado en cuestión. Al respecto se considera doctrinalmente¹⁶ que la forma más pura de monismo es la de Suiza y el otro extremo más puro de dualismo el del Reino Unido. El resto de los países, independiente que sean más proclives a seguir más una teoría que otra, utilizan un poco de ambas dependiendo de sus prácticas constitucionales. En esta misma línea, hay que decir que cuando un tratado no requiere de legislación se le refiere comúnmente como tratados autoaplicativos (o self-executing treaties)

¹⁵ Este principio fue expuesto en el caso *Alabama Claims* (1872), durante la Guerra Civil de Estados Unidos, este estado se opuso enérgicamente cuando Gran Bretaña permitió que una embarcación confederada zarpara desde Liverpool para realizar envíos estadounidenses, violentando su obligación de permanecer neutral. Se sostuvo que la ausencia de legislación británica para evitar la construcción o la salida del buque no podía presentarse como defensa, y Gran Bretaña, en consecuencia, era responsable de pagar los daños y perjuicios causados por el buque de guerra en cuestión.

¹⁶ Lori F. Damrosch *et al.*, *International Law, Cases and Materials*, 4a. ed., West Publishing Co., 2001, pp. 237-242; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2a. ed., EEUU, Cambridge University Press, 2007, p. 182; Malcolm Shaw, *International Law*, 6a. ed., EEUU, Cambridge University Press, 2008, pp. 110-114; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., EEUU, Oxford University Press, 1999; Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public*, 5a. ed., L.G.D.J., 1994, pp. 226-229.

y, al contrario, los tratados no autoaplicativos (non-self-executing treaties) necesitan de la implementación de legislación para ser judicialmente cumplimentados. En cualquier caso, cada país con sus diferencias tendrá un enfoque distinto de cómo asume la supremacía constitucional de acuerdo con su propio sistema jurídico.

Para concluir esta parte, deseamos señalar que cuando existe inclinación al monismo, al menos tres factores están generalmente presentes. El primero, es que aunque la Constitución requiera que el tratado sea aprobado primero por el legislativo, siempre puede haber excepciones para ciertos tratados y para ciertas circunstancias; el segundo, es justo la diferencia entre los tratados auto-aplicativos y los no auto-aplicativos; y, el tercero es que un tratado auto aplicativo puede ser la ley suprema y tener prevalencia sobre la legislación local que no sea acorde.¹⁷

Otros países que se reconocen monistas son Francia, Alemania, los Países Bajos, Polonia y, actualmente, México, que desde 2016 reformó el artículo 133 de su Constitución para revelarse monista. Sin embargo, el hecho de que un tratado se incorpore automáticamente al derecho interno en virtud de esta doctrina, no lo exenta de problemas, pues el siguiente tema que se debe resolver es el de la aplicación por las cortes y tribunales internos. En realidad, esto es mucho más complicado ya que en el momento de confrontar las normas en un aparente mismo nivel, como es la Ley Suprema, llegará el momento de elegir cuál prevalece y normalmente es la Constitución. México tiene unos pendientes al respecto,¹⁸ pero eso es materia de otro trabajo.

V. CASO DE ESTUDIO

Para responder de la forma más apropiada a la pregunta sobre cómo debe hacerse el cumplimiento interno de un tratado internacional hay que revisar la evolución del caso *Avena* que es una decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de diciembre de 2003.¹⁹ La sentencia es de particular interés por

¹⁷ Aust, *op. cit.*, p. 183.

¹⁸ En México ha existido una discusión al respecto pues se considera que la figura del arraigo contenida en el artículo 16 constitucional es contraria a tratados de derechos humanos de los que México es parte. En este sentido, ambos son Ley Suprema y a la vez están en conflicto. El Estado ha optado por privilegiar la preminencia de la constitución manteniendo el arraigo, en vez de eliminarlo modificando la constitución para armonizarlo con el principio *pro homine* del artículo 1o. de la constitución y los tratados de los que el país ya es parte.

¹⁹ CIJ, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Fondo, Fallo, 31 de marzo de 2004, p. 12.

su contraste en el cumplimiento que se le dio. En realidad, la visión general que debe tenerse y lo apropiado es, como sostenemos antes, que las obligaciones internacionales deben cumplirse. Bien sea que emanen de un tratado internacional como veremos ahora o sean producto de una sentencia como en el caso Avena respecto de las obligaciones de un tratado, en cualquier caso, el cumplimiento debe suceder.

El caso Avena se refiere a un diferendo en 2003 en el que México demanda a Estados Unidos para proteger a más de 50 nacionales mexicanos. Basándose en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y su protocolo facultativo,²⁰ México alegó que funcionarios estadounidenses violaron artículos de esta convención por no notificar a los ciudadanos mexicanos al momento de su arresto sobre sus derechos de acceso y asistencia consular. Es de hacer notar que los mexicanos fueron sentenciados a pena de muerte por los crímenes que habían cometido. La CIJ dictaminó en 2004 que Estados Unidos había violado el tratado en 51 de esos casos que la Convención de Viena confiere derechos individuales y que las violaciones del tratado requerían un recurso de revisión y reconsideración de las condenas y sentencias a la luz de las violaciones por parte de los tribunales estadounidenses.

Para la revisión de nuestro análisis no es lo más importante que México haya ganado el caso a partir de la decisión de la Corte, sino el papel que tuvieron los gobiernos subnacionales, especialmente el de Texas, al no acatar las obligaciones de cumplimiento que el máximo tribunal internacional impuso a EEUU con motivo de su interpretación de las obligaciones de la Convención de Viena. En este sentido, esto es terriblemente contrastante con la conducta de respeto al derecho internacional que normalmente había mostrado ese Estado, incluso desde la resolución del arbitraje del Alabama, caso en el que hicieron pagar en 1872 a Gran Bretaña una suma mayor a los 15 millones de dólares por su involucramiento en la Guerra de Secesión proveyendo de barcos armados a los confederados y que, por cierto, pagaron sin demora. En el caso de la crisis de rehenes contra Irán, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*²¹ de 1980 en el que EEUU invocó violaciones justamente a esta Convención de Viena, nunca hubo duda de que Irán tenía que cumplir con sus obligaciones internacionales y además de que la sentencia era aplicable para ter-

²⁰ El protocolo refiere que las controversias de interpretación y aplicación de la convención caen bajo la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

²¹ CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Jurisdicción, Fallo, 24 de mayo de 1980, p. 3.

ceros Estados en donde sus cortes tenían que reconocer los efectos legales colaterales producto de la teoría *erga omnes*.

Más allá de tratarse de un caso de incumplimiento de una sentencia, especialmente en lo que se refiere a la parte condenatoria y de las reparaciones, persiste la pregunta de la asimilación de las obligaciones de los tratados internacionales por los distintos estados federales.

Para el sistema de EEUU²² el problema del cumplimiento de un tratado internacional como la Convención de Viena en sus Estados federados es de asimilación del derecho internacional. Esto nos obliga a preguntarnos si acaso en la estructura constitucional de este país el cumplimiento de los tratados depende del papel que debe jugar el Ejecutivo o el Congreso o tal vez la Corte Suprema para decidir si darles cumplimiento y cómo o de qué forma. Por ejemplo, ¿el cumplimiento de los tratados cae enteramente en las facultades del Ejecutivo debido a las implicaciones inherentes respecto de las relaciones exteriores de EEUU? O si acaso la Corte Suprema debería tener un papel que cumplir en este proceso.

Para atender estas preguntas nos queremos referir al caso *Medellín v. Texas*²³ de 2008, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en continuación de uno de los procesos referidos dentro del caso *Avena* en el que un ciudadano mexicano condenado a muerte impugnó su condena argumentando que no se le brindó el derecho de notificación consular al que hemos aludido de la Convención de Viena. La Corte sostuvo que la decisión de 2004 de la CIJ, que requería a EEUU “revisar y reconsiderar” las condenas del peticionario Medellín y otros 51 ciudadanos mexicanos condenados a muerte no era una ley federal vinculante y al no contar con un estatuto de implementación, no era ejecutable por los tribunales federales contra Texas y, por lo tanto, no reemplazaba la prohibición procesal estatal del reclamo de *Habeas* del señor Medellín. Además, la Corte sostuvo que un memorando de 2005 emitido por el entonces presidente Bush, donde se manifestaba su intención de hacer cumplir *Avena*, no creaba una ley vinculante que pudiera aplicarse contra Texas. El 5 de agosto de 2008 José Ernesto Medellín recibió una inyección letal.

²² A Estados Unidos ya se le había hecho el reclamo en 2 casos previos por incumplimiento de notificación consular en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el caso *LaGrand* [CIJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Procedimientos Instituidos, Solicitud, 2 de marzo de 1999] y el caso *Breard* [Suprema Corte de EEUU, *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371, 373 (1998) (*per curiam*); CIJ, *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Procedimientos Instituidos, Solicitud, 3 de abril de 1998].

²³ Véase *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008) y su antecedente *Medellín v. Dretke*, 544 U.S. 660 (2005) (No. 04-5928), 2005.

En otro caso, el de Osvaldo Nezahualcóyotl Torres Aguilera, también condenado a muerte, su pena fue conmutada en 2004 por el gobernador de Oklahoma, quien le perdonó la vida al darle una cadena perpetua sin posibilidad de obtener libertad condicional.

El meollo de este asunto radica en la cláusula de supremacía constitucional²⁴ de EEUU y en la doctrina con la que incorporan el derecho internacional, pero antes hagamos una breve reflexión de estos dos casos. Sobre el caso Medellín y desde un punto de vista de derecho, que no requiere cavilación más profunda, esta conducta del Estado se entiende de total desprecio a las normas del derecho internacional. Si no contaban con un estatuto de implementación podrían haberlo creado mediante su Congreso; bastaba mostrar voluntad política para completar el proceso de asimilación del tratado, de la misma forma que lo hacen otros países seguidores de la doctrina dualista por preferencia. Y sobre el caso Torres, en realidad hay utilidad práctica porque se evita que sea ejecutado, pero desde la perspectiva legal es inútil, pues lo que requiere la CIJ para corregir la violación a la Convención de Viena es estrictamente revisar y reconsiderar el caso, que en otros términos significaría reponer el juicio.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Sin lugar a dudas, el derecho internacional vuelve a replantearse cuando, a partir de los gobiernos subnacionales, se condiciona su cumplimiento y se encuentra una aparente salida a dicho cumplimiento de las obligaciones, que a todas luces debe ser inaceptable. Pareciera ser que se habían superado estas lagunas, pero en tanto los Estados federados vean en su estructura una vía válida para no cumplir con el derecho internacional, este tipo de asuntos serán nuevamente replanteados. Estados Unidos de América, como uno de los máximos ejemplos de Estado federado, y que muchos países tomaron como referente para establecer sus propios sistemas, deberá ser cuestionado por la influencia perniciosa que puede tener en la comprensión de cómo los tratados internacionales deben ser incorporados en los niveles subnacionales de los Estados federados.

Por extensión, no quisimos abordar otros casos, además del caso Avena, en los que los gobiernos subnacionales se ven envueltos en materia de

²⁴ Sobre esta explicación véase Philip Tisne, “The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U.S. Courts”, *Fordham International Law Journal*, vol. 29, núm. 4, 2005, pp. 865-914.

derecho internacional. Por ejemplo, en el caso Productos Biotecnológicos (en el marco del Órgano de Solución de diferencias), la Unión Europea encontraba un entramado subnacional que hace referencia a la problemática abordada. En este sentido, el gobierno de la Unión Europea, los gobiernos nacionales, los subnacionales e, incluso, los más básicos, como los municipales tenían injerencia en el cumplimiento del Informe Final del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Monografías*

- AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 2a. ed., EEUU, Cambridge University Press, 2007.
- BROWNIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., EEUU, Oxford University Press, 1999.
- CATALANO, Pierangelo, “Linee del Sistema Sovranazionale Romano”, *Memorie d’Istituto Giuridico. Università di Torino*, Torino, Italia, G. Giappichelli, serie II, memoria CXIX, 1965.
- DAMROSCH, Lori F. *et al.*, *International Law, Cases and Materials*, 4a. ed., West Publishing Co., 2001.
- DINH, Nguyen Quoc, *Droit International Public*, 5a. ed., L.G.D.J., 1994.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 4a. ed., España, Reus, 1995.
- JENSEN, Merrill, *The Articles of Confederation*, EEUU, University of Wisconsin Press, 1966.
- LOMASK, Milton, *The Spirit of 1787: The Making of Our Constitution*, Nueva York, Fawcett Juniper, 1980.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, 6a. ed., EEUU, Cambridge University Press, 2008.

2. *Artículos*

- ESTRADA MICHEL, Rafael, “La teoría constitucional en la profecía del padre Mier sobre la Federación mexicana”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, vols. XI-XII, 1999-2000.

- GIBSON, Hugh, “Switzerland’s position in Europe”, *Foreign Affairs*, vol. 4, núm. 1, octubre de 1925.
- LUBAN, Miguel, “CATALANO, Pierangelo. Linee del Sistema Sovrannazionale romano”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, núm. 55, enero-abril de 1966.
- MUÑIZ COELLO, Joaquín, “Aspectos sociales y económicos de Malaca romana”, *Habis*, Sevilla, núm. 6, 1975.
- TISNE, Philip, “The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U.S. Courts”, *Fordham International Law Journal*, vol. 29, núm. 4, 2005.