

convicten a los Estados federales en auténticos incapaces en las relaciones internacionales, a menos que la competencia de la Federación no sea lo suficientemente amplia en dicha materia.

Entre la letra de la Constitución, *imposible a veces de aplicar estrictamente* y las exigencias del funcionamiento de poderes dominados cada vez más por la política exterior, aparecen una serie de prácticas de compromiso que los Parlamentos no ignoran; pero que, salvo esporádicos sobresaltos, consienten tácitamente. Prácticas cuya ambigüedad terminológica, si es cómoda para el político, es, en cambio, fuente de dificultades para el jurista. Veamos algunas de ellas.

Varios con los casos q. cita en el art. 1º de la Constitución desde en 1962 en el Inst. de Est. Polít

10. Acuerdos ejecutivos.

Las manifestaciones de voluntad de los Estados hacia el exterior, con fuerza vinculativa, no requieren, según el derecho internacional consuetudinario, una forma determinada. Internacionalmente impera el principio de la libertad de formas: de cualquier manera que un estado quiera obligarse, queda obligado. El Barón de Lambermont, en su laudo arbitral de 17 de agosto de 1889 entre Alemania y Gran Bretaña, declaró "que ninguna norma prescribe una forma especial para los tratados entre Estados independientes", admitiendo en consecuencia que "la promesa verbal obliga igual que la escrita". En el mismo sentido, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso del "Estatuto Jurídico de la Groenlandia Oriental", "consideró incontestable que la respuesta hecha por el Ministro de Asuntos Exteriores a una gestión del representante diplomático de una Potencia extranjera, en un asunto que es competencia de

su departamento, obliga al país de que es Ministro". (En 1697 se concertó en Pillau entre Pedro I el Grande de Rusia y Federico III, Elector de Brandeburgo, un tratado verbal de alianza; y por convenio oral entre el Encargado de Negocios de Austria-Hungría y el Ministro de Asuntos Exteriores francés, se prorrogó, el 11 de marzo de 1883, un tratado de comercio. Incluso es posible estipular un tratado mediante meros signos o símbolos, como ocurre, por ejemplo, en tiempos de guerra con los convenios bélicos ajustados a través de la exhibición por una y otra parte de una bandera blanca. Como consecuencia de esta libertad de formas, aun el mismo preámbulo de un tratado escrito puede contener una obligación internacional.)

Por ello, cualquiera que sea el término con que se le designe, acta, acta final, acta general, acuerdo, arreglo, artículo adicional, canje de notas, carta, carteles, certificaciones, convenio, convención, compromiso, declaración, disposiciones, estatuto, memoria, *modus vivendi*, notificaciones, pacto, protocolo, reglamentación, etc., el efecto jurídico de crear una obligación internacional es el mismo que el de un tratado. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en su dictamen acerca del "Régimen Aduanero entre Alemania y Austria", sostuvo por ello que "desde el punto de vista del carácter obligatorio de los compromisos internacionales, se sabe que éstos pueden contraerse en forma de tratados, convenios, declaraciones, acuerdos, protocolos o canjes de notas".

Comoquiera que las Constituciones limitaban el poder del Ejecutivo para la estipulación de *tratados* o *convenios*, requiriendo bien la aprobación, bien la cooperación de otros órganos estatales —casi siempre el Parlamento— para la

formación de la voluntad del Estado hacia el exterior, pronto comenzó el Ejecutivo a concertar tratados sin dicha aprobación o cooperación, llamándoles —dada la libertad de formas del derecho internacional que acabamos de exponer— simplemente de otro modo a como los designara la Constitución, en Estados Unidos, *executive agreements*, en lugar de *treaties*, con lo cual sostenían no incumplían los requisitos constitucionales exigibles, según la letra, para un tratado, pero no para un acuerdo.

En Estados Unidos el poder de estipulación de tratados reside, según el artículo II, Sección 2 de su Constitución, en el Presidente, con el consentimiento y aprobación de los dos tercios del Senado. El Presidente, sin embargo, en el desempeño de sus funciones como Jefe del Ejecutivo, obliga internacionalmente a los Estados Unidos, sin el consentimiento del Senado, mediante acuerdos, memorias, protocolos, *modus vivendi*, canje de notas, etc., con tal de que no se llamen tratados, bien —“Congressional-Executive agreements”— con la aprobación de una simple mayoría del Congreso (reunión de la Cámara de Representantes y del Senado), bien —“Presidential agreements”— sin ella. Los “acuerdos ejecutivos” no se diferencian en nada por su objeto de los “tratados”. El hecho que distingue a los “acuerdos” de los “tratados” en el sentido en que dicho término es usado por la Constitución de los Estados Unidos, es que un acuerdo ejecutivo es el que no ha sido sometido a examen y aprobación por el Senado. Dicha distinción, por consiguiente, es puramente constitucional y no tiene relevancia internacional alguna. Incluso materias de gran importancia política, como, por ejemplo, el Protocolo de paz entre España y Estados Unidos firmado en Washington el 1 de agosto de 1898 y en el que se condicionaba el posterior Tratado de paz de París, ya que

quiera, no debe obligarse por "acuerdo presidencial", en lugar de por "acuerdo conjunto del Presidente y del Congreso", más que en aquellas materias en que tiene plenos poderes para ejecutar el acuerdo; de otro modo los Estados Unidos incurrirían en responsabilidad internacional si después Congreso o Senado negaban la legislación necesaria para ejecutarlo; en los demás casos debería usar, según la coyuntura política, la forma de acuerdo conjunto con el Congreso o de tratado. Pero, sea de ello lo que fuere, es indudable que será siempre el Ejecutivo el que decida en última instancia, bajo su responsabilidad política —que puede llegar hasta la específica sanción del procesamiento: "impeachment"—, bajo qué forma, de las tres indicadas, contrae una obligación internacional, porque mientras posea el *poder de negociar*, ninguna enmienda a la Constitución regulando los "acuerdos ejecutivos", del tipo de la patrocinada por el senador Bricker (1953), puede impedir que el Presidente decida del sí o del no en la vía diplomática; lo que más se podría conseguir es que una obligación internacional no lo fuera en derecho interno, y con ello, que el Estado incurriera en responsabilidad internacional.

Igual ocurre en Méjico. En el Brasil, a pesar de las disposiciones expresas de la Constitución federal, la facultad del Presidente para ajustar "acuerdos ejecutivos", sin someterlos a la previa aprobación del poder legislativo, es un principio que se halla consagrado por una antigua práctica, interrumpida desde la primera Constitución federal de 1891.

Respecto al Perú, dice textualmente el Profesor Ulloa, Asesor jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores:

↑ "Existe una práctica constitucional que se viene repitiendo continuamente desde hace medio siglo, en virtud de la cual, a pesar de la generalidad del precepto constitucional, hay en el

Perú cierto género de acuerdos internacionales cuya ratificación se hace únicamente por el Presidente de la República. No existe a este respecto sino una práctica de la Cancillería. Ninguna reglamentación determina cuáles son los convenios que deben ser sometidos a la sanción legislativa y cuáles los que se ratifican por el Gobierno. Este parece guiarse por la importancia del acto internacional.”

Indicando dicho profesor, en coincidencia con lo expuesto por nosotros, que esta “práctica corresponde a una necesidad de la vida internacional contemporánea”.

La primera Constitución que ha reconocido la existencia de esta práctica internacional de los “acuerdos ejecutivos” ha sido la de Holanda, en su modificación de 1948, ya que en el último párrafo de su artículo 60 dice: “Otros acuerdos con Potencias extranjeras habrán de comunicarse lo antes posible a los Estados Generales.” Texto que el propio Gobierno holandés, en su respuesta a las N. U. acerca del derecho de los tratados de 26 de enero de 1950, comentó del siguiente modo:

“La Constitución distingue entre *tratados* (en sentido estricto) y *acuerdos*. Prácticamente esta distinción tiene tan sólo un carácter formal; de conformidad con el derecho holandés, un *tratado* es un instrumento que ha de ser ratificado en virtud de una cláusula de ratificación; un instrumento sin tal cláusula se considera un *acuerdo*.”

11. Acuerdos en forma simplificada.

Una práctica análoga a la norteamericana de los “*executive agreements*” se ha ido haciendo cada día más corriente entre los Estados desde principios de siglo, transformando la técnica clásica de conclusión de tratados. Es una tendencia general de dispensar de la necesidad de ratificar ciertos

acuerdos internacionales, aun cuando las Constituciones estatales hayan establecido indiscriminadamente reglas explícitas que determinan la necesidad de una aprobación legislativa. Así, contra el texto rígido de la Constitución se establece muchas veces una práctica contraria. Ello sucede a consecuencia de la creciente interdependencia de los Estados y de la multiplicidad de sus acuerdos recíprocos, así como de la necesidad de dar inmediata vigencia a determinados acuerdos, sin la demora inherente a la actuación de las Cámaras. El poder exterior sólo puede hacer frente a la necesidad y urgencia que caracterizan actualmente las relaciones internacionales, cada vez más intensas, entre los Estados, mediante los *acuerdos en forma simplificada*. Estos se caracterizan, generalmente, por estas dos notas: a) ausencia de intervención formal del Jefe del Estado (se perfeccionan con la firma, sin necesidad de ratificación); y b) pluralidad de instrumentos diplomáticos (utilizan generalmente la forma de canje de notas o de cartas, pero también la de declaraciones, arreglos, acuerdos, convenios). Mientras en el tratado propiamente dicho la estipulación es mediata o indirecta, comprendiendo tres actos esenciales: otorgamiento de plenipotencias, firma y ratificación; aquí la conclusión es inmediata o directa: se lleva a cabo por la firma que crea o testimonia la voluntad del Estado. En general, en estos acuerdos faltan algunos de los caracteres formales de un tratado normal, sin que quepa más precisión, pues incluso, aunque rara vez, se han dado casos de ratificación de acuerdos en forma simplificada. El hecho de que numerosos canjes de notas se refieran a cuestiones técnicas de alcance limitado no significa que los canjes de notas se reserven para asuntos de poca importancia, sino que también se utilizan para resolver cuestiones esenciales cuando

urge la rapidez en su negociación y ejecución. Aparte el modo como se fija el texto del acuerdo y la ausencia de algún requisito de forma, no existe diferencia alguna entre un canje de notas y un tratado respecto a su validez, ejecución, interpretación o extinción.

Los acuerdos en forma simplificada son cada vez más numerosos; así, mientras los tratados, en sentido estricto, constituían el 12 por 100 de los acuerdos registrados en la Sociedad de las Naciones, en las Naciones Unidas ya no son más que el 5 por 100. La simplicidad, la rapidez y la flexibilidad de este procedimiento hace pensar que aún se desarrollarán más en el futuro. Pueden combinarse incluso con el procedimiento tradicional, para llegar a la situación excepcional de un convenio internacional que es a la vez tratado (para uno de los signatarios) y acuerdo en forma simplificada (para la otra parte contratante). Ello depende precisamente de la necesidad que tenga una de las partes contratantes de evitar las limitaciones constitucionales del poder exterior.

12. Sustitución de la ratificación por la aceptación o aprobación.

En este movimiento arrollador de liberación del poder exterior de trabas constitucionales incompatibles con su naturaleza, que de acatarse a la letra le impedirían moverse con la agilidad de movimientos que la moderna política exterior exige, otra de las técnicas utilizadas es la sustitución del término *ratificación* por los de *aceptación* o *aprobación*, que fueron utilizadas por vez primera en 1934 por los Estados Unidos para llegar a formar parte de la Organización

Internacional del Trabajo; práctica que se ha generalizado en el seno de las Naciones Unidas. Los mismos problemas que dieron lugar a los acuerdos en forma simplificada han motivado el uso de este nuevo vocabulario, que si bien es incierto y poco preciso, proporciona al poder exterior una máxima libertad sin chocar formalmente con las limitaciones constitucionales: si el Ejecutivo no puede *ratificar* sin previa aprobación del Parlamento, basta con que en vez de ratificación se le denomine *aprobación* o *aceptación*, para que la falta de intervención del legislativo no suponga a la letra —aunque no en el espíritu— una violación constitucional. A pesar de la ambigüedad interna de los nuevos términos en la esfera internacional, está bien claro que no pueden tener otro significado que el de voluntad de un Estado de obligarse válidamente.

Cierto que esta tendencia a simplificar el formalismo de la técnica tradicional de conclusión de tratados puede explicarse "post factum", con cierta lógica, como una consecuencia de la nueva técnica de conclusión de los tratados multilaterales, cuyo texto es fijado por mayoría de votos en una Conferencia internacional o es preparado institucionalmente en el seno de una Organización internacional. Cuando un tratado es elaborado colectivamente y fijado el texto por mayoría, la autenticación del mismo mediante la firma no es necesaria, sino que puede ser sustituida por un procedimiento institucionalizado, como ocurre, por ejemplo, en la Organización Internacional del Trabajo, en que la firma de los plenipotenciarios es sustituida por una decisión colectiva, en cuya adopción no sólo participan representantes de Gobiernos, sino de los patronos y de los obreros, bastando para la autenticación las firmas del Presidente de la Conferencia y la del Director General de la Organización. Y si

no ha habido firma, nada más lógico que no hablar de ratificación de la misma, sino de aceptación del convenio por parte del Estado. Sin embargo, por lógico que esto sea, lo que ha motivado la práctica que señalamos, no es tanto una evolución en la significación de la firma como una exigencia del poder exterior de escaparse, con una nueva terminología, de las trabas constitucionales.

13. Inversión de la regla de que la ratificación se presume, salvo que el tratado no disponga otra cosa.

Hasta hace poco la norma residual de interpretación de los tratados indicaba que si el tratado no disponía lo contrario expresa o implícitamente, se entendía que había obligación de someterlo a ratificación. Hoy se nota una tendencia contraria, porque, por la exigencia de una mayor libertad del poder exterior, la ratificación ha pasado de ser lo normal a ser una excepción. Así, mientras en la Sociedad de las Naciones se ratificaban el 53 por 100 de los tratados, en las Naciones Unidas sólo son ratificados el 23 por 100. Nos atreveríamos a decir que en la actualidad se está formando la siguiente norma: los tratados entran en vigor de acuerdo con la voluntad expresa o claramente implícita de las partes o, en caso de silencio, con la firma. Ya en la IX Asamblea de la Sociedad de las Naciones, ésta aprobó un informe de la Primera Comisión acerca de la ratificación de las accesiones, que sentaba el siguiente principio: "Si un Estado comunica su adhesión, debe saber que, si no menciona expresamente que esta adhesión se halla sujeta a ratificación, se presupone que ha contraído una obligación definitiva." Aunque, naturalmente, el problema de la adhesión o