

¿SE PUEDE CONTROLAR AL PODER EJECUTIVO EN LA POLÍTICA EXTERIOR?

Elvira Méndez Chang*

1. Introducción.

Cuando se planteó el tema de este panel, teniendo en cuenta los problemas que frecuentemente presenta la exigibilidad y la ejecución de obligaciones del Estado en el Derecho Internacional Público, me pregunté si existe o no un sistema adecuado para controlar al Poder Ejecutivo en su accionar en la política exterior; en particular, decidí centrar mi reflexión en su creciente participación en la celebración de los tratados.

Resultaba un reto poder analizar si, pese a los intentos de las últimas décadas, algunos gobiernos de Estados sudamericanos habían logrado o no establecer mecanismos adecuados para controlar a un Poder Ejecutivo cada vez más fuerte. Además, he podido advertir que, mientras el discurso político y jurídico apunta a contar con maneras de establecer límites al poder creciente del Ejecutivo, especialmente en los contextos político-sociales donde el caudillismo es arraigado, y de fortalecer la institucionalidad, hay muchas fisuras que hacen muy difícil lograrlo. Esto es particularmente sensible en el ámbito de la política exterior.

Una breve revisión de algunas experiencias constitucionales latinoamericanas lleva a constatar que existen algunos mecanismos para controlar al Poder Ejecutivo, generalmente ejercidos por el Poder Legislativo o el Poder Judicial. Pero cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿funcionan bien en la práctica o resultan siendo ineficientes?

Espero poder tener algunas respuestas al final de este documento. Sin embargo, esta primera versión queda abierta a la discusión y comentarios que, sin lugar a dudas, enriquecerán el análisis del tema.

Este texto está organizado de la siguiente manera: definiré el problema existente, incidiendo en la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado; a continuación, precisaré por qué el Poder Ejecutivo adquiere un rol protagónico en la celebración de los tratados internacionales en forma simplificada y, por consiguiente, asume obligaciones internacionales; luego, los problemas que surgen por la falta de control de esta atribución del Estado y qué mecanismos se proponen para solucionarlos; finalmente, se hará una evaluación general de éstos dentro de un Estado de Derecho.

Cabe precisar que, en muchos de los puntos a tratar, voy a referirme a la experiencia del Perú que, a lo largo de las últimas décadas, ha intentado hacer frente a este problema y resulta interesante para efectos del análisis.

2. Definiendo el problema: ¿por qué, en el ejercicio de su política exterior, el Estado celebra tratados y contrae obligaciones internacionales que luego no cumple?

Uno de los problemas del Derecho Internacional es el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados. La falta de eficacia y coerción, así como de un sistema institucionalizado para atribuir responsabilidad y aplicar sanciones, lleva a que se discuta si

* Profesora principal de Derecho Internacional Público del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y miembro del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI-PUCP).

aqué es, en estricto, Derecho¹. Sin querer detenerme en este debate, quiero precisar que asumo la existencia de obligaciones internacionales exigibles al Estado, muchas de las cuales surgen de la expresión de voluntad de éste, es decir, de los tratados internacionales.

Revisando los registros de tratados², se aprecia el incremento del número de ellos, que contienen obligaciones internacionales exigibles a los Estados. Ello debería llevarnos a afirmar que hay un mayor tejido jurídico y, por consiguiente, claridad para la identificación, aplicación y cumplimiento de normas internacionales; pero esto no es así, ya que se puede constatar que muchas de las disposiciones de los tratados no se cumplen, entre otras razones, por:

- a) Falta de voluntad política del Estado: La celebración del tratado, realizada por los órganos competentes del derecho interno, no cuenta a su vez con una intención clara de cumplir las obligaciones establecidas en éste; también pueden surgir nuevos intereses, cuestiones políticas y una dinámica distinta respecto al juego de fuerzas al interior del Estado e, incluso, a nivel regional. Así, el contexto político interno en que el que un tratado se celebró podría cambiar, de modo que la correlación de fuerzas o los actores no sean los mismos; entonces, el Estado podría asumir que no está vinculado por el tratado o simplemente decidiría no cumplirlo. Por ello, en las relaciones internacionales se aprecia una creciente desconfianza acerca del éxito y eficacia que un tratado pueda tener.

¹ Sobre una aproximación técnico-jurídica al Derecho Internacional: PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 8ª. ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 29-31.

² Para mayor información sobre los tratados registrados, recomiendo ver lo consignado por la Secretaría General de la Organización de Naciones Unidas en: <http://untreaty.un.org/English/treaty.asp>

b) Superposición de las obligaciones internacionales: La globalización ha llevado a la celebración en paralelo de numerosos tratados que contienen obligaciones similares o contradictorias³, lo cual hace difícil determinar qué debe cumplir el Estado y en qué contexto, ya que estaríamos frente a una intrincada y a veces confusa malla de derechos y obligaciones que se asemeja a un “*spaghetti bowl*”. La falta de criterios que permitan establecer *a priori* una jerarquía con relación a los tratados lleva a que también los operadores del Derecho enfrenten una tarea compleja al momento de precisar cuáles son las obligaciones exigibles al Estado en un supuesto determinado.

Las razones señaladas anteriormente están relacionadas a la política exterior de los Estados, que es llevada a cabo por sus Poderes Ejecutivos según lo establecido en su texto constitucional⁴. Por ello, en la práctica, el rol del Poder Ejecutivo es creciente.

Sin embargo, podemos preguntarnos: ¿Por qué existe tal falta de voluntad política para cumplir un tratado celebrado y en vigor? ¿A qué se debe la superposición de obligaciones internacionales? Para responderlas, tendríamos que tener en cuenta cuáles son los procedimientos para la celebración de tratados, los mecanismos constitucionales de control previstos y qué problemas enfrentan tanto a nivel jurídico como político.

3. La celebración de tratados en forma simplificada por el Poder Ejecutivo.

Los Estados acuerdan libremente celebrar tratados⁵ con otros sujetos del Derecho Internacional, por los cuales asumen obligaciones internacionales que les permiten, a su vez,

³ Esto se puede apreciar en la multiplicidad y concurrencia de obligaciones referidas a procesos de integración y de medidas de coordinación y cooperación económica.

lograr sus fines. Como se mencionó anteriormente, hay un creciente número de tratados suscritos y en vigor por los Estados en las últimas décadas. Sin embargo, hay un incumplimiento de las obligaciones internacionales que en ellos se generan.

El aumento en el número de tratados celebrados y exigibles al Estado se debe, entre otros factores⁶, a procedimientos más rápidos y flexibles para la conclusión de tratados, sean éstos bilaterales o multilaterales. Al respecto, América Latina no es ajena a la dinámica de la comunidad internacional en materia de tratados.

3.1. Los tratados en forma simplificada.

Tradicionalmente, la celebración de tratados se daba a través de un proceso complejo de formación de la voluntad del Estado que trataba de articular el consenso de los poderes internos con la manifestación internacional. Por ello, se insistía, al menos de manera formal, en la participación tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo para la conclusión de tratados. Así, se pretendía asegurar que, en el plano interno, hubiera una concertación o consenso político para asumir obligaciones internacionales; ello debería garantizar su cumplimiento⁷.

Los tratados celebrados con la participación de ambos poderes, Legislativo y Ejecutivo, se denominaban genéricamente *solemnes* y debían cumplir las formalidades exigidas en el

⁴ Por ejemplo, el artículo 118 inciso 11 de la Constitución Política del Perú de 1993.

⁵ Genéricamente, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados entre Estados, tratado es un “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...”

⁶ “... mundo moderno globalizado, los Estados-Nación más poderosos se convierten en interdependientes y los débiles en aún más dependientes. Todos tienen que negociar y ceder soberanía...” DE RIVERO, Oswaldo. “La ilusión del Estado-Nación”. En: *Análisis Internacional*. Lima: CEPEI, enero – marzo 1994, N°5, p. 46.

⁷ MÉNDEZ CHANG, Elvira. *El control parlamentario de las atribuciones del Presidente en la celebración de los Convenios Ejecutivos Internacionales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p. 19

derecho interno de cada Estado. La aprobación previa del Poder Legislativo era considerada necesaria para la formación de la voluntad del Estado dentro del procedimiento de celebración del tratado⁸. Esta aprobación previa permitía un control de la constitucionalidad y la legalidad de las obligaciones que serían contraídas a nivel internacional. Sin embargo, este procedimiento a veces era considerado lento para lograr acuerdos en contextos cambiantes. Además, tampoco garantizaba el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

En el Siglo XX, los Estados tuvieron la necesidad de celebrar tratados de manera más rápida; además, en algunos supuestos y temas, el Poder Ejecutivo era competente para contraer obligaciones internacionales sin la aprobación previa del Poder Legislativo⁹. Así surgieron los tratados en forma simplificada¹⁰.

Debe subrayarse que la diferencia entre los tratados solemnes y los tratados en forma simplificada consiste en la simplificación de las formalidades internas¹¹. La simplificación se refiere sólo al procedimiento de formación de la voluntad del Estado y no alude a la extensión del documento ni a la materia¹². Busca agilizar la celebración de algunos tratados mediante la supresión de solemnidades o de la participación de órganos que entrapen la pronta

⁸ Debo subrayar que la norma que establecía la aprobación previa del Poder Legislativo era entendida como norma de procedimiento, sin tratarse de regla concerniente a la competencia para celebrar tratados. REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho Internacional. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 275

⁹ Esto encuentra conformidad con los artículos 11 y 12 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados que se refieren a las distintas formas de manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado. *Ibid.*, p. 207-209.

¹⁰ Debe precisarse que los tratados en forma simplificada no son los llamados "*executive agreements*" o acuerdos ejecutivos; estos últimos aluden al carácter autoejecutivo de las disposiciones contenidas en el tratado y no al procedimiento de celebración del mismo. BELAUNDE MOREYRA, Antonio. "El Derecho Internacional de los tratados y la correspondiente política del gobierno peruano." En: Revista Peruana de Derecho Internacional. Lima: enero 1989 - diciembre 1992, tomo XLI, N° 97-100, p. 58. Por ello, es inadecuado que en Perú la Ley 25397 haya denominado a los tratados en forma simplificada como "convenios ejecutivos internacionales" pues no necesariamente tendrán carácter ejecutivo.

¹¹ GRANDA BECERRA, Ana María. Acuerdos simplificados en la Constitución Política del Perú en "materia de exclusiva competencia del Presidente de la República". Lima: Tesis para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 26-27.

¹² A modo de ejemplo, en el Perú, los tratados en forma simplificada son celebrados directamente por el Poder Ejecutivo, expresando la voluntad del Estado a través del canje de notas, minuta aprobada, memorándum de entendimiento, entre otros.

vinculación internacional del Estado. Sin embargo, no niega ni desconoce el interés del Estado y de la sociedad civil por definir los temas en los que se requiere la participación del Poder Legislativo a fin de salvaguardar el Estado de Derecho.

Por ello, no puede señalarse *a priori* una distinción en cuanto a la jerarquía de los tratados en forma simplificada, a sus contenidos y sus efectos¹³; esto estará regulado por el derecho interno de cada Estado.

3.2. Acerca del contenido de los tratados en forma simplificada.

Como acabo de señalar, el Poder Ejecutivo puede decidir contraer obligaciones internacionales sin la aprobación previa del Poder Legislativo; así, no se contará con una evaluación y control por parte del Poder Legislativo sobre la adecuación de éstas al marco constitucional y legal interno.

Una manera de controlar la atribución del Poder Ejecutivo para celebrar tratados en forma simplificada es establecer las materias sobre las cuales puede contraer obligaciones sin la participación del Poder Legislativo (competencia *ratione materiae*). Ello ha llevado a adoptar las siguientes técnicas legislativas:

- a) Lista positiva: En algunas Constituciones, se establecen taxativamente las materias que, de estar contenidas en tratados, requieren aprobación previa del Poder Legislativo para la formación de la voluntad del Estado de obligarse internacionalmente. Estas reglas determinan claramente en que temas requieren

La ratificación del Presidente de la República se produce mediante Resolución Suprema. MÉNDEZ CHANG, Elvira, op. cit., p. 80.

aprobación previa; los tratados que versen sobre otros temas podrán ser celebrados de manera simplificada. De este modo, se reduce la posibilidad de tensión que podría surgir entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el ejercicio de sus atribuciones. Esta lista positiva se encuentra recogida en el artículo 94.1 de la Constitución Española. También la recoge el artículo 56 de la Constitución Política del Perú de 1993¹⁴, que establece una lista positiva en la que incluye las materias de exclusiva competencia del Congreso, requiriendo su aprobación previa para celebrar tratados sobre aquellas. En las demás materias, los tratados en forma simplificada los celebra el Presidente de la República, con cargo a dar cuenta al Congreso (artículo 57)¹⁵.

- b) Lista negativa: A veces no hay precisión sobre las materias que requieren que el tratado sea previamente aprobado por el Poder Legislativo. La fórmula empleada en las constituciones que recogen esta lista señala que todos los acuerdos internacionales que no son materia exclusiva del Poder Ejecutivo o del Presidente de la República precisan la aprobación previa del Poder Legislativo; por consiguiente, ésta es una competencia de carácter residual. En general, esta lista resulta siendo imprecisa y variable en la medida que las materias de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo pueden cambiar en el tiempo. Además, genera problemas de interpretación y aplicación, pudiendo aumentar la tensión entre el

¹³ Ibid., p. 20-21.

¹⁴ Art. 56 de la Constitución Política del Perú de 1993: "Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución."

¹⁵ Art. 57 de la Constitución Política del Perú de 1993: "El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. [...]"

Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. En el artículo 104 de la Constitución Política del Perú de 1979 se recogía esta lista negativa que, al no señalar claramente cuáles eran estas materias¹⁶, llevó a agudizar las relaciones entre los dos poderes del Estado. Si bien una interpretación sistemática de todo el texto constitucional podría haber definido claramente estas materias¹⁷, se puede afirmar que este criterio no resultaba siendo suficiente y satisfactorio.

Es necesario que, a nivel constitucional, se establezca claramente las materias que pueden contener los tratados en forma simplificada. Por ello, la lista positiva es una fórmula recomendable.

Pese a que se establezca constitucionalmente alguna de estas listas, se pueden dar las siguientes situaciones:

- a) Que el Poder Legislativo, pese a tratarse de materias correspondientes a las cuestiones administrativas o de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo, discuta y apruebe previamente un tratado que verse sobre éstas. Teniendo en cuenta que el Poder Ejecutivo puede tener la facultad de calificar si las materias de un tratado están o no en la lista establecida constitucionalmente, esto no es inadecuado; pues el Poder Legislativo participaría políticamente y también garantizando el control de la constitucionalidad y la legalidad de las obligaciones internacionales que se contraerán.

¹⁶ Se podría señalar que eran las atribuciones de la administración pública o aquellas referidas a su potestad reglamentaria, según BIELSA, Rafael. Derecho Constitucional. 3ª. ed. aumentada. Buenos Aires: Depalma, 1959, p. 666; también se podrían incluir aquellas que están fuera de la reserva de ley. Sin embargo, la lista negativa no deja de plantear problemas de interpretación y aplicación.

¹⁷ Una interpretación sistemática de la Constitución Política del Perú de 1979 para determinar las materias de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo fue realizada por GRANDA BECERRA, Ana María, op. cit., p. 410-412. Sin embargo, la práctica del Estado Peruano no fue consistente.

- b) Que el Poder Ejecutivo pueda estar facultado para calificar si el tratado a celebrar requiere o no aprobación previa del Congreso¹⁸. Esto puede generar cierto desconcierto y confusión, especialmente si la práctica del Poder Ejecutivo es inconsistente o contradictoria. Asimismo, se podrían plantear razones políticas para expresar la voluntad del Estado de manera simplificada, omitiéndose un adecuado control parlamentario. Por ello, es necesario reglamentar claramente esta facultad para que haya una adecuada correlación de fuerzas entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.
- c) Que, en la práctica, el Poder Ejecutivo celebre tratados cuya materia requiere la aprobación previa del Poder Legislativo¹⁹. Si esto sucediera, las obligaciones internacionales contraídas serán exigibles al Estado; en caso de incumplimiento, se incurrirá en responsabilidad internacional. Sin embargo, ello no limita la responsabilidad que pueda hacerse efectiva según el derecho interno por no observar las reglas de competencia.

Por consiguiente, debe haber un control sobre la atribución del Poder Ejecutivo para celebrar tratados en forma simplificada. Como se ha mencionado, el Estado contrae obligaciones internacionales a través de los tratados celebrados y en vigor, siendo necesario verificar que éstas no entren en conflicto con otras contraídas en el Derecho Internacional ni con otras normas del derecho interno.

¹⁸ Al respecto, la disposición constitucional peruana de 1979 usaba la forma verbal "puede" en el artículo 104: "El Presidente de la República puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales..." En la práctica, el Ministerio de Relaciones Exteriores hacía esta calificación.

4. El control del Poder Legislativo a las atribuciones del Poder Ejecutivo en la celebración de tratados en forma simplificada.

El Poder Ejecutivo, que tiene la dirección suprema y control de la administración estatal, es el "conductor de política global del Estado [...] en relación con el sistema de gobierno y el orden constitucional"²⁰; ello también incluye a la política exterior.

En sus relaciones con el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo trata de mantener un nivel de diálogo; lo que no le impide enfrentar tensiones, las cuales podrán ser mayores según la composición política que tengan estos poderes en determinado momento, o teniendo en cuenta quiénes finalmente toman las decisiones²¹. Estimo que, para un fortalecimiento de las instituciones democráticas, debe haber un adecuado control de las atribuciones del Poder Ejecutivo; en este caso, con relación a su atribución de celebración de tratados en forma simplificada.

Como se mencionó anteriormente, este control no sólo se limita a restringir las atribuciones del Poder Ejecutivo, sino también busca verificar que las obligaciones internacionales que se contraigan no entren en conflicto con otras exigibles al Estado y que tampoco se vulnere la Constitución y las leyes internas.

¹⁹ En la experiencia peruana, la firma de los convenios de cooperación pesquera con países del bloque soviético en la década de los ochenta o el Convenio Antidrogas con Estados Unidos de Norteamérica en 1991. Véase: MÉNDEZ CHANG, Elvira, op. cit., p. 48-55.

²⁰ KAMMLER, Jörg. "Funciones del Gobierno". En: ABENDROTH, Wolfgang y LENK, Kart. Introducción a la ciencia política. Barcelona: Editorial Anagrama, 1971. p. 183.

²¹ Quienes toman las decisiones pueden ser las denominadas "élites superiores", que ocupan posiciones estratégicas en el sistema de toma de decisiones de un país y tienen una influencia considerable. DEUTSCH, Karl W. Política y Gobierno. Cómo el pueblo decide su destino. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1976. p. 58

A continuación, teniendo en cuenta la dinámica entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, se analizarán los mecanismos de control previstos en los ordenamientos jurídicos internos para la celebración de tratados.

4.1. El control *ex ante* en la celebración de tratados.

El Poder Legislativo tiene un control *ex ante* de la atribución del Poder Ejecutivo para contraer obligaciones internacionales.

En cuanto a los tratados solemnes, el Poder Legislativo debe aprobar previamente el tratado, antes de su ratificación. El Poder Legislativo recibe el texto negociado y adoptado por el Poder Ejecutivo y, antes de aprobarlo, procede a evaluar si el contenido del tratado se adecua al derecho interno y si no entra en conflicto con otras obligaciones internacionales contraídas y vigentes para el Estado. Asimismo, en el plano político, discute si el tratado responde o no a los intereses del Estado.

El fundamento por el cual el Poder Legislativo debe aprobar los tratados es antiguo y radica en que el Parlamento es una garantía para la protección de la soberanía del Estado y del respeto de la Constitución y las leyes²². Si bien la política exterior es dirigida por el Poder Ejecutivo, comparte con el Poder Legislativo el *treaty making power*²³ y deben celebrar los tratados de conformidad con el marco legal existente; es decir, sus atribuciones no resultan irrestrictas.

²² BIELSA, Rafael, op. cit., p. 640-641.

²³ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. El control constitucional de las leyes aprobatorias de tratados públicos. Bogotá: Tesis de Bachiller en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 1947. p. 273.

También puede establecerse un procedimiento de consulta, previo a la conclusión de los tratados en forma simplificada. En atención a lo señalado por Duverger, en sentido estricto, la consulta no es un mecanismo de control *ex ante* porque se realiza antes de la toma de decisión por parte del Poder Ejecutivo; al ser el control un acto posterior a la decisión, consulta y control no son sinónimos²⁴.

Hecha esta precisión, el procedimiento de consulta operaría de la siguiente manera: el Poder Ejecutivo, luego de negociar y adoptar un tratado, enviará el texto al Poder Legislativo para su opinión, antes de ratificarlo (es decir, antes que el Estado manifieste su voluntad de obligarse internacionalmente por el tratado). El Poder Legislativo podrá evaluar jurídicamente los tratados para determinar si sus disposiciones entran o no en conflicto con el derecho interno; pero también políticamente, ya que discutirá si conviene o no celebrarlo en atención a los intereses del Estado, al *timing* y a cuestiones estratégicas.

Como se puede apreciar, la consulta es un mecanismo adecuado y evita los problemas que puedan surgir por la observación *a posteriori* de un tratado en vigor y exigible al Estado. Sin embargo, la opinión dada por el Poder Legislativo luego de la consulta no suele ser vinculante por lo que el Poder Ejecutivo podrá tomar una decisión distinta y, por tanto, contraria a ésta. Además, nada impide que el tratado materia de consulta pueda pasar después por el control parlamentario de los tratados en forma simplificada, como veremos más adelante.

Como consecuencia del ejercicio del control *ex ante*, el Poder Legislativo puede, luego de evaluar las disposiciones de un tratado:

²⁴ DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Traducción de Jesús Ferrero. Barcelona: Ariel, 1962, p. 162.

- a) Aprobarlo antes de la ratificación por parte del Poder Ejecutivo. Incluso, puede propiciar o respaldar la rápida formación de la voluntad del Estado para que entre en vigor a la brevedad posible.

- b) Detener la continuación del procedimiento para la celebración del tratado. Si el Poder Legislativo estima que no amerita la discusión inmediata del tratado, puede diferir (incluso indefinidamente) su debate. Con ello, se retrasaría el procedimiento de formación de la voluntad del Estado de obligarse internacionalmente, sin coincidir con la intención del Poder Ejecutivo de concluir el tratado²⁵. Los motivos por los cuales puede diferir este debate pueden ser diversos, entre los cuales se pueden mencionar la presión de la opinión pública, de los partidos, lobbistas u otros.

- c) Desaprobarlo, con lo cual no se podría continuar el procedimiento para vincular internacionalmente al Estado.

En la práctica peruana, se puede apreciar este control por parte del Poder Legislativo con relación a dos tratados solemnes suscritos con Chile el 11 de mayo de 1993 denominados la "Convención sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 5 del Tratado de 1929 entre Perú y Chile y el artículo 2 de su Protocolo complementario y sobre su régimen jurídico" y la "Convención sobre libre tránsito de mercaderías"²⁶. Pese a que las materias permitían que la celebración de los tratados sea en forma simplificada, el Presidente

²⁵ En el caso del Perú, podemos encontrar varios ejemplos como la Convención sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) de 1982, que tiene fuerte oposición de sectores políticos y pesqueros; y las Convenciones suscritas con Chile en 1993, que serán analizadas.

²⁶ Para un análisis sobre estos convenios, véase: MÉNDEZ CHANG, Elvira, op. cit., p. 70-75.

de la República, quien tenía particular interés en la celebración de estos tratados, consideró que éstos debían tener la aprobación previa del Congreso antes de su ratificación. Esto es conforme a la disposición constitucional que permite al Poder Ejecutivo determinar si se sigue la vía solemne o la vía simplificada en las materias no previstas en la lista positiva. Sin embargo, cuando remitió los tratados al Congreso para su aprobación, como paso previo a su ratificación, éste no lo puso a debate porque había una contraposición de los intereses del Poder Ejecutivo con sectores de la sociedad que eran críticos y se oponían abiertamente a la suscripción de dichos tratados; estos sectores ejercieron presión sobre el Congreso para que éste no los aprobara. Esta situación es interesante si se toma en consideración que los tratados se celebraron por un gobierno que había propiciado un autogolpe de Estado y que contaba con respaldo político en el Congreso Constituyente Democrático y posteriormente en el Congreso (unicameral), donde había una mayoría del partido del gobierno. La inacción del Congreso del Perú frente a estos tratados mantuvo en suspenso a los actores políticos y, en respuesta, el Congreso de Chile no adelantó su aprobación. Hoy es posible negociar nuevamente las materias contenidas en las Convenciones de Lima de 1993 puesto que estos tratados no llegaron a vincular y, menos aún, entrar en vigor para Chile y Perú.

Como podemos apreciar, si bien el ejercicio de este control por parte del Poder Legislativo es adecuado, existen diversos contextos políticos que pueden hacerlo muy complicado o inadecuado. Así, si el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo están en manos del mismo partido o grupo político, es probable que este control no se ejerza efectivamente²⁷. De otro lado, si ambos Poderes están en manos de partidos o grupos políticos diferentes o antagónicos, difícilmente se tendrá un ejercicio ponderado del control, pudiendo llegarse a

²⁷ De este modo, si la mayoría parlamentaria pertenece al partido del Presidente de la República, se estrechan los lazos de entendimiento y mutuas concesiones entre los poderes del Estado, no dándose un control efectivo de los actos del Poder Ejecutivo.

casos de bloqueo o entrapamiento innecesario del proceso de celebración de tratados, con el consiguiente perjuicio y pérdida de oportunidades para el Estado.

Por ello, el sistema de control *ex ante* por parte del Poder Legislativo requiere un ejercicio ponderado y un juego político articulado e institucionalizado, dentro del Estado de Derecho.

4.2. El control *ex post* en la celebración de tratados.

Como fue mencionado anteriormente, una posibilidad de restringir la atribución del Poder Ejecutivo es a través del establecimiento de reglas claras que permitan definir qué materias requieren aprobación previa del Poder Legislativo y cuáles no; los tratados referidos a estas últimas podrán concluirse de manera simplificada.

Pero la celebración de los tratados en forma simplificada no elimina ni impide el control que el Poder Legislativo debiera ejercer sobre éstos; es más, deben establecerse mecanismos claros y eficientes para que esto ocurra.

En la medida que los tratados en forma simplificada son celebrados por el Poder Ejecutivo sin la participación del Poder Legislativo, el control que se ejerce es *ex post*, es decir, luego de que estos se han celebrado. Esto significa que, cuando se ejerza el control, ya se habrá expresado la voluntad del Estado de obligarse internacionalmente y, por consiguiente, el tratado podría ser exigible, según corresponda²⁸.

²⁸ Por lo general, los tratados en forma simplificada llegan a concluirse rápidamente; por ello, no se observa una gran diferencia de tiempo entre el momento del perfeccionamiento del consentimiento del Estado y su entrada en vigor. Sobre la entrada en vigor de los tratados, véase: REMIRO BROTONS, Antonio, op. cit., p. 254-255.

Una manera de ejercer el control en la celebración de tratados en forma simplificada es que el Poder Ejecutivo tenga la obligación de dar cuenta al Poder Legislativo; es decir, que informe sobre los tratados que ha celebrado para que se ejercite el control parlamentario²⁹.

Al respecto, la experiencia peruana resulta interesante para analizar. El artículo 104 de la Constitución Política del Perú de 1979 establecía que, en los tratados en forma simplificada, el Presidente de la República tenía la obligación de dar cuenta al Poder Legislativo. Sin embargo, en la práctica, se plantearon algunos problemas: ¿La obligación de dar cuenta se limita a sólo "informar" al Poder Legislativo la relación de los tratados simplificados celebrados? Estimo que no, pues de lo contrario, se estaría desvirtuando el control político. En el Perú, la Cancillería, durante algunos años, se limitó sólo a informar al Congreso sobre la lista de los tratados simplificados celebrados. Además, como no se había establecido un plazo legal para dar cuenta, muchas veces incluso se omitió esta dación de cuenta³⁰. De este modo, la ausencia de disposición constitucional o legal que regulara la dación de cuenta llevó a que la composición de fuerzas políticas fuese determinante para propiciar una práctica confusa que no favorecía el control parlamentario en esta materia³¹.

Luego del cambio de gobierno en 1990, se debatió y promulgó la Ley N° 25397 de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente (el 31 de enero de 1992) con la que se buscó dar al Poder Legislativo reglas claras de control, que eviten consolidar situaciones de apoyo casi incondicional a la acción del Poder Ejecutivo, tal como había sucedido anteriormente. Si bien su contenido abarcó muchas de las atribuciones del Poder Ejecutivo,

²⁹ Esta obligación está prevista en el artículo 94.2 de la Constitución Española.

³⁰ Irónicamente, se llegó a afirmar que se cumplía esta obligación al publicar de la Resolución Suprema respectiva en el Diario Oficial El Peruano. Para mayor información sobre la obligación de dar cuenta en Perú, véase: MÉNDEZ CHANG, Elvira, op. cit., p. 42-45.

³¹ Tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo estaban dirigidos por el mismo partido. Por ello, se pudieron contraer tratados en forma simplificada que resultaban lesivos a los intereses del país y excedían los límites impuestos por la

me referiré a los mecanismos que fortalecieron el ejercicio de un control político por parte del Poder Legislativo sobre el manejo de la política exterior del Poder Ejecutivo, especialmente aquellas disposiciones sobre los tratados en forma simplificada.

En primer lugar, se precisó la obligación de dar cuenta establecida en la Constitución: ésta no significaba sólo comunicar al Poder Legislativo acerca de los tratados en forma simplificada que habían sido celebrados, sino que buscaba que el Poder Ejecutivo justifique y fundamente las razones que llevaron a contraer tales obligaciones internacionales.

En segundo lugar, la Ley 25397 señaló el procedimiento a seguir respecto a los tratados en forma simplificada celebrados por el Poder Ejecutivo para su estudio y dictamen correspondiente por el Congreso, quien verificaría que se hayan cumplido las normas constitucionales y que no se vulnere la legislación nacional. Este control se efectúa sobre el contenido material de los tratados celebrados; tiene un aspecto político, en tanto que evalúa la actuación del Poder Ejecutivo frente a los intereses del Estado; pero también uno legislativo, pues establece si las obligaciones internacionales previstas en el tratado se adecuan o no al derecho interno³². Los tratados en forma simplificada eran remitidos a la Comisión de Relaciones Exteriores para obtener un dictamen técnico; esta opinión era importante en materia de política exterior. En caso de no contar con la opinión favorable de la Comisión, el tema se llevaba al plenario del Congreso para que se tome la decisión final; ésta era comunicada al Presidente de la República. En caso de tener una opinión favorable, no había afectación de los efectos internos ni internacionales del tratado.

Constitución Política de 1979 en cuanto a materias de su competencia. Sin embargo, se generaron obligaciones internacionales exigibles para el Perú. *Ibid.*, p. 48 y ss.

³² MÉNDEZ CHANG, Elvira, *op. cit.*, p. 62-63.

En tercer lugar, se estableció un plazo para dar cuenta. Esto fue necesario para el cumplimiento oportuno de la obligación del Poder Ejecutivo. Sin embargo, el plazo dado por la ley (es decir, después de 24 horas desde su celebración más el término de la distancia) resulta breve e impreciso. Queda pendiente, en el caso del Perú, evaluar cuál sería el plazo razonable para informar al Poder Legislativo, teniendo en cuenta los procedimientos y la práctica al respecto, para que éste no resulte inadecuado.

En cuarto lugar, según lo establecido por esta ley, el incumplimiento de este trámite para dar cuenta afectaría la validez y eficacia del tratado en forma simplificada dentro del derecho interno. De este modo, se trata de sancionar al Poder Ejecutivo por no cumplir con su obligación constitucional de dar cuenta. Sin embargo, esta sanción traería problemas tanto jurídicos como políticos a nivel internacional. En cuanto a los jurídicos, el sujeto de Derecho Internacional con el cual el Estado concluyó el tratado en forma simplificada lo considerará válido y exigible desde que éste entre en vigor³³. Pero, en aplicación de la Ley N° 25397, el Estado podrá afirmar que no lo ejecutará pues considera que no tiene efectos internos. Como consecuencia de la falta de ejecución de las obligaciones internacionales, éstas se incumplirían generando responsabilidad internacional, ya que se trata de un tratado válidamente celebrado que resulta exigible al Estado Peruano según el Derecho Internacional.

En quinto lugar, el Poder Legislativo podría acordar que el tratado en forma simplificada no es conforme con el derecho interno y, por una resolución legislativa, lo dejaría sin efecto, lo cual tendría consecuencias en el ámbito interno. Nuevamente, tendríamos un problema jurídico internacional: habría un tratado válido y exigible en el Derecho Internacional que, sin embargo, a nivel interno ha dejado de tener vigencia por el control parlamentario. Por

³³ Esto es conforme a la presunción de validez de los tratados establecida por la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969. También REMIRO BROTONS, Antonio, op. cit., p. 273.

ello, el incumplimiento de las obligaciones internacionales previstas en el tratado acarrearía, sin lugar a dudas, responsabilidad internacional para el Estado.

Para evitar incurrir en responsabilidad internacional, el Poder Ejecutivo debería plantear la denuncia del tratado, cuando ésta sea posible; el Poder Legislativo no podría exteriorizar la denuncia pues no tiene competencia para hacerlo³⁴. Tratándose de una denuncia, el artículo 56 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados señala que ésta opera cuando está prevista en el tratado o, no estándolo expresamente, consta que las partes admitieron la posibilidad de interponerla³⁵. Además, la denuncia no afecta la validez de un tratado; tiene requisitos y plazos para su interposición y se regulan sus efectos. Por ello, la denuncia no opera de manera automática ni inmediata.

En cuanto a los problemas políticos que se podrían generar, se puede entender que hay una limitación al ejercicio de la discrecionalidad del Ejecutivo para negociar y celebrar estos tratados; si no se establecen parámetros de evaluación claros, los demás actores de las relaciones internacionales tendrán dudas acerca del futuro cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado, afectando así su credibilidad e imagen internacional. De otro lado, por la correlación de fuerzas entre las partes del tratado, podría haber presión política que lleve al Estado al cumplimiento de las obligaciones internacionales, en detrimento del control político interno.

Pese a considerar importante y necesario realizar un control de la atribución del Poder Ejecutivo en la celebración de tratados en forma simplificada, cuando el control es *ex post*

³⁴ Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Poder Ejecutivo internacionalmente competente para denunciar un tratado, no así el Poder Legislativo. Sobre los tratados que no pueden ser denunciados, se entiende que son aquellos que su naturaleza no lo permite, como los tratados de paz, de desarme, de derechos humanos, entre otros. Véase el artículo 56.1.b) de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969.

podría tener efectos *a posteriori* que no impedirán la exigibilidad de las obligaciones establecidas e incurrir entonces en responsabilidad internacional por su incumplimiento.

Por ello, resulta conveniente establecer mecanismos de evaluación previos a la celebración de los tratados que permitirán que el Estado no asuma obligaciones internacionales que no pueda cumplir por no haberse ajustado a las normas internas.

5. El control de actos no vinculantes realizados por el Poder Ejecutivo en el plano internacional.

El Poder Ejecutivo puede concertar acuerdos políticos en los que se proclama la concordancia de los Estados en determinados asuntos. Estos suelen ser llamados Acuerdos de Caballeros, Declaraciones, Comunicados Conjuntos, Actos de Cancillería o *nonbinding agreements* (acuerdos no vinculantes). A diferencia de los tratados, estos actos no producen efectos jurídicos³⁵. Suelen ser emitidos por los Jefes de Estado, Ministros de Relaciones Exteriores u otros representantes del Estado con ocasión de reuniones políticas. En esta categoría, se encuentran también ciertos instrumentos internacionales que han sido aprobados por resoluciones de organizaciones internacionales.

Al no ser tratados internacionales, estos actos no vinculantes no suelen estar sujetos a las disposiciones constitucionales sobre control parlamentario. Sin embargo, los contenidos de estos actos pueden violar una obligación internacional o afectar intereses vitales del Estado, por lo que sería interesante establecer un mecanismo de control político a nivel interno.

³⁵ REMIRO BROTONS, Antonio, op. cit., p. 282-284.

³⁶ REUTER, Paul. Introducción al Derecho de los Tratados. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 49-50.

Un ejemplo de estos actos no vinculantes, de importantes consecuencias políticas, es la Declaración de Itamaraty, que se a raíz del conflicto suscitado entre Ecuador y Perú a primeros días de enero de 1995, el que generó preocupación en la región. Tras una serie de intercambios verbales, boletines y comunicados de prensa, los representantes de Ecuador y Perú firmaron esta Declaración el 17 de febrero de 1995, la cual no era un tratado internacional y no estaba sometida al control parlamentario.

Sin embargo, es saludable que se vea la posibilidad de establecer un mecanismo de control político de los actos no vinculantes realizados por el Poder Ejecutivo para que éste no exceda la esfera de su competencia ni vaya a generar responsabilidad internacional al Estado.

6. El control *ex post* de los tratados por el Poder Judicial.

El control *ex post* de los tratados celebrados por el Poder Ejecutivo también podría llevarlo a cabo el Poder Judicial. Su ejercicio resultaría sumamente interesante de analizar para establecer si cuenta o no con mecanismos adecuados para limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo.

Al respecto, se suele afirmar que el Poder Judicial es independiente y autónomo; sin embargo, en la práctica, existe mucho cuestionamiento a su acción, dado que es sensible a la presión de los otros poderes del Estado y de grupos influyentes. Asimismo, se le acusa de tener altos niveles de corrupción e, inclusive, en algunos casos, falta de un cabal conocimiento de ciertas materias especializadas, como aquellas referidas a las obligaciones internacionales o, en el caso de los procesos de integración, al derecho comunitario³⁷. Por

³⁷ Como es el caso del desconocimiento del Derecho Comunitario Andino.

ello, no sería razonable dar un mecanismo de control a todo el Poder Judicial sino, por el contrario, restringirlo a tribunales del más alto nivel. Además, para que el Poder Judicial pueda establecer un control efectivo sobre los tratados celebrados por el Poder Ejecutivo, sería conveniente determinar una acción específica.

Al respecto, quiero recurrir nuevamente a la experiencia peruana para analizar un mecanismo de control *ex post*. La Constitución Política del Perú de 1993 novedosamente establece, como garantía constitucional, la acción de inconstitucionalidad contra los tratados, la cual podrá presentarse ante el Tribunal Constitucional.

Artículo 200 inciso 4 de la Constitución Política del Perú de 1993:

"Son garantías constitucionales: [...]

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo."

En primer lugar, la fórmula de este artículo no distingue los tratados solemnes de aquellos celebrados en forma simplificada; por lo que la acción de inconstitucionalidad podrá ser incoada contra todos los tratados por ser entendidos éstos como normas con rango de ley³⁸.

Ello también está recogido en el artículo 77 del Código Procesal Constitucional³⁹.

³⁸ Un estudio sobre los problemas de jerarquía y aplicación de los tratados lo tenemos en: ABUGATTAS GIADALAH, Gattas. Sistema de aplicación prelatoria del Derecho Internacional contenido en tratados. Un nuevo modelo de articulación entre el derecho interno y el internacional. Lima: Tesis para optar el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. p. 151-159.

³⁹ Para un análisis del Código Procesal Constitucional, véase: ABAD YUPANQUI, Samuel B. y otros. Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico. Lima: Palestra, 2004.

En segundo lugar, la acción de inconstitucionalidad contra los tratados tiene como fin defender los principios de constitucionalidad y legalidad del ordenamiento jurídico interno.

En tercer lugar, la demanda de inconstitucionalidad se interpondrá ante el Tribunal Constitucional, que está conformado por magistrados altamente calificados y de reconocido prestigio profesional y académico. Ello debería garantizar su idoneidad para analizar los tratados internacionales a la luz de otras obligaciones internacionales y del derecho interno.

En cuarto lugar, el procedimiento establecido en el artículo 107 del Código Procesal Constitucional, permite que el Tribunal Constitucional emplace con la demanda al Congreso (o la Comisión Permanente, según corresponda), y al Poder Ejecutivo cuando la acción de inconstitucionalidad se refiera a tratados.

En quinto lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional podrá declarar la inconstitucionalidad del tratado y no cabe impugnación contra ella (artículo 121 del Código Procesal Constitucional). Sus efectos se dan en el derecho interno y vinculan a tanto al Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo. Sin embargo, si un tratado fuese declarado inconstitucional, los efectos atribuidos en el plano interno no serían oponibles internacionalmente. Al respecto, sólo cabría solicitar la denuncia del tratado, con las limitaciones que se han mencionado anteriormente. Mientras el tratado sea vinculante a nivel internacional y sus obligaciones puedan ser exigidas, si el Estado no las cumple por aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional, será responsable internacionalmente.

Por consiguiente, el control *ex post* que podría llevar a cabo el Poder Judicial sólo podría

tener efectos en el derecho interno y no podría excluir el cumplimiento de las obligaciones internacionales exigibles para el Estado.

7. Reflexiones finales.

Luego de haber revisado los mecanismos existentes para controlar al Poder Ejecutivo en la política exterior, con especial referencia a la atribución de celebración de tratados y a la experiencia peruana, puedo hacer las siguientes reflexiones:

- a) Los mecanismos de control establecidos a nivel constitucional, sean estos *ex ante* o *ex post*, buscan ser efectivos frente a la creciente actividad del Poder Ejecutivo en la celebración de tratados. Su finalidad es evaluar si el contenido del tratado se adecua al derecho interno y si no entra en conflicto con otras obligaciones internacionales vigentes para el Estado. También toma en consideración si el Poder Ejecutivo ha actuado de conformidad con los intereses del Estado.
- b) En cuanto a los tratados solemnes, el Poder Legislativo ejerce un control *ex ante* porque le corresponde aprobar previamente el tratado, antes de su ratificación. Ello es positivo pues puede evitar contraer obligaciones internacionales que vulneren el derecho interno o entren en conflicto con otras previamente contraídas.
- c) La consulta hecha por el Poder Ejecutivo no es un mecanismo de control pero puede resultar adecuada para una evaluación política y jurídica de un tratado que

aún no se ha concluido ni está en vigor. Pero, al ser generalmente una opinión no vinculante, no constriñe al Poder Ejecutivo a tomar una decisión.

- d) Cuando el control es *ex post*, sea que éste lo lleve a cabo el Poder Legislativo o el Poder Judicial, hay un tratado concluido y posiblemente en vigor. Sus efectos se producen en el derecho interno y no afectan la validez ni la duración del tratado. Por ello, no se podrá eximir al Estado de cumplir sus obligaciones internacionales; si las incumple, incurrirá en responsabilidad internacional.
- e) Es recomendable establecer mecanismos de control *ex ante* para que el Estado no asuma obligaciones internacionales que no pueda cumplir por no haberse ajustado a las normas internas o por entrar en conflicto con otras que le son exigibles.
- f) Cualquier mecanismo de control sobre el Poder Ejecutivo requiere un ejercicio ponderado y un juego político articulado e institucionalizado, dentro del Estado de Derecho.
- g) Es importante conocer y evaluar el costo político y jurídico en caso de desvincular posteriormente al Estado de las obligaciones internacionales contraídas.
- h) Se recomienda explorar la posibilidad de establecer un mecanismo de control político de los actos no vinculantes realizados por el Poder Ejecutivo para que éste no exceda la esfera de su competencia ni genere responsabilidad

internacional al Estado.