

Derecho y práctica en materia de tratados internacionales y acuerdos ejecutivos en México y Estados Unidos

International Treaties and Executive Agreements, Law and Practice in Mexico and the United States

Gerardo Guerrero Gómez

Cónsul titular en el Consulado de México en Saint Paul, Estados Unidos

gguerrero@sre.gob.mx



Resumen:

En este ensayo se hace un breve análisis comparativo sobre la práctica existente entre México y Estados Unidos en materia de celebración de tratados internacionales y acuerdos ejecutivos (incluidos acuerdos interinstitucionales, para el caso de México), a partir de lo establecido sobre la materia en la legislación de cada país y de las facultades conferidas a sus órganos de Estado, así como sus limitaciones y ámbitos de competencia.



Abstract:

This essay is a brief comparative analysis of the practice between Mexico and the United States, regarding the conclusion of international treaties and executive agreements (including interinstitutional agreements for Mexico's case), based on what is established in the legislation of each country, and the powers conferred to its organs of State, as well, as its limitations and areas of competence.



Palabras clave:

Acuerdos ejecutivos, acuerdos interinstitucionales, congreso, convención, Constitución, corte, Estados Unidos, legislación, ley, Ley Suprema de toda la Unión, México, negociación, presidente, Senado, tratados internacionales.



Key Words:

Executive agreements, interinstitutional agreements, congress, convention, constitution, court, United States, legislation, law, the Supreme Law of the Land, Mexico, negotiation, president, Senate, international treaties.

Derecho y práctica en materia de tratados internacionales y acuerdos ejecutivos en México y Estados Unidos

Gerardo Guerrero Gómez

Introducción

Conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), una de las fuentes por excelencia del derecho internacional público son las convenciones internacionales. En este sentido, el principal instrumento que rige su elaboración es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; sin embargo, cada país, independientemente de que sea o no Estado Parte de la Convención, a nivel interno tiene su propia legislación y políticas que definen su práctica en lo que a tratados se refiere.

El presente ensayo tiene por objeto hacer un análisis comparativo de la práctica que en materia de tratados internacionales y acuerdos ejecutivos tienen México y Estados Unidos. Se seleccionó como objeto de análisis comparado a los Estados Unidos de América, por ser el país con el que se tiene la relación bilateral más intensa y dinámica y, por ende, por ser el país con el que posiblemente se tengan más instrumentos celebrados.

A pesar de las diferencias que se tienen en las respectivas prácticas en materia de celebración de tratados internacionales y acuerdos ejecutivos, también existe una gran similitud, no obstante que ambos Estados tienen sistemas jurídicos totalmente distintos.

Legislación y práctica en México y Estados Unidos en materia de celebración de tratados internacionales

En México, la celebración de tratados internacionales se encuentra regida por diversas disposiciones normativas; a saber: a) la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); b) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante “la Convención”); c) la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF); d) la Ley sobre la Celebración de Tratados (en adelante “la Ley”), y e) la Ley sobre la Celebración de Tratados en Materia Económica, amén de otras disposiciones reglamentarias.

En el caso de Estados Unidos, la normativa es más escasa y menos exhaustiva, ya que la celebración de tratados internacionales se fundamenta únicamente en el artículo II, sección 2, cláusula 2, de su Constitución; posteriormente y con el ánimo de tratar de limitar la facultad del presidente en cuanto a la celebración de los acuerdos ejecutivos, en 1972 se expidió la *Case Zablocki Act* (1 U. S. C. 112 b) o *Case Act* de 1972.

Hasta 1992, año en que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley vigente, la celebración de tratados se encontraba regida únicamente por lo dispuesto en los artículos 89, fracción X, 76, fracción I, y 133 de la CPEUM, así como en el artículo 28, fracción I, de la LOAPF y en la Convención, a la que México se vinculó el 27 de enero de 1980.

La Ley ha sido ampliamente debatida, por considerar que es insuficiente y vaga, que lo que realmente hace es retomar conceptos que se encontraban en la Convención y que, por ende, formaban parte de la legislación nacional. Lo novedoso fue la incorporación del concepto *acuerdo interinstitucional*, que pretendía regular la figura de acuerdo ejecutivo; sin embargo, lo más importante fue la posibilidad de que el Estado mexicano pudiera formar parte de tratados internacionales en los que se incluyeran disposiciones relativas a mecanismos de solución de controversias, tal como se vio reflejado en la exposición de motivos de la Ley, a la luz de que en ese momento se estaba negociando el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en cuyo contenido se incorpora precisamente un capítulo sobre solución de controversias y otras disposiciones

que se ocupan del mismo tema, en áreas específicas como lo es, por ejemplo, el sector financiero y de inversión. En este sentido, en la Ley se incorporaron, en los artículos 8, 9, 10 y 11, disposiciones relativas a este tema.

La determinación en cuanto a qué instrumentos constituyen un tratado y cuáles no, la dan los propios ordenamientos y prácticas internas de cada país. En el caso de México, la práctica ha sido en el sentido de que constituyen tratados, en los términos a que se refieren los artículos 76, fracción I, 89, fracción X, y 133 de la CPEUM y el artículo 2, fracción I, de la Ley, aquellos instrumentos que cumplen con cualquiera de las siguientes características: que la materia del tratado se encuentre regulada por el artículo 73 de la CPEUM; que involucre a la nación como a un todo y, por lo tanto, su aplicación tenga lugar en todo el territorio nacional; que afecte la esfera jurídica de los particulares; que amplíe o modifique la legislación existente, o que en virtud del tratado se contraigan obligaciones financieras que comprometan el crédito de la nación.

En la práctica, la negociación de los tratados la llevan directamente las distintas dependencias de la administración pública federal, o la Procuraduría General de la República, según sus respectivos ámbitos de competencia, conforme a lo dispuesto en la LOAPF o la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, respectivamente; sin embargo, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), en cumplimiento de las atribuciones que le otorgan la LOAPF, el Reglamento Interior de la SRE y la Ley sobre la Celebración de Tratados, “sin afectar el ejercicio de las atribuciones de las dependencias y entidades de la administración pública federal, coordinará las acciones necesarias para la celebración de cualquier tratado y formulará una opinión acerca de la procedencia de suscribirlo y, cuando haya sido suscrito, lo inscribirá en el registro correspondiente”.¹

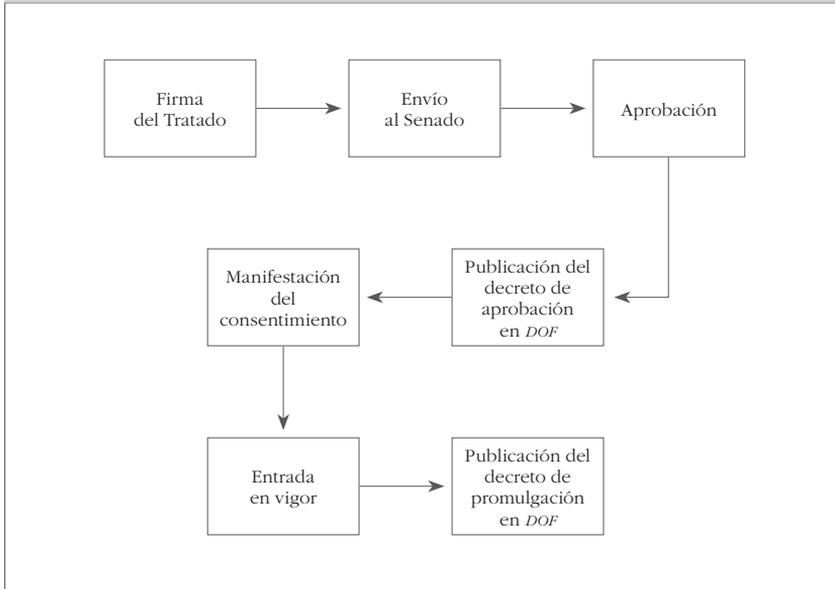
En la Gráfica 1, se describe el procedimiento para incorporar el tratado al orden jurídico nacional cuando ya ha sido firmado.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 133 de la CPEUM, la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión “que emanen de

¹ Ley sobre la Celebración de Tratados, artículo 6.

Gráfica 1

Procedimiento para incorporar un tratado al orden jurídico mexicano



Fuente: Verónica Juárez Casimiro, “Tratados y acuerdos internacionales: proceso de celebración”, presentación, s. a., mimeo.

ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversas interpretaciones con respecto a la jerarquía de los tratados internacionales en relación con el orden jurídico nacional; la última en el sentido de que los tratados se encuentran por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes generales, federales y locales. Sólo los tratados sobre derechos humanos se encuentran al mismo nivel jerárquico de la Constitución.

En el caso de Estados Unidos, hay dos procedimientos por los cuales este país puede llegar a formar parte de un acuerdo internacional, independientemente de su denominación. Primero, conforme a lo dispuesto

en el artículo II, sección 2, cláusula 2, de su Constitución, el presidente tiene la facultad, por consejo y aprobación del Senado, para celebrar tratados, los cuales deberán ser aprobados por las dos terceras partes de los senadores presentes.

La segunda forma, según se ha establecido en la práctica y como lo explica el Departamento de Estado, hay acuerdos internacionales a los que Estados Unidos se vincula sobre una base constitucional distinta a la anteriormente descrita, es decir, sin que se requiera la aprobación del Senado. Éstos son “acuerdos internacionales distintos a los tratados” a los que con frecuencia se les denomina *acuerdos ejecutivos*.²

Como se verá posteriormente, el procedimiento en Estados Unidos para la celebración de un tratado internacional, aunque con más variantes, en esencia guarda similitud con la práctica mexicana, debiendo subrayarse que, al igual que lo establece la CPEUM, para efectos internos, los tratados de los cuales Estados Unidos forma parte, jerárquicamente son equivalentes a la legislación federal y forman parte de lo que su propia constitución denomina *the Supreme Law of the Land* o Ley Suprema de toda la Unión.³

A diferencia del procedimiento en México, en el cual el Senado, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 76, fracción I, de la CPEUM, únicamente aprueba o no un tratado, en Estados Unidos, el Senado ejerce diversas facultades al momento de analizar un tratado, dentro de las cuales se encuentran: aprobarlo lisa y llanamente; aprobarlo de una manera condicionada; rechazarlo y devolverlo al presidente, o evitar su entrada en vigor para Estados Unidos, reteniendo la aprobación de manera indefinida.

Como se ha mencionado anteriormente, de conformidad con la Constitución de Estados Unidos, al igual que en México, una vez que entran

² U. S. Department of State, “Treaty vs. Executive Agreement”, en <http://www.state.gov/s/ltreaty/faqs/70133.htm> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2016).

³ Congressional Research Service Library of Congress, *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate. A Study Prepared for the Committee on Foreign Relations United States Senate*, Washington, D. C., U. S. Government Printing Office, 2001, p. 1.

en vigor, los tratados son la Ley Suprema de toda la Unión; sin embargo, a diferencia de México, para que un tratado sea *the Supreme Law of the Land* hay diferentes variantes, a saber: a) tratados autoejecutivos: aquellos que no requieren de la expedición de una ley específica para su implementación y que por su sola entrada en vigor pasan a ser legislación interna; b) tratados que requieren de la expedición de determinada legislación para su implementación, antes de que puedan formar parte del orden jurídico interno, y c) cuando el tratado se incorpora en la legislación necesaria para su implementación, siendo ésta, la ley secundaria, la Ley Suprema de toda la Unión y no el tratado *per se*.⁴

En algunas ocasiones, las propias disposiciones del tratado requieren de la emisión de una ley específica para su implementación; sin embargo, en un gran número de ocasiones, ello se determina por medio de la interpretación que del propio tratado realiza el poder ejecutivo, o bien las cortes, al momento de dirimir un caso relacionado con la aplicación del tratado en cuestión.

Al igual que en el caso de México, la celebración de tratados internacionales en Estados Unidos es una facultad exclusiva del presidente; sin embargo, en ocasiones, el Senado o el Congreso pueden proponer la negociación de tratados internacionales en determinadas materias o influir de alguna manera en ciertos procesos de la negociación.

Otra variable importante respecto a la práctica en México es que en Estados Unidos, si bien la designación de los negociadores es hecha por el presidente, en ocasiones, dependiendo de la importancia y trascendencia de la materia a negociar, los negociadores requieren de la aprobación del Senado.

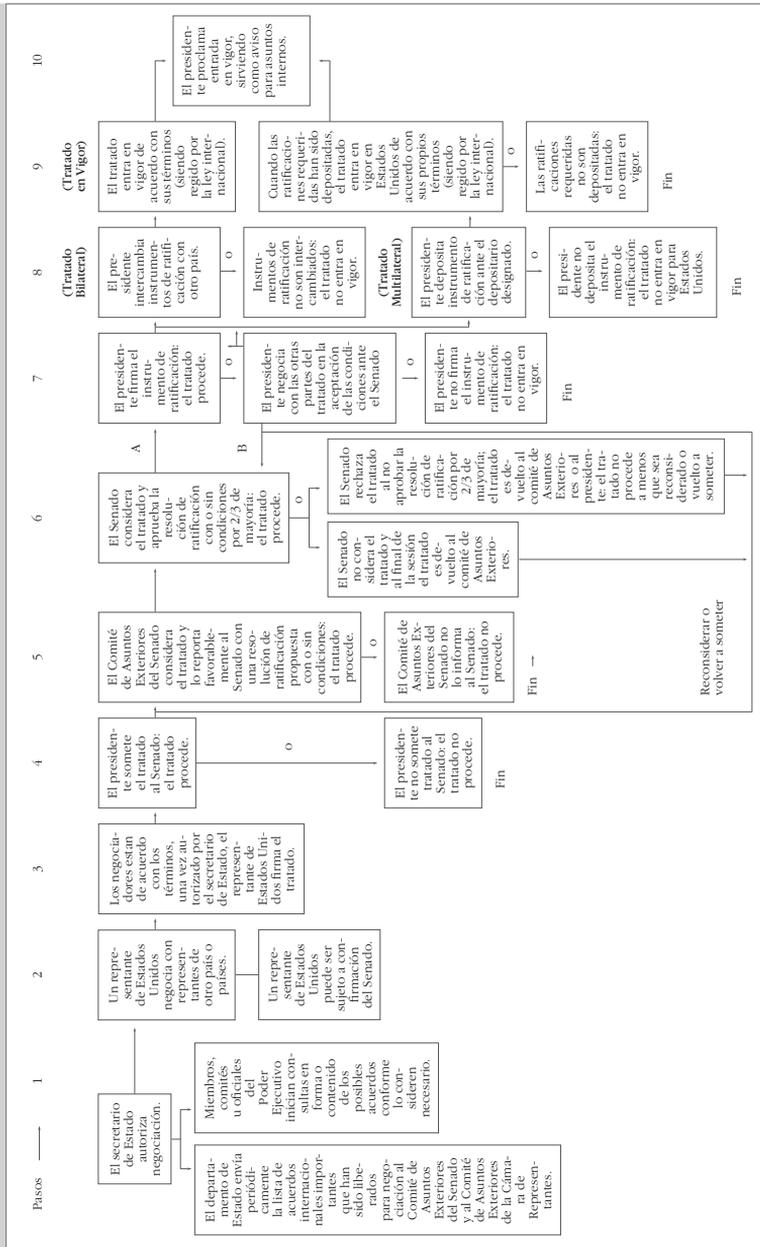
En la Gráfica 2, se describe el proceso estadounidense para la celebración de tratados internacionales.

Una diferencia importante que debe destacarse es que en México, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 76, fracción I, y 89, fracción X, de la CPEUM, la terminación, denuncia o suspensión de un tratado requiere de la aprobación del Senado, para lo cual se sigue el mismo trá-

⁴ *Ibid.*, p. 4.

Gráfica 2

Pasos para llevar a cabo un tratado (Estados Unidos)



Fuente: Congressional Research Service Library of Congress, *op. cit.*, pp. 8-9. (Traducción del autor.)

mite constitucional que se siguió para su aprobación y ratificación, caso contrario al de Estados Unidos, en donde el tema ha sido objeto de gran controversia, ya que su Constitución es omisa al respecto y no se ha seguido un criterio uniforme para dar por terminados o denunciar los tratados; así, en ocasiones, se ha dado como un acto ejecutivo del presidente, mientras que en otras, como un acto del presidente con la subsecuente aprobación del Senado o del Congreso y en otras más a través de una resolución conjunta del presidente y el Congreso.

En la práctica, la tendencia de Estados Unidos ha sido en el sentido de adquirir más compromisos internacionales con la figura de acuerdos ejecutivos en lugar de la de tratados, con lo cual se evita que éstos sean aprobados por el Senado. Ello ha sido posible debido a las lagunas en su Constitución, al no establecer específicamente qué materias deberían ser objeto de tratados. En este sentido, el Departamento de Estado ha establecido ocho criterios, algunos de ellos, como se podrá ver, subjetivos, para determinar cuándo un instrumento debe adoptar la figura de tratado internacional y, por ende, ser sometido a la consideración del Senado y contar con la aprobación de al menos dos terceras partes de los miembros presentes: a) el grado de compromiso o de riesgo para la nación en su conjunto; b) cuando el acuerdo pueda afectar las legislaciones estatales; c) cuando para la implementación del acuerdo se requiera la expedición de legislación específica; d) precedentes en la práctica de Estados Unidos; e) la preferencia del Congreso; f) el grado de formalidad deseado; g) la vigencia propuesta, y h) la práctica general internacional en instrumentos similares.⁵

En este apartado se ha hecho una descripción muy general tanto de la legislación como de la práctica de ambos países para la celebración de tratados internacionales. Si bien se trata de sistemas jurídicos totalmente distintos, se observa, por una parte, que jerárquicamente a los tratados se les otorga el mismo rango que se les da en México, al ser considerados como Ley Suprema de toda la Unión y que el procedimiento para obligar-

⁵ *Ibid.*, p. 26.

se por un tratado internacional es muy similar, con algunas variantes que, en ocasiones, son importantes; sin embargo, la gran diferencia estriba en determinar cuándo un instrumento debe asumir la figura de un tratado, con todas las formalidades que ello requiere.

En el caso de México, como ya se ha visto, existen disposiciones y criterios bien establecidos por la propia CPEUM, caso contrario al de Estados Unidos, en que la definición no es clara y deja lugar a interpretaciones por parte del poder ejecutivo para su determinación.

Celebración de acuerdos ejecutivos e interinstitucionales en México y de acuerdos ejecutivos en Estados Unidos

Como se ha mencionado anteriormente, previo a la expedición de la Ley sobre la Celebración de Tratados en 1992, la figura del acuerdo ejecutivo no se encontraba regulada en México, a pesar de haber sido ampliamente utilizada.

En México, así como en otros países, los acuerdos ejecutivos han sido cuestionados tanto por tratadistas como por legisladores, argumentando que en realidad constituyen tratados internacionales que se adoptan con esta modalidad de acuerdos ejecutivos para evitar la sanción legislativa. En este sentido, en México hay un gran número de precedentes que se formalizaron previo a la expedición de la Ley y que, como lo señala el embajador Jorge Palacios Treviño, contaron incluso con la aceptación del propio Senado de la República,⁶ como consta en la obra *Tratados ratificados y convenios ejecutivos celebrados por México*, editada desde 1972 por el órgano legislativo.

Por tradición, los acuerdos ejecutivos fueron celebrados directamente por la SRE, como el órgano del Poder Ejecutivo responsable de las relaciones internacionales de México, conforme a lo dispuesto en el artículo 28,

⁶ Véase Jorge Palacios Treviño, *Tratados: legislación y práctica en México*, México, SRE/Universidad Iberoamericana, 2007.

fracción I, de la LOAPF. Estos instrumentos se formalizan en nombre y representación del Estado mexicano, en competencias exclusivas del Ejecutivo federal, que no requieren de sanción legislativa alguna. Los ejemplos más comunes han sido los acuerdos en materia de supresión de visas, que, anteriormente, se formalizaban acorde con la Ley General de Población, en la que, claramente, se establecía que su aplicación recaía en el Ejecutivo federal, por medio de la Secretaría de Gobernación.

A partir de la expedición de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se incorporó en su artículo 2, fracción II, la figura de acuerdo interinstitucional, que pretende reglamentar el “acuerdo ejecutivo”; sin embargo, debe destacarse que esta denominación es, como tal, única de México y ningún otro país en el mundo la utiliza.

La Ley define el acuerdo interinstitucional como “el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal, estatal o municipal, y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organismos internacionales”.⁷

Lo que realmente hace la Ley es crear una nueva categoría de instrumento internacional, en la cual se abra la posibilidad de que los organismos descentralizados y las distintas dependencias de la administración pública en todos los niveles de gobierno, incluso el municipal, puedan celebrar acuerdos interinstitucionales; son ellos directamente los titulares de los derechos y obligaciones incorporados, sin que su cumplimiento recaiga en el Estado mexicano como tal.

Los acuerdos ejecutivos y ahora también los interinstitucionales presentan un ágil proceso de negociación y formalización, que permite identificar áreas en las que resulta necesario promover actividades de cooperación. La ejecución de los mismos conlleva la implementación de actividades específicas; además, promueven el desarrollo y, en el caso de los acuerdos interinstitucionales, mejoran las capacidades de las instituciones mexicanas que los celebran.

⁷ Ley sobre la Celebración de Tratados, art. 2, fracción II.

Es importante destacar que, en la práctica mexicana, dependiendo del contenido del instrumento en sí mismo, tanto los acuerdos ejecutivos como los interinstitucionales pueden tener vida autónoma, o bien, tener como marco jurídico de referencia un tratado previamente aprobado por el Senado de la República.

En el caso de Estados Unidos, como ya se ha mencionado, la única fuente legal en materia de tratados es su propia Constitución, sobre la cual los presidentes han asumido la facultad discrecional para decidir cuándo un instrumento internacional debe tener el carácter de un tratado o, simplemente, de un acuerdo ejecutivo, a pesar de que el texto de la propia Constitución sea omiso a esta figura.

A pesar de que no existe un fundamento jurídico como tal que sustente la celebración de acuerdos ejecutivos, los presidentes han argumentado tener autoridad constitucional independiente para celebrarlos, criterio que ha sido sostenido por el poder judicial.

Los presidentes estadounidenses cuentan con cuatro fuentes de autoridad constitucional: a) el deber del presidente, en su calidad de jefe del Ejecutivo, de representar a la nación en asuntos de relaciones exteriores; b) su autoridad para recibir a embajadores y a otros funcionarios públicos; c) su autoridad como comandante en jefe, y d) su deber de asegurar que las leyes sean cumplidas a cabalidad.⁸

Acorde con el Departamento de Estado, los acuerdos ejecutivos, o acuerdos internacionales distintos a los tratados, son constitucionalmente vinculantes, en tanto no sean inconsistentes con la legislación emitida por el Congreso en ejercicio de su autoridad constitucional, criterio que también ha pasado el escrutinio del poder judicial.⁹

De conformidad con la práctica estadounidense hay tres categorías de acuerdos ejecutivos:

⁸ J. B. Duroselle y Ian J. Bickerton, "Treaties", en *Encyclopedia of the New American Nation*, en <http://www.americanforeignrelations.com/O-W/Treaties.html> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2016).

⁹ U. S. Department of State, *op. cit.*

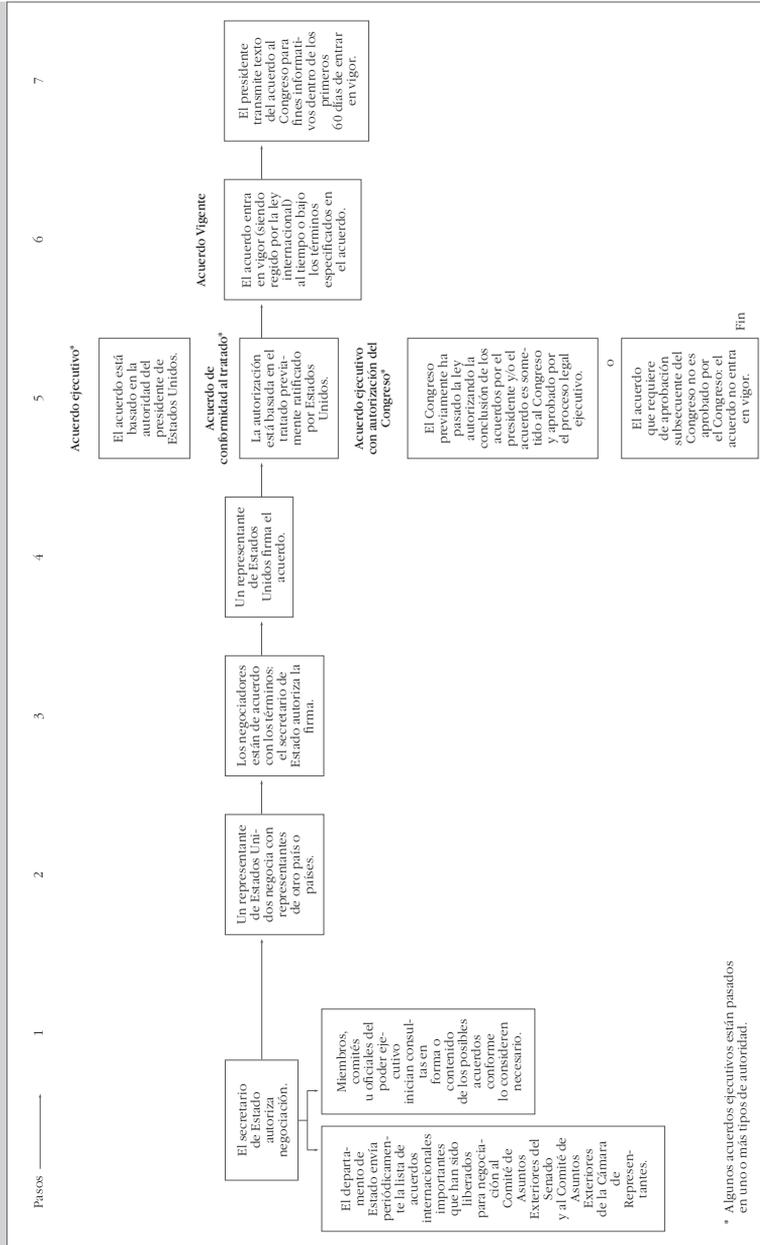
- *Congressional executive agreements.* Se trata de instrumentos que, a diferencia de los tratados en que sólo son aprobados por el Senado, se celebran por la autoridad ejecutiva del presidente, pero requieren ser aprobados por el Congreso, es decir, que también interviene la Cámara de Representantes, ya que son emitidos como Ley Suprema de toda la Unión. Por ejemplo, el TLCAN no siguió el procedimiento habitual para ser un tratado internacional, sino que fue negociado directamente por el ejecutivo y aprobado por la mayoría de ambas cámaras del Congreso, antes de ser firmado como ley.
- *Agreements pursuant to treaties.* Se trata de acuerdos ejecutivos que tienen como marco jurídico de referencia a otros tratados internacionales que sí fueron aprobados por el Senado. Los ejemplos más comunes tienen que ver con acuerdos en materia de seguridad, como podrían ser aquellos celebrados para instrumentar la Organización del Tratado del Atlántico Norte.
- *Presidential or sole executive agreements.* Son acuerdos que no cuentan con marco jurídico de referencia alguno y que se celebran simplemente atendiendo a las cuatro fuentes de autoridad constitucional anteriormente descritas. Un ejemplo de este tipo de acuerdos es aquel que pudiera suscribir el presidente en su calidad de jefe del ejecutivo y de representante de la nación en asuntos de relaciones exteriores para reconocer con fines diplomáticos a un determinado Estado.

En la Gráfica 3 se describe el proceso estadounidense para la celebración de acuerdos ejecutivos.

Como ha quedado claramente establecido, las facultades del presidente de Estados Unidos en materia de acuerdos ejecutivos son muy amplias e, incluso, en ocasiones, ilimitadas. Fue por ello que en 1972, con el ánimo de limitar esta autoridad tan amplia y con el principal objetivo de evitar que se celebraran acuerdos “secretos”, el Congreso aprobó la Case Zablocki Act (1 U. S. C. 112B) o Case Act de 1972, en la que se requiere al secretario de Estado que envíe al Congreso, dentro de los 60 días siguientes a su firma, cualquier acuerdo internacional, que sea distinto a un tratado.

Gráfica 3

Pasos para hacer un acuerdo ejecutivo (Estados Unidos)



Fuente: Congressional Research Service Library of Congress, *op. cit.*, p. 10.

Reflexión final

La mitad de mi vida profesional en la Cancillería mexicana, es decir, 15 años, la he pasado dedicado al tema de los tratados y acuerdos celebrados por México, y he tenido la gran suerte de contar con grandes mentores.

Cuando se expidió la Ley sobre la Celebración de Tratados en 1992, me desempeñaba como jefe del Departamento de Tratados Bilaterales de la SRE, por lo que tuve la oportunidad, aunque en pocas ocasiones, de participar en algunas de las negociaciones del TLCAN. También participé en la elaboración de la Ley, por lo que me permito afirmar que conozco perfectamente el contexto en que ésta fue aprobada y expedida por el Congreso de la Unión.

Coincido con los críticos de la Ley en el sentido de que se trata de un ordenamiento que ha sido rebasado en su aplicación por el devenir del tiempo, aunque también por la intensa actividad internacional que México ha estado desempeñando en el ámbito internacional, cambiando por completo las circunstancias con las cuales se expidió la actual Ley sobre la Celebración de Tratados.

Dado lo anterior, estimo que sería conveniente reflexionar sobre la conveniencia de volver a legislar sobre la materia, ya que el papel que México tiene como un actor global responsable lo amerita.

Una nueva Ley sobre la Celebración de Tratados debería ser la única ley que regulara toda la actividad sobre la materia; por lo tanto, no tendría por qué haber una ley específica sobre la celebración de tratados en materia económica. En el mismo sentido, debería regular claramente los tres tipos de instrumentos internacionales con los que en la práctica mexicana se cuenta: tratados, acuerdos ejecutivos y acuerdos interinstitucionales. El capítulo de tratados debería regular todo de una manera integral, es decir, contemplar el proceso de la negociación, de la firma, de su envío a consideración al Senado de la República, del proceso de aprobación por parte del órgano legislativo, de la vinculación y de la promulgación.