

# **“TRATADO” VERSUS “ACUERDO”: CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRES SUS ALCANCES Y SUS DIFERENCIAS EN EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CENTROAMÉRICA, REPÚBLICA DOMINICANA Y ESTADOS UNIDOS**

*Esteban Agüero Guier<sup>1</sup>  
Gustavo Guillén Picado<sup>2</sup>*

## **SUMARIO**

I. Consideraciones Preliminares II. “Tratado” versus “Acuerdo” y el derecho internacional III. “Tratado” versus “Acuerdo” y el derecho costarricense IV. “Tratado” versus “Acuerdo” y el texto del TLC V. “Tratado” versus “Acuerdo” y el derecho estadounidense A. Los “Tratados” en el derecho estadounidense B. Los “Acuerdos” en el derecho estadounidense C. “Tratado” versus “Acuerdo” y las teorías de la doctrina jurídica estadounidense VI. Conclusiones

## **I. Consideraciones preliminares**

Con la entrada en vigor de los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC), se incrementó sustancialmente la suscripción de tratados internacionales en materia de comercio exterior. En este escenario, los Estados Unidos constituye uno de los principales actores en esta materia.

De igual forma, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (conocido como NAFTA por sus siglas en inglés), del cual forman parte los Estados Unidos, México y Canadá desde mediados de los 90, sirvió de modelo para la proliferación de tratados de libre comercio bilaterales y regionales en todo el mundo. Además del NAFTA, los Estados Unidos tiene en vigor actualmente tratados de libre comercio con Jordania, Israel, Chile, Singapur, y Australia. Adicionalmente, se encuentra negociando o están por entrar en vigor los tratados de libre comercio con Panamá, los países Andinos, Marruecos, los países de la Unión Aduanera Surafricana, Bahrain, Centroamérica y República Dominicana y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Los acuerdos de la OMC, los tratados bilaterales o regionales de libre comercio que Estados Unidos ha suscrito o está negociando, así como la gran mayoría de los tratados internacionales que ha firmado, tienen la particularidad de que han sido o serán aprobados mediante un mecanismo de aprobación legislativa que los reconoce en ese país como “acuerdos” o “*agreements*” y no como “tratados” o “*treaties*”. Ello no ha incidido, ni incide en la entrada en vigor y el cumplimiento de las obligaciones de esos

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Costa Rica con estudios de postgrado en comercio exterior en la Universidad de Barcelona. Profesor de la Cátedra de Comercio Exterior en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asesor del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica.

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad de Costa Rica con diversos seminarios de especialización en temas de comercio exterior. Asesor del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica.

tratados internacionales, lo cual inclusive se ha materializado en diversos paneles arbitrales interpuestos contra los Estados Unidos.

A raíz de la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (en adelante denominado TLC), hay quienes han cuestionado el alcance jurídico que este tratado internacional tiene para los Estados Unidos frente a Costa Rica, argumentando que para ese país el TLC representa un “acuerdo” mientras que para Costa Rica representa un “tratado”, derivando de ello una serie de consecuencias, entre las que destaca que Estados Unidos no se obliga frente a Costa Rica, mientras que Costa Rica sí lo hace frente a Estados Unidos.

El presente artículo analiza los “tratados” versus los “acuerdos” desde la perspectiva del derecho internacional, el derecho costarricense, el texto del TLC y el derecho estadounidense. Lo anterior, con el objetivo de aclarar las inquietudes que se han originado respecto al alcance jurídico de las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco del TLC.

## II. “Tratado” versus “Acuerdo” y el derecho internacional

Desde la perspectiva del derecho internacional es importante enfocarse primero en como éste ha tratado las diferentes denominaciones que reciben los tratados internacionales. Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece en su artículo segundo: “se entiende por *“tratado” 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*”.<sup>3</sup> Es decir, la Convención de Viena<sup>4</sup> no establece diferencias en relación con la denominación de un tratado internacional, con lo que no habría diferencia entre un “tratado” o un “acuerdo”.

---

<sup>3</sup> Si bien la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 2.1 inciso a) no hace diferencia en el tratamiento de lo que se considera un tratado, es importante establecer que para efectos del presente artículo, se hará la siguiente diferenciación:

- a. tratado o *“treaty”*: un tratado de conformidad con la *“treaty clause”* del artículo 2 sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, que requiere para su aprobación el consejo y consentimiento del Senado por mayoría de dos tercios;
- b. acuerdo o *“agreement”*: un acuerdo ejecutivo del congreso o *“congressional executive” agreement*, que requiere para su aprobación la mayoría de ambas cámaras del Congreso de Estados Unidos;
- c. tratado internacional: cuando se utilice el término tratado internacional se hará referencia a los tratados internacionales de conformidad 2.1 inciso a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, cualquiera que sea su denominación (verbigracia: convención, tratado, acuerdo, convenio, etc.).

<sup>4</sup> Es importante aclarar que si bien los Estados Unidos no ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si es un país firmante de dicha Convención, y se le ha reconocido como Derecho consuetudinario internacional en el hecho de que sus tribunales constantemente la mencionan en sus fallos. Al respecto se puede ver “Vagts D. (1993). *Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading. European Journal of International Law*: <http://www.ejil.org/journal/Vol4/No4/art2.pdf>, p.p. 485.” En este mismo sentido, se puede consultar el *“Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States (1987), Introduction to Chapter III.”*

Por otro lado, es importante analizar de conformidad con el derecho internacional el nivel de compromiso que genera un tratado internacional entre dos Estados Parte. Al respecto, se ha reconocido que la entrada en vigor de un tratado internacional entre dos países implica que cada una de ellas queda vinculada frente a las otras de la misma forma y con igual fuerza. Esto se recoge en el principio del derecho internacional *pacta sunt servanda*, contemplado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>5</sup>, por el cual todo tratado internacional en vigor entre dos países debe ser cumplido por ambas de buena fe. De conformidad con el derecho internacional, un acuerdo internacional puede llegar a considerarse como un tratado y por lo tanto obligatorio para las partes contratantes si éste reúne los siguientes requisitos: 1) las partes consienten en obligarse legalmente y este acuerdo se encuentra sujeto al derecho internacional, 2) el acuerdo involucra aspectos significativos; 3) el acuerdo contiene y describe de forma detallada las obligaciones a las cuales se sujetan las partes, y 4) la forma indica la intención de suscribir un tratado, más la parte sustantiva del acuerdo prevalece sobre la forma.

De lo anterior se puede concluir que en el derecho internacional no se distingue los tratados internacionales por su denominación, con lo cual no se hace distinción si se llaman “tratados”, “acuerdos” u otros. Asimismo, el derecho internacional establece que todo tratado internacional debe ser cumplido por los Estados Parte de buena fe, por lo que si el tratado internacional cumple con los requisitos necesarios para ser obligatorio entre éstos, no podría hacerse ninguna diferencia en el nivel de compromiso de las obligaciones por cuestiones de forma.

### III. “Tratado” versus “Acuerdo” y el derecho costarricense

Desde la perspectiva del derecho costarricense,<sup>6</sup> la Constitución Política de Costa Rica hace referencia en su artículo 7 a los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, los cuales una vez aprobados por la Asamblea Legislativa tienen autoridad superior a las leyes.

Sobre el particular, la terminología empleada en el texto constitucional y la trayectoria costarricense en materia de suscripción de acuerdos internacionales evidencian un empleo indistinto de los términos (ya sea tratados, acuerdos, convenios u otros). En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su resolución No. 1027-90 de las diecisiete horas treinta minutos del veintinueve de agosto de mil novecientos noventa, señaló en lo que interesa:

---

<sup>5</sup> El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece: "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."

<sup>6</sup> La Constitución Política de Costa Rica determina en el artículo 140.10 que le corresponde al Poder Ejecutivo celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Legislativa, mientras que el artículo 121.4 establece que le corresponde a la Asamblea Legislativa el aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos. En este sentido, el artículo 119 establece que la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa se adopta por mayoría absoluta de votos presentes, excepto en aquellos casos en que la propia Constitución exija una votación mayor.

*“La Sala considera improcedente calificar un “empréstito” o “convenio similar” como “tratado”, “convenio”, “convención”, “pacto”, carta “protocolo” o cualquier otro de los términos que los textos, la práctica, la doctrina o la jurisprudencia de derecho internacional Público utilizan para designar en general, los negocios jurídicos tendientes a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas públicas que obliguen, limiten o condicionen el ejercicio del poder público en sí mismo, concluidos entre dos o más personas plenas de derecho internacional (es decir, Estados, organismos internacionales u otros entes tradicionalmente reconocidos por tales, como los insurgentes, o al menos en los Estados cristianos, la Iglesia Católica o la Orden de Malta). Así por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969- hoy aceptada mundialmente como codificación del derecho internacional general en la materia-, define el tratado; genéricamente; como “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 (art. 2.1 inc. a)...”.*

De lo anterior se evidencia que en Costa Rica ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional han establecido mayor diferencia en cuanto al tratamiento que reciben los tratados internacionales partiendo de su denominación, con lo que se ha mantenido coherencia con el tratamiento otorgado por el derecho internacional al tema.

#### **IV. “Tratado” versus “Acuerdo” y el texto del TLC**

Desde la perspectiva del propio texto del TLC, en primer lugar parece importante señalar que el artículo 22.9 del TLC establece que tanto el texto en inglés como el texto en español son igualmente auténticos. En este sentido, el hecho de que se usen denominaciones distintas en cada idioma, en español “tratado” y en inglés “*agreement*”, no hace ninguna diferencia.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones, el artículo 1.4 establece la obligación de todas las Partes de garantizar que las disposiciones del TLC se hagan efectivas en su territorio nacional incluso a nivel de gobiernos estatales.<sup>7</sup> Lo anterior significa que el mismo texto del TLC establece la obligación de las Partes de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del TLC en sus territorios, no solo a nivel de gobiernos centrales o federales, sino que también a nivel de gobiernos estatales. Con esto, las Partes se han comprometido a mantener un mismo nivel de compromiso en todos sus niveles de gobierno, con lo que se mantiene la coherencia con el principio del derecho internacional de *pacta sunt servanda*, expuesto supra.

---

<sup>7</sup> El artículo 1.4 del TLC establece:

*“Artículo 1.4: Alcance de las Obligaciones*

*Las Partes garantizarán la adopción de todas las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de este Tratado, incluida su observancia por parte de los gobiernos estatales, salvo que este Tratado disponga otra cosa.”*

Aunado a lo anterior, el TLC contempla en el capítulo 20 un mecanismo de solución de controversias entre Estados, que resguarda el cumplimiento de las obligaciones del Tratado. Este mecanismo tiene la característica de que es coercitivo para resguardar así el cumplimiento de las disposiciones del TLC. Básicamente el mecanismo dispone que en caso de que surjan controversias a la hora de interpretar o aplicar el tratado las partes puede acudir a este mecanismo para solucionar su controversia<sup>8</sup>. En última instancia, la controversia se somete a un grupo arbitral integrado por expertos neutrales que emiten un informe con base en las disposiciones del TLC. Si la parte condenada no adecua sus actuaciones al informe del grupo arbitral, entonces la Parte vencedora puede aplicar legalmente represalias unilaterales contra la Parte vencida, en la proporción autorizada. Este mecanismo en la práctica asegura el cumplimiento del Tratado en iguales términos para ambas Partes, independientemente de si existieran diferencias de trato en los derechos internos de las Partes.

## V. “Tratado” versus “Acuerdo” y el derecho estadounidense

En el derecho de los Estados Unidos se ha reconocido una distinción entre lo que se considera un “tratado” y un “acuerdo”, ya que dependiendo del método utilizado para someter un tratado internacional a aprobación legislativa se considerará si se está en presencia de uno u otro. En la práctica, los tratados internacionales que ha contraído los Estados Unidos se han materializado a través de la suscripción tanto de “tratados” como de “acuerdos”. Precisamente, un dato interesante lo constituye el hecho de que en la primera mitad del siglo XX se utilizara más aprobar los tratados internacionales mediante “tratados” mientras que en la segunda mitad de ese siglo se pasara a utilizar más la suscripción de tratados internacionales mediante “acuerdos”.<sup>9</sup>

La existencia de ambos instrumentos en el derecho de los Estados Unidos ha sido motivo de debate académico por parte de la doctrina jurídica de ese país, pero esta distinción ha resultado ser meramente formal, ya que en la práctica los tribunales, el Poder Ejecutivo y el mismo Congreso<sup>10</sup> han actuado de manera tal que la distinción se ha circunscrito en el procedimiento legislativo a utilizar para aprobar un tratado internacional, así como en la denominación a utilizar; pero no se ha reconocido ningún tipo de diferencia en cuanto a lo que es el nivel de compromiso de las obligaciones asumidas en uno u otro instrumento. De particular importancia resulta para este artículo el hecho de que todos los tratados de libre comercio que ha suscrito los Estados Unidos, ya sea a nivel multilateral, regional o bilateral, han sido aprobados como “acuerdos”.

A continuación se analiza con mayor detalle esta situación.

---

<sup>8</sup> Ver artículo 20.2 (Ámbito de Aplicación del Mecanismo de Solución de Controversias) del TLC.

<sup>9</sup> Los Estados Unidos en sus primeros años de historia implementó en forma exclusiva la adopción de tratados. Durante el período comprendido entre 1789 a 1839, el país firmó 60 tratados y sólo 27 acuerdos. La situación cambió en el período comprendido entre 1939 a 1989, en el cual se contabilizan 702 tratados y 11.698 acuerdos. Lo anterior, motivado principalmente en que el procedimiento de aprobación e incorporación al derecho interno del acuerdo resulta más expedito que el del tratado. Tomado de “Yoo, J. (2000). *Law as Treaties?: The Constitutionality of Congressional-Executive Agreements*. California. EE.UU.: University of California at Berkeley, p.p. 7”.

<sup>10</sup> De conformidad con el artículo 1 sección 1 de la Constitución de los Estados Unidos, el Congreso de este país está conformado por el Senado y la Cámara de Representantes.

## A. Los “Tratados” en el derecho estadounidense

En el caso particular del derecho interno de los Estados Unidos, la palabra tratado hace referencia a un acuerdo efectuado “por y con el consejo y el consentimiento del Senado” (“*by and with the Advice and Consent of the Senate*”). La Constitución estadounidense establece la potestad del gobierno federal de suscribir tratados en el Artículo II sección 2, bajo lo que se conoce como la “*treaty clause*”. Adicionalmente, la Constitución hace mención en otras tres ocasiones a los tratados, verbigracia, el Artículo VI sobre la supremacía de los tratados cuando exista inconsistencia con leyes estatales, el Artículo III sección 2 sobre la jurisdicción de los cortes federales que incluye a los tratados y el Artículo I sección 10 sobre la prohibición de los estados para suscribir tratados.<sup>11</sup>

Los tratados son equivalentes al rango que ostenta la legislación federal, formando parte de lo que la Constitución estadounidense denomina como “la ley suprema de la tierra”. En cuanto a la entrada en vigencia de los tratados se configuran dos posibilidades. En primer lugar, existen tratados auto-ejecutables o “*self-executing treaties*”, los cuales no requieren de legislación posterior para su implementación; ya que pasan a formar parte del derecho interno inmediatamente después de su entrada en vigencia. Otros tratados requieren la promulgación de legislación que los implemente, siendo esta legislación posterior la que incorpora el tratado y la que constituye la ley suprema de la tierra.<sup>12</sup>

La elaboración de los tratados conlleva la consecución de etapas en la que participan diversos actores de la política estadounidense. En términos generales, se incluye una etapa de negociación y conclusión; la consideración del Senado; la ratificación del Presidente; la implementación; y el rol del Congreso. Tal y como se explica a continuación:<sup>13</sup>

- *Negociación y conclusión*

Esta fase es considerada como una potestad exclusiva del Presidente, aunque pueden recibirse propuestas, recomendaciones y consultas de parte del Senado o el Congreso. Durante la negociación, los Estados Parte acuerdan el fondo, los términos, la redacción y la forma de cada una de las disposiciones del tratado. Finalmente, la firma del tratado constituye el cierre del proceso de negociación.

- *Consideración del Senado*

---

<sup>11</sup> Tomado de “Yoo, J. (2000). *Law as Treaties?: The Constitutionality of Congressional-Executive Agreements*. California. EE.UU.: University of California at Berkeley, p.p. 9”.

<sup>12</sup> Tomado de “Congressional Research Service Library of Congress. (2001). *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., EE.UU.: U.S. Government Printing Office, p.p. 4”.

<sup>13</sup> Tomado de “Congressional Research Service Library of Congress. (2001). *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., EE.UU.: U.S. Government Printing Office, p.p. 6-14”.

Una vez concluida la negociación, el Secretario de Estado remite al Presidente el tratado, quien a su vez lo presenta al Senado para su consideración. La remisión se conforma con el texto del tratado, la carta del Presidente en la que solicita el consejo y el consentimiento del Senado ("*letter of transmittal*") y la carta de remisión del Secretario de Estado en la que se contiene una descripción detallada y un análisis del tratado. Posteriormente se remite al Comité de Relaciones Exteriores del Senado ("*Senate Foreign Relations Committee*") quien deberá rendir un informe al Senado en el cual le recomienda el otorgamiento de su consejo y consentimiento a través de una propuesta de resolución de ratificación. Sobre el particular, cabe destacar que el proyecto de resolución incorpora todas aquellas reservas, entendimientos, condiciones y mociones presentadas por los senadores, los cuales se adoptan por mayoría simple. La aprobación de la resolución final se efectúa por votación de las dos terceras partes de los senadores. Los tratados no aprobados o no remitidos formalmente al Presidente se incorporan nuevamente en la agenda del Comité para su posterior consideración por parte del Senado, salvo que el Presidente solicite su devolución.

- *Ratificación del Presidente*

El Senado deberá remitir al Presidente el tratado una vez que haya otorgado su consejo y consentimiento. El Presidente ratifica el tratado mediante la firma de un instrumento de ratificación en el que se declara el consentimiento de los Estados Unidos de obligarse. Una vez entrado en vigor, el tratado es obligatorio entre los Estados contratantes de conformidad con el derecho internacional. Finalmente, una vez efectuado el intercambio y el depósito de los instrumentos de ratificación, el Presidente emite una proclamación en la que se indica que el tratado ha entrado en vigor.

- *Implementación*

Al Poder Ejecutivo le corresponde la responsabilidad de velar por la correcta aplicación del tratado, así como fiscalizar que las otras partes contratantes cumplan con las obligaciones del mismo. Sin embargo, el Senado y la Cámara de Representantes comparten en este sentido una labor con el Poder Ejecutivo, principalmente, en cuanto a la implementación de leyes que faciliten el cumplimiento de las disposiciones del tratado. En cuanto a interpretación del tratado, le corresponde al Poder Ejecutivo realizar esta labor, junto con los pronunciamientos que las cortes domésticas efectúen dado que el tratado constituye ley doméstica. Ahora bien, cuando surja una controversia entre los Estados contratantes por razones de interpretación del tratado, es el Poder Ejecutivo al que le corresponde dirimir el conflicto a través de conversaciones con su contraparte. Por lo general, son los mismos tratados los que incorporan un mecanismo de solución de diferencias y el procedimiento a seguir.

- *Rol del Congreso*

En términos generales, le corresponde al Congreso supervisar la negociación y la conclusión de los tratados que realice el Poder Ejecutivo, así como la forma en que éste último interprete y ejecute las disposiciones del mismo. Adicionalmente, el Congreso deberá emitir la ley de implementación correspondiente y deberá realizar las modificaciones necesarias de la legislación interna según lo determine el propio tratado.

## **B. Los "Acuerdos" en el derecho estadounidense**

A partir de la post guerra, los supremos poderes de los Estados Unidos han venido utilizando los “acuerdos” como uno de los instrumentos principales de la política exterior estadounidense. Prueba de ello es la suscripción de importantes tratados internacionales, tales como el establecimiento de un sistema financiero internacional con el Acuerdo de *Bretton Woods* (que instaura el Fondo Monetario internacional y el Banco Mundial), la creación del sistema multilateral de comercio a partir del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) y la Organización Mundial de Comercio (OMC) y diversos regímenes comerciales regionales a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés) y otros tratados más recientes suscritos con Chile, Singapur y Australia.

El derecho de Estados Unidos reconoce la existencia de diferentes tipos de “acuerdos” tales como los “*congressional-executive agreements* o *statutory agreements*”, los “*agreements pursuant to treaties*” y los “*presidential* o *sole executive agreements*”. A continuación, se señalan las diferencias esenciales que existen entre estos, pero se debe tener en mente que el tipo de “acuerdos” que se han utilizado para aprobar tratados internacionales como el TLC son los “*congressional-executive agreements* o *statutory agreements*.”<sup>14</sup> Los otros se explicarán brevemente para efectos didácticos únicamente.

- *Congressional-executive agreements* o *statutory agreements*

En la mayoría de los “acuerdos ejecutivos del Congreso”, el Congreso ha autorizado su negociación previamente tanto de forma explícita como implícita, de conformidad con lo que al respecto disponga la legislación. Algunas de las áreas en las cuales el Congreso ha autorizado este tipo de acuerdos incluye el comercio exterior, la asistencia militar externa, la cooperación en energía atómica, la asistencia económica externa, los derechos de pesca internacionales y la materia postal. En algunas ocasiones, el Congreso ha autorizado la conclusión de estos acuerdos pero exigiendo condiciones adicionales, tales como la necesidad de que el Poder Ejecutivo presente el acuerdo al Congreso para su aprobación o el transcurso de cierto período antes de que el acuerdo pueda surtir efecto. Adicionalmente, el Congreso ha aprobado mediante resoluciones conjuntas acuerdos internacionales en materias que frecuentemente se han circunscrito a la “*treaty clause*”, incluyendo entre otros, aspectos tales como la participación en organizaciones internacionales, medidas de control de armas y adquisición de territorio. La constitucionalidad de este tipo de acuerdo ha sido aceptada y el Congreso ha autorizado y aprobado estos acuerdos en forma reiterada. Dentro de esta categoría se enmarcan los tratados de libre comercio suscritos por los Estados Unidos.

En el área del comercio exterior, la negociación, entrada en vigencia e implementación de acuerdos comerciales implica una autoridad del Presidente según lo determina el artículo segundo de la Constitución estadounidense. Esta autoridad involucra la negociación de tratados internacionales y la conducción de la política exterior estadounidense. Adicionalmente, el Congreso juega un papel trascendental en esta

---

<sup>14</sup> Tomado de “Congressional Research Service Library of Congress. (2001). *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., EE.UU.: U.S. Government Printing Office, p.p. 5”.

materia, ya que en el artículo 1, sección 8, cláusulas 1 y 3 de la Constitución estadounidense se determina la potestad del Congreso de regular el comercio exterior. Por consiguiente, el Presidente no está facultado para imponer, reducir o afectar ningún cambio en materia de comercio exterior mediante un acuerdo ejecutivo, a menos que tal autoridad le haya sido delegada por el Congreso. En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia estadounidense en casos como *United States vrs. Curtiss-Wright Export Corp.*, *United States vrs. Yoshida Intl. Inc.*, *United States vrs. Guy W. Capps Inc.*, *Consumers Union of U.S. Inc. vrs. Kissinger* y *Made in the USA Foundation vrs. United States*.<sup>15</sup>

Sobre el particular, los acuerdos comerciales que ha suscrito los Estados Unidos han sido negociados por el Presidente y sometidos al Congreso para su aprobación de conformidad con las leyes denominadas “*Trade Promotion Authority*” de 2002, “*Omnibus Trade and Competitiveness Act*” de 1988 (OTCA) y la “*Trade Act*” de 1974.

En cuanto al procedimiento de adopción de los “acuerdos ejecutivos del Congreso”, el esquema resulta similar al caso de los tratados con una diferencia significativa: la aprobación del acuerdo se realiza por votación simple en ambas cámaras del Congreso, siguiendo el mismo procedimiento que se ejecuta para el caso de las leyes federales.

- *Agreements pursuant to treaties*

Estos acuerdos están expresamente autorizados dentro del texto de un tratado anterior, o por lo menos se pueden inferir de manera razonable de un tratado anterior. Pueden citarse como ejemplo, los acuerdos y entendimientos derivados del Tratado del Atlántico Norte.

- *Presidential o sole executive agreements*

Representan una facultad que la Constitución estadounidense otorga en forma exclusiva al Presidente. Por lo tanto, en este tipo de acuerdos, no hay participación del Congreso ni el Senado, ya que se fundamenta en la autoridad que ostenta el Presidente bajo los supuestos que determina al artículo segundo constitucional.

### **C. “Tratado” versus “Acuerdo” y las teorías de la doctrina jurídica estadounidense**

---

<sup>15</sup> En el caso *Made in the USA Foundation vrs. United States* (Julio, 1999) una Corte Federal determinó en una disputa relacionada con el NAFTA lo siguiente: *‘the President had the authority to negotiate and conclude NAFTA pursuant to his executive authority and pursuant to the authority granted to him by Congress in accordance with the terms of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 (...) and section 151 of the Trade Act of 1974 (...) and as further approved by the NAFTA Implementation Act.’* Desde el punto de vista de la corte, la cláusula de comercio exterior (“*foreign commerce clause*”) en combinación con la cláusula de necesidad y probidad (“*necessary and proper clause*”) y la facultad del Presidente de dirigir las relaciones exteriores de conformidad con el artículo segundo de la Constitución estadounidense, constituyen suficiente base constitucional para el acuerdo. Tomado de “Grimmett, J. (2004). *Why Certain Trade Agreements are Approved as Congressional-Executive Agreements Rather Than as Treaties*. Washington D.C., EE.UU.: Congressional Research Service Library of Congress, p.p. CRS-5”.

En vista de que los Estados Unidos ha venido utilizando tanto los “tratados” como los “acuerdos” para la suscripción de tratados internacionales, la doctrina jurídica estadounidense se divide principalmente en tres teorías que explican el empleo de uno u otro instrumento y que se mencionan a continuación.<sup>16</sup>

- *La suscripción de tratados internacionales únicamente se puede hacer a través de “tratados” (“treaty clause”)*

Los seguidores de esta teoría consideran que la Constitución de los Estados Unidos contempla una única forma para celebrar tratados internacionales, la cual está contemplada en el artículo 2 de la Constitución estadounidense bajo lo que se denomina como la “*treaty clause*”. Este método exige la “super mayoría” de dos terceras partes del Congreso para la aprobación de un tratado internacional. Sus seguidores consideran que la intención del constituyente era gravar la suscripción de tratados internacionales a través de una aprobación por mayoría calificada del Senado. Finalmente, quienes sostienen esta teoría hacen énfasis en que este es el único método de aprobación de tratados internacionales que contempla la Constitución estadounidense, y consideran que el uso de otro método sería contrario a ella. En la práctica, esta teoría no ha tenido acogida, ya que pese a que se ha planteado esta tesis a los tribunales estadounidenses en diversas ocasiones, los mismos han evitado de una u otra forma el tema, y más se ha reconocido la importancia del cumplimiento de los tratados internacionales.

- *La suscripción de tratados internacionales se puede hacer por medio de “tratados” o de “acuerdos”, ya que ambos métodos son intercambiables (“interchangeability”)*

Quienes promueven esta teoría consideran que los tratados internacionales pueden aprobarse tanto por medio de la “*treaty clause*” del artículo 2 de la Constitución como por medio del método para aprobar “acuerdos ejecutivos del Congreso”. Es decir, que un tratado internacional que es aprobado por mayoría de votos presentes en ambas cámaras del Congreso (tanto en el Senado como en la Casa de Representantes) y que posteriormente es ratificado por el Presidente, tiene el mismo valor jurídico que un tratado aprobado de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 2 de la Constitución.

La trayectoria del gobierno de los Estados Unidos demuestra que se han suscrito mayor número de tratados internacionales por medio de “acuerdos” que por medio de “tratados”. Los seguidores de esta teoría hacen énfasis en que en diversas ocasiones se ha querido cuestionar ante los tribunales estadounidenses el hecho de que tratados internacionales se hayan suscrito mediante el procedimiento para la aprobación de “acuerdos” en lugar del procedimiento para la aprobación de “tratados”, sin que los tribunales estadounidenses hayan cuestionado la validez o constitucionalidad de estos acuerdos internacionales.<sup>17</sup> En la práctica esta teoría ha prevalecido sobre las demás.

---

<sup>16</sup> Sobre el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de estas teorías se recomienda consultar “Yoo, J. (2000). *Law as Treaties?: The Constitutionality of Congressional-Executive Agreements*. California. EE.UU.: University of California at Berkeley”.

<sup>17</sup> La constitucionalidad de este tipo de acuerdos se ha analizado en casos como *Field vrs. Clark, B. Altman & Co. vrs. United States, Louis Wolf & Co. vrs. United States* y *Star-Kist Foods Inc. vrs. United States*. Tomado de: “Congressional Research Service Library of Congress. (2001). *Treaties and Other International*

Dentro de esta teoría, autores como McDougal y Lans sostienen: *“El resultado es que nuestro Derecho Constitucional actualmente permite la coexistencia de dos procedimientos completamente intercambiables entre sí, igualmente aplicables a las mismas materias y con las mismas efectos jurídicos a nivel doméstico e internacional, para celebrar acuerdos intergubernamentales.”*<sup>18</sup>

- *La suscripción de tratados internacionales se puede hacer indistintamente por medio de “tratados” o de “acuerdos” en aquellas materias que son competencia del Congreso por disposición expresa de la Constitución*

Hay autores que consideran que las teorías anteriores presentan inconvenientes. Por un lado, consideran que los seguidores de la teoría de la exclusividad de los tratados mantienen la coherencia del texto constitucional pero son estrictamente rigurosos y con esto rechazan la legitimidad de acuerdos de suma importancia que los Estados Unidos ha adoptado, tal es el caso del GATT, el NAFTA y el resto de los tratados de libre comercio que ha suscrito ese país, entre otros. Por otro lado, los seguidores de la teoría de la intercambiabilidad flexibilizan de cierta forma la disposición constitucional al cubrir un espectro mayor de la competencia del Congreso.

Por su parte, los seguidores de esta teoría sostienen que de conformidad con el artículo 1 sección 8 de la Constitución estadounidense, el uso de “acuerdos ejecutivos del Congreso” para la aprobación de tratados internacionales en aquellas materias que son competencia del Congreso no solo es posible, sino que es necesario. De esta manera, los “acuerdos ejecutivos del Congreso” en el área de asuntos económicos internacionales son permitidos, por el hecho de que el Congreso tiene plena autoridad en el área de comercio exterior por disposición expresa de la Constitución.

De esa manera, la teoría pretende mantener no sólo la coherencia constitucional y las atribuciones otorgadas al Congreso, sino que además respeta la práctica del gobierno estadounidense de utilizar el procedimiento de “acuerdos ejecutivos del Congreso” para aprobar tratados internacionales. Esta teoría ha sido poco difundida.

## **VI. Conclusiones**

De lo anterior, se puede arribar a las siguientes conclusiones a partir de distintas perspectivas:

- En el derecho internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados expresamente no reconoce diferencia alguna de que un tratado internacional sea denominado “tratado” o “acuerdo”. Adicionalmente, en un tratado internacional el nivel de obligación entre los Estados Parte es el mismo y debe ser cumplido por ellos de buena fe.

---

Agreements: The Role of the United States Senate. A study prepared for the Committee on Foreign Relations United States Senate. Washington D.C., EE.UU.: U.S. Government Printing Office, p.p. 78-86’.

<sup>18</sup> Traducción de los autores. Citados por Jackson, J.; Davey, W. y Sykes, A. (1995). *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations.* (tercera edición). St Paul, MN, EE.UU.: West Publishing Co.

- El derecho costarricense no reconoce diferencia alguna entre un “tratado” o un “acuerdo”, ya que el mismo texto constitucional establece diferentes denominaciones para un tratado internacional. Por su parte, la Sala Constitucional ha reconocido los principios de derecho internacional recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en los pronunciamientos relacionados en la materia.
- Con respecto al texto del TLC, en primer lugar, la diferencia en el lenguaje utilizado, “tratado” en español y “*agreement*” en inglés, queda mitigada por cuanto el TLC establece que ambos textos son igualmente auténticos. En segundo lugar, el TLC expresamente reconoce la obligación de garantizar el cumplimiento de las obligaciones en sus territorios, incluso a nivel de gobiernos estatales. En tercer lugar, la igualdad en el nivel de obligación de las disposiciones del TLC queda garantizada en el hecho de que el incumplimiento del mismo genera la posibilidad para los otros Estados Parte de acudir al mecanismo de solución de controversias, el que al final de cuentas viene a garantizar que las obligaciones del TLC se cumplan de conformidad con lo acordado.
- En el derecho estadounidense, se ha que la diferencia entre “tratados” y “acuerdos” radica en el mecanismo de aprobación legislativo que se utiliza para aprobar tratados internacionales, pero no en el nivel de compromiso que adquiere los Estados Unidos con respecto a las obligaciones asumidas en los mismos. A la fecha, los Estados Unidos ha suscrito más tratados internacionales mediante “acuerdos” que mediante “tratados”, y esto no ha representado problema alguno para ese país ni para los Estados Parte con los cuales ha suscrito acuerdos. Lo anterior, sumado al reconocimiento que han hecho los tribunales de ese país de ambos procedimientos para suscribir tratados internacionales, evidencia que en la práctica, en el sistema jurídico estadounidense ha prevalecido la teoría de la “interchangeability”, por medio de la cual la suscripción de tratados internacionales se puede hacer válida e indistintamente por medio de “tratados” o de “acuerdos”.
- El compromiso adquirido por los Estados Unidos al suscribir tratados internacionales no se ve afectado con el tratamiento que el derecho interno otorga a los “tratados” y a los “acuerdos”, que difieren en su procedimiento de aprobación e incorporación al derecho interno más no en el grado de obligatoriedad frente a los otros Estados Parte. En este sentido, el nivel de obligatoriedad que tiene los Estados Unidos para con los tratados internacionales que ha suscrito como “acuerdos” queda manifiesto por ejemplo cada vez que un grupo neutral lo ha “condenado” en el marco de la OMC. En algunas ocasiones, ese país se ha visto forzado a cambiar disposiciones legales internas para ajustarse a los informes de esos grupos neutrales. En otras ocasiones, cuando no ha cumplido las recomendaciones del grupo neutral, ha sido objeto de la aplicación de represalias comerciales por parte del país vencedor.
- Finalmente, es importante recalcar el hecho de que todos los tratados de libre comercio que ha suscrito los Estados Unidos, el NAFTA, los TLC con Jordania, Israel, Chile, Singapur y Australia, así como los TLC que está negociando actualmente, y aquellos otros que están pendientes de aprobación como el caso

del TLC con Centroamérica y República Dominicana que pronto será remitido al Congreso, además de los acuerdos de la OMC, han sido negociados como “acuerdos”. Lo anterior no ha impedido a aquellos que están vigentes su diaria aplicación y exigibilidad entre los Estados Parte. Por lo tanto, no hay elementos para cuestionar la validez y eficacia de los mismos en el Derecho estadounidense, ni para distinguir alguna diferencia entre el nivel de compromiso que asume los Estados Unidos en estos instrumentos frente al nivel de compromiso que asumen los otros Estados Parte.

## BIBLIOGRAFÍA

Constitución de los Estados Unidos de América.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Congressional Research Service Library of Congress. (2001). *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., EE.UU.: U.S. Government Printing Office.

Grimmett, J. (2004). *Why Certain Trade Agreements are Approved as Congressional-Executive Agreements Rather Than as Treaties*. Washington D.C., EE.UU.: Congressional Research Service Library of Congress.

Jackson, J.; Davey, W. y Sykes, A. (1995). *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations*. (tercera edición). St Paul, MN, EE.UU.: West Publishing Co.

Kirgis, F. (1997). *International Agreements and U.S. Law*. The American Society of International Law: <http://www.asil.org/insights/insigh10.htm>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 1027-90 de las diecisiete horas treinta minutos del veintinueve de agosto de mil novecientos noventa.

Yoo, J. (2000). *Law as Treaties?: The Constitutionality of Congressional-Executive Agreements*. California. EE.UU.: University of California at Berkeley.

Vagts D. (1993). *Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading*. European Journal of International Law: <http://www.ejil.org/journal/Vol4/No4/art2.pdf>