

¿PUEDE TRUMP TERMINAR EL TLCAN SIN LA APROBACION DEL CONGRESO?

Juan Manuel Saldaña Pérez ·

La práctica norteamericana sobre los tratados internacionales es inusual en diversas maneras y única en algunos otros aspectos, incluso la terminología tiene distinto significado en Estados Unidos al resto del mundo. Conforme al derecho norteamericano, Estados Unidos se puede comprometer internacionalmente mediante dos instrumentos: *Treaties* y *Agreements*.

El Artículo II, sección 2, cláusula 2 de la Constitución de Estados Unidos, contiene la llamada "*Treaty Clause*", al señalar que el Presidente puede firmar tratados con la aprobación de dos terceras partes del Senado, en los siguientes términos:

(The president)

He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors,...

(El presidente)

Tendrá facultad, con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal de que den su aprobación dos tercios de los senadores presentes, y propondrá y nombrará, con el consejo y consentimiento del Senado, a los embajadores,

...

Ha sido una vieja práctica en Estados Unidos que el senado rechace o no apruebe los *Treaties* firmados por el Ejecutivo, tal es el caso de la "Carta de la Habana" que crea la Organización Internacional del Comercio, entre otros muchos; motivo por el cual con base en una forzada y cuestionada interpretación del Artículo I, Sección 10 de la propia Constitución, en donde se establece una prohibición para que los estados puedan participar en cualquier *Agreement or Compact* (acuerdo o pacto) con potencias extranjeras, sin la aprobación del Congreso, se ha creado la figura de los *Agreements* (Acuerdos) distintos a *Treaties*, a través de los cuales el estado norteamericano puede asumir compromisos internacionales.

· Doctor en Derecho, Profesor de Régimen Jurídico del Comercio Exterior de la Facultad de Derecho y Miembro del SNI de Conacyt, "Nivel 1".

No State shall, without the Consent of Congress, enter into any **Agreement or Compact** with another State, or with a foreign Power, or engage in War, unless actually invaded, or in such imminent Danger as will not admit of delay. (énfasis añadido)

Sin el consentimiento del Congreso ningún estado podrá establecer derechos de tonelaje... celebrar **Acuerdo o Pacto** alguno con otro Estado o con una potencia extranjera... (énfasis añadido)

En efecto, el texto constitucional establece que sin la aprobación del Congreso los estados no pueden celebrar *Agreements*. A contrario sensu, se ha interpretado el texto constitucional en el sentido de que con la aprobación del Congreso los estados y la federación sí pueden celebrar los denominados *Agreements* con potencias extranjeras.

Entre los diferentes tipos de *Agreements* que existen en el sistema jurídico norteamericano, destacan los *Congressional Executive Agreements*. (Acuerdos Ejecutivos Congresionales (CEA) o Acuerdos Legislativos). El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la mayoría de los compromisos internacionales suscritos por Estados Unidos han adoptado la forma de *Congressional Executive Agreements*, los cuales son aprobados en su conjunto por el Congreso mediante el procedimiento acelerado *fast track* e incorporados al derecho interno norteamericano mediante una ley nacional (*implementation Act*). En otras palabras, el Congreso aprueba o desaprueba en bloque, ya que no puede hacer ninguna modificación. Por lo anterior, en el caso del TLCAN no se requirió la aprobación senatorial.

Por otra parte, por regla general la forma o procedimiento para la terminación o retiro de un tratado es conforme a lo previsto en el propio tratado.¹ Al respecto, el Artículo 1120 del TLCAN establece con claridad el momento en que se puede denunciar o dar por terminado el tratado:

Una Parte podrá denunciar este Tratado seis meses después de notificar por escrito a las otras Partes su intención de hacerlo...

Sin embargo en el TLCAN no se indica cual es la autoridad de Estados Unidos que tiene la facultad para denunciarlo ni que requisitos legales se

¹ La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar:

a) conforme a las disposiciones del tratado; o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes. Artículo 54 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969.

tienen que cumplir para que dicha denuncia o terminación tenga validez y se haga efectiva en el territorio norteamericano.²

En este sentido surge las siguientes preguntas: ¿Para que el presidente de los Estados Unidos denuncie o termine el TLCAN (CEA) se requiere la aprobación del Congreso? y ¿La facultad de denunciar o terminar el TLCAN es exclusiva del presidente estadounidense?

El derecho norteamericano es obscuro al respecto. En diversas ocasiones el Senado ha cuestionado ante la Corte la facultad del Ejecutivo para denunciar unilateralmente un *treaty* sin la autorización del Congreso, y la Corte ha decidido no aceptar la demanda por considerar que la problemática planteada es de carácter político y no jurídico. En el caso Goldwater se planteó lo siguiente:

Esta sección Sugiere que la forma más eficaz de terminar los tratados es una Resolución Conjunta del Congreso (aprobada por mayoría de votos), junto con una firma presidencial. Algunos sostienen que el Artículo II, Sección 2, de la Constitución de los Estados Unidos debe ser ampliado para incluir tanto la ratificación como la terminación del tratado. Después de todo si el Presidente no puede celebrar un tratado sin el consentimiento de dos tercios del Senado, entonces ¿por qué no se requiere este proceso para que el Presidente puede retirarse de un tratado?³

De igual manera, la Corte tampoco se ha pronunciado sobre la facultad del presidente para dar por terminado un *Congressional Executive Agreement*, sin la autorización del Congreso.

El importante destacar que el sistema jurídico norteamericano ha adoptado un método indirecto de incorporación de la norma de derecho internacional a su derecho interno, por lo que una vez que el Ejecutivo firma el texto del instrumento internacional, es necesario que el Congreso expida una *implementation act* (ley nacional), y lo que obliga a Estados Unidos es su ley nacional y no el texto del tratado (TLCAN u OMC) firmado con México.

También es conveniente señalar que en ocasiones el texto del tratado firmado por el Ejecutivo con otro país tiene pequeñas pero significativas diferencias con el texto de la *Implementation Act*. Estas diferencias en textos han provocado largas e importantes controversias internacionales, tanto con

³ Caso Goldwater v. Carter 444 U.S. (1979), 617 F.2d 697 en 704. Ver: Caso: Beacon Products Corp. v. Reagan 1986, Caso: Kucinich v. Bush 2002 y Eichensehr, Kristen E. Treaty Termination Separation of Power, en: Virginia Journal of International Law, Volume 53- Number 2 – pag. 247.

México como con muchos otros países, las que se han prolongado por más de dos décadas, tanto a nivel multilateral ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC como en el ámbito bilateral ante los Paneles del Capítulo XIX del propio TLCAN.⁴

Lo anterior se debe a que una vez que el presidente norteamericano firma un tratado internacional, antes de someterlo a la aprobación del Congreso bajo la modalidad de *Congressional Executive Agreement (CEA)* vía *Fast Track*, las Comisiones de Comercio del propio Congreso modifican el texto, a efecto de adecuarlo a su legislación nacional, ya que el Ejecutivo no quiere correr el riesgo de que el Congreso se lo rechace, ya que formalmente no puede hacerle ninguna modificación.

Por lo anterior, el Congreso norteamericano al aprobar el TLCAN emitió una ley interna o nacional denominada *North American Free Trade Agreement implementation Act (S.C. 1993, c. 44)*. El texto de esta ley nacional es la que obliga a Estados Unidos y no el texto del tratado o acuerdo firmado con México, por lo que la denuncia o terminación unilateral del TLCAN por parte del presidente estadounidense no tendría validez en el territorio norteamericano, puesto que no es suficiente la denuncia del tratado comercial por el presidente para impedir que en la práctica continúe operando, ya que se requiere abrogar la ley nacional (*Implementation Act*) y solo el Congreso norteamericano puede hacerlo, el presidente Trump no puede abrogar una ley.

La problemática planteada también se puede analizar de la siguiente manera: Como ya se mencionó, conforme al derecho norteamericano el texto del TLCAN firmado por los presidentes de México y de Estados Unidos no tiene ninguna validez en este último país, ya que lo que vale para Estados Unidos es el texto de la *North American Free Trade Agreement implementation Act (S.C. 1993, c. 44)*, ley nacional que expidió el Congreso para aprobar e incorporar el *Agreement (TLCAN)* a su derecho interno. En consecuencia el presidente de los Estados Unidos Donald Trump no puede abrogar una ley nacional (estadounidense) que contiene el TLCAN, ya que es facultad del Congreso.

⁴ Por ejemplo, Estados Unidos utiliza la metodología de *zeroing* prevista en su ley nacional, para imponer cuotas compensatorias a la importación de mercancías extranjeras, lo que ha provocado importantes conflictos, ya que el uso de *zeroing* viola el Acuerdo Antidumping de la OMC: Ver; CHEVRON, U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc. 467. U.S. 837 (1984); *CORUS Staal BV v. Dept of Commerce*, 395 F. 3d 1343, 2005; *JTEKT Corp. v. United States*, 642, F.3d 1378, June 29, 2011; *GOLDWATER v. Carter*, 444 U.S. 996 (Supreme Court of the United States December 13, 1979); *KURNICH v. Bush 2002 (United States District Court, District of Columbia December 30, 2002)*; *Panel Binacional USA-MEX-2007-1904-01 (Capas y flejes de acero)*; *SKF v. United States*. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT. 630 F.3d 1365; 2011 US. App. LEXIS 324; 32 Int'l Trade Rep. 8BNA) 1769; *US – Anti-Dumping Administrative Reviews and Other Measures Related to Imports of Certain Orange Juice from Brazil*. WT/DS429/AB/R; *US-Srimp (Viet Nam)*. WT/DS429/AB/R, abril 7, 2015.

La *North American Free Trade Agreement implementation Act* (S.C. 1993, c. 44), no comprende un apartado relativo a su abrogación o derogación, por lo que seguramente se tendría que seguir el procedimiento legislativo normal.

En todo caso, después de que el Trump firme la salida de Estados Unidos del TLCAN, para que ésta surta efecto el Congreso debe abrogar no solo la *North American Free Trade Agreement implementation Act* (S.C. 1993, c. 44) sino también modificar muchas otras leyes norteamericanas que fueron reformadas con motivo de la firma de este tratado comercial, lo que en opinión de algunos especialistas podría demorar tres años o más.

No obstante, la simple noticia de que Trump ha firmado la orden Ejecutiva para dar por terminado el tratado tendría consecuencias económicas negativas graves para ambos países, un juego perverso en el que todos pierden y que los norteamericanos han bautizado como “MAD” (*mutually assured destruction* - destrucción mutua asegurada).

En este contexto la “América rural” determinante para el triunfo de Trump sería una de las grandes afectadas. Hace 23 años, al inicio del TLCAN, las exportaciones de productos agrícolas estadounidenses a México eran de apenas 4 mil millones de dólares anuales, las cuales actualmente superan los 18 mil quinientos millones al año. En conjunto México y Canadá representan un mercado de 40 mil millones de dólares para productos agrícolas estadounidenses como maíz, soya, carne cerdo, pollo y leche. En estos momentos las compras de granos de México a Estados Unidos han decrecido significativamente, al tiempo que se han incrementado con Brasil y Argentina, lo que ha representado una merma económica para norteamericanos.

México bien podría aprovechar el tiempo que se tardaría el Congreso en abrogar la *North American Free Trade Agreement implementation Act* (S.C. 1993, c. 44) y muchas otras leyes, para continuar con la diversificación de mercados que el actual gobierno ha promovido ante la posible cancelación del TLCAN.

La semana pasada el Ministro de Comercio, Turismo e Inversión de Australia visitó México, lo cual fue aprovechado por SAGARPA para negociar con Australia la compra de granos, principalmente trigo y maíz.

No obstante, es importante considerar que la *North American Free Trade Agreement Implementation Act* (S.C. 1993, c. 44) no contiene todos los

compromisos alcanzado por las partes del TLCAN, en particular los previstos en la Sección A del Capítulo XI sobre Inversión, hecho que favorece el camino para que el presidente cancele el TLCAN respecto a la materia de Inversión, sin la intervención del Congreso, lo que confirma lo inusual de la práctica norteamericana sobre la materia.

En conclusión, el que el TLCAN no sea en Estados Unidos un tratado aprobado por el senado sino un *Congressional Executive Agreement* aprobado por el Congreso (con el carácter de ley) debilita la postura del presidente Trump de denunciarlo unilateralmente, situación que debe ser aprovechada por México en búsqueda de nuevos mercados.