

*Juan Manuel Saldaña Pérez **

Implementación del TLCAN. Alternativa a su renegociación

SUMARIO: I. Introducción. II. "Arbitraje legislativo". Conformidad de las leyes de Estados Unidos con la OMC. III. Sustanciación simultánea de procesos arbitrales y judiciales. IV. Jerarquía normativa. Tratados y Agreements. V. Recepción o incorporación de la norma internacional en el derecho interno. VI. Naturaleza jurídica protocolos de adhesión. VII. Constitucionalidad de los procedimientos arbitrales del TLCAN y la OMC. VIII. Reformas legales. IX. Conclusión. X. Bibliografía

I. Introducción

Desde hace varios años, empresarios, agricultores, académicos, legisladores y demás interesados en las relaciones comerciales y la situación económica de México, reiteradamente han manifestado la necesidad de renegociar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); por considerar que existe una gran desventaja para México, respecto a Canadá y principalmente frente a los Estados Unidos, en cuanto a los beneficios económicos obtenidos.

Hasta la fecha se han realizado innumerables estudios sobre el impacto económico y comercial del TLCAN en los diversos sectores, con muy diferentes resultados, tanto a favor como en contra del mismo, sin embargo, son muy pocos los trabajos que señalan con precisión los problemas legales que se han detectado en los 15 años de aplicación de dicho tratado, tanto en México como en los Estados Unidos y Canadá, y que impiden a México alcanzar un mayor aprovechamiento de los beneficios establecidos en el tratado.

No obstante, considero que previa e independientemente del planteamiento para una renegociación del mencionado tratado, es necesario conocer a fondo dicho instrumento, a efecto de implementarlo de la manera que más convenga a

* Director del Seminario de Estudios sobre el Comercio Exterior y Coordinador de los Concur-
sos Internacionales de la Facultad de Derecho de la UNAM.

los mexicanos. No obstante que han transcurrido 15 años de su vigencia, es una realidad que persiste un gran desconocimiento del mismo en todos los ámbitos tanto gubernamental, empresarial y académico.

A nivel gobierno, no se cuenta con un grupo de profesionales expertos en la materia, la mayoría de los funcionarios públicos que intervinieron en la negociación del tratado y en los posteriores años de su implementación, actualmente laboran en el sector privado o se dedican a otras actividades, por lo que se continúan contratando los servicios profesionales de despachos extranjeros que prestan asesoría legal y económica para la solución de los conflictos derivados de las relaciones comerciales y la implementación del tratado, por lo que en ocasiones, los funcionarios mexicanos no adquieren la experiencia y conocimientos necesarios para formarse como expertos, pues en muchas ocasiones simplemente aplican y ejecutan las decisiones tomadas en el extranjero. Esta situación es un obstáculo al desarrollo profesional y a la especialización de muchos funcionarios públicos mexicanos que no llegan a conocer con profundidad los problemas ni las alternativas de solución a los mismos, hecho que limita la formación de verdaderos expertos; que a su vez formen nuevas generaciones de profesionales capacitados, para así eliminar o al menos disminuir la dependencia profesional de consultores extranjeros que nos permita alcanzar un mayor aprovechamiento de los tratados comerciales.

Aunado a lo anterior, hasta la fecha el servicio profesional de carrera y las certificaciones de calidad no han demostrado su utilidad para la formación de funcionarios expertos en la materia comercial internacional, pues es un secreto a voces que persisten los antiguos vicios en la contratación, permanencia y ascenso de personal, fallas que quizás se han enraizado con la apariencia de “transparencia y legalidad”, lo cual desmotiva a las nuevas generaciones de conocedores.

Por otro lado, gran parte de las universidades del país no han incorporado en sus planes y programas de estudio a nivel licenciatura las materias de comercio internacional, en general, y menos relativas al TLCAN. En algunos casos en que ya ha sido establecida la materia, ésta no tiene el carácter de obligatoria, pues es optativa o de especialización. Además, en muy pocos centros de educación superior se imparten diplomados, especialidades, maestrías y en general cursos de posgrado sobre comercio internacional.

En el sector empresarial también hay una carencia de expertos, ya que en gran medida su fuente de recursos humanos especializados en materia comercial es el sector público y las universidades, que a su vez tienen grandes deficiencias estructurales en la formación de profesionales con un sólido conocimiento y con compromiso en los intereses nacionales.

La experiencia personal como funcionario público, abogado postulante y académico en el comercio exterior, me ha permitido detectar algunos problemas

IMPLEMENTACIÓN DEL TLCAN. ALTERNATIVA A SU RENEGOCIACIÓN

legales que desde mi particular punto de vista son un obstáculo para que México aproveche al máximo los beneficios de los tratados comerciales, y particularmente del TLCAN, en perjuicio de todos los mexicanos, así como vislumbrar las medidas o acciones que unilateralmente puede adoptar nuestro país para eliminar o aminorar las desventajas, y así obtener mayores beneficios de los tratados, sin depender para ello del consentimiento de los Estados Unidos y Canadá, como sucedería en el caso de una renegociación del TLCAN.

Con la opinión de los expertos en la materia, resultado de sus conocimientos y experiencia, el gobierno mexicano podría adoptar diversas medidas y acciones para una mejor implementación del TLCAN. Considero que la simple propuesta de renegociación del tratado por parte de México, coloca a nuestro país en desventaja respecto a los Estados Unidos y Canadá, ya que, en su caso, el consentimiento de nuestros socios comerciales para una renegociación no será gratuito. Antes de plantear una larga, complicada y costosa renegociación, México puede de inmediato y sin el consentimiento de sus socios comerciales adoptar unilateralmente diversas acciones o medidas. A continuación se identifican algunos problemas muy concretos y se formulan propuestas de solución puntuales y de inmediata aplicación, que permitirán obtener mayores ventajas del TLCAN para todos los mexicanos, sin tener que renegociar dicho tratado.

II. “Arbitraje legislativo”. Conformidad de las leyes de Estados Unidos con la OMC

Continuamente se escuchan argumentos en los sectores, público, empresarial y académico, en el sentido de que los Estados Unidos escudándose en su legislación nacional, reiteradamente incumplen los compromisos pactados en los tratados comerciales, incluyendo el TLCAN y la organización Mundial del Comercio (OMC).

Por ello, el gobierno mexicano debe formar expertos conocedores no solo de la legislación comercial de México y los tratados internacionales, sino también de las leyes internas de Canadá, y principalmente de los Estados Unidos para revisar su conformidad con las disposiciones de la OMC y, en su caso solicitar su revisión ante el Órgano de Solución de Diferencias, a efecto de que dicho país realice las modificaciones legislativas necesarias para su debido cumplimiento.

En múltiples ocasiones el gobierno estadounidense ha impugnado vía arbitraje la legislación mexicana por considerar que contraviene los denominados Acuerdos Abarcados de la OMC. A manera de ejemplo, previa la realización de

consultas con el gobierno de mexicano, en el año 2004, los Estados Unidos solicitaron ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, la integración de un Grupo Especial con el objeto de revisar si diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior (LCE) y del Código Federal de Procedimientos Civiles de México estaban de conformidad con la OMC, en particular con el Acuerdo *Anti-dumping* y el Acuerdo sobre Subvenciones.

El Grupo Especial resolvió que las reformas a la LCE del 2003, son incompatibles con las disposiciones de la OMC, por lo que el gobierno mexicano se inconformó con dicha resolución ante el Órgano de Apelación, el cual emitió su Informe en noviembre del 2005, confirmando la decisión del Grupo Especial¹ y pidiendo a México que adecuara las disposiciones de la LCE de conformidad con el Acuerdo *Antidumping* y el Acuerdo sobre Subvenciones. Por su parte, México efectuó las reformas legislativas necesarias para dar cumplimiento a la resolución arbitral de la OMC.²

Cabe destacar que las referidas consultas se extendieron por varias horas, en las cuales funcionarios estadounidenses agotaron una larga lista de preguntas y cuestionamientos a sus homólogos mexicanos respecto a la conformidad de diversas disposiciones de la LCE con la OMC. Por no ser el objeto del presente trabajo, no podemos entrar a detalle, pero resulta paradójico señalar que si esa larga lista de preguntas y cuestionamientos se formulará a funcionarios norteamericanos, difícilmente podrían demostrar la conformidad de su legislación con las disposiciones de la OMC, por lo que, considero que México debería planear cuidadosamente una estrategia para estudiar y conocer la legislación estadounidense en materia comercial, y en su caso, presentar ante el Órgano de Solución de Diferencias una solicitud de revisión de su conformidad con las disposiciones de la OMC.

Como ya se apuntó, actualmente el gobierno mexicano no cuenta con un grupo de expertos "mexicanos" en legislación comercial norteamericana, que este en la posibilidad de analizar a profundidad y analizar con detalle la conformidad de las leyes estadounidenses con las disposiciones de la OMC, para en su caso, solicitar al Órgano de Solución de Diferencias que ordene a los Estados Unidos adecuar sus leyes a lo establecido en la OMC.

Lo anterior, además de aminorar en alguna medida la desventaja existente en las relaciones comerciales entre ambos países por el incumplimiento de los

¹ Informe del Órgano de Apelación de la OMC. México-medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz WT/DS295/AB/R. 29 de noviembre de 2005.

² Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF del 21 de diciembre del 2006.

IMPLEMENTACIÓN DEL TLCAN. ALTERNATIVA A SU RENEGOCIACIÓN

Estados Unidos con las disposiciones de la OMC, permitiría la formación de expertos en la legislación norteamericana que redundaría en una mejor defensa de los intereses nacionales y en la reducción de controversias futuras, o al menos con mayor posibilidad de defensa y éxito.

III. Sustanciación simultánea de procesos arbitrales y judiciales

Las resoluciones definitivas de México sobre prácticas desleales en contra de mercancías de los Estados Unidos o Canadá, pueden impugnarse simultánea o sucesivamente en tres vías; una interna o jurisdiccional (Recurso de Revocación, Juicio Contencioso Administrativo Federal y Juicio de Amparo) y dos vías externas o arbitrales, una ante el Panel del Capítulo XIX del TLCAN (Panel Binacional) y otra en el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (Panel de la OMC), situación que provoca gran inseguridad jurídica.

Conforme a lo establecido en los artículos 1904.1 del TLCAN, “las Partes” (Estados Unidos, Canadá y México) se comprometieron a reemplazar la revisión judicial interna de sus resoluciones definitivas de *dumping* o de subvenciones por la revisión del Panel Binacional. Al respecto, el artículo 97 de la LCE establece que cualquier “parte interesada”³ (importador, exportador o productor) puede optar por impugnar las resoluciones “definitivas”⁴ en materia de prácticas desleales de comercio internacional, de manera excluyente por la vía externa o de Panel Binacional o por la interna o judicial. Adicionalmen-

³ El artículo 1904.7 del TLCAN, en relación con el 51 de la LCE, señala que son partes interesadas la autoridad que emitió el acto y las personas legitimadas para comparecer en un procedimiento de revisión judicial (productores solicitantes, importadores y exportadores). Conforme a lo previsto en el TLCAN, la solicitud de Panel Binacional debe presentarse por una Parte (gobierno), ya sea a iniciativa propia o a petición de cualquier persona legitimada para impugnar la resolución vía interna. No obstante, las Reglas de procedimiento establecen que cualquier parte interesada puede directamente solicitar el establecimiento del Panel. Artículo 1904.5 del TLCAN y Regla 3 de las Reglas de Procedimiento.

⁴ Conforme a lo previsto en los artículos 97 y 94 fracciones IV, V, VI y VIII de la LCE, y en el Anexo 1911 del TLCAN, en el caso de México, se considera resolución definitiva: a) la resolución preliminar que concluye la investigación por *dumping* o subvenciones (57 fracción III de la LCE); b) resolución final que declare concluida la investigación por *dumping* o subvenciones sin imponer cuota compensatoria (59 fracción III de la LCE); c) resolución final de procedimiento de revisión anual de cuota compensatoria definitiva por *dumping* o subvenciones (68 de la LCE); y d) resolución final de procedimiento de cobertura de producto (89 D de la LCE).

te, las Partes acordaron que de optarse por la vía de Panel Binacional, las resoluciones definitivas no podrán ser objeto de impugnación ante sus tribunales nacionales.⁵

El plazo de 45 días para interponer el recurso de revocación empieza a contar hasta que han transcurrido los 30 días previstos en el TLCAN para solicitar por escrito la integración de un Panel Binacional ante la Sección Mexicana del Secretariado.

Aún cuando los gobiernos de los tres países se comprometieron a reemplazar la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre *dumping* y subvenciones por la de un Panel Binacional, en la práctica de México es posible que unas partes interesadas (unos productores nacionales, importadores o exportadores) soliciten la instalación de un Panel Binacional y otras partes interesadas (otros productores nacionales, importadores o exportadores) impugnen la misma resolución por vía interna o judicial.

En México la selección de un Panel Binacional como medio alternativo de solución de diferencias erróneamente se ha considerado como un derecho individual o "no acumulativo", por lo que, cuando una(s) parte(s) interesada(s) (productor nacional, importador o exportador) opta(n) por la vía de Panel Binacional no se obliga a la(s) otra(s) parte(s) interesada(s) a seguir esa vía para la solución de la controversia, ni siquiera cuando tengan el mismo interés jurídico, como en el caso de importadores y exportadores, o importadores o exportadores entre sí.

Esta situación contraviene los principios de celeridad y seguridad jurídica que deben regir en cualquier proceso arbitral, pues las resoluciones emitidas por un Juez nacional y por un Panel Binacional, pueden resultar contradictorias o no coincidentes, lo que implica una gran desventaja para la autoridad investigadora mexicana que tiene que defender su resolución ante dos vías (interna o judicial y externa de Panel Binacional o arbitral).

Por ejemplo, en el caso de carne de bovino originaria de los Estados Unidos, unas partes interesadas (importadores y exportadores) impugnaron la resolución final de la Secretaría de Economía que impuso cuotas compensatorias definitivas, ante un Panel Binacional, al tiempo que otras partes interesadas (importadores y exportadores) atacaron esa misma resolución final a través de la vía interna, mediante más de cincuenta amparos. En este asunto, el gobierno de los Estados Unidos podría impugnar la medida en cualquier momento durante su vigencia, en su caso, activándose dos vías externas o

⁵ Artículos 1904.11 del TLCAN y 97 fracción I de la LCE.

IMPLEMENTACIÓN DEL TLCAN. ALTERNATIVA A SU RENEGOCIACIÓN

arbitrales y tantas vías internas como importadores y exportadores o productores nacionales impugnen la medida.

Antes del caso de ganado bovino, la Secretaría de Economía rechazaba un recurso de revocación cuando una de las partes interesadas (importador, exportador o productor) había solicitado la revisión de Resolución definitiva por la vía arbitral de Panel Binacional, con base en el artículo 97 fracción I de la LCE, sin que se hubiesen presentado inconformidades al respecto. Sin embargo, en este caso de bovino, inexplicablemente la autoridad investigadora cambió el criterio en su propio perjuicio y el de los productores nacionales, abriendo la posibilidad de que una misma Resolución definitiva pueda ser impugnada por dos vías, externa o arbitral de Panel Binacional e interna o judicial. Este criterio de selección "individual" de vía de impugnación de una Resolución definitiva, implicaría que cuando la solicitud de inicio de investigación por *dumping* o subvenciones es presentada por dos o más productores nacionales, en forma individual o separada, cada uno de estos productores pueda impugnar la resolución definitiva por vía diferente, la interna o judicial y la externa o arbitral de Panel Binacional, cuando consideren que la resolución definitiva es violatoria de sus derechos.

Lo anterior se complica aún más en perjuicio de la autoridad investigadora mexicana y de los productores nacionales solicitantes, principalmente, si consideramos que adicionalmente los gobiernos de los Estados Unidos y Canadá, pueden impugnar las resoluciones definitivas de *dumping* y de subvenciones emitidas por la Secretaría de Economía, mediante otra vía arbitral ante el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (Panel de la OMC), a efecto de que se integre un Grupo Especial que resuelva el conflicto planteado. La Resolución definitiva sobre importaciones de fructosa originarias de los Estados Unidos, se impugno por dos vías arbitrales al mismo tiempo: los exportadores acudieron a la vía de Panel Binacional y el gobierno de los Estados Unidos la impugnó por la vía de Panel de la OMC.

Aún cuando en el Panel Binacional las partes en conflicto son por un lado el gobierno de México y por el otro importadores, exportadores y productores nacionales, en su caso, y en el Panel de la OMC las partes en controversia son dos gobiernos, el de México y de otro país miembro de la OMC y del TLCAN (Estados Unidos o Canadá). Al efecto estimo que esta diferencia no elimina ni aminora los problemas legales derivados de sustanciar paralelamente dos procesos arbitrales y tantos procesos judiciales como importadores, exportadores o productores nacionales impugnen la Resolución definitiva por la vía interna: recurso de revocación, juicio de nulidad y amparo, por lo siguiente:

- En los procesos arbitral y judicial se combate la misma resolución definitiva, de tal manera que puede coincidir la *littis*.⁶
- En los procesos arbitrales (Panel Binacional y Panel de la OMC) y judiciales que se presenten, se revisa que la resolución definitiva emitida por la Secretaría de Economía esté de conformidad con los tratados internacionales sobre la materia (el Acuerdo *Antidumping* y el Acuerdo sobre Subvenciones, en su caso).
- La Resolución del Panel Binacional puede ser contradictoria o al menos no coincidente con la Resolución del Panel de la OMC, y a su vez, estas resoluciones contravenir la(s) resolución(es) judicial(es) que se haya(n) emitido, y
- Las Resoluciones definitivas en materia de prácticas desleales pueden ser impugnadas ante un Panel de la OMC, durante el tiempo de su vigencia, de manera tal que aún cuando una resolución definitiva haya sido confirmada por los tribunales nacionales y por un Panel Binacional. Después de varios años, en cualquier momento puede el gobierno de los Estados Unidos o Canadá impugnar la misma Resolución definitiva ante un Panel de la OMC, con base en los mismos argumentos esgrimidos con anterioridad en la vía de Panel Binacional y en la vía interna o judicial.
- Tanto el Panel Binacional como el Tribunal Nacional revisan si la autoridad investigadora (Secretaría de Economía) emitió la Resolución definitiva conforme a la legislación nacional: LCE y su Reglamento, y los tratados sobre la materia (Acuerdo *Antidumping* y Acuerdo sobre Subvenciones, en su caso), en tanto que el Panel de la OMC revisa si la autoridad investigadora emitió la Resolución definitiva de conformidad con las disposiciones de la OMC (el Acuerdo *Antidumping* y el Acuerdo sobre Subvenciones). Conforme a lo establecido en los tratados sobre la materia, México tiene la obligación de que su legislación esté de conformidad con el Acuerdo *Antidumping* y el Acuerdo sobre Subvenciones; luego entonces, el Panel de la OMC realiza prácticamente la misma revisión que los tribunales nacionales y el Panel Binacional, en su caso.

Esta situación puede dar como resultado que el Panel Binacional, el Panel de la OMC y los Tribunales Nacionales emitan resoluciones no coincidentes y hasta contrarias, respecto a uno, varios o todos los puntos de controversia, con base

⁶ En el caso fructosa de Estados Unidos, tanto los exportadores en el Panel Binacional como el gobierno estadounidense en el Panel de la OMC, argumentaron la no similitud de producto, esto es, que la fructosa no es un producto similar al azúcar, requisito esencial para la existencia de la práctica desleal de *dumping*.

IMPLEMENTACIÓN DEL TLCAN. ALTERNATIVA A SU RENEGOCIACIÓN

en el mismo expediente administrativo, la misma ley, el mismo tratado (Acuerdo Antidumping o Acuerdo sobre Subvenciones) y, respecto a la misma Resolución definitiva.

Por lo anterior, consideramos que la autoridad mexicana debería regresar al criterio de “acumulación” o “atracción” de vía, sin realizar una reforma legislativa que podría ser objeto de impugnación ante la OMC, de manera tal que una vez que se ha iniciado un procedimiento arbitral con base en el artículo 1904.3 del TLCAN, todas las partes interesadas tengan que someter su conflicto ante esa instancia arbitral y no puedan acudir a la vía interna. Aún cuando lo anterior no resolvería totalmente el problema, ya que con base en la OMC subsistiría la posibilidad de sustanciar simultánea o sucesivamente dos procedimientos arbitrales (el de la OMC y el del TLCAN), o un procedimiento arbitral (OMC) y la vía interna (recurso, juicio de nulidad y juicio de amparo), que si disminuiría el problema.

IV. Jerarquía normativa. Tratados y *Agreements*.

A quince años de vigencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), más del ochenta por ciento del intercambio comercial externo de México se lleva a cabo con Estados Unidos, razón por la que se han realizado ininidad de estudios sobre las ventajas y desventajas del tratado, desde muy diferentes ópticas, de la económica hasta la cultural. Sin embargo, son muy pocos los trabajos que analizan con profundidad la naturaleza jurídica del TLCAN y las consecuencias legales de su implementación, tanto en el derecho mexicano como en el derecho norteamericano, lo cual, comprende entre otros aspectos: el método directo o indirecto de incorporación de la norma de derecho internacional al derecho interno y su jerarquía en el sistema normativo.

México y muchos otros países asumen compromisos a nivel internacional mediante el denominado “Tratado”. Sin embargo, conforme a su sistema jurídico, Estados Unidos tiene dos instrumentos legales a través de los cuales se compromete en el ámbito internacional: el tratado (*treaty*) y el acuerdo (*agreement*). La diferencia entre los tratados suscritos por México y los *treaties* o *agreements* suscritos por Estados Unidos, son de carácter sustantivo y no sólo en cuanto a su denominación, de allí la relevancia de su estudio.

En la mayoría de las ocasiones Estados Unidos se obliga a nivel internacional mediante los “*Congressional Executive Agreements*” (CEA) y no a través de *treaties*. Desde nuestra personal opinión los CEA no cumplen los principios fundamentales del derecho de los tratados contenidos en la Convención de Viena, tales co-

mo el *pacta sunt servanda* y de *supremacía de los tratados internacionales* respecto al derecho interno.⁷ A partir de la Segunda Guerra Mundial más del 90 por ciento de sus compromisos internacionales han adoptado la forma de CEA, los cuales han sustituido casi por completo a los *Treaties*, tal es el caso del TLCAN y la OMC, entre otros.

La diferencia entre los tratados suscritos por México y los CEA de los Estados Unidos no es sólo en cuanto a denominación sino de carácter sustantivo que afecta negativamente a nuestro país, por las siguientes razones:

- Los CEA son de de aplicación indirecta, por lo que requieren de un acto de transformación a través del cual el Estado incorpora la norma del CEA a su ley doméstica o nacional, mediante una *implementation act*, emitida por el Congreso, el cual interpreta y clarifica el texto del Tratado. En cambio, el tratado firmado por México es autoaplicativo o de aplicación directa, por lo que forma parte del derecho mexicano conforme a lo previsto en el artículo 133 de la Constitución.
- Con base en la llamada *Grand father clause* o Cláusula de anterioridad, los CEA tienen una jerarquía inferior a una ley federal pretérita, por lo que en caso de conflicto entre ambos, prevalece la ley federal.⁸ En México no existe un criterio obligatorio, sin embargo, la última tesis de la Suprema Corte ha determinado que en caso de conflicto entre un tratado y una ley federal, prevalece el tratado.
- A nivel interno, en los Estados Unidos lo que obliga es el texto de la *implementation act* y no el instrumento internacional acordado con los demás Estados. En cambio México cumple sus compromisos internacionales de buena fe con

⁷ Dentro de la categoría de CEA, existen tres tipos: 1) el Congreso extiende autorización previa al Presidente para que realice acuerdos con otras naciones sobre alguna materia en particular, por ejemplo, respecto a correos; 2) el Congreso puede legislar en materia de relaciones exteriores, sin embargo, el Presidente tiene que constatar la realización de hechos antes de que la ley entre en vigor, por ejemplo el Congreso determina la reducción de aranceles respecto a los bienes de un país, cuando el Presidente remita informe que constate la reducción arancelaria a los productos norteamericanos. En este caso el Presidente tendrá que negociar con el otro país la reducción recíproca de los aranceles; y 3) el Presidente negocia un acuerdo internacional y posteriormente busca la aprobación del Congreso mediante un *implementation act*. A diferencia de los otros dos tipos de CEA, éste no implica una delegación de facultades del Congreso al Presidente, pues su finalidad es reemplazar el proceso de creación de tratados por el de creación de leyes. Yoo, John C., "Laws as Treaties?: The Constitutionality of Congressional Executive Agreements", *Michigan Law Review*, USA, Vol. 99:757, february 2001, pp. 759 y 766.

⁸ Los tribunales de los Estados Unidos suelen dar preferencia a las leyes dictadas por el Congreso que resulten inconsistentes o contrarias a tratados o a acuerdos ejecutivos previos, aún cuando con ello resulte una violación de obligaciones derivadas del derecho internacional.

IMPLEMENTACIÓN DEL TLCAN. ALTERNATIVA A SU RENEGOCIACIÓN

estricto apego al principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena, pues a nivel interno obliga el texto del tratado.

- Un tratado puede privar de sus efectos o de su aplicación a una Ley Federal o Decreto emitidos con posterioridad al mismo, lo cual contraviene el principio de *Lex posterior derogat priori*, por lo que podría darse el caso en que la ley federal o el decreto nazcan “derogados o abrogados”, si contravienen un tratado.

En relación al nivel jerárquico de un tratado respecto a una ley federal conforme al sistema jurídico mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte) se ha pronunciado en dos sentidos: el primero alude a que un tratado no tiene mayor jerarquía que una ley federal ni viceversa, pues ambos tienen el mismo rango después de la Constitución, dejando al juzgador la facultad de decidir el asunto, en cada caso. En 1999, la Suprema Corte emitió un nuevo criterio que difiere del anterior, al otorgar a los tratados un rango superior a las leyes federales, el cual ha sido confirmado mediante tesis adicionales del 2007.⁴

Por lo anterior, existe una evidente asimetría o inequidad en el nivel de compromiso adquirido por México mediante un tratado y por los Estados Unidos a través de un CEA, la cual tiene su origen en la forma de incorporación de la norma internacional (tratado) al derecho interno y en la jerarquía que se atribuye a estos en el sistema jurídico nacional.

La interpretación que en el futuro haga la Suprema Corte del artículo 133 debe tener en cuenta el nivel de compromiso asumido por las demás partes en los tratados y no adoptar una postura simplista para obtener un “supuesto” reconocimiento de país cumplidor de los tratados, a costa de los intereses nacionales. Lo que se propone es alcanzar un trato justo, equitativo y recíproco en las relaciones de México con sus socios comerciales, principalmente respecto a aquellos con los cuales se tiene mayor relación, como es el caso de los Estados Unidos.

Además, se debe tomar en cuenta que todos los tratados suscritos por México antes de 1999, incluyendo la OMC y el TLCAN, se celebraron con base en el criterio sustentado en ese momento por la Suprema Corte, en el sentido de que los tratados no tienen mayor jerarquía que las leyes federales, o bien, que son de igual jerarquía.

En consecuencia, estimamos que la Suprema Corte debe volver al criterio anterior, existente al momento de la firma de la mayoría de los tratados, que consi-

⁴ Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 60, Diciembre de 1992, Tesis P.C/92, p. 27; Séptima Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 151-156, Sexta Parte, p. 195; y Séptima Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 151-156, Sexta Parte, p. 196.

dera que estos no tienen mayor jerarquía que las leyes federales, o son de igual rango, por lo que el juez en cada caso tendrá que decidir y justificar la norma aplicable, lo cual, con base en el principio *pacta sunt servanda* de ninguna manera se podría considerar violatorio del derecho internacional.

Otra alternativa, consiste en condicionar la jerarquía de un tratado al principio de "reciprocidad internacional", tal como lo dispone el artículo 55 de la Constitución francesa, al establecer una jerarquía superior para los tratados respecto a cualquier ley anterior, supeditada en cada caso a la reciprocidad de la otra parte. Así, el citado artículo de la Constitución francesa expresamente señala:

"Los tratados y acuerdos ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte."¹⁰

V. Recepción o incorporación de la norma internacional en el derecho interno

En México existe un gran desconocimiento del derecho de los tratados en general, y particularmente sobre el tema de la incorporación de la norma internacional al derecho interno, tanto en el sistema jurídico mexicano como en el de los Estados Unidos.

Conforme a las teorías "dualistas" el derecho internacional y el derecho interno tienen fuentes distintas y regulan relaciones diversas. El derecho internacional (público) regula relaciones entre Estados (sujetos de derecho internacional), en tanto que el derecho interno rige relaciones entre individuos o entre éstos y el Estado. En consecuencia, para los dualistas las normas internacionales son irrelevantes en el derecho interno,¹¹ por lo que para que tengan validez en el ámbito interno requieren de una acción del Estado (una ley). El dualismo adopta la forma "indirecta" de incorporación o adopción del derecho internacional al derecho interno, tal es el caso de los Estados Unidos.

En un sistema dualista un tratado es parte de un sistema legal separado de la ley interna (por eso se llama sistema "dual"). Un tratado no es parte de la ley in-

¹⁰ Constitución de la República Francesa.

¹¹ Pastor Ridruejo, José A, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, España, Editorial Tecnos, 1996, p. 194.

IMPLEMENTACIÓN DEL TLCAN. ALTERNATIVA A SU RENEGOCIACIÓN

terna, al menos no directamente, por lo que debe haber un acto de transformación, mediante una acción del Estado que incorpora la norma del tratado a su ley interna.¹²

Siguiendo a Kelsen, las teorías “monistas” sostienen la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos, por lo que en todas las normas jurídicas deriva su validez y fuerza de normas superiores, hasta llegar a la norma fundamental, que puede ser de derecho interno o de derecho internacional, dependiendo de factores éticos o políticos.¹³ Estas teorías reconocen la validez de los tratados, por lo que éstos forman parte del orden jurídico interno o nacional, sin que se requiera la existencia de una acción posterior del Estado. El monismo adopta la forma “directa” de incorporación o recepción del derecho internacional al derecho interno, como en el caso de México.

Las teorías monistas se dividen a su vez en: “monistas internistas” que consideran que el derecho interno es superior al derecho internacional, y en “monistas internacionalistas” que sostienen que el derecho interno está subordinado al derecho internacional.

El derecho internacional no adopta una postura respecto a la forma de recepción o incorporación de la norma internacional al derecho interno, por lo que cada Estado debe decidir si el cumplimiento de un tratado requiere de un acto de recepción. Independientemente del método (directo o indirecto) de incorporación de la norma internacional al derecho interno que un sistema jurídico adopte, se debe cumplir con el principio *pacta sunt servanda* previsto en la Convención de Viena. Conforme al artículo 133 de la Constitución, México adopta el “método directo” de incorporación de la norma de un Tratado al derecho interno.

Así, los tratados celebrados por el Presidente de la República, aprobados por el Senado, que estén de acuerdo a la constitución y publicados en el Diario Oficial de la Federación, son ley suprema de toda la unión y, por tanto, de cumplimiento obligatorio en el territorio nacional. En ningún ordenamiento jurídico se establece algún requisito adicional a los señalados, por lo que es claro que México adopta el método directo de incorporación de la norma internacional al derecho interno.

No obstante, algunos estudiosos sostienen que en el derecho mexicano existen los denominados tratados “heteroaplicativos”, en los cuales una autoridad no puede fundar sus actos, por lo que requieren de una “ley” para que tengan

¹² Jackson, John H., “Status of Treaties in Domestic Legal Systems a Policy Analysis”, *The American Journal of International Law*, Published by The American Society of International Law, Vol. 86, No. 2, April 1992, pp. 314 y 315.

¹³ *Ibidem*.

validez en México y que, en su caso, un tratado “heteroaplicativo” sirve para interpretar la ley.

Al referirse a tratados heteroaplicativos y autoaplicativos, obviamente que no aluden al momento en que deba promoverse el juicio de amparo, por lo que, más bien se refieren a que los tratados son de aplicación indirecta (de efectividad no “automática”). En otras palabras, equivocadamente consideran que la forma de recepción o incorporación de un tratado en el derecho interno mexicano es “indirecta” y que se requiere de una ley emitida por el Congreso, para que tenga validez en México, lo que contraviene no solo el artículo 133 de la Constitución sino también “todos” los criterios emitidos por la Suprema Corte sobre la jerarquía de los tratados, donde no se incluye el requisito de un acto legislativo que incorpore la norma del tratado al derecho interno.

VI. Naturaleza jurídica protocolos de adhesión.

Finalmente, otro problema que recientemente se ha presentado, es el relativo a la validez, incorporación y aplicación de los protocolos de un tratado en el derecho interno, cuando se suscriben varios años después del tratado y que al momento de su aplicación o instrumentación se pueden afectar intereses de particulares, tal es el caso del Protocolo de Adhesión de China a la OMC, que a continuación se expone:

- El 15 de abril de 1994 el Presidente firmó el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC;
- El 13 de julio de 1994 el Senado aprobó el referido tratado, mismo que se publicó en el DOF el 4 de agosto de 1994.
- El 15 de agosto del 2007 se publicó en el DOF el Acuerdo por el que se da a conocer el Protocolo de Adhesión de China a la OMC, el cual nunca ha sido sometido a la aprobación del Senado.

Entre otros aspectos, en el protocolo se incluyen diversos instrumentos para la protección de la producción nacional ante las importaciones de productos chinos, los que al aplicarse afectan a particulares, ya sean exportadores o importadores de mercancías chinas, es el caso del “Mecanismo de salvaguardia de transición para productos específicos” aplicable durante un plazo de 12 años, en donde se prevén dos tipos de medidas transitorias: a) salvaguardia y b) contra la “desviación del comercio”, las cuales se pueden imponer cuando se estén im-

IMPLEMENTACIÓN DEL TLCAN. ALTERNATIVA A SU RENEGOCIACIÓN

portando mercancías chinas en tal cantidad y en condiciones tales que causen o amenacen causar una “desorganización del mercado” nacional de productos similares o directamente competidores.

A efecto de instrumentar las referidas medidas transitorias, se publicó en el DOF del 23 de agosto del 2005, el “Acuerdo por el que se establecen las disposiciones de carácter administrativo para instrumental el mecanismo de salvaguarda en transición previsto en el Protocolo de Adhesión de la República Popular de China a la Organización Mundial de Comercio”, en donde se señalan los requisitos sustantivos y el procedimiento para la imposición de medidas transitorias, otorgando a todas las partes interesadas (importadores, exportadores, etc.) la oportunidad de presentar los argumentos y pruebas para la defensa de sus intereses.

La imposición de una medida de salvaguardia en transición con base en el referido protocolo de adhesión afectaría los intereses de importadores y exportadores, los cuales podrían impugnar dicha resolución argumentando que el protocolo (2001) no forma parte del Acuerdo de Marrakech (1994), y que fue aprobado por el Senado (1994), por lo que la simple publicación del protocolo en el DOF (2007) no le confiere fuerza legal alguna.

En el caso particular, entre otros problemas, se presenta el de determinar con fundamento en el derecho mexicano: a) si el protocolo de 2001 es parte integrante del tratado por el que se crea la OMC de 1994; b) la forma de incorporación del protocolo al derecho nacional, así como los requisitos para su obligatoriedad; y c) el mecanismo para su implementación en México.

En virtud de la dinámica de las relaciones comerciales de México con el resto del mundo, es urgente que el Congreso regule los denominados “protocolos” en la Ley sobre Celebración de Tratados, donde se precise su naturaleza jurídica y los requisitos de obligatoriedad en territorio nacional, a efecto de que las autoridades competentes estén en la posibilidad de aplicar con seguridad y certeza jurídica, las disposiciones de estos instrumentos.

VII. Constitucionalidad de los procedimientos de arbitraje del TLCAN y la OMC

Conforme a “principio de jerarquía normativa”, todos los tratados suscritos por México deben estar de acuerdo con la Constitución. En consecuencia, los procedimientos arbitrales previstos en el TLCAN y en la OMC, deben cumplir con lo establecido con lo establecido en la fracción III del artículo 104 de la Constitución, que a la letra dice:

Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la federación conocer:

...

...

III. De aquellas (controversias) en que la Federación fuese parte; (paréntesis y subrayado añadidos)

Al respecto, el artículo 8 de la Ley sobre Celebración de Tratados, establece la posibilidad de que un tratado o un Acuerdo interinstitucional contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales (procedimientos arbitrales) en que una parte sea la federación, lo cual contraviene de manera evidente lo establecido en la fracción III del artículo 104 constitucional.

Artículo 8. Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales, en que sean parte, por un lado la federación... (subrayado añadido).

Impartir justicia es una función soberana del Estado que realiza mediante el proceso judicial. El Estado permite en algunos casos y respecto a ciertas materias, que esta función soberana la realicen particulares a través del proceso arbitral, sin embargo, es evidente que esto no es posible en los conflictos en que la federación es parte, en cuyo caso la Constitución señala expresamente que estas controversias deberán ser resueltas por tribunales federales.

El TLCAN y la OMC establecen mecanismos de solución de diferencias en donde una parte es la federación, razón por la cual son inconstitucionales. Por ejemplo, la revisión de resoluciones definitivas en materia de cuotas compensatorias (*dumping* o subvenciones) emitidas por la Secretaría de Economía, por parte un Panel Binacional del Capítulo XIX del TLCAN, en donde una de las partes en conflicto es propia Secretaría. La misma situación se presenta en los procedimientos arbitrales de los Capítulos XI y XX del TLCAN y ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, en los que el gobierno mexicano es parte.

En efecto, el gobierno mexicano participa como parte en los mecanismos de solución de diferencias establecidos en TLCAN y en la OMC, sobre materias muy diversas, y de importancia fundamental, tales como: expropiación o medidas similares, devolución y cobro de impuestos, incumplimiento de contratos de prestación de servicios, reformas legislativas en materia comercial y fiscal, etc. ¿En estos casos una de las partes es la federación? Si la respuesta es afirmativa la controversia planteada deberá resolverse por tribunales federales y no a través de un proceso arbitral, llámese Panel binacional, Grupo Especial, Órgano de Apelación o Tribunal Arbitral. Por el contrario, si la respuesta es negativa,

IMPLEMENTACIÓN DEL TLCAN. ALTERNATIVA A SU RENEGOCIACIÓN

¿cuales son las controversias a que se refiere el artículo 8 de la Ley sobre Celebración de Tratados, en que la federación es parte?

Adicionalmente, el artículo 27, fracción I de la Constitución establece la denominada "Cláusula Calvo", en los siguientes términos:

I. Solo los mexicanos por nacimiento y las sociedades mexicanas tienen el derecho de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas y aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto a dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que se hubiera adquirido en virtud de lo mismo. (El énfasis es añadido).

De la lectura del artículo 27, fracción I en relación al artículo 104, fracción III de la Constitución, concluimos que el espíritu de la llamada "Cláusula Calvo" consiste en obligar a los inversionistas extranjeros a acudir a los tribunales nacionales cuando tengan algún conflicto con el gobierno mexicano, lo cual se confirma con el mandato constitucional para someter a los tribunales de la federación los conflictos en que la misma sea parte.

VIII. Reformas legales

Desde antes del año 2000, se formuló un proyecto de reformas al Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, el cual, entre otros, tiene el propósito de precisar y clarificar conceptos y procedimientos para brindar mayor certeza jurídica, sin embargo, a más de una década no se ha emitido la referida reforma. A manera de ejemplo, citamos una propuesta de reforma al artículo 67:

Los importadores de una mercancía idéntica o similar a aquella por la que deba pagarse una cuota compensatoria provisional o definitiva, estarán obligados a pagarla si comprueban que el país de origen o de procedencia es distinto del país que exporta las mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional. (El énfasis es añadido)

Hay quienes consideran que el artículo 67 permite eludir o evitar el pago de una cuota compensatoria, a través de la figura conocida como "triangulación", por

lo que en diversas ocasiones los importadores de una mercancía sujeta al pago de una cuota compensatoria, han impugnado el cobro de la misma, argumentando que el país de procedencia de la mercancía (Estados Unidos) es distinto al país de origen de la mercancía objeto de la cuota compensatoria (China), tal y como lo señala el artículo 67. Por ejemplo, como resultado de una investigación por dumping o subvenciones, la Secretaría de Economía impone una cuota compensatoria a las prendas de vestir originarias de China (país de origen), mercancía que se exporta de China a Estados Unidos y posteriormente de Estados Unidos (país de procedencia) a México. En el caso particular, con el propósito de evitar confusiones y de brindar certeza jurídica a la producción nacional afectada por una práctica desleal y eliminar impugnaciones que contribuyen a incrementar las cargas de trabajo para la Secretaría de Economía y los tribunales; es preciso reformar el referido artículo 67, en el sentido de eliminar "o procedencia", a efecto de que solamente cuando se demuestre que el país de origen de la mercancía idéntica o similar (Alemania) es distinto al país de origen de la mercancía objeto de cuota compensatoria (China), el importador no estará obligado al pago de la misma.

IX. Conclusión

No solo por las razones expuestas estimo que no es conveniente proceder a renegociar el TLCAN, sino también por los costos asociados que ello implica y que están fuera del control del gobierno mexicano, por lo que mi propuesta básicamente consiste en llevar a cabo las acciones necesarias para un mejor aprovechamiento de los beneficios negociados en dicho tratado.

X. Bibliografía

- Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press, 1999.
- Brownlie, Ian, *Basic Documents in International Law*, 4a. ed., USA, Oxford University Press, 1995.
- Carpizo Mc Gregor, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1996.
- Jackson, John H., *Status of Treaties in Domestic Legal Systems a Policy Analysis*, *The American Journal of International Law*, Published by The American Society of International Law, Vol. 86, No. 2, April 1992.

IMPLEMENTACIÓN DEL TLCAN. ALTERNATIVA A SU RENEGOCIACIÓN

- Patiño Manfferr, Ruperto, Comentarios al Artículo 133, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, Porrúa, México, 2000.
- PérezNieto Castro, Leonel, "Relaciones Internacionales", *Los Tratados Internacionales en el sistema jurídico: elementos para su discusión*, Coordinación de Relaciones Internacionales – Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, No. 61, enero-marzo, 1994.
- Saldaña Pérez, Juan Manuel, Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico. Ed. Porrúa, México, 2005.
- _____, *Tratados en México y Agreements en los Estados Unidos, El Comercio Exterior y la Gestión Aduanal en el Siglo XXI*, Coordinador: Oropeza García, Arturo. Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Asociación de Agentes Aduanales de México, A.C. 1ª. Ed., México, 2009.
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, 3a. ed., England, Grotius Publications LTD., 1991.
- Silva Silva, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, México, Perezniето Editores, 1994.
- Yoo, John C., Laws as Treaties?: The Constitutionality of Congressional Executive Agreements, *Michigan Law Review*, USA, Vol. 99:757, february 2001.
- Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, publicado en el DOF el 4 de agosto de 1994.
- Acuerdo por el que se da a conocer el Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la Organización Mundial del Comercio, publicado en el DOF del 15 de agosto del 2007.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Constitución de la República Francesa.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF del 13 de marzo del 2003.
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, publicado en el DOF del 21 de diciembre del 2006
- Informe del Órgano de Apelación de la OMC. México-medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz WT/DS295/AB/R. 29 de noviembre de 2005
- Informe Final del Panel Arbitral establecido en términos del Capítulo XX del TLCAN, en el Asunto Servicios de Transporte Transfronterizo, del 5 de febrero del 2001, Expediente del Secretariado No. EUA-MEX-98-2008-01.
- Ley de Amparo
- Ley de Comercio Exterior

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo
Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
Ley sobre Celebración de Tratados
Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, X, Noviembre de 1999, Tesis: P.LXXVII/99, p. 46
Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXV, Abril de 2007, Tesis: P. IX/2007, p. 6.
Reglamento de la Ley de Comercio Exterior
Tratado de Libre Comercio de América del Norte
Reglas de Procedimiento del artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte
Resolución del Panel MEX-USA-98-1904-01, Revisión de la resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América, con fecha de publicación en el DOF de 10 de octubre de 2001.
The Constitution of the United States of America.