

## CAPÍTULO CUARTO

### LOS PROCESOS DE APLICACIÓN DE LOS TRATADOS EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS

#### I. LA *IMPLEMENTATION ACT* DEL TLCAN EN LA LEGISLACIÓN AMERICANA

Como hemos explicado a lo largo de este trabajo, la *Implementation Act*<sup>121</sup> del TLCAN, que le da nombre a este capítulo, es presentada por el Ejecutivo al Congreso de los Estados Unidos de América, en ejercicio de su facultad de suscribir acuerdos. El órgano Legislativo entonces se encarga de emitirla, a tenor de lo establecido en la sección 1103 del *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 y la sección 151 del *Trade Act* de 1954, que entraña por sí mismo un acto de suma importancia, pues convierte el acuerdo ejecutivo en uno ejecutivo-congresional.

Paralelamente, este proceso se complementa con la emisión de un documento llamado *Statement of Administrative Act*, que también es presentado por el Ejecutivo al Congreso, y cuya principal función es la de explicar la posición del Ejecutivo en relación con el contenido del Acuerdo y la manera en que la norma en comento deberá interactuar con la legislación doméstica.

La norma cuyo análisis corresponde realizar a continuación (*Implementation Act* del TLCAN) fue publicada el 8 de diciembre de 1993, y significó la entrada en vigor del Acuerdo para ese país.

<sup>121</sup> Public Law 103-182, North American Free Trade Agreement Implementation Act, H.R. 3450, 8 de diciembre de 1993, pp. 2057-2225.

El contenido de la misma corresponde, en su gran mayoría, con los aspectos acordados en el TLCAN. Específicamente se refiere a las modificaciones de la legislación interna que fueron realizadas, para adecuar la misma al Acuerdo, y su interpretación. Consta de seis títulos, diecisiete subtítulos, y noventa y dos secciones.

Los títulos se refieren a los siguientes temas:

El título I contiene las disposiciones internas de carácter general que son necesarias para la aprobación y entrada en vigor del TLCAN.

Las secciones que van de la 101 a la 109 disponen con detalle los procedimientos para su aprobación; su relación con las leyes federales y estatales, que es el principal elemento objeto de nuestro análisis; los requerimientos de consulta al Congreso y diferimientos de acciones del Ejecutivo relacionadas con el acuerdo; las medidas y regulaciones que deben ser implementadas antes de la entrada en vigor de este instrumento internacional; la sección americana del Secretariado del TLCAN; algunos apuntes sobre procedimientos de los paneles, regulados en el capítulo XX del TLCAN; la terminación o suspensión del Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos de América-Canadá; la no extensión de la aprobación del Congreso al Ejecutivo para suscribir este acuerdo a futuras acciones de este tipo; la fecha de promulgación de esta ley, la entrada en vigor de la misma y de sus enmiendas, y la terminación del estatus de país miembro del TLCAN.

El título II contempla los procedimientos aduaneros, relativos a la certificación de origen de las partes.

Las secciones están numeradas de la 201 a la 213. Se refieren a las modificaciones arancelarias, reglas de origen, *drawback* (reembolso de los aranceles aduaneros pagados), enmiendas a la Ley de Conciliación Presupuestal de 1985, a la determinación de aranceles a productos de origen canadiense o mexicano, a la *Tariff Act* de 1930, referidos a la concesión de un trato preferencial a los productos con la certificación de origen de países miembros del TLCAN; exención de requerimientos para ciertos productos es-

tablecidos a tenor del *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988; al establecimiento de ciertos requerimientos contenidos en la Ley de 1930; a la regulación de las protestas que puedan originarse contra determinaciones de origen adversas; al establecimiento de un mecanismo para el intercambio de información entre el servicio de aduanas e instituciones gubernamentales de los países miembros del TLCAN en relación con los capítulos 3, 4 y 5 del citado acuerdo; prohibición del uso del mecanismo del *drawback* en determinados tubos de rayos catódicos para televisión a color, cuyo origen no sea de los países miembros y estén siendo exportados a éstos; al monitoreo de las importaciones de estos artículos y reporte del comportamiento de las mismas al Ejecutivo, a través de la Oficina del Representante Comercial; los tiempos en los que se pueden realizar enmiendas a este título, y al momento en que entrarán en vigor cada una de las secciones que conforman el título.

El título III se refiere a la aplicación del Acuerdo a sectores y servicios. Consta de siete subtítulos identificados con letras de la A a la G.

El subtítulo A, denominado “Salvaguardas”, se divide en tres partes.

La parte 1 se refiere a la desgravación de las importaciones beneficiadas por el Acuerdo.

Contiene las secciones de la 301 a la 309, en ellas se define el concepto de “artículo canadiense y mexicano”, los trámites que deben hacerse para solicitar la desgravación, la función de la Comisión Internacional de Comercio (ITC) en la tramitación de la solicitud, disposiciones sobre otorgar o denegar la desgravación a los productos canadienses o mexicanos por parte del Ejecutivo, el periodo que puede durar la desgravación concedida; el periodo de terminación, que establece que en caso de compensación la autoridad será designada según al *Trade Act* de 1974; las normas a tenor de las cuales se solicitará la desgravación; las disposiciones arancelarias especiales para las frutas y los vegetales frescos canadienses y los parámetros de establecimiento de precios al concentrado congelado de jugo de naranja mexicano.

La parte 2 trata la desgravación a las importaciones de los países miembros.

Esta parte contiene las secciones 311 y 312, que se refieren al impacto de los artículos de origen TLCAN, en los casos de desgravaciones en las importaciones a tenor de la *Trade Act* de 1974 y las acciones del Ejecutivo referidas a las importaciones de los países partes, que pueden ser de inclusión o exclusión de las importaciones.

La parte 3 contiene las disposiciones generales y abarca de la sección 315 a la 318, las cuales tratan las desgravaciones provisionales, las modificaciones a la *Trade Act* de 1974, sobre el significado, en el contexto del Acuerdo, de las frases “productos citrícolas” y “productos agrícolas”; el monitoreo a las importaciones de productos agrícolas auspiciado por la Secretaría de Agricultura y la Comisión Internacional de Comercio y los procedimientos acerca de las investigaciones de esta última; así como la fecha en que estas disposiciones entran en vigor.

El subtítulo B también está dedicado al tema agrícola.

Contempla las secciones 321 a 330. Los temas tratados aquí están vinculados con las modificaciones a la *Meat Import Act* de 1979, a la *Agricultural Adjustment Act* que enmienda al *Agricultural Marketing Agreement Act* de 1937.

Una de estas secciones está dedicada a la regulación de la producción de cacahuetes, que es considerado un producto muy sensible en ese país, y en el que nos detendremos posteriormente.

También instrumenta la recopilación de información sobre la importación y exportación de frutas frescas, vegetales y flores entre Estados Unidos de América y México, el establecimiento de una oficina dirigida por el secretario de Agricultura de ese país que verificará el comercio antes mencionado. La información generada en esta oficina estará disponible al público y a los grupos de trabajo del Comité de los países miembros.

Además se establece que en caso de fraude, la persona implicada se atenderá a lo establecido en el título 18 del *US Code* de los Estados Unidos, sección 1001.

La entrada en vigor de la subsección será ciento veinte días después de la promulgación de la ley en comento.

Otra de las modificaciones presentes en esta parte, es la hecha a la *Food, Agricultural, Conservation, and Trade Act* de 1990 (sección 1542[d]), para permitir la instrumentación de un programa agrícola comunitario para la capacitación de personas de los otros países miembros en ese país y viceversa. También contempla la asistencia a los trabajadores agrícolas (temporales ó migrantes de bajo ingreso) afectados por la implementación del Acuerdo, y la autorización de 20 millones de dólares por cada año fiscal para el cumplimiento de lo establecido en esta subsección.

La Secretaría de Agricultura deberá redactar un informe bienal sobre los efectos que el Acuerdo de Libre Comercio ha tenido en la agricultura del país.

El informe será presentado al Comité de Agricultura, Nutrición y Silvicultura del Senado y al Comité de Agricultura de la Cámara de Representantes.

El subtítulo C está destinado al tema de la propiedad intelectual. Incluye las secciones 331 a 334. En ellas se regula la actividad inventiva, para lo que modifican la sección 104, título 35, del *US Code*.

Se establece la imposibilidad de que el solicitante o poseedor de una patente o marca registrada realice los trámites correspondientes ante las autoridades competentes de los Estados Unidos de América, si no se puede establecer una fecha de la invención hecha en otro país que no sea miembro del TLCAN, con excepción de lo establecido en la sección 119 y 365 de este título.

También se establecen el principio de trato nacional cuando se afirma que una persona, civil ó militar, que haga una invención durante el tiempo en que tenía su domicilio en los Estados Unidos de América o en uno de los otros países miembros y que se encuentre prestando servicios en otro país, si éstos guardan relación con los Estados Unidos de América o los otros países miembros, la invención será tratada con los mismos derechos priori-

tarios que si hubiera sido hecha en este país o en los otros países miembros del Acuerdo.

Incluye los procedimientos para recabar información confiable sobre patentes y marcas, y la posibilidad de negar el registro de una marca que contenga información imprecisa sobre el lugar de origen.

Establece enmiendas al *Trademark Act* de 1946; al capítulo I, título 17 del *US Code*, referidas a la protección de los derechos de autor de las películas que hubiesen entrado a los Estados Unidos de América sin registro de derechos, entre el 1o. de enero de 1978 y el 1o. de marzo de 1989, y al uso de copias anteriormente obtenidas. También menciona las fechas en que las enmiendas tendrán efecto.

El subtítulo D regula la entrada temporal de personas de negocios, en las secciones 341 y 342, respectivamente, estableciendo los requisitos necesarios para permitir la entrada de comerciantes, inversionistas y profesionales.

El subtítulo E se refiere a las medidas de normalización. Está dividido en dos partes, la primera trata las medidas en sí, y la segunda, la normalización de cuestiones agrícolas. También incluye tres capítulos que regulan las medidas sanitarias y fitosanitarias, las de normalización y las definiciones que se utilizan en esta parte.

Este subtítulo consta a su vez de diez secciones (de la 351 a la 361). En su contenido se establecen enmiendas al título IV de la *Trade Agreements Act* de 1979, para lograr una adecuada armonización, con el Acuerdo en cuestión.

La parte 2, también de este subtítulo, regula las medidas de normalización sobre cuestiones agrícolas, y se refieren fundamentalmente a las enmiendas sobre importación de animales, efectuadas a la *Federal Seed Act* de 1582; inspección de animales a la *Tarif Act* de 1930; en relación con enfermedades, a la *Honeybee Act* de 1922, entre otras.

El subtítulo F regula las enmiendas realizadas a la normatividad que se ocupa de la industria automovilística. Así, se produ-

jeron modificaciones a la *Motor Vehicle Information and Cost Savings Act*, relacionadas con las piezas que componen su estructura, entre otros aspectos tratados.

El subtítulo G se titula “Compras gubernamentales”, y plasma las enmiendas efectuadas a la *Trade Agreements Act* de 1979 y a la *Rural Electrification Act* de 1938.

El título IV aborda los mecanismos de solución de controversias para los casos de cuotas *antidumping* y medidas compensatorias. Está integrado por dos subtítulos: el primero de ellos, el A, se refiere a las disposiciones organizativas, administrativas y de procedimiento para la implementación del capítulo XIX del TLCAN.

Abarca las secciones 401 a la 408. Su contenido regula los criterios para seleccionar a los panelistas, y los procedimientos que se realizan, con ese objetivo, ante las autoridades competentes.

También se regulan los supuestos en que los países miembros puedan estar subsidiando alguna producción y permite utilizar ese apartado para que los nacionales, que se vean afectados por el subsidio, puedan presentar a la oficina del Representante Comercial una queja al respecto. A continuación, esta entidad solicitará al presidente que la *International Trade Comisión*, proceda, a tenor de lo estipulado en la sección 332 de la *Tariff Act* de 1930.

También pueden ser utilizados los mecanismos de investigación estipulados en la sección 301 de la *Trade Act* de 1974 y el título VII de la *Tariff Act* de 1930.

El subtítulo B incluye las secciones de la 411 a la 416. Explica las disposiciones y enmiendas a la *Tariff Act* de 1930 sobre la revisión judicial en los casos de cuotas *antidumping* y medidas compensatorias; así como las modificaciones a la *Implementation Act* del Acuerdo de Libre Comercio de Estados Unidos con Canadá de 1988 y al *US Code*.

Además se establecen los efectos que pueden ocurrir en el supuesto en que acabe el estatus de país TLCAN.

El título V corresponde al Programa de Asistencia para la Transición, y consta de cinco subtítulos, que desarrollan los temas de

ayuda a trabajadores agrícolas de ese país que sean afectados por el TLCAN, y los procedimientos para acceder a este apoyo; además establece procedimientos similares para trabajadores, en general.

El subtítulo B trata la posibilidad de que los productores nacionales acudan al representante comercial, en caso de que otro país TLCAN establezca subsidios a su producción.

Igualmente se prevé la necesidad de elaborar un estudio sobre los efectos del TLCAN para el país.

También se tienen en cuenta las acciones que deben ser ejecutadas en caso de que Canadá afecte el ámbito cultural americano, y el informe elaborado sobre el impacto del TLCAN en las exportaciones de vehículos automotores, específicamente sobre las ganancias que la apertura de México, pasados diez años de restricciones, provocarían.

Se establece el Centro de Estudios de Comercio del Hemisferio Oeste, que se encargaría de realizar estudios de impacto del TLCAN en la región, la negociación de futuros acuerdos de libre comercio y la ampliación del TLCAN, entre otros.

El subtítulo C se refiere a los fondos obtenidos por diversas actividades, entre ellos, el cobro de cuotas por servicios aduaneros, las enmiendas efectuadas al Código de Ingresos Internos de 1986 (parte 2) y el uso del sistema de transferencia de fondos electrónicos, para recolectar cierto tipo de impuestos.

Por su parte, el subtítulo D implementa los acuerdos suplementarios de Cooperación Ambiental y Laboral.

En el caso de ambos acuerdos se regula su participación en las respectivas comisiones y la autorización de contribución al presupuesto de estos órganos.

En el de Cooperación Ambiental, además, se establece su participación en el Acuerdo que crea la Comisión de Cooperación de Medio Ambiente en la Frontera con México, y la posibilidad de acudir a las cortes americanas y al arbitraje, en caso de que alguna acción de civiles los afecte.

La parte 2 se refiere a las disposiciones relacionadas con el Banco Norteamericano de Desarrollo, que ha sido designado como la institución a través de la cual el gobierno de los Estados Unidos recibirá depósitos, inversiones y préstamos relacionados con el desempeño del TLCAN. Como en el caso de la Comisión de Medio Ambiente de la Frontera, el referido Banco podrá acudir a las autoridades jurisdiccionales competentes, en caso de que existan acciones en su contra por parte de civiles.

El último título, el número VI, contempla la modernización de las regulaciones aduaneras, como la revisión meticulosa de productos a través de laboratorios, establecimiento de multas por deficientes manifestaciones, por fraudes, entre otras.

El subtítulo B regula el Programa Nacional de Automatización de las Cuestiones Aduaneras, para procesar la información sobre las importaciones.

El subtítulo C se refiere a las enmiendas de la *Tariff Act* de 1930, relacionadas con exenciones administrativas, informes sobre entradas de mercancías, de navíos, mercancías no reclamadas, destrucción de mercancías, etcétera.

El subtítulo D trata las enmiendas al Calendario Armonizado de Aranceles, especialmente a la devolución de embarques, a la regulación del trabajo del personal de aeropuertos. También establece las enmiendas sobre el particular al título 18 del *United States Code*, entre otros.

Del contenido de esta norma, a priori, podemos aprobar la función de adecuación que del Acuerdo realiza, a fin de que las autoridades competentes conozcan, pormenorizadamente, cuales son las normas internas que han sufrido modificaciones, y cual es la política a seguir respecto al tratado, en su relación con la normatividad del país.

Sin embargo, cuando estudiamos los casos particulares, que detalla la referida norma, y que sin lugar a dudas, son considerados neurálgicos para la economía nacional, el afán de protección gubernamental salta a la vista.

A ello agreguemos, que para reforzar esta posición proteccionista y ambivalente, aparece en la parte general de la *Implementation Act* del TLCAN la cláusula de anterioridad, cuyo carácter genérico les salva de mencionar los otros posibles casos que también caerían en el supuesto apuntado, pero que sin lugar a dudas existen y van a encontrarse a lo largo del desarrollo de las relaciones entre los tres países.

### 1. *La cláusula de anterioridad (grandfather clause)*

Como señalamos al comienzo de este capítulo la cláusula de anterioridad, también llamada “del abuelo”, forma parte importante de la *Implementation Act* del TLCAN.

Esta cláusula o excepción jurídica es introducida en cualquier ley, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de leyes anteriores, pues en términos generales establece que en caso de conflicto entre leyes, la anterior siempre prevalecerá.<sup>122</sup>

El periodo de nacimiento de esta práctica puede ubicarse entre 1895 y 1910. Fue considerado en sus inicios como un mecanismo estatutario emitido por las Constituciones de siete estados sureños que pretendían quitar a los negros americanos el derecho al sufragio, imponiéndoles requisitos imposibles de cumplir y exceptuando de ellos a los veteranos de la guerra civil, quienes eran los principales beneficiarios de esta cláusula. De ahí se deriva el nombre de esta regla.

En términos generales disponía que aquellos que anteriormente (en 1866 o 1867) tenían derecho a votar, o sus descendientes directos, podrían seguir ejerciendo ese derecho sin estar obligados a cumplir los requerimientos educativos, de propiedad o de impuestos para votar, los que en esa época eran considerados requisitos obligatorios. En este entendido, los individuos de raza negra, segregados de por sí, e imposibilitados para cumplir estos

<sup>122</sup> Furnish, Dale Beck, *op. cit.*, nota 112.

requerimientos, debido sobre todo a la pobreza marginal que tenían, se veían imposibilitados a votar.

En la causa *Guinn vs. United States*<sup>123</sup> de 1915 la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró que la *grandfather law* contenida en la Constitución de Oklahoma violaba la enmienda 15 constitucional, que prohíbe la negación del derecho a votar de los ciudadanos americanos por razón del color, la raza o por alguna condición de servidumbre.

Por ello la Constitución de Oklahoma debió ser reformada. Sin embargo, el carácter nacionalista que esta cláusula adquirió con el curso del tiempo impidió su total desaparición, puesto que se vio como un instrumento que podía ser utilizado a futuro, para satisfacer y defender los intereses nacionales.

Su aplicación se lleva a cabo por vía constitucional, sosteniéndose en la 14 enmienda que regula los derechos de los nacionales a no ser privado de la vida, de un debido proceso legal y el derecho a la protección de sus propiedades.

En contraposición con la vigencia de esta disposición, no debemos olvidar el aumento de las presiones internacionales, sobre todo en el contexto del GATT, en el que se ha abogado porque los países de la comunidad internacional eliminen las prácticas comerciales de subsidios y protección a las economías internas, en el ámbito de estas actividades. En este sentido, resulta de interés recordar que los Estados Unidos de América han ocupado una posición importante de abanderados de esta causa a nivel internacional.

También recordemos las opiniones expresadas a lo largo de este trabajo, que dan cuenta de la ambivalencia de la política comercial americana. Por ello, la existencia de la cláusula de anterioridad viene a reforzar esta opinión, en el sentido de que, esta regulación interna le permite a Estados Unidos de América, por un lado, cumplir con las expectativas internacionales, abogando

<sup>123</sup> 238 US 347, 1915, 35 S. Ct 926 L. Ad 1340, *West's Encyclopedia of American Law*, West Group, Estados Unidos, 1998, p.109.

por el libre mercado, y por otro, mantener una posición cómoda con respecto a las presiones internas de los grupos económicamente poderosos, utilizando una regulación doméstica, que activa el proteccionismo en su máxima expresión.

Esto explica porqué en la actualidad esta cláusula ha vuelto a ser revitalizada. La podemos encontrar en la ley de comercio de 1974, y ha sido adicionada en todos los acuerdos comerciales suscritos por Estados Unidos de América. Podemos encontrarla en la *Implementation Act* del Acuerdo de Libre Comercio suscrito con Israel (11 de junio de 1985), en la del Acuerdo de Libre Comercio suscrito con Canadá (28 de septiembre de 1988), en la del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, que nos ocupa actualmente y en las de los acuerdos suscritos durante la Ronda Uruguay (1994).

Es importante comentar que la adopción del TLCAN, provocó grandes presiones por parte de los estados hacia el gobierno federal, debido a que los primeros han considerado que el derecho comercial internacional ha invadido las esferas reguladas por el derecho estatal. Por ello, en esta sección los estados negociaron con el gobierno federal la inclusión de sus puntos de vista e intereses.

La sección 102 de la *Implementation Act* del TLCAN establece:

Sección 102. Relación del Acuerdo con las leyes federales y estatales americanas.

a) Relación del Acuerdo con las leyes federales.-

(1) Predominio de las leyes federales en caso de conflicto. Ninguna disposición del Acuerdo, ni la aplicación de una de sus disposiciones a alguna persona o circunstancia, que sea contradictoria con alguna ley federal, puede tener efecto.

(2) Interpretación. Nada en esta norma podrá ser interpretado-

(A) Para enmendar o modificar alguna ley de los Estados Unidos, incluyendo las relacionadas con:

- (i) la protección de la vida y la salud humana, animal o vegetal;
- (ii) la protección del medio ambiente, o

(iii) la seguridad de los autotransportistas y del trabajador, en general, o

(B) Para limitar la autoridad otorgada por cualquier ley de los Estados Unidos, incluida la sección 301 del “*Trade Act*” de 1974; a menos que específicamente se disponga lo contrario en alguna parte de esta Ley.

(b) Relación del Acuerdo con las leyes estatales

(1) Consultas Estatales.

(A) Generalidades. Después de la promulgación de esta ley, el Presidente a través de los Comités Intergubernamentales sobre Comercio, establecidos a tenor de la sección 306 (c)(2)(A) del “*Trade and Tariff Act*” de 1984, deberá consultar con los Estados, con la finalidad de adoptar medidas legislativas y prácticas uniformes.

(B) Proceso de Consulta. El Representante Comercial establecerá un proceso de consulta federal-estatal para resolver los problemas relacionados con el Acuerdo que tienen o podrían tener un impacto directo en los Estados. Este proceso incluirá los procedimientos bajo los cuales:

(i) El Representante Comercial asistirá a los Estados en la identificación de aquellas leyes estatales que no sean conformes con el Acuerdo, pero que pueden ser mantenidas vigentes dado que entraron en vigor antes que éste.

(ii) Los Estados serán informados, regularmente, sobre aquellas materias del Acuerdo que tengan o puedan tener relación con éstos.

(iii) Los Estados tendrán la oportunidad de someter regularmente al Representante Comercial información y sugerencias en relación con las materias a las que se refiere la cláusula (ii);

(IV) El Representante Comercial tendrá en cuenta la información y sugerencias proporcionadas por los Estados, según lo dispuesto por la cláusula (iii), en el momento de formular las posiciones de los Estados Unidos sobre las materias contenidas en la cláusula (ii); y

(V) Los Estados participarán (y se involucrarán en la designación de sus representantes de manera apropiada), al máximo grado posible, en cada fase del desarrollo de las posiciones de los Estados Unidos, referidas a los aspectos contenidos en la cláu-

sula (ii) y que serán analizados por parte de comités, subcomités y grupos de trabajo establecidos por el Acuerdo, o a través de procedimientos de solución de controversias según lo dispuesto en el mismo.

El *Federal Advisory Committee Act* no se aplicará a los procedimientos de consulta establecidos en este párrafo.

(2) Impugnación. Ninguna ley estatal ni su aplicación podrá ser declarada inválida sobre la base de que sus disposiciones sean contrarias al Acuerdo, con excepción de los casos en que la impugnación sea realizada por el gobierno federal, para los fines de declarar tal ley inválida.

(3) Definición de ley estatal. Para los propósitos de esta subsección, por el término “ley estatal” se entenderá:

(A) Cualquier ley de la subdivisión política del Estado, y

(B) Cualquier ley estatal que reglamente o establezca impuestos sobre compañías de seguros.

(c) Efectos del Acuerdo con respecto a las demandas de particulares. Las personas extranjeras.

(1) no podrán presentar demandas o defenderse con relación al Acuerdo o en virtud de su aprobación congresional, o

El Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte o el Acuerdo de Cooperación Laboral; o

(2) no podrán impugnar en algún proceso judicial sobre la base de algún artículo de ley, ni podrán impugnar alguna acción u omisión de alguna Secretaría, Agencia u otra Institución de los Estados Unidos de América, de cualquier Estado o Subdivisión política sobre las bases de que esta acción u omisión sea contradictoria con el Acuerdo, o con el Acuerdo de Cooperación Ambiental o el de Cooperación Laboral citados supra.<sup>124</sup>

Como hemos señalado, un acuerdo ejecutivo de tipo congresional, que es el caso del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, cuya ejecución ha implicado modificaciones a diferentes leyes federales (recuérdense las enmiendas realizadas por la *Implementation Act* a diferentes normas como la Ley de Ajuste

<sup>124</sup> Traducción de la autora.

Agrícola que enmienda la Ley del Acuerdo Agrícola Mercantil de 1937, la Ley de Comercio de 1974, la Ley de Importación de Carnes de 1979, la Ley de Conciliación Presupuestal de 1985), tiene virtualmente el mismo efecto legal en el derecho interno que el que tiene un tratado. Es decir, que el TLCAN podría contravenir las disposiciones de una ley federal anterior, apeándose estrictamente a la regla de técnica jurídica *lex posteriori derogat anteriori*, que es un principio ampliamente utilizado en las relaciones de interpretación de los tratados para su aplicación interna. Es decir, que en el supuesto que el TLCAN contravenga las disposiciones de una ley federal anterior, esta última prevalecería, en claro desapego a la regla *lex posteriori derogat anteriori*, comentada supra.

Esta disposición contradice también la práctica jurídica de ese país, y lo expresado también por los precedentes judiciales, que tienen un peso importante dentro del desarrollo jurídico interno.

En el inciso b, cuando se afirma: “El Representante Comercial asistirá a los Estados en la identificación de aquellas leyes estatales que puedan no estar conformes con el Acuerdo pero pueden ser mantenidas vigentes dado que entraron en vigor antes que éste”, se está priorizando el factor de anterioridad en lugar de aplicarse la regla mencionada anteriormente.

En ese mismo sentido, se corrobora que en los casos de impugnación ninguna ley estatal ni su aplicación pueden ser declaradas inválidas sobre la base de que sus disposiciones sean contrarias al Acuerdo, con excepción de una acción llevada a cabo por los Estados Unidos de América para declarar tal ley y su aplicación inválida.

Todo ello, contraría la política, de respeto y obligación del cumplimiento de los tratados, que en el ámbito internacional el país trata de reflejar en su interacción con el resto de la comunidad de países.

En la parte final de esta disposición, la negación a los particulares de nacionalidad extranjera, del derecho de acudir a las instancias judiciales pertinentes, coloca a los mexicanos y cana-

dienses en una posición de desventaja en relación con los ciudadanos americanos.

## 2. *Cláusulas de limitación contenidas en los títulos II y III de la Implementation Act del TLCAN*

Para el análisis de las normas que conforman la *Implementation Act* del TLCAN, es indispensable considerar que el contenido de este Acuerdo no ha sido verdaderamente conciliatorio, es decir, que en los diferentes aspectos abordados las diferencias entre los tres países no se han podido soslayar y esto ha permitido que la norma americana encuentre brechas muy amplias para interpretar a su favor, lo pactado.

Además, la concertación de un acuerdo internacional implica la coincidencia de las diferentes voluntades de las partes, sin embargo, lo que se ha logrado en gran medida, con el TLCAN, no ha sido precisamente una coincidencia de criterios.

Así, la generalidad de muchas de las cláusulas contenidas en el TLCAN ha permitido la proliferación de interpretaciones divergentes que tutelen los intereses de la parte más fuerte desde el punto de vista económico y comercial. Sin lugar a dudas el título I debe considerarse como la base teórico-normativa que sostiene el resto de los títulos abordados particularmente.

Es precisamente en este título donde aparece la cláusula de anterioridad que ha abierto el paso a aplicaciones de leyes anteriores al Tratado, diseñando un mecanismo a todas luces cuestionable desde el punto de vista de las obligaciones que se desprenden del TLCAN para los Estados Unidos de América.

A la luz de lo especificado en este título se pueden evidenciar una serie de reglas y medidas que regulan la validez y supremacía jerárquica de leyes anteriores al Tratado en cuestión, limitando profundamente la efectividad de la aplicación del TLCAN, pues la aplicación de reglas anteriores lleva implícito que no se otorga un trato especial a los países miembros.

Otro aspecto que consideramos necesario señalar es que estas reglas confieren una serie de poderes discrecionales al Ejecutivo, en materia de determinación del grado de aplicabilidad de la normativa prevista en el Acuerdo, y aunque esta es una característica siempre presente en este tipo de actos, en el caso que nos ocupa, termina por desvirtuar casi por completo la eficacia y el contenido primigenio del acuerdo, constituyendo un serio problema al momento de su interpretación.

Pudiera pensarse que en el caso mexicano el Ejecutivo goza de las mismas facultades discrecionales, según lo establece la Ley de Comercio Exterior de 1993 (artículos 4o. y 5o.), sin embargo, no debemos ignorar que las facultades del Ejecutivo mexicano encuentran una limitante muy importante en la posición jerárquica de los tratados con relación a las leyes federales y locales, y en su carácter autoaplicativo, mientras que en el caso de los Estados Unidos de América, la existencia de la *Implementation Act*, que es el resultado de la heteroaplicabilidad del Acuerdo, y específicamente la cláusula de anterioridad, eliminan esos límites.

Como constataremos posteriormente —en el capítulo quinto—, el capítulo XX del TLCAN proporciona una serie de instrumentos para la implementación del Acuerdo y la determinación de su contenido, que serán analizados, y que constituyen un medio fundamental, aunque no tan utilizado como el capítulo XIX, para disminuir los efectos negativos que para México se derivan de la aplicación de la *Implementation Act*.

Las limitaciones al contenido del TLCAN, introducidas por la ley en comento, se refieren fundamentalmente a una serie de enmiendas para un amplio número de leyes federales en materia aduanera, laboral, comercial o agrícola. Estas modificaciones legislativas, en su gran mayoría, introducen poderes discrecionales para los órganos del Ejecutivo americano, que podrán determinar, en cada caso particular, el grado de aplicación del Acuerdo, a través de una evaluación de la protección de los intereses nacionales, establecidos en leyes cuya entrada en vigor

tuvo lugar con anterioridad al Acuerdo. Así, la tutela y protección de intereses de determinados sectores productivos o comerciales americanos, constituyen la justificación para la falta oportuna de ejecución del contenido del Acuerdo, y permiten el uso indiscriminado de poderes discrecionales del Ejecutivo, para evaluar cada situación concreta y establecer una aplicación limitada del Tratado.

De manera relevante, los títulos II y III de la *Implementation Act* analizan una serie de casos particulares, en el ámbito migratorio, aduanero, comercial, laboral o agrícola, utilizando reglas especiales y discrecionales que impiden la aplicación del contenido del Tratado, como veremos a continuación:

#### *A. Título II. Reglamentación en materia aduanera*

##### Sección 202 - Reglas de origen

Esta sección establece los criterios para la calificación del origen de las mercancías, en las relaciones de importación y exportación entre los países del TLCAN. Sin embargo, en su subsección (q), elabora reglas y establece excepciones, a través de las cuales el presidente (previa consulta con los Estados, según lo especificado en la sección 103 de esta misma Ley) podrá ejercer su autoridad para proclamar modificaciones a las reglas establecidas en el párrafo (1)(A) de esta misma sección, concernientes a los métodos de identificación de origen de los productos. Las únicas reglas que no podrán ser modificadas son las previstas en el párrafo A del apéndice 6 del anexo 300-B (en materia textil y del vestido) y de la sección XI de la parte B del anexo 401 del TLCAN.

### Sección 207. Marcas de origen de productos de países miembros del TLCAN

La subsección (b) de este artículo establece la aplicación prioritaria de las reglas contenidas en la sección 304 de la *Tariff Act* de 1930, en todo lo concerniente a los requerimientos conexos a las marcas de origen para los productos a los cuales se refiere el anexo 311 del Tratado (en materia de exenciones de los requerimientos de marcas). Como se puede observar, el criterio de aplicación de la norma doméstica anterior prevalece sobre la norma del TLCAN.

### Sección 208. Protestas en casos de reglas de origen dudoso

La subsección (f), en caso de denegación de trato preferencial, reconoce poderes discrecionales del Servicio de Aduanas americano, para la determinación de un patrón de conducta, en los casos de falsas representaciones por parte de importadores. La oficina en cuestión podrá denegar el trato preferencial para las mercancías producidas o importadas por el particular, con exigencia de observar sólo las reglamentaciones previstas al respecto por la Secretaría, y con independencia de lo estipulado en la sección 202 de esta Ley (en materia de reglas de origen).

La disposición normativa se encuentra en clara contradicción con el artículo 510 del Tratado, que, en materia de revisión e impugnación, prevé el derecho de los individuos de defenderse de las sanciones, mientras la sección 102 de la *Implementation Act* no reconoce a los extranjeros el derecho de impugnación. De esta manera las evaluaciones discrecionales del servicio de aduanas americano no podrán ser cuestionadas por particulares extranjeros, en abierto contraste con el contenido del mencionado artículo 510, que prevé el otorgamiento a todas las partes de los mismos derechos de revisión e impugnación. Asimismo, la disposición considerada constituye una clara violación del principio del trato nacional establecido en el artículo 301 del TLCAN.

### Sección 211. Control de las importaciones de tubos de rayos catódicos

Con base en la información proporcionada por el Servicio de Aduanas, el presidente, en los casos en que tenga motivos para creer que tales productos ingresados por un país miembro del TLCAN tienen precios discriminatorios, podrá emprender todas las acciones previstas en el artículo 317 y en el capítulo XX del TLCAN, y todas aquellas otras previstas por las leyes comerciales de Estados Unidos, para los efectos de proteger la economía y producción americanas.

De esta manera, la Ley mencionada no establece ninguna supremacía jerárquica entre leyes aplicables, y propicia, con base en el contenido del título I de la misma, la aplicación preferencial de leyes anteriores a la entrada en vigor del Tratado, desvirtuando el contenido del mismo.

## B. *Título III. Aplicación del Tratado a sectores y servicios*

### Subtítulo A. Salvaguardas

#### Sección 302. Desgravación de las importaciones beneficiadas por el Acuerdo

Para los casos de desgravación, se deberá presentar una solicitud a la *International Trade Commission*. Si en el curso de sus investigaciones, tal Comisión se percatare de que la disminución o exención de aranceles, a tenor del TLCAN, y el aumento de las cantidades de los artículos importados de Canadá o México, según sea el caso, causa (o pudiera causar en el caso de México) un serio daño a la producción industrial americana, informará de esto al presidente, según lo previsto por la sección 304.

De esta manera, la sección analizada prevé un trato discriminatorio hacia México, toda vez que la Comisión podrá utilizar la simple amenaza de daño como medio para impedir las desgravaciones, mientras, en el caso de Canadá, deberá probar el daño directo a la producción americana.

#### Sección 304. Previsión de la Desgravación Arancelaria

La subsección (b) establece que el presidente no está obligado a prever desgravaciones, cuando éstas no causaran beneficios económicos (para Estados Unidos) mayores que los costos involucrados.

El criterio a través del cual el Ejecutivo podrá establecer limitaciones a las desgravaciones es sumamente amplio y aleatorio y desnaturaliza el espíritu mismo del Tratado, al condicionar la desgravación a la obtención de beneficios económicos. En este caso, los compromisos adquiridos por el Acuerdo, reflejados en la lista de desgravación, del anexo 302.2, estarán condicionados por esa circunstancia, que no aparece contemplada en el TLCAN.

Por el contrario, la desgravación, en el caso de las zonas de libre comercio, debería tener un fin colectivo, que se traduce en el interés de las tres partes por fortalecer la zona en su conjunto.

#### Sección 309. Recuperación de precios para jugo de naranja congelado

El secretario de Agricultura tendrá la facultad de determinar los periodos (de 5 días laborales consecutivos) en los cuales el precio diario del jugo de naranja concentrado sea menor del promedio (en base a lo establecido por el *New York Cotton Exchange*, subsección [d]). Cuando se verifiquen tales casos, la cantidad de importaciones podrá ser limitada a lo previsto por la subsección (b) y en aplicación de la tasa de importación más baja, prevista por la columna 1 del HTS (*Harmonized Tariff Schedule of*

*the United States* [Sistema Generalizado Preferencial de Estados Unidos]).

Sección 311. Impacto de los artículos del TLCAN sobre las exenciones de costos de importaciones previstas por el *Trade Act* de 1974

En aplicación del capítulo 1 del título II del *Trade Act* de 1974, la *International Trade Commission* realizará todas aquellas evaluaciones necesarias para determinar si las importaciones de determinados productos puedan causar daño a la economía estadounidense. El reporte de tales investigaciones (efectuadas de manera discrecional por parte de la Comisión) será comunicado al presidente.

Sección 312. Acción presidencial sobre Importaciones prevista por el TLCAN

Con base en la información proporcionada por la *International Trade Commission*, y a tenor del capítulo 1, del título II, de la *Trade Act* de 1974, el presidente podrá negar la importación de determinados productos, si éstos contribuyen sensiblemente a causar daño o amenaza de daño a la economía del país (la única causa de exclusión es representada por el hecho de que el producto represente una parte substancial de las exportaciones totales del país). A tenor de lo previsto en esta sección, se postula la aplicabilidad de una ley anterior a la entrada en vigor del Tratado, en aplicación de la cláusula de anterioridad prevista en el título I de esta norma.

Sección 321. Agricultura

Como hemos señalado al inicio de este capítulo el tema agrícola ha sido extremadamente sensible para los tres países.

En el caso del cacahuete, éste es considerado un producto que merece ser protegido, debido a que los Estados Unidos de América es uno de los países con mayor producción de este grano.

Por ello, la subsección (d) en materia de importación de cacahuates establece la supremacía jerárquica (y la aplicabilidad con independencia de lo previsto por otras secciones de esta Ley) de la normativa prevista en la sección 358e(d) de la *Agricultural Adjustment Act* de 1938, y en el *Marketing Agreement* número 146 (en materia de regulación de la calidad de los cacahuates producidos domésticamente, y de productos que entren en el mercado nacional, según lo previsto por la sección 108B(f) de la *Agricultural Act* de 1949). En el párrafo (2) de la misma subsección, se prevé también la posibilidad para los Estados Unidos de requerir consultas al Grupo de Trabajo sobre Acciones de Emergencia, toda vez que la importación de cacahuates exceda la cuota establecida en el plan de Estados Unidos con relación al anexo 302.2 del Tratado, y pueda ser una causa sustancial, ó contribuir de forma importante en causar un daño serio a la industria doméstica del cacahuete.

Otro de los aspectos que regula esta sección es la utilización del *end-use certificate* en la importación de trigo o cebada (cultivos de los que Estados Unidos es considerado un gran productor), y la suspensión de los requerimientos establecidos en ese documento, previa consulta al Congreso, si esta importación significa la reducción de las ganancias de los productores nacionales, o la reducción de la competitividad de los mismos en el mercado internacional.

### Sección 361. Enmiendas en el ámbito Agrícola y Técnico

La subsección (b) se relaciona con la importación de animales, y otorga facultades discrecionales a la Secretaría de Agricultura, en la importación de animales que hayan sido infectados o expuestos (según las interpretaciones discrecionales de la misma Secretaría) a infecciones por garrapatas.

En la subsección (c) se introduce una enmienda a la sección 10 de la Ley de 30 de agosto de 1890: la nueva sección 10 (párrafo 3) confiere al presidente facultades discrecionales para dejar de aplicar cualquier reglamentación de la ley en cuestión en los casos de importaciones de animales desde México o Canadá.

De igual manera, la subsección (d) se encarga de la determinación de países y territorios libres de enfermedades, y establece poderes discrecionales para que el presidente determine que la zona de origen del animal sea libre de infecciones o enfermedades. También en estos casos, la aplicación del contenido del Tratado dependerá de las evaluaciones discrecionales del Ejecutivo, independientemente de lo establecido por el Tratado mismo.

La subsección (d), párrafos (2) y (3), en materia de importación de miel de abeja, introduce enmiendas a la *Honeybee Act* de 1822, y confiere, de igual manera, facultades discrecionales al presidente para que determine si, en las importaciones desde Canadá o México, el producto es libre de enfermedades (y la posibilidad de permanecer como tal) y parásitos potencialmente dañinos, así como la ausencia de especies o subespecies de abejas indeseables en el territorio americano.

La subsección (e) se refiere a las enmiendas introducidas a la *Poultry Products Inspection Act*, que prevé, en su nuevo párrafo 2 de la sección 17(d), la necesidad, en materia de importaciones avícolas, de respetar las normas de inspección, de calidad, sanitarias y de verificación de especies, que sean equivalentes a las de los Estados Unidos de América. En el caso de importaciones desde México o Canadá, el secretario de Agricultura podrá equiparar las medidas de normalización locales a las nacionales, solamente si el país exportador proporciona evidencia científica u otra información, que demuestre que han sido alcanzados niveles de protección considerados apropiados por la Secretaría. También en este caso, son conferidos poderes discrecionales al Ejecutivo para la determinación del nivel adecuado de protección.

La subsección (f) se encarga de las enmiendas introducidas al *Federal Meat Inspection Act*, e introduce nuevos párrafos a su sec-

ción 20(e). En específico, los subpárrafos (B) y (C) del nuevo párrafo 1, afirman que, en materia de importación de carnes desde México o Canadá, el secretario podrá considerar las medidas de normalización del país exportador como equivalentes a las de los Estados Unidos solamente si es proporcionada información y evidencia científica que demuestre un nivel de protección que el Secretario considere adecuado.

Para finalizar, la subsección (g), en materia de importación de pasta y crema de cacahuete, establece que deberán ser respetadas todas las medidas de normalización de calidad establecidos en el *Marketing Agreement* num. 146. Como hemos señalado en el subcapítulo II de este trabajo, los Acuerdos ejecutivos se rigen por la regla de técnica jurídica consuetudinaria que establece que éste prevalece si se ha celebrado posteriormente en tiempo, en caso de contradicción con una ley federal, sin embargo, aquí se establece que el Acuerdo (TLCAN) y la Ley de Implementación no tienen jerarquía sobre lo establecido en la Ley de Ajuste Agrícola de 1938 o en la Ley del Acuerdo Mercantil que regula la cantidad de la producción doméstica de cacahuates (secc. 321 (d). *Peanuts*, p. 2109).

En este sentido, al igual que la sección 102 que contiene la *grandfather clause*, esta sección también sostiene una afirmación a todas luces inválida desde el punto de vista de la práctica jurídica de ese país.

Por último, quisiéramos subrayar que todas las normas aquí citadas representan solo algunos ejemplos de las posibilidades, introducidas por la *Implementation Act*, de transgredir el contenido del Tratado, aplicando leyes anteriores a la entrada en vigor del mismo. Así, el título I de la ley objeto de estudio, la base normativa que proporciona el fundamento para cualquier sucesivo alejamiento del contenido del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, por parte de los Estados Unidos de América, toda vez que las normas del Tratado entrarán en conflicto con la legislación interna, federal o estatal.

### 3. Algunos casos prácticos de la aplicación de la Implementation Act

Hasta el momento pudiera pensarse que los señalamientos planteados, demostrando las limitaciones de la aplicación de la *Implementation Act* y consecuentemente de la *grandfather clause*, pueden quedarse en el terreno teórico.

Sin embargo, las consecuencias de la aplicación de esta norma, son palpables, al analizar las decisiones que las autoridades americanas han tomado en los paneles arbitrales al resolver casos en los que empresas mexicanas han estado involucradas.

A continuación les enumeraremos algunos de los ejemplos más representativos.

1) A tenor del capítulo XIX del TLCAN, desde el 16 de junio de 1995 Cementos de México, S.A. de C.V., ha presentado en innumerables ocasiones ante la Sección Estadounidense del Secretariado, la solicitud de establecimiento de un panel arbitral, para analizar nuevamente las cuotas *antidumping* impuestas a México inicialmente en el marco del Acuerdo *Antidumping* del GATT, y posteriormente ratificadas en este foro, por la importación a ese país de cemento *Gray Portland y Clinker*, a un supuesto precio de *dumping* (USA-95-1904-02).

Invariablemente, en los análisis efectuados por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América se ha demostrado que esta autoridad goza de un estatus especial, ampliado o potenciado por la *Implementation Act* del TLCAN, y que está dado por el principio de deferencia (*deferente doctrine*), que concede prioridad a los juicios emitidos por la misma, haciendo uso de poderes discrecionales del Ejecutivo, que van mas allá de lo pactado en el Acuerdo.

2) Desde el 8 de febrero de 1995, CINSA S.A. de C.V. ha solicitado en diversas ocasiones, ante la Sección Estadounidense del Secretariado, el establecimiento de un panel arbitral para analizar las cuotas *antidumping* impuestas por ese país por la importación

a precio de *dumping*, de utensilios de cocina porcelanizados procedentes de México (USA-México-98-1904-04).

En este caso, al igual que en el anterior, los análisis efectuados por el Departamento de Comercio, llevan implícitos la aplicación del principio de deferencia referido supra.

3) Uno de los casos que ha adquirido mayor notoriedad y cobertura informativa ha sido el del servicio transfronterizo e inversión en el sector de transporte de carga.

Desde el 19 de octubre de 1999, el gobierno de México solicitó, a tenor del capítulo XX del TLCAN, el establecimiento de un panel arbitral, para analizar la negativa del gobierno americano de aprobar la solicitud de transportistas de propiedad mexicana, para presentar servicios de transporte transfronterizo.

El panel determinó que la posición americana constituye un incumplimiento de los Estados Unidos conforme al anexo I y el artículo 1203 del TLCAN.

Sin embargo, la moratoria a esta situación ha continuado, a pesar de la recomendación del panel, debido fundamentalmente al principio de deferencia que ha sido otorgado a la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos (USITC).<sup>125</sup>

#### 4. *Validez jurídica de la Implementation Act*

El análisis anteriormente presentado nos permite asegurar que esta norma tiene una gran importancia en el ámbito de procedimientos internos de los Estados Unidos de América, por cuanto el Tratado sólo puede ser vinculante a través de ella.

También, gran parte de su importancia radica en que permite elegir la forma en que las obligaciones internacionales van a ser cumplidas internamente, otorgando al sistema ejecutivo y legis-

<sup>125</sup> Informe sobre los casos de solución de controversias del capítulo XIX y XX del TLCAN, Sección Mexicana del Secretariado de los Tratados de Libre Comercio, ISO-9000, agosto de 2002, pp. 13-47.

lativo un margen amplio de actuación, que permite conciliar las disposiciones internas y las internacionales.

Sin embargo, si a este detalle agregamos la existencia de la cláusula de anterioridad, coincidiremos en que resulta cuestionable la forma en que los compromisos adquiridos a través de un tratado pueden sufrir modificaciones de fondo, que desvirtúan el compromiso inicial.

Podría pensarse que no pueden los otros países partes en el TLCAN inmiscuirse en el procedimiento interno de los Estados Unidos de América, para implementar los acuerdos ejecutivo-congresionales; sin embargo, la cuestión que aquí se debate deja de ser un problema de “competencia nacional”, pues sus consecuencias, involucradas en el campo del derecho internacional, afectan los derechos e intereses económicos vitales de terceros, en este caso de México y de Canadá.<sup>126</sup>

Es decir, que los cambios unilaterales efectuados en la *Implementation Act* del TLCAN, que a todas luces afectan a los otros países miembros, no pueden ser considerados adecuados desde el punto de vista del derecho internacional, aunque tal procedimiento legislativo sea parte del mecanismo interno de este país, para incorporar el derecho internacional a su sistema jurídico.

Resulta evidente que un Estado no puede, violando el principio de igualdad soberana, imponer a otros una normatividad excluyente, sin su consentimiento.

Desde nuestro punto de vista las leyes de implementación de los tratados pueden contribuir a que su aplicación sea más efectiva, al lograr mayor uniformidad en su ejecución. Igualmente pueden constituir una guía más clara para los órganos jurisdiccionales y

<sup>126</sup> Ross, Alf, *La notion de 'competence national' dans la pratique des Nations Unies. Une rationalisation a posteriori*, citado por Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “¿Tiene el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos «autoridad» para interpretar y, en su caso, violar el derecho internacional?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, nueva serie, año XXVIII, núm. 82, enero-abril de 1995.

administrativos, a la hora de emitir resoluciones y recomendaciones con mayor certeza jurídica y apego a lo establecido.

Sin embargo, las leyes de implementación, y particularmente la americana, bajo ningún concepto, deben tergiversar a su beneficio lo pactado en el TLCAN.

En el siguiente subcapítulo, notaremos que, aún cuando Canadá lleva a cabo el mismo procedimiento de implementación, esto no necesariamente significa una interpretación diferente a lo pactado en el Acuerdo.

El principio *pacta sunt servanda* es muy claro cuando dice que los tratados deben ser cumplidos. No resulta un acto de buena fe la interpretación unilateral que se hace en esta norma de los compromisos adquiridos por las tres partes, por ello, consideramos que México, atendiendo a la posición que ocupa en relación con esta interpretación unilateral, puede negociar con los Estados Unidos de América la eliminación de la cláusula de anterioridad de la *Implementation Act* americana, o la inclusión de una cláusula similar en una ley de ejecución del TLCAN en México, atendiendo al principio de reciprocidad del derecho internacional, aplicado constitucionalmente por diversos Estados, entre ellos Francia.

## II. LA *IMPLEMENTATION ACT* CANADIENSE DEL TLCAN

El sistema de recepción del derecho internacional canadiense, como hemos apuntado, puede ser indistintamente, heteroaplicativo o autoaplicativo, dependiendo de las disposiciones jurídicas, de las tendencias consuetudinarias y de las actitudes políticas que prevalezcan en el proceso de aprobación de los acuerdos internacionales.

En el caso del Acuerdo de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), al igual que en el sistema de recepción del derecho internacional de los Estados Unidos de América, ha sido necesaria la emisión de una norma de implementación que permita su entrada en vigor.

De esta manera, el 23 de junio de 1993, el Ejecutivo canadiense, con el consentimiento del Senado y la Cámara de los Comunes, emitió la *Implementation Act* canadiense del TLCAN.

Esta norma, consta de:

- 1) *Una parte general*, que enuncia los objetivos y propósitos que persigue el Tratado en cuestión y la interpretación que debe hacerse de los términos utilizados en el texto del mismo;
- 2) *La parte I*, que establece la aprobación del Acuerdo, la designación del Gobernador del Consejo, como Ministro, representante del Ejecutivo, encargado de la ejecución de la *Implementation Act*, y las disposiciones necesarias para lograr el funcionamiento de las Instituciones del TLCAN ( Comisión de Libre Comercio, Secretariado, Paneles, Comités, etcétera);
- 3) *La parte II*, que dispone las modificaciones que debieron hacerse a las diferentes normas que forman el derecho interno, para permitir la ejecución del Acuerdo y;
- 4) *La parte III*, que establece los requerimientos para su entrada en vigor.

A grosso modo, algunos de los postulados más significativos se comentan a continuación:

El acápite 6 de la parte general, establece la prohibición para los particulares de iniciar procedimiento jurisdiccional alguno, sin el consentimiento del procurador general de Canadá, si éste estuviera encaminado a lograr cualquier obligación o derecho que pueda obtenerse a tenor de la parte I de este Acuerdo.

El acápite 7(1) establece la no aplicación del Acuerdo a los recursos naturales acuíferos, con lo que evidentemente se persigue su preservación.

En el acápite 20 de la parte I, se regulan las facultades del gobernador del Consejo, para aplicar en las provincias lo postulado

en los artículos 312 y 313 del TLCAN, referidos al comercio de los vinos y licores destilados, realizando para ello, todas las modificaciones a la legislación interna que considere pertinente.

El acápite 77 de la parte II, establece las facultades de los paneles de arbitraje creados a tenor del capítulo XIX del TLCAN, y no se aparta de lo preceptuado en este capítulo.

Sin embargo, consideramos que en esta ley, lo verdaderamente importante, es la existencia de la cláusula, ubicada en la parte general, en el acápite 3, que dispone:

Para mayor seguridad, esta Ley, cualquier disposición de una Ley del Parlamento, emitida a tenor de la parte II y cualquier otra ley federal que implemente una disposición del Acuerdo o cumpla una obligación del Gobierno de Canadá, relacionada con el Acuerdo, deberá ser interpretada de forma tal que sea consistente con el mismo.

Como podemos constatar, esta disposición establece exactamente lo contrario que lo regulado por la cláusula del abuelo americana, comentada anteriormente. Es decir, se pronuncia por una interpretación acorde con lo dispuesto en el Tratado, y de ninguna manera privilegia la aplicación de la legislación anterior al mismo.

Es decir, que en su relación con los otros dos países miembros, Canadá, ha mantenido su obligación de respetar el tratado, y no ha aprovechado la *Implementation Act* para realizar una interpretación unilateral del mismo.

De todo esto se infiere que también los canadienses se encuentran afectados por la interpretación que los Estados Unidos de América han realizado del TLCAN, a través de la *Implementation Act* americana, por lo que México podría unir fuerzas con este país, en su lucha por hacer valer sus derechos.

### III. EL PROCESO DE APLICACIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO MEXICANO

Para insertar la regla internacional en el sistema jurídico interno, México aplica el método autoaplicativo, que consiste en que una vez que se ha cumplido con el requisito de la publicación del tratado, éste pasa a formar parte directamente del derecho interno del país, sin que medie ningún acto de emisión de una norma de ejecución.

Es importante precisar que, a pesar de esta incorporación automática, la norma internacional conserva su propia identidad, de modo que su existencia, modificación o extinción depende fundamentalmente del propio orden internacional y no del derecho interno.

A pesar de lo establecido en el artículo 133 constitucional, que ha permitido asegurar que los tratados pasan a formar parte del derecho interno automáticamente, una vez que han cumplido con los requisitos enumeramos en páginas anteriores, este criterio se amplió, y en la actualidad, existe también la opinión doctrinal que pondera casuísticamente, la inserción automática, o la necesidad de que el Congreso emita una norma, que permita la ejecución del tratado en cuestión, o de alguna de sus disposiciones, si la redacción del texto del acuerdo internacional lo permite, o dependiendo también de los destinatarios de la norma.<sup>127</sup>

Resulta evidente, que en el caso del TLCAN, la tesis (contenida en el artículo 133), que propugna que la inserción del derecho internacional en el interno, se realiza de manera autoaplicativa; resulta limitada, por cuanto, han existido varios casos, y no so-

<sup>127</sup> Vázquez Pando, Fernando y Ortiz Ahlf, Loretta, *op. cit.*, nota, 77, p. 19; Trigueros, Laura, "Las convenciones internacionales y sus problemas de aplicación interna", *Alegatos*, UAM, septiembre-diciembre de 1988, Cadena Hernández, Efrén, "Cuestionamientos y tesis contradictorias sobre la autoejecutividad de los tratados en México (referencias al Convenio de París)", *Revista de Derecho Privado*, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1995, p. 227; entre otros, sustentan este criterio.

lamente en los acuerdos de tipo comercial, en que fue necesario emitir una ley para ejecutar un acuerdo internacional. A manera de ejemplo, puede mencionarse la emisión de la Ley de Comercio Exterior el 1o. de enero de 1994, para implementar el capítulo XIX del Tratado objeto de estudio.

Por ello, coincidimos con la interpretación de lo preceptuado en el artículo 133 constitucional en el sentido de no excluir la heteroaplicabilidad de los tratados, (como ha ocurrido en la práctica), sino que pueda considerarse ambas posibilidades como admisibles.

En cuanto a la jurisprudencia, las resoluciones del máximo órgano jurisdiccional, se han pronunciado indistintamente por la aplicación de los tratados directamente, o por considerar la necesidad de la emisión de una norma que permita su ejecución:

SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTROPICOS. METACUALONA, [Tesis aislada, numero de registro 234, Primera Sala, séptima época, vol. 199-204 segunda parte, agosto de 1985, p.106]. ...las normas relativas del Convenio de Viena sobre sustancias sicotrópicas, del 21 de febrero de 1971, quedaron incorporadas automáticamente al derecho interno.

SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTROPICOS. EFEDRINA [Tesis aislada, número de registro 209, Tribunales Colegiados de Circuito, octava época, octubre 1994, t. XV, p. 594]. ...a los tratados internacionales, por disposición del artículo 133 de la Constitución General de la República, les corresponde el rango de ley, de allí que deba concluirse que las normas y listados de sustancias que se hicieron en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, adoptado en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988, que se aprobó por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 30 de noviembre de 1989, ya quedaron incorporados al derecho interno de nuestro país.

SALUD, DELITO CONTRA LA. LA POSESIÓN DE EFEDRINA SE TIPIFICA NO OBSTANTE QUE DICHA SUSTANCIA NO ESTÉ CONSIDERADA COMO ESTUPEFACIENTE O PSICOTRÓPICO EN LA LEY GENERAL DE SALUD SI, CONFORME AL ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO PENAL

FEDERAL, TIENE ESA CATALOGACIÓN EN UN TRATADO INTERNACIONAL [Tesis aislada que integró jurisprudencia, número de registro 193,436, Pleno, novena época, julio 1999, t. X]). ...la efedrina no está catalogada en el artículo 245 de la Ley General de Salud como una de las sustancias estupeficientes o psicotrópicos, sin embargo, en la Convención Única sobre Estupeficientes celebrada en Nueva York, en marzo de 1961 y aprobada por el Senado de la República el 29 de diciembre de 1966, si es un psicotrópico, por lo que se considera en la legislación interna inmediatamente aplicativa.

También se ha reconocido que existen algunas disposiciones contenidas en ciertos tratados que no pueden ser ejecutadas de forma directa, que son heteroaplicativas, y que necesitan para su ejecución de un acto legislativo que le otorgue validez jurídica.

EXTRADICIÓN [Tesis aislada, Primera Sala, quinta época, febrero de 1931, t. XXXI]. ...Si bien, los tratados de extradición deben reputarse parte integrante de la Constitución de la República, en los términos del artículo 133 de la misma, también lo es que dichos tratados no pueden llevarse a efecto sino mediante una exacta aplicación de la Ley de Extradición, de 16 de mayo de 1927.

MARCAS INDUSTRIALES. CONVENCION DE UNION DE PARÍS [sexta época, Segunda Sala SCJN, agosto 1957]. ...Nuestro país ha cumplido con la disposición del artículo 10 bis de la Convención de la Unión de París, al expedir la Ley de Propiedad Industrial, y no corresponde a los jueces de distrito cumplimentar la referida Convención, sino solamente examinar las violaciones constitucionales reclamadas en la demanda de garantías surgida con motivo de la aplicación de la Ley mencionada.

De todas las sentencias citadas, es posible concluir que, en el máximo órgano jurisdiccional no ha existido una posición unánime en relación con este tema, aunque no se han hecho pronunciamientos sobre la posibilidad de que en un mismo tratado existan disposiciones que puedan ser ejecutadas automáticamente y otras

que por el contrario necesiten de una norma que las implemente, cuestión que es estrictamente posible.

### *El caso del TLCAN*

A pesar de que durante el proceso de aprobación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, tuvieron lugar grandes debates en el Senado de la República, éstos no tuvieron una continuidad, que permitiera a las instancias competentes mexicanas exponer la explicación de los cambios que se producirían en el derecho interno, a causa de la aplicación del Tratado.

Lo anterior ha influido en que no exista, tampoco en este tipo de tratados comerciales, una posición unánime a nivel jurisdiccional, en cuanto a considerar qué partes del Tratado contienen disposiciones heteroaplicativas.

Por ejemplo, para permitir el funcionamiento del capítulo XIX del TLCAN —como mencionamos anteriormente— fue necesario realizar cambios importantes en la Ley de Comercio Exterior del 27 de julio de 1993, en el Código Fiscal de la Federación y en la Ley Órgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, lo que nos confirma que este capítulo ha sido clasificado como heteroaplicativo.

Uniéndose parcialmente a la política seguida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y quizás también apoyado en la tesis interpretativa que mencionamos con anterioridad, el Tribunal Fiscal de la Federación ha emitido una resolución, que sostiene la necesidad de que se emitan leyes que permitan la implementación de los tratados.

La tesis en cuestión señala:

EL JUEZ ESTA OBLIGADO A INTERPRETAR LAS LEYES Y REGLAMENTOS EN FORMA ARMÓNICA CON LOS MISMOS [cuarta época, Sala Superior del Tribunal Fiscal Federal, vol. 20, marzo de 2000].  
...Los Códigos Antidumping, aprobados en el seno del GATT o de la OMC, son tratados heteroaplicativos, y no pueden servir para

fundar una resolución de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. En ellos, los Estados Unidos Mexicanos se obligan a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, por lo que son las leyes y reglamentos, que en su caso se expidan, los que directamente establecen derechos y obligaciones a los particulares, y otorgan facultades e imponen deberes a las autoridades.

De todo esto podemos inferir que la necesidad de considerar la heteroplicabilidad de algunas disposiciones contenidas en los tratados es un hecho que no puede ser soslayado.

Las tesis jurisprudenciales pueden cumplir todos los requerimientos jurídicos establecidos, o por el contrario, ser motivo de críticas por parte de la doctrina, sin embargo, estas tesis están reflejando una situación jurídica que apunta a la necesidad de lograr una aplicación correcta de los tratados, sin violar lo preceptuado en el derecho interno.

La reflexión que sigue, según nuestra opinión, es considerar en la futura aprobación de tratados, si es necesaria, la emisión de una norma que facilite su implementación.