

Lo notable es que siendo un mecanismo atentatorio del comercio libre, que supuestamente chocaría a los países proveedores de los grandes mercados, particularmente la Unión Europea y Estados Unidos y, por ende, repudiables, no sólo han sido acogidos y copiados por los países con mayor comercio, como sucede con la República de Chile, con Brasil, Argentina, Perú y, desde luego, México, que fue quien firmó primeramente el Código Antidumping del GATT en 1987, sino también por Estados de menor participación en los mismos.

La actitud de los miembros del GATT fue, a mi entender, loable, pues sin reparos acogió la figura “delictiva” y contraria al comercio libre y depuró el mecanismo, dándole cierta solemnidad, al incluir en un artículo VI a dicha figura con detalle y desglosar sus puntos básicos, inclusive señalando ciertos “principios”, que tienen el carácter de doctrinarios.

En la Ronda Uruguay, que fundó la OMC, se ratificó esta posición, al aprobarse dos convenios sobre el particular, que hemos comentado, titulados Acuerdo para la Implementación del Artículo VI y Acuerdo sobre Subsidios e Impuestos Compensatorios, los que se incluyen en el anexo IA de la OMC, por lo que obliga a todos los miembros de dicha Organización.

Más adelante, al examinar la ley mexicana contra las prácticas desleales, puntualizaremos otros aspectos, ya que nos servirán como ejemplo, pues las que existan al amparo del GATT serán iguales prácticamente, con las salvedades naturales que los sistemas jurídicos de los distintos Estados observen.

Dada la práctica constante, lamentablemente cada día más presente, de modificar el factor “precio” del producto foráneo por vías no legítimas, se acordó en la Reunión Ministerial de la OMC, celebrada en Doha el 14 de noviembre de 2001 (WT/MIFI01/DECI1), llevar a cabo a la brevedad, la revisión del texto actual a la luz de la experiencia tenida en los últimos años, de los mencionados acuerdos que actualicen el texto de ambos a la situación actual, previniendo en la posible lo que pueda suceder en un futuro cercano, pero sin afectar para nada los principios básicos contenidos en el artículo VI.

XIII. LA LEY MEXICANA Y EL REGLAMENTO APLICABLES EN CONTRA DE LAS PRÁCTICAS ILEGALES DE COMERCIO INTERNACIONAL. EL COMERCIO EXTERIOR DE MÉXICO Y SU REGLAMENTACIÓN JURÍDICA

Debido a que México no ha sido un país dedicado por excelencia al tráfico internacional de mercancías y demás bienes, así como al sistema legal tra-

dicional que rige, carecía de las disposiciones adecuadas para proteger su comercio y de las instituciones prevalentes en los países que son los tradicionales como centros de transacciones importantes en este tipo de actividades, tuvo que crear y conformar todo un sistema jurídico-comercial a partir de su ingreso al GATT en 1986.

Lo anterior no significa que fuéramos inconscientes de la existencia de los movimientos presentes en la comunidad internacional sobre el comercio en cuestión, sino que el momento de actuar no había llegado.

Ordinariamente, todo se manejaba a través de aranceles, que por igual servían para gravar las importaciones de bienes y productos que nos afectaban como también en los casos en que era conveniente evitar la exportación de bienes escasos en los mercados internacionales, por lo que se debía cuidar su presencia en el país para no quedarnos sin ellos; pongo por ejemplo los casos del cemento y de la jojoba, los que en un momento tuvieron una gran demanda, y hubo que controlar su salida del país. Me tocó tramitar los permisos de exportación de una empresa productora del primero de ellos como abogado que fui por un largo periodo, de Cementos de Chihuahua, S. A., y conocer en campos desérticos del estado de Sonora la planta que producía la segunda, concretamente en la Isla del Tiburón, tierra de los distinguidos y orgullosos indios seris. Dada la escasez de dicha planta, su venta estaba prohibida en los años sesenta.

No abundamos en el tema arancelario, pues ya en ocasiones diversas lo hemos abordado.

Este control estaba en manos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y con los cambios internacionales conocidos tuvo que pasar este asunto del comercio exterior a otra dependencia, como fue la entonces Secretaría de Industria y Comercio.

A efectos de fortalecer esta actividad, que se limitaba básicamente a vender lo que el comprador le pedía en la puerta de su casa y no salía extramuros a ofrecer lo que podían adquirir futuros compradores y con ello ampliar su producción en general, se creó el Instituto Mexicano de Comercio Exterior, conocido como IMCE, ya mencionado anteriormente —para dicho, en términos coloquiales— “profesionalizar” este sector, en concordancia con los industriales, agricultores y demás, y con los comerciantes que manejaban esta actividad. Así, se pretendió responder al reto que el mundo de la posguerra planteaba.

He mencionado en varias ocasiones a dicho Instituto, pues tuve la fortuna de participar desde su “gestación” hasta su “desaparición” al ingresar México en el GATT en 1986 por su requerimiento, pues alguien consideró que colocaba en desventaja a sus integrantes, ¡cómo suena! a pobres países,

como los Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y demás potencias mundiales.³⁰⁷

La trayectoria del IMCE es muy interesante y ejemplar; sus creadores se inspiraron en el Jetro japonés y, a su vez, provocaron que varios países del continente crearan su “imce”. Magnífico, pues así se ordenaron sus esfuerzos para mejorar su participación en la comunidad exportadora mundial.

Hace falta que los creadores de IMCE plasmen por escrito la historia y logros del mismo, pues constituye un instrumento de gran valor, no sólo por haber sido un propulsor de nuestro comercio externo, sino por constituir una fuente de información para el sector correspondiente.

Una vez precisando lo anterior, pasemos a nuestro tema principal.

1. *Antecedentes jurídicos de la legislación comercial actual*

Los antecedentes de la legislación sobre comercio exterior en México no son muy antiguos, pues hasta 1836 formó parte del imperio español, por lo que las leyes que regulaban sus transacciones comerciales formaban parte de las normas legales españolas.

Sin embargo, podemos citar las disposiciones gubernamentales del México independiente en fecha anterior al reconocimiento por España en 1836, y así, tenemos según, indica Oscar Cruz Barney:

Al nacer a la vida independiente, el país carecía de un sistema arancelario adecuado a su nueva realidad política y económica; pasó de un sistema controlado de comercio, si bien liberalizado en la última mitad del Siglo XVIII pero siempre bajo el control de grupos de comerciantes a través de los consulados de comercio y con la presencia clara del Estado español en la regulación de las transacciones de la España y las Indias.

...

Alcanzada la Independencia en 1821, conforme al proyecto del Reglamento Político Provisional del Imperio Mexicano de 1822 correspondía al Emperador dirigir las relaciones diplomáticas y de comercio... La Soberana Junta Provisional Gubernativa aprobó el 15 de diciembre de 1821 lo que sería el primer arancel de México independiente, titulado “Arancel General Interino para Gobierno de las Aduanas Marítimas en el Comercio Libre del Imperio”.³⁰⁸

³⁰⁷ Fui funcionario del mismo ejerciendo algunas tareas relacionadas, como el derecho, habiéndome tocado participar en la liquidación formal en 1986, pues era el director jurídico del mismo.

³⁰⁸ Cruz Barney, Oscar, “Artículo 131. Introducción histórica”, en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2016, p. 583.

La Constitución política que está en vigor fue promulgada el 5 de febrero 1917, elaborada en el Congreso Constituyente que se estableció al finalizar la Revolución de 1910; contiene algunos preceptos —muy pocos— que se refieren al comercio exterior, como son la fracción XIX.1 del artículo 73, que faculta al Congreso para “establecer contribuciones: 7o. sobre el comercio exterior”; el artículo 89, fracción X, que contiene las facultades y atribuciones del presidente de la República en lo general y en lo particular, al señalar que éste podrá “Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales”, que deberán observar determinados principios normativos expresamente consignados en dicha fracción, entre los que encontramos los siguientes: “...la cooperación internacional para el desarrollo... la solución pacífica de las controversias...”.

Dichos tratados deberán ser aprobados, así como las convenciones diplomáticas (*sic*) “por el Senado de la República conforme lo determina el Artículo 76.1”. Adicionalmente a las disposiciones mencionadas, tenemos al artículo 131, compuesto de dos párrafos, ocupándose el primero de precisar que es “Facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten...”.

En el segundo párrafo se otorga al Ejecutivo la facultad “para... aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de tarifas de exportación e importación”, siempre y cuando el Congreso lo decida, ante el que deberá informar el “...uso que hubiera hecho de la facultad concedida”.

Este segundo párrafo fue añadido el 28 de marzo de 1951.

Ambos párrafos han sido objeto de críticas y comentarios diversos, pero han seguido su camino por un tiempo no muy largo, pero sí útil, pues facilitaron que se promulgara una Ley Reglamentaria del dicho párrafo Segundo del Artículo 131 el 5 de enero de 1961.

Años más tarde, fue sustituida por la denominada Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior, publicado el decreto correspondiente el 20 de diciembre de 1985, y en el *Diario Oficial* el 13 de enero; la fe de erratas, el 28 del mismo mes y año.

Pocos años después, como un acomodo de la nueva política en la materia, se elaboró la Ley de Comercio Exterior, publicada el 27 de julio 1993, y con ella se abrogó la anterior, de 1986.

Así, la actual Ley rige a partir de la fecha de su publicación, y, como es normal, ha sufrido cambios y modificaciones diversos, siendo los más recientes los que se publicaron oficialmente el 21 de diciembre de 2006.

Encontramos, así, que dicho cuerpo legal contiene:

1. Las facultades originales del Ejecutivo, consignadas en el artículo 131, párrafos 1 y 2, se conservan, pero su ejercicio acatará expresamente lo consignado en el capítulo II del título II del Reglamento, fracciones II y VII, respectivamente.
2. Asimismo, en el título IV están presentes las normas regulatorias del comercio exterior *de naturaleza no arancelaria*, que incluyen los permisos previos, cupos y mercados del país de origen, así como las demás medidas y normas oficiales nacionales.
3. En el siguiente título, el V, están las que combaten a las prácticas “desleales” de comercio internacional, cuya definición sigue el derrotero marcado por la OMC, lo que es correcto.

Una vez más criticamos y disentimos del calificativo de “desleales”, por las razones ya expuestas; es lamentable que por copiar los términos cómodamente manejados en la práctica se cometan esas negligencias y olvidos en perjuicio de nuestro bello idioma, máxime teniendo la calificación expresa y correcta de las mismas, como son los adjetivos “ilegales” o “ilícitos”, que son los adecuados.

Nos detendremos un momento en este apartado, consignando que el capítulo I contiene las disposiciones generales, y los siguientes se ocupan, a partir del II, de la discriminación de precios; de las subvenciones (capítulo III); del daño a una rama de la producción nacional (capítulo IV), y, desde luego, de los conceptos, definiciones y facultades de la Secretaría.

En cuanto a la “salvaguarda” (no “salvaguardia”, como consigna la OMC), el capítulo único del título VI, de manera muy breve, da los pormenores pertinentes, apoyándose asimismo en las reglas internacionales.

A partir del título VII se exponen normas procedimentales, tanto las que son comunes a dichas prácticas como a las salvaguardias (capítulo I), a la discriminación de precios, a las subvenciones, al daño a los diversos compromisos interpartes y gobierno y otras más pertinentes. Se establecen procedimientos especiales (capítulo V) y otras disposiciones más, incluyendo en el título IX a las infracciones, las sanciones y los recursos, considerando solamente al de revocación.

Pasemos a comentar el Reglamento.

Las disposiciones sustantivas son complementadas por las reglas adjetivas que aparecen en el Reglamento publicado el 30 de diciembre de 1993, y la reforma más reciente a la fecha de nuestros comentarios es del 22 de mayo de 2014.

Su contenido es el común: en el título I, en las disposiciones preliminares, en el título II, comprende la creación de la Comisión de Comercio

Exterior; el título III se ocupa de algunas barreras no arancelarias (BNA); el siguiente título IV, de las prácticas desleales de comercio internacional; el título V, de las medidas de salvaguarda (*sic*).

Al revisar estos capítulos conoceremos mejor qué significan en detalle las mecánicas de protección y defensa legítima que los países miembros de la OMC y, más concretamente, el GATT, pueden llevar a cabo para cubrirse y cuidar los bienes de su interés vinculados con la producción de toda índole, incluyendo la técnica en general, los servicios, el transporte, y cualquier otro que puedan ser objeto de comercio. Así también, cómo promover correctamente sus transacciones comerciales y, a la vez, cómo proteger de las acciones que atenten contra sus bienes, frutos, productos, patentes y avances tecnológicos susceptibles de registros y similares.

Llama la atención lo extenso del capítulo II en cuestión, pues comprende desde el artículo 39 al 58. La razón que lo explica está en que contiene verdaderas instrucciones o guías a la autoridad juzgadora, así como comentarios sobre diversas hipótesis que se presentan ordinariamente en la práctica; por ejemplo, cuando las mercancías “...no sean físicamente iguales entre sí”, o bien calcular el “valor normal” a que se refiere el artículo 31 de la Ley; o en el caso en que las ventas de una mercancía idéntica o similar no sea en operaciones normales, y otras situaciones más.

Otros temas examinados de los que se ocupan los artículos 44 y 45 son:

- a. El costo de producción
- b. Los gastos generales
- c. El margen de utilidad

Así también, precisa qué deberá entenderse por “países de economía centralmente planificada”; por “país sustituto”, etcétera (artículo 48), y en el artículo 54 se dan sugerencias y orientaciones sobre “los gastos ajustables admisibles” en la situación entre el valor normal y el precio de exportación que son tales, como los

- Cargos por embalaje
- Transporte, fletes, seguros, gastos aduanales y otros relacionados
- Gastos de crédito
- Comisiones
- Asistencia técnica, mantenimiento y reparaciones

El resto del articulado, que comprende hasta el número 58, incluye otros factores más de gran interés.

En cuanto al tema del daño, que es definitivo, pues sin su existencia no habrá “caso”, como ya advertimos, es crucial conocer bien los detalles y circunstancias que tocan los preceptos siguientes, o sea, del 59 al 69; habrá que manejarlos bien si se pretende tener éxito en un asunto si tal situación existe.

Se prevén tanto situaciones diversas como procedencia de países distintos o si son idénticos o similares, y otros factores más.

Detengámonos en este tema, que forma el contenido del título IV.

Encontramos al inicio del mismo las “Disposiciones generales”, que precisan lo que deberá entenderse por el concepto de “mercancías” y por “discriminación de precios”. De esta manera, se deberá calcular el monto de la subvención, advirtiendo que habrá de acatarse lo establecido en el artículo 38 de la Ley regulada y respetar lo establecido en el “Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias”, de la OMC, de que ya nos ocupamos.

El título del capítulo II, “Importaciones en condiciones de discriminación de precios”, intenta precisar cuándo hay precios ilegales en los productos importados que configuren un *dumping*.

Para comprender la situación, habremos de adentrarnos en los recovecos del tema para definir qué se entiende por *valor normal*, *precio de exportación*, *bienes análogos*.

Así también, lo que debemos entender por *valor normal o reconstruido*, presente en las operaciones comerciales normales, y lo que significa para la Ley. En ocasiones será necesario precisar si el país de origen tiene o forma parte de una *economía planificada* o de mercado, para poder configurar el precio, o bien para tomarlo como país sustituto.

La minuciosidad que descubrimos en los textos aludidos para precisar, y así determinar los conceptos legales, muestra la responsabilidad del juzgador para cumplir con su tarea, y así llegar al mejor resultado posible que evite cometer una tropelía o una injusticia. El apoyo que requiere para su función, como se puede derivar, es crucial, y éste debe ser sobre bases técnicas y objetivas.

Es pertinente considerar que el comercio carece de ideologías o banderas, y de ello la necesidad de saber si el producto se elabora o se cultiva en un país con *economía de mercado*, pues el factor “precio” se fija por razones que no siguen la ley de la oferta y la demanda. Así también, de donde procede, esto es, de un intermediario o de un país de origen, o bien si viene en tránsito simplemente.

La precisión temática señalada es indiscutible, pues el ingenio humano, la capacidad e imaginación para darle vueltas al camino correcto y la falta de ética, entre otros motivos, complican llegar a la verdad.

Además, y para mayor tarea, hay conceptos y factores en los que por su sutileza intervienen tanto hechos sucedidos como consideraciones subjetivas, tal como sucede con el daño y con su amenaza de causarlo, pues ésta debe ser fundada, y no ser solamente una preocupación. La OMC le presta especial cuidado, como nos percatamos de lo que nos señala. En el anexo 2, que se refiere al “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”, de la OMC, lo consigna claramente, al establecer que “La determinación de la amenaza de daño grave se basará en hechos y no simplemente en alegatos, conjeturas o posibilidades remotas”.

De aquí tenemos por qué los artículos 42 a 48 de la Ley se hermanan con el 68 del Reglamento para precisar si hay una tasa significativa de crecimiento de las importaciones del producto investigado, si el exportador tiene la capacidad de incrementar en su término cercano, si es evidente y además sustancial.

En suma, si existe una tendencia económica o política —agregaríamos a la que obliga la ley— para presumirlas, y que además causarán daño a la economía nacional.

Al precisar los extremos de dichos preceptos, veremos si existe o no el daño o su amenaza o no está presente.

Hay ocasiones en que pueden arribar las mercancías a precio de *dumping*, pero sin causar daño al productor doméstico; en el caso de que no produzca lo necesario y el consumidor requiera el bien, o cuando existan problemas internos en el país originario que le obliguen a deshacerse de los productos, o porque el exportador tiene sobrantes que debe vender y buscar evitar que otro colega se adelante en la venta y llene el vacío existente en ese mercado. Toda una historia.

Así, podríamos seguir relatando situaciones y complicaciones, pero aún hay otros puntos que tocar dentro del tema.

No me detendré mayormente en los requisitos y momentos procesables de la investigación, por no presentar mayores complicaciones, ya que comprenden reglas para demostrar desde la petición inicial la existencia o al menos la presunción del mínimo daño o amenaza, un valor del daño causado, o amenazado, los precios en juego y los apoyos, subsidios y demás que influyan en el mismo, para hacerlos competitivos; quiénes son los productores o exportadores y demás sujetos en la escena, y todos los elementos que sirvan para acreditar fundadamente la razón que asiste al demandante.

Como en todo proceso legal, se contemplan desde el inicio del caso la protección de los derechos de las partes afectadas, no sólo a quienes men-

cionen los actores, sino cualesquier otro tercer interesado, para garantizar sus derechos fundamentales —ahora les dicen “humanos”(¡!)— de garantía y audiencia, como están presentes en los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana, incluyendo a las representaciones diplomáticas de los países terceros que puedan tener interés en el caso, y se abre el tema a todos los terceros que pudieran demostrar interés en el caso.

Se establecen términos para el ejercicio de los derechos procesales que existan, así como para la celebración de audiencias, pruebas admisibles y plazos para su presentación y desahogo y demás pasos ordinarios que deban darse en todo proceso legal pese a que no se trate de un mecanismo típico jurisdiccional, pero dado que se trata de una controversia, el derecho, más aún, el orden jurídico internacional, protege los derechos y facultades de las partes que entran en la misma.

Estas investigaciones tienen en México el carácter de “contencioso administrativas”, toda vez que se tramitan y se desahogan ante funcionarios públicos de instituciones integrantes del poder administrativo, como la Secretaría de Comercio o su equivalente bajo otra denominación, pues el gobierno en turno acostumbra a cambiarla por una similar sólo para distinguirla de la anterior.

Existen, desde luego, audiencias públicas —al menos una— y decisiones transitorias, incluyendo cuotas provisionales y definitivas. Normalmente, también se prevén recursos para corregir errores o deficiencias de la autoridad, que se desahogan ante instituciones superiores, bien las mismas contencioso administrativas o jurisdiccionales, que constituyen tribunales de segunda instancia.

Al final, quedará una resolución con naturaleza de sentencia, que le pondrá fin al proceso, la que rechazará la petición original, bien por improcedente, por no haber demostrado fehacientemente la acción, como se le califica en todo proceso, o bien afirmará la resolución condenatoria y la existencia de una pena o sanción económica, denominada “cuota compensatoria”, consistente en el pago de una cantidad de dinero equivalente a la diferencia del precio o valor normal, en el caso del *dumping*, o del monto del beneficio o apoyo, en el caso de los subsidios.

Así, los países establecerán el orden y el derecho en el ejercicio de las transacciones comerciales internacionales, así como el monto de los beneficios logrados en perjuicio de quienes se vieron afectados, sean los trabajadores en los procesos productivos, los dueños del capital, los inversionistas, el poder público y, de alguna forma, la sociedad en general, alcanzando con ello alguno o algunos de los valores definidos por el derecho: “el orden,

la certeza jurídica, la paz social, la convivencia pacífica y en lo posible la justicia”.³⁰⁹

Todo lo dicho en esta última parte exige que formulemos algunas reflexiones, que procederemos a hacer en términos sencillos, sin que constituyan la totalidad de las mismas.

Empezaremos por una primera, de carácter técnico-legislativo.

Comentarios generales:

La primera observación es de carácter técnico meramente sobre el hecho de que al promulgar tanto la ley sustantiva de Comercio Exterior y su correspondiente Reglamento, que por esencia es adjetivo, siendo su función facilitar el cumplimiento de la misma, no se explica por qué la primera contiene numerosas disposiciones de carácter adjetivo, cuyo lugar por simple lógica debe estar en el Reglamento.

No es de extrañar que la Ley recoja normas reglamentarias, sucediendo esto cuando no se establece un código reglamentario, o bien si llega a promulgarse, se remiten las correspondientes al mismo. Aquí no sucede así, ignorando si existen razones para tal proceder o bien un descuido; mejor sería que se depurara y se pusiera en orden.

La segunda es también general, y contiene una felicitación al gobierno por haber promulgado ambos cuerpos legales pese a no ceñirse con rigor a la práctica tradicional legislativa.

En ocasiones, cuando se esperan cambios en un futuro incierto, pero seguro, se prefiere hacer todo cuando acontezca y no estar modificando con frecuencia los cuerpos legales.

³⁰⁹ El derecho es una ciencia de carácter social, que regula la conducta externa del hombre, por lo que su fin último es facilitar la convivencia humana. Armonizar los factores elementales de la misma es su tarea, y entre dichos factores está la justicia, cuyo logro es muy difícil, ya que sólo se da en la equidad, y esto según los ordenadores y creadores del derecho, los romanos, es darle a cada quien lo suyo: “justitia est constant et perpetua voluntas jus sum quique tribuere”, recalcaba este mensaje el maestro Oscar Morineau en sus lecciones de Introducción al estudio del derecho. A través de los años de ejercicio permanente de mi profesión de abogado, incluyendo dos en la judicatura, puedo asegurar que así sucede. Una vez más, mi reconocimiento en su recuerdo a mi admirado e inolvidable maestro.

Casualmente, días después de haber escrito lo anterior, se pronunció una resolución por una corte internacional de alta envergadura como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, confirmando que la suspensión del Pleno resultaba necesaria en una sociedad democrática, en particular para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertad de los diputados de la minoría. Ayuso Silva y J. Pérez Fernando, “Varapalo del Tribunal de Estrasburgo”, *El País*, 29/V/2019, pp. 21-23 y 29.

Esperamos conocer —algún día no lejano— las razones causales de la irregularidad comentada.

Una tercera, también de índole general y práctica, está en el hecho innegable de que la materia de fondo es básicamente económica, pero en sentido amplio, pues también presenta cuestiones de diversa naturaleza, como son las financieras, además de situaciones técnicas muy variadas, pues por igual son agrícolas; por ejemplo, los tomates mexicanos y las medidas del país importador, típicamente proteccionistas, o la fabricación de los aviones comerciales en Canadá y los problemas provocados por su competidor en Estados Unidos en razón de las medidas de apoyo y subvenciones que no son de su agrado.

Ambos casos están siendo objeto de controversias que se ventilan ante tribunales arbitrales ad hoc; el primero en los Estados Unidos, y el segundo en Ginebra, acorde con el anexo 2 de los acuerdos vigentes de la OMC.

Por naturaleza son, pues, complejos, y la sustanciación de los procesos requiere de expertos en materias diversas, lo que obliga a que se combine la técnica y la experiencia de los conocedores de la misma, con la ejecución de una revisión específica de un problema bajo la dirección indispensable del abogado que lleve el caso. Esto exige, sin duda, que también sea una persona experta en el manejo de los casos; sin duda que los abogados norteamericanos conocen muy bien la técnica procesal que se requiere para atenderlos, pero puedo asegurar que no son los únicos, y presumo orgullosamente que en México ya existe un grupo muy capaz que manejar constantemente litigios conocidos de esta naturaleza, y pronto habrá más.³¹⁰

Corresponde ahora formular un comentario de carácter particular, que se refiere a la naturaleza jurídica de la cuota compensatoria conforme a la legislación mexicana.

A. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la cuota compensatoria

El ámbito fiscal de las cuotas compensatorias. ¿son impuestos, derechos, aranceles o sanciones?

Una primera inquietud que se plantea consiste en la duda de por qué la Ley de Comercio Exterior siendo un ordenamiento administrativo incursiona en terrenos del derecho fiscal.

³¹⁰ A través de los procedimientos judiciales los conceptos se van precisando; la práctica que los norteamericanos observan es de gran relevancia y utilidad. Por ello, la consideración de los “precedentes” deviene muy útil como tal o como parte de la doctrina aplicable al caso. Esta práctica se ha enriquecido a partir de 1994 con la existencia de la OMC.

Una primera respuesta tal vez se encuentra en el artículo 131 constitucional, al facultar a la Federación para gravar mercancías que se importen o se exporten.

Dichos gravámenes solamente podrán manejarse a través de los mecanismos de control al paso de dichas mercancías, o sea, de las aduanas federales.

Podíamos también estimar que esta facultad de la Federación aparece dentro de la Ley de Ingresos de la Federación sin hacer distinciones, y, en fin, podríamos seguir buscando algunos otros fundamentos similares.

De inicio, debo advertir que no pretendo acercarme a estos conceptos, en términos de especialización jurídica, pues están muy lejos de mis conocimientos. Sin embargo, sí externo que desde hace varios años, cuando comencé a adentrarme en estos temas, me llamó la atención primeramente que en Estados Unidos distinguen entre lo que ellos llaman “impuestos compensatorios”, en el caso de los subsidios, y los “derechos *antidumping*”, en el caso de las prácticas de esta naturaleza. En cambio, en México simplemente les llamamos “cuotas compensatorias”; por lo tanto, la inquietud académica me planteó la necesidad de investigar cuál es su naturaleza jurídica, ya que aparentemente puede ser arancel, un derecho, un impuesto, o conforme nuestro Código Fiscal actual, otro tipo de gravámenes, como las definidas en el artículo segundo: contribuciones, aportaciones de seguridad social, aprovechamientos, o simplemente otros créditos fiscales.

Si consideramos que en diversas disposiciones norteamericanas alguna de ellas aún vigente (Tariff Act of 1894 y la Revenue Act of 1916, en particular) castigan al infractor con penas de cárcel y multas, tendremos que no sólo se busca restablecer el equilibrio perdido en los precios, sino castigar y sancionar al culpable.

En la Academia Mexicana de Derecho Fiscal se han presentado algunas muy importantes y valiosas ponencias que se refieren al tema, como el trabajo de ingreso a la institución del licenciado Bertín Vázquez, del licenciado Rubén Aguirre, del licenciado Luis Manuel Pérez de Acha, del licenciado Rafael Ibarra, quien de manera especial se refirió a las cuotas compensatorias, la del licenciado Samuel Ramírez Moreno, y la del suscrito, por lo cual se comprueba que el tema provoca múltiples inquietudes.

Fuere cual fuere la causa, es evidente que la cuota compensatoria actualmente, y según el artículo 63 de la Ley de Comercio Exterior, tiene carácter de aprovechamiento, en los términos del artículo tercero del Código Fiscal de la Federación, por lo que no hay duda de su tratamiento legal.

Esta situación ha llevado a que se dude de su constitucionalidad, al otorgarle facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

No hay duda de que para efectos de derecho positivo vigente las cuotas compensatorias, como ya dijimos, con base en la ley, son aprovechamientos que tienen como fuente las contribuciones de los ingresos derivados de financiamientos y los que obtienen los organismos descentralizados y las empresas de participación pública.

De esta manera, la polémica cesa, mas no así la duda de si es correcta la calificación que la ley le da.

B. *Importancia de la definición de su naturaleza jurídica*

Los posibles recursos legales para su revisión

La determinación de la naturaleza jurídica de las cuotas compensatorias rebasa el ejercicio de una simple inquietud académica, pues de su precisión puede derivarse si cabe algún recurso en contra, de ahí que su importancia es definitiva.

Habida cuenta de lo anterior y de la existencia de mecanismos de impugnación existentes en diversos cuerpos legales vigentes en nuestro país, debemos considerar los siguientes:

- a. La Ley de Comercio Exterior.
- b. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- c. Las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio.

a. *Ley mexicana de Comercio Exterior*. Al dictarse una resolución en el caso de un procedimiento contra prácticas desleales, se dispone que se podrá acudir al recurso administrativo de revocación, que tendrá como propósito "...revocar, modificar o confirmar la resolución invocada..." (artículos 94 y 95).

Dicho recurso, tal como ya se dijo, se deberá tramitar conforme a las disposiciones del Código Fiscal de la Federación, por lo que se tendrá que plantear en un término de 45 días siguientes al en que haya surtido efectos su notificación.

Tal como se advirtió, este procedimiento será igual al establecido en el Código Fiscal de la Federación.

b) *En el Tratado de Libre comercio de América del Norte*. El artículo 1904, párrafo 1, del Tratado citado, previene que las partes deberán sustituir sus mecanismos internos de revisión de resoluciones dictadas por autoridades nacionales en los casos de prácticas desleales, por lo que se establecen en el TLCAN.³¹¹

³¹¹ Cruz Barney, Oscar, "Las reglas de procedimiento del artículo 1904 del TLCAN", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LIX, núm. 251, enero-junio, 2009.

Sin tocar el tema de la dudosa constitucionalidad de dicho precepto, por no ser pertinente por ahora, la fracción II previene que una parte interesada podrá solicitar la conformación de un panel, o sea, de un tribunal arbitral ad hoc, para que revise si la resolución estuvo apegada a las disposiciones jurídicas aplicables.

Para este efecto dispondrá de un término de treinta días para la presentación de la reclamación (párrafo 14, (a) y así se llevará a cabo este proceso, que deberá confirmar la resolución o devolver el expediente para que la autoridad dicte una nueva conforme los lineamientos que para este efecto le determine.

En consecuencia, cualquier otra disposición que contenga un laudo deberá considerarse como inválida.

Desde luego que la selección de uno de los procedimientos señalados excluirá al otro, y esto nos puede llevar a que los afectados dispongan de dos términos distintos, pero consecuentes; esto es, treinta días para saber si se van por la vía del capítulo XIX del TLCAN, más 45 días en caso de que no los hicieran para irse por el recurso de revocación (artículo 98, I).

c) *Las reglas de la Organización Mundial de Comercio*. Por lo que toca a la Organización Mundial del Comercio, se previenen algunos mecanismos para conocer de resoluciones dictadas por autoridades nacionales en casos de prácticas desleales.

Para que esto sea posible, deberá moverse todo el aparato público de los gobiernos afectados para que actúen de conformidad con la legislación aplicable y se determine si se han violado de tal manera las disposiciones legales aplicables o es necesario acudir al foro de Ginebra.

En el TLCAN se establece un mecanismo similar en el capítulo XX, y es su esencia y razón la misma en ambos, o sea, la aplicación inadecuada o insuficiente de las disposiciones del TLCAN o del GATT/OMC.

Desde luego que ambos mecanismos son también excluyentes uno del otro, y su simple invocación encierra una seria acusación de inconsecuencias del gobierno acusado, lo que podría haber planteado la duda de su posible utilización.

Empero, los hechos han demostrado que no hay tal. México acudió al mecanismo del capítulo XX en el caso de la imposición de medidas proteccionistas por parte de los Estados Unidos (capítulo VII sin haber respetado las normas del TLCAN), en el caso de las escobas de mijo procedentes de México, que se resolvió dándole razón a nuestro país. Estados Unidos lo hizo en contra de la resolución provisional en el caso del jarabe del maíz de alta fructuosa procedente de los Estados Unidos en contra de la resolución provisional que fue dictada por la Secofi el 25 de junio de 1997.

Los casos han sido numerosos en estos veinticinco años de aplicación del TLCAN para no dudar de su confiabilidad.

Podemos derivar de todo lo dicho, que el tema de la revisión de las cuotas compensatorias es complejo, y que pese a tener vías expeditas previstas en la Ley de Comercio Exterior, así como en los acuerdos comerciales aplicables, existen y pueden presentarse algunas otras, que prolongan la definitividad de las resoluciones, como ha sucedido que un mismo caso sea ventilado para su revisión ante dos tribunales distintos, como lo veremos más adelante.

Esto nos lleva a plantearnos una vez más el tema de los imperativos que el orden jurídico de cualquier país debe perseguir. ¿es más importante establecer la regla de derecho en todo su esplendor, pese al tiempo que tarde en lograrse? o ¿es más útil a los particulares y al sector público establecer orden y certeza en las relaciones que están en juego a pesar de que la norma positiva no sea correcta?

Estas simples reflexiones y otras más nos pueden llevar a múltiples consideraciones adicionales, en donde lamentablemente aparecerán factores metajurídicos, como son el ánimo de lucro de diversas partes, contaminación de intereses políticos y otros más, a costillas de los valores jurídicos y del bienestar general.

Para un mayor conocimiento de los numerosos detalles, dudas, cuestionamientos y demás pormenores, recomendamos en particular la obra de Oscar Cruz Barney, ya mencionada, que revisa con amplitud estas normas legales y otras más del derecho mexicano.

2. *El comercio exterior de México y su reglamentación jurídica*

Referencias históricas

Si bien la historia de las Constituciones federales de México es breve y resumida, se ubica en tres momentos, y así está la primera, que es reconocida como tal, de 1824, y la segunda en 1857; la actual es la tercera, y vio la luz en 1917; nuestro país ha tenido los siguientes textos constitucionales:

- Constitución de Cádiz, 1812.
- Constitución de Apatzingán, 1814 (con cuestionamientos importantes obre su vigencia).
- Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822 (aprobado en lo general).

- Constitución Federal de 1824.
- Bases Orgánicas de 1835.
- Siete Leyes Constitucionales de 1836.
- Bases Orgánicas de 1843.
- Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.
- Estatuto Orgánico Provisional de la República de 1856.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.
- Estatuto Orgánico Provisional de la República de 1858 (no llegó a entrar en vigor).
- Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Hurgando en sus textos, las cartas de 1824 y 1857 poco tienen sobre nuestro tema, pese a que la de 1857 se inspiró en la Constitución norteamericana.

Sin embargo, la regulación comercial secundaria tanto a la importación como a la exportación fue numerosa, siguiendo el sistema heredado de la Corona española a través de la imposición de aranceles, alcabalas y demás formas usuales en la época, a las importaciones.

Para ello, el autor comentado revisó la opinión de expertos, tanto en cuestiones fiscales como en litigios comerciales; entre otros, Andrés Rohde, Laura Hernández, Jorge Witker, Miguel Ángel Velázquez Elizarrarás y de José Manuel Vargas Menchaca. Cita además resoluciones del Poder Judicial Federal de fechas recientes.³¹²

El tráfico comercial durante un periodo prolongado se realizó por mar, habilitando puertos pertinentes para ello.

El comercio por tierra no era importante, salvo en el centro y en las poblaciones situadas a lo largo de las costas que dan a los dos océanos, pues la naturaleza lo hacía imposible, y la falta de poblaciones lo evitaba; solamente se dio hasta que los vecinos del norte se expandieron, y luego hubo necesidad de establecer “puertos” y límites fronterizos en los extensos, áridos y hostiles territorios semidesérticos.

Podemos añadir una pregunta y última —por ahora— reflexión:

Ante situaciones concretas presentes en casos conflictivos llevados ante las autoridades, la primera pregunta o duda que se plantea al juzgador es

³¹² Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 2a. ed., México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 207, pp. 88-94. Asimismo, Cruz Barney, Oscar, *El comercio exterior de México, 1821-1928*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

saber si existe competencia de su parte para conocer y juzgar el caso. Esta duda debe resolverla pese a que no se la planteen las partes en el juicio, pues de su respuesta dependerá si lo que resuelva será válido y tendrá la fuerza legal pertinente o será un ejercicio inútil que se lleve a cabo.

En un supuesto caso en el que las partes contendientes sean miembros de acuerdos internacionales que también se ocupen de la materia comercial y tengan mecanismos de solución de diferencias, es factible que se presenten de común acuerdo ante el mecanismo A, y, más tarde, a uno de ellos se lo ocurra demandar ante el organismo B lo mismo a la misma contraparte ¿qué pasará?

Este supuesto no es una ocurrencia de desocupado o, como decimos coloquialmente, “puntadas de chivo loco”. Ha sucedido en un conflicto entre productores-exportadores de edulcorantes de México y norteamericanos, en el que intervinimos directamente cuando la autoridad competente declaró la existencia de un *dumping* de jarabe de maíz de alta fructuosa procedente de Estados Unidos exportada a México, y dañó a los proveedores-productores de azúcar de caña que atendían al mercado en cuestión.

Brevemente invocaremos los hechos más relevantes del caso, partiendo del hecho de que los países sean miembros de la OMC y a la vez sean partes de acuerdos comerciales particulares que contengan mecanismos propios de solución de diferencias, por lo que eventualmente pueden caer en un conflicto de competencias.

Por una parte, los Estados pueden concurrir a dichos sistemas si estiman que su “socio” no cumple con las obligaciones, pero también los particulares, si hay recursos legales para elevar su queja a un tribunal arbitral ad hoc de carácter binacional, y entonces podría darse la presencia de dos procesos iguales.

Este es el caso de la resolución que decretó la existencia del *dumping* del jarabe de maíz de alta fructuosa.

Dada su evidente importancia, consignaremos algunos hechos.

1. En febrero de 1997, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial inició una investigación *antidumping* contra el JMAF procedente de Estados Unidos.³¹³
2. La peticionaria fue la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica, en representación de la industria nacional productora de azúcar de caña. La contraparte fue la exportadora norteamericana-

³¹³ Exp. 01/97 Este caso, en suerte nos ha tocado manejarlo a través del bufete jurídico Rodolfo Cruz Miramontes, S. C., en representación de la industria mexicana del azúcar.

na de jarabe de maíz de alta fructuosa (JMAF) como producto similar, no idéntico, al no existir producción local, y por estar vinculadas las exportadoras, y las importadoras, una de las cuales es subsidiaria de una exportadora y la otra tenía en su capital social, un porcentaje muy elevado de capital norteamericano, ambas empresas productoras y exportadoras del jarabe en cuestión (artículos 2.6 y 4.1 (i) del Código Antidumping y 40.2 y 50 de la Ley de Comercio Exterior y 60 y 75.IV de su Reglamento).

3. En junio de 1997 se impusieron cuotas provisionales.
4. Pese a lo anterior, en octubre de 1997, el gobierno norteamericano, ignorando el caso señalado, acudió ante la OMC, y se efectuaron las reuniones de consulta solicitadas sin haber prosperado (anexo 2, ESD, artículo 40).
5. En enero de 1998, se decretaron las cuotas definitivas por la autoridad competente.
6. En mayo de 1998, el gobierno norteamericano solicitó por segunda ocasión, consultas conforme al OSD en contra de la decisión anterior.
7. En noviembre de 1998, se determinó establecer un grupo especial, al no haberse resuelto el caso por las negociaciones *interpartes*.
8. A mediados de enero de 1998, se formalizó el grupo especial que ha conocido el caso.³¹⁴
9. En enero de 2000, el grupo especial formuló su reporte, que al no haberse apelado por las partes, deberá cumplimentarse. Figuraron como terceros Jamaica y Mauritius.
10. El 2 de mayo siguiente, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una resolución suscrita por la Secofi mediante la que se informa que se procederá a cumplimentar la recomendación citada en un término que concluirá el 22 de septiembre próximo. El *Diario Oficial* es el órgano de comunicación pública que tiene el gobierno mexicano.
11. Al mismo tiempo, las partes interesadas solicitaron, conforme al capítulo XIX del TLCAN, la instauración del procedimiento revisorio de la resolución de la Secofi, a que se refiere el artículo 1904.2 (exp. MEX-USA-98-1904-01).

Poco después de haberse conocido la resolución de la Secofi, para acatar la resolución de la OMC, se dictó por el panel del Capítulo XIX del TL-

³¹⁴ W.T./D.S. 132/2 OMC, 14 de octubre de 1998, fecha de la solicitud de las negociaciones.

CAN, una orden que fijaba la fecha de la celebración de la audiencia para conocer aquellos temas que no serían objeto del nuevo pronunciamiento de la Secofi, en acatamiento a las recomendaciones de la OMC.

Sin embargo, advierte expresamente el panel que de ninguna manera significa que acepta como obligatoria la decisión del grupo especial de la OMC ni que impida conocer más adelante los asuntos reconsiderados por la Secofi.

Esta orden ha provocado diversas cuestiones legales de gran importancia.

La primera lo constituye obviamente el hecho de que dos foros internacionales de naturaleza arbitral, por ende similares, conozcan simultáneamente el mismo asunto, o sea, la decisión de la Secofi del 23 de enero de 1998.

Los argumentos y las consideraciones expuestos en ambos foros son los mismos, lo que no deja de llamar la atención, pues en el de Ginebra, el que actúa como parte es el gobierno norteamericano, y ante el panel del TLCAN, son los particulares ya citados.

Este hecho lo ha reconocido oficialmente el propio gobierno norteamericano, según se desprende del informe final del panel de la OMC, ya citado, cuando establece:

5.95 Los Estados Unidos señalan que el panel constituido con arreglo al Capítulo XIX del TLCAN examinará la medida antidumping definitiva adoptada por SECOFI en relación con el JMAF de los Estados Unidos, medida que también se está impugnando en este procedimiento de la OMC. Muchos de los puntos que se impugnan en los dos procedimientos son idénticos, involucran el mismo instrumento jurídico (el Acuerdo antidumping) y se basan en el mismo expediente administrativo compilado por SECOFI durante la investigación antidumping. Dada la identidad de las cuestiones planteadas en los dos procedimientos paralelos, los Estados Unidos han hecho citas tanto del expediente administrativo de ese procedimiento como del principal memorial público presentado por SECOFI, a fin de ayudar al Grupo Especial a comprender ciertos argumentos jurídicos en este asunto.

Por otra parte, se debe considerar si en realidad se trata de dos foros distintos e independientes, pues el criterio de revisión es diferente en cada caso, y su pretensión puede ser diversa; además, las partes formalmente no son las mismas, pues en uno son los Estados miembros de la OMC, y en el otro son particulares, aunque el acto en juicio emane de la misma autoridad.

Al final de la jornada, desde un punto de vista estrictamente lógico, pueden darse diversos resultados:

1. Una resolución que contradiga a la de la OMC.
2. Un análisis de los temas con conclusiones iguales o distintas.
3. Una resolución que será obligatoria, distinta también a la del panel, o
4. Una resolución conforme, total o parcialmente con la del otro panel.

¿Qué sucederá, entonces? ¿Cuál prevalecerá?

En octubre de 1999, el pleno de nuestro órgano máximo de justicia se pronunció en el sentido de darle a los tratados internacionales un lugar relevante superior al de las propias leyes federales, como expresamente lo consignó.

No dejó de llamar la atención tal resolución, y entre las causas probables para pronunciarla puede estar, a nuestro entender, el hecho de que México se ha convertido en la última década, en un impulsor definitivo y ferviente del libre mercado, promoviendo para ello numerosos y muy importantes acuerdos del libre comercio.

Por ende, tal vez haya estimado pertinente afirmar ante la comunidad de naciones, su decidida convicción de respetar la observancia y cumplimiento de los compromisos adquiridos con los miembros de la misma.

Dicha actitud confirma y fortalece la posición tradicional de México en la corriente conocida como el monismo moderado, pues el colocar a la Constitución como ley suprema no desestima la importancia de los convenios internacionales, al grado que la aplicación de sus normas se realiza en forma directa, o sea que dichos acuerdos son autoaplicativos.

Como es conocido, la corriente en cuestión parte de la concepción unitaria del derecho tal como la preconizó el filósofo Emmanuel Kant.

En contraste, recordemos que está la postura denominada “dualista”, que con diversos matices observan países muy importantes, a lo que nos referimos más adelante.

Ha sido muy cuidadoso en sus relaciones internacionales, tal como lo afirma César Sepúlveda, quien dice:

El examen de la práctica mexicana revela que no ha existido ninguna norma que trate de limitar el cumplimiento de un Tratado Internacional, ni la Jurisprudencia Mexicana se ha encaminado, en caso alguno, a colocar a la Constitución por encima de los Tratados.

También es cierto que el Estado Mexicano ha cumplido con toda fidelidad sus obligaciones resultantes del orden jurídico internacional aun cuando con ello, se afecten algunos intereses internos (Sepúlveda, 1991: 8o.).

Este mismo respeto al derecho internacional ha quedado de manifiesto por los miembros del TLCAN, según desprendemos de la lectura de su

texto. Así, por ejemplo, y entre otros, podemos citar el artículo 102, párrafo segundo, y varios preceptos que contienen la manifestación de acatamiento a la Organización Mundial de Comercio, como son los artículos 102, 103.1, 1902.2, d), i); 2005, párrafo primero, 2101, párrafo primero, y otros más.

Así pues, no cabe la menor duda del papel primordial que como fuente del derecho tiene para México el derecho internacional público.

Ante el posible conflicto que pudiera presentarse entre diversas disposiciones del mismo carácter, y ante la ausencia de precedentes que pudieran ilustrar e iluminar una solución posible, debemos indagar si se han presentado casos de conflicto entre las normas del GATT y acuerdos de carácter integracionista.

Desde luego que los que encontremos no serán asimilables íntegramente a nuestro problema, pero sí ayudarán a buscar una solución pertinente.

Entre la Comunidad Económica Europea y el Acuerdo General de Aranceles y Comercio se han presentado ya casos conflictivos, en donde han surgido cuestiones que han planteado la duda de si una norma del GATT puede afectar o inclusive ser superior a una comunitaria.

En algunas decisiones, que se precisan más adelante, en las resoluciones de la Corte Europea de Justicia se encuentra una franca inclinación a respetar las del GATT como superiores, salvo que se trate de un enfrentamiento directo entre ambas.

Es muy interesante esta corriente, pues los miembros que conforman a la Comunidad no siguen una misma corriente en relación con el derecho internacional público, sino que, por el contrario, algunos han aceptado el pensamiento dualista de otro filósofo como es Hegel.

Los países que siguen la posición monista son: Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo, los Países Bajos, Portugal y España.

En contraste, Alemania, Austria, Italia, Finlandia, Irlanda, Dinamarca y el Reino Unido son dualistas, pero además, de matices diversos. Lo anterior acredita que existe una corriente general que tiende a soportar la tesis de que los Estados simpatizan y aceptan tácitamente la primacía del derecho internacional, y que tal como dice el profesor Lauterpacht, en la medida en que las naciones se integren, esta postura prevalecerá.

Lo anterior, sin embargo, no nos precisa si se puede considerar la presencia de una jerarquía dentro de los acuerdos internacionales.

En nuestro caso, y aplicando principios elementales, podríamos decir que en caso de conflicto prevalecerían las del trato multilateral más reciente, en cuyo caso serían las de la OMC.

Sin embargo, en contra podemos sostener que las normas especiales deben prevalecer sobre las generales.

Por todo ello, es evidente que lo mejor, y es lo aconsejable, será tratar de evitar el conflicto; además, constituye una obligación de las partes conforme a la ley aplicable.

Un segundo tema a precisar lo constituye el hecho de que el panel ha resuelto seguir conociendo de una resolución que será modificada, y sólo una parte de la misma será vista en la audiencia, aunque se reserve conocer el resto más adelante.

La CNIAA planteó, por mi conducto, un incidente ante el panel para que difiriera la audiencia. El caso, hasta donde sabemos, es el primero, por lo que su tratamiento debió ser muy puntual y cuidadoso.

Si no sucediera así, se abrirán las puertas a incidentes, recursos e inseguridades, y, lo peor: a una pérdida o menoscabo de la confianza en los mecanismos de resolución de controversias.

En ese momento nos planteamos varias interrogantes, como fueron, entre otras, las siguientes:

¿Cabe plantear un mismo asunto conflictivo derivado de una práctica indebida de comercio entre partes que son tanto miembros de la OMC como del mismo acuerdo regional ante el que se planeó el conflicto conforme las normas que dichas partes acordaron?

Ambos tribunales ad hoc de naturaleza arbitral e internacional ¿son competentes o algunos de ellos tienen una mayor jerarquía?

Si así fuere ¿cuál debería prevalecer: el de la OMC, titulado “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” anexo 2, o el derivado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte celebrado de conformidad con las reglas del GATT/OMC, artículo XXIV?

Siendo ambos tribunales creados conforme a las disposiciones de la OMC, y asimismo de carácter arbitral internacional ¿son iguales o existe alguna jerarquía por ser uno general y el otro particular?

Estas cuestiones y otras más nos podemos plantear. El cuestionamiento es, como se puede ver, de gran importancia, tanto en sí mismo como por el hecho de existir numerosos ACR con mecanismos de solución de diferencias.³¹⁵

¿Hubiera sido sensato formular ante el OSD una consulta conjunta, ya que ambos gobiernos son miembros de la OMC, y así prevenir nuevos

³¹⁵ El tema fue objeto de una ponencia que titulé “Los mecanismos institucionales de solución de diferencias en materia de comercio internacional y su posible ejercicio concurrente. La OMC y el TLCAN. Consideración de un caso, presente”. Véase Cruz Miramontes, Rodolfo, *Liber Amicorum. Homenaje a la Dra. Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001.

conflictos? Asimismo, ¿por qué no se pronunció el grupo especial o el OSD *motu proprio*?

Como se puede apreciar, el caso reseñado brevemente es muy rico en interrogantes y cuestiones por resolver.

Éste pone en evidencia el gran reto que se presenta para los juristas, y especialmente para los expertos en comercio internacional, ante esta evolución del derecho internacional.

Estoy seguro de que las aportaciones que exige nuestro foro serán hechas con puntualidad y certeza.

Hasta aquí los datos; no proporcionamos más, por no ser necesario para plantearnos la reflexión en cuestión derivada de un hecho real; la resolución del caso no es necesario conocerla, pues las cuestiones derivadas del mismo se derivan simplemente del hecho inicial que nos provoca y plantea varias interrogantes, como las hemos comentado.

Seguimos con el resto del capítulo que nos ocupa.

3. *La política actual sobre el comercio exterior*

Como ha sido común en México, se utilizaron en los inicios de su vida independiente los aranceles, las alcabalas, la avería o “habería” (de “haber”), el almojarifazgo, el tonelaje, el anclaje y otros más, de los que hemos citado como fuentes de ingreso y protección de su comercio internacional.

Inclusive lo hizo en el lapso de 1821 a 1836, hasta ser reconocida su condición de país independiente.

Una vez superados los momentos violentos de los primeros años del siglo XX, como la Revolución de 1910, el gobierno del general Plutarco Elías Calles logró pacificar al país, si no en forma absoluta, sí lo suficiente para intentar poner las bases tanto políticas como sociales y económicas de un modelo actual, moderno, que se abriera al mundo de la posguerra de 1939, lo que no fue nada fácil, pero ése era el camino a seguir.

Este periodo que corrió de 1940 hasta 1986 corresponde a una primera etapa de superación y actualización, sin voltear la espalda al pasado, pero sí intentando acomodarse a la modernidad y a la “internacionalización” de las actividades políticas, sociales y económicas.³¹⁶

Esta tarea fue similar y contemporánea con las de otros países, incluyendo a varios del continente americano, pues se encontraban en el grupo

³¹⁶ Véase el apéndice del capítulo VIII.

de los denominados del Tercer Mundo o en “vías de desarrollo”, que surgieron en la década de los sesenta, a los que ya nos referimos, que lograron su reconocimiento y atención mundial. La inclusión del capítulo IV del GATT, del SGP y la aceptación de la desigualdad social y económica en la comunidad internacional, entre otras consideraciones, como el trato especial y diferenciado que incorporaron las organizaciones económicas y financieras, particularmente, han sido respuestas adecuadas en principio —al menos en los textos—.

Los resultados, sin embargo, han sido magros, ya que han faltado mejores y más prolongadas respuestas de los poderosos, sobre todo más atención a los reclamos de los débiles; los líderes de los afectados se han desdibujado, y tal vez la lucrocracia ha influido en su debilitamiento.

No debemos, sin embargo, dejar de lado lo avanzado, pues sería indebido, por ser injusto, y no tomar en cuenta algunos de los logros obtenidos y de las instituciones creadas para ello.

Nos remontaremos a los años en que se fortaleció la política de sustitución de importaciones, a sus postulados, así como a la aceptación de las ideas de Raúl Prebisch; colaboramos en su momento con el Instituto de Integración de América Latina (INTAL); así también, estuvo presente México en el diseño de los nuevos modelos de desarrollo de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina), particularmente en el denominado de “sustitución de importaciones o del crecimiento hacia adentro”, y se observaron los distintos pasos que los teóricos sugerían, como era fortalecer el mercado interno, que proclama la producción primeramente de los bienes, que ya reclama el mercado de consumo; luego, seguir con los bienes intermedios, y en un tercer momento, producir los bienes de capital.

Para lograr buenos resultados era necesario crear los instrumentos necesarios para ello.

Un ejemplo notable para impulsar este desarrollo interno ha sido el Banco Nacional de Comercio Exterior, del que en cierta forma se desprendió el IMCE; el Fondo de Fomento a las Exportaciones de Productos Manufacturados, la Nacional Financiera y otras instituciones más. Fueron analizados y considerados por expertos, habiéndose recogido algunos que se ocuparon de los temas fundamentales, siendo sus autores principalmente economistas, financieros, banqueros y algunos abogados —quizá por vez primera— recopilándose y publicándose dichos estudios en tres valiosos tomos que conforman una *Memoria* muy valiosa.

Esta obra se denomina *El comercio exterior de México*, y fue editada por la prestigiada empresa Siglo XXI,³¹⁷ e incluye en los últimos capítulos “...las perspectivas de México en el Comercio Exterior en el Contexto del Nuevo Orden Económico Internacional...”, como bien dice el abogado Rafael Castillo Costa, subdirector en esa época del IMCE, cuyo director e impulsor de este memorable esfuerzo fue el licenciado Raúl Salinas Lozano, quien fungía como director general de dicha institución.

Los autores, con vastos conocimientos y experiencia en los temas que tocan, han sido actores y/o autores del desarrollo económico del país en la época de los cincuenta y ochenta, aproximadamente; además, han estado en diversas entidades de ambos sectores —público y/o privado—, y algunos también en los dos, por lo que su opinión tiene un gran valor.

Aprovecharé la oportunidad para entresacar aquellos temas centrales que a mi juicio México ha destacado en el camino del asunto que nos ocupa.

Primeramente citamos el tema del desarrollo y sus adláteres: la política económica y el comercio exterior.

Por gravedad, los rubros anteriores que marcan esta nueva óptica obligan a participar más activamente en la vida de la comunidad internacional y a salir del entorno nacionalista que lo limitaba; dicha situación condicionaba que nuestra política fuera necesariamente “introspectiva”, como la calificó Jorge Castañeda, destacado diplomático ex secretario de Relaciones Exteriores y activo promotor de la Carta de Derechos y Deberes de los Estados, en la que se plasman las pretensiones justas de los países de menor desarrollo.³¹⁸

Era la época de las reindivisiones, que se manifestaba en las actitudes de los países emergentes junto a los recién descolonizados. Entre las figuras más destacadas en ese momento está la del entonces presidente de México, Luis Echeverría Álvarez, promotor del llamado “nuevo orden económico internacional” y del pluralismo ideológico naciente en el ámbito internacional ante los fenómenos políticos económicos derivados de la prepotencia con la que los vencedores de la Segunda Guerra partieron al mundo en dos zonas de poder e influencia en los Tratados de Yalta.

Dichos fenómenos fueron básicamente la inflación y las crisis de los energéticos, desempleo, afectaciones monetarias y sus efectos en el nivel de vida de las poblaciones más desprotegidas del orbe.

³¹⁷ *El comercio exterior de México*, México, Siglo XXI Editores, 1982, 3 tomos. Tuve el honor de participar en estas tareas tanto como director jurídico del IMCE como vicepresidente de la ADACI (Academia de Arbitraje y Comercio Internacional).

³¹⁸ Castañeda, Jorge, *México y el orden internacional*, México, El Colegio de México, 1956.

La prepotencia de los países desarrollados se agudizó por todo ello y motivó, junto con todo lo que surgiera, la presencia de un movimiento aglutinador de los menos desarrollados para fortalecer sus reclamaciones y participar también en la toma de decisiones del más alto nivel para lograr un trato justo y adecuado en el desarrollo por venir en el nuevo orden económico mundial.

Por todo ello, los líderes de dichos países decidieron alejarse y disminuir la dependencia de las grandes potencias, entre las cuales estaba el presidente de México, Luis Echeverría, ya mencionado, quien el 5 de octubre de 1971 afirmó la presencia de un pluralismo ideológico ante la ONU, por lo que, como nos ilustra Víctor Álvarez de la Torre:

Igual fija y negocia con Rusia y China que forma convenios comerciales con países socialistas y la CEE (Comunidad Económica Europea), tendientes a mostrar el interés de México por reducir la dependencia hacia EUA

La tarea ya se había iniciado y de ahí se tomaron decisiones trascendentes como fue declarar y luchar por hacer reales algunos de sus postulados, de la Carta de las Naciones Unidas en cuyo Preámbulo se establece que los pueblos de las naciones se declaran resueltos a “crear condiciones bajo las cuales puede mantener la justicia” y “a promover el progreso social y a elaborar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”.³¹⁹

Asimismo, se afirma como necesario e indudable el “fomento” de la cooperación internacional en materia económica, entre otros propósitos y resoluciones más.

No olvidemos, desde luego, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, firmada y adoptada por la ONU el 12 de diciembre de 1974, que ya hemos tocado.

De esta manera, se van sumando palabras, declaraciones, acciones, como fueron, entre varios, la Carta de La Habana, el Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Declaración de la Soberanía permanente sobre los recursos naturales (Res. 1803-XVIII), de gran relevancia y evidente razón política y jurídica.

Muchos más efectos se dieron en este orden de ideas, y de este movimiento se deriva la adición al GATT de la ya citada parte IV, y debido a todo ello se formalizó la UNCTAD, y con ello se institucionalizó el propósito de “promover el progreso social y elevar el nivel de vida...”, encargándole a la ECOSOC la atención y fomento de los asuntos económicos.

³¹⁹ Álvarez de la Torre, Víctor, “Para un panorama del nuevo orden económico internacional”, *El Comercio Exterior de México*, cit., p. 170.

Éste fue el entorno económico mundial que cobijó a los países en los sesenta-ochenta, al que hubo que responder con la política del comercio exterior adecuada —nuestro tema—, de lo que ya hemos comentado algo.

La participación de México en los foros económicos internacionales no significó, desde luego, que la relación comercial con los Estados Unidos se extinguiera o disminuyera, pero sí se consideró en su momento que sería mejor y permitiría un trato más conveniente al que se había tenido desde 1947, acceder a dichos foros citados empezando por el GATT.

Para los seguidores de la teoría económica prevalente en los ochenta, sólo existía para los países en desarrollo un camino para mejorar la condición de los países de menor desarrollo, que era dar los siguientes pasos y acceder hacia la superación de su condición económica y social; dicho andar consistía en los siguientes pasos:

1. Abrir y fortalecer su comercio exterior.
2. Así, podrían lograr su industrialización “hacia dentro” (sustitución de importaciones); y posteriormente, cumplidas las metas, proceder a la última etapa del proceso.
3. La industrialización hacia afuera o “sustitución” de exportaciones.

En opinión de los economistas Rocío de Villarreal y René Villarreal, el año de 1980 era muy prometedor para México, y los expertos consideraban que el petróleo, principal motor de la economía nacional, tendría un gran desarrollo, pues las reservas probadas alcanzarían a superar los 15,800 millones de barriles, y continuarían aumentando en los siguientes años.

Por ello, era el momento de cambiar el “modelo de desarrollo” hacia otro acorde con el entorno mundial. Este hecho, vinculado a la situación que pasaba Estados Unidos en esa época de depresión económica, unido a problemas monetarios y energéticos, podría afectar la relación bilateral, lo que no les convenía, por varios motivos, incluyendo que al tener que buscar otros proveedores de petróleo se pondría en riesgo su seguridad nacional.³²⁰

Diplomáticos de dicho país, como el exembajador en México, Patrick Lucey, que conocía el país, Herbert Meyer y otros conocedores del tema, compartían en esa época dichas inquietudes, y plantearon la posibilidad de crear un grupo regional de los países colindantes al Norte y al Sur, como lo establece el “Nuevo GATT” de 1994, para lo que era imprescindible que México se adhiriera al mismo.

³²⁰ Villarreal, Rocío y Villarreal, René, “El comercio exterior y la industrialización de México a la luz del nuevo GATT”, *El Comercio Exterior de México*, cit., pp. 442-445.

De no hacerlo, podía suceder que México celebrara acuerdos con terceros países, tanto del continente americano como de Europa y Asia, fundamentalmente con Japón y China continental.

Esta realidad geopolítica, que siempre estará presente, condiciona lamentablemente las políticas tanto interna como externa de México, como la de toda sociedad de países, por lo que pretender que no existe sería inconcebible. Sólo resulta pertinente encontrar fórmulas que eviten o palien dicha dependencia, permitan tener una relación formal amistosa y, en lo posible, caminar juntos sólo en lo que nos convenga y lograr un mayor fortalecimiento interno.

Con la prepotencia tradicional de Estados Unidos, éste buscó la manera de presionar a México para que ingresara al GATT, y así mejorar los acuerdos que existían entre ambos países. Tuvo éxito, pues logró que se eliminaran los apoyos gubernamentales a la industria que se instalaba en ciertas zonas del país, así también los que promovían el transporte marítimo cuando se utilizaban barcos de bandera nacional y tanto más semejantes.

Para esto, promulgó una ley, denominada —ya mencionada anteriormente— Trade Act of 1974, que contemplaba ventajas para que los países proveedores de aquellos bienes que requerían lo que les convenía a sus intereses —el petróleo, desde luego—, tuvieran una posición privilegiada.

Sin manifestar que México estaba fuera de tal situación, simplemente condicionó el acceso preferencial a su mercado para aquellos países que

1. Fueran partes contratantes del GATT, o
2. Tuvieran un acuerdo comercial que le diera un trato especial, o bien
3. Fueran países en condiciones de un mínimo desarrollo.

Fueron tejiéndose también entramados de propósitos, acuerdos que llamaron “entendimientos” para dismantelar a la industria mexicana de los apoyos oficiales que otorgaba, a semejanza de lo que se daba en Estados Unidos, y sobre otros temas de su interés común, como la inversión, los subsidios y otros, que podían colocar a México en una posición especial para recibir las preferencias comerciales sin ser parte contratante del GATT 47 (como lo denomina la OMC).³²¹

Otros analistas opinaron de manera similar, sin coincidir en algunas de las vías futuras, pero llegando a conclusiones similares, por lo que podemos

³²¹ Véase, entre otros, Beltrán del Río, Abel, “El síndrome del petróleo mexicano. Primeros síntomas, medidas preventivas y pronósticos”, *Comercio Exterior*, vol. 30, núm. 6, junio de 1980, pp. 224-227, 235, 237-241 y 242, 245-250 y 254, principalmente.

manifestar que la política en nuestra materia —*mutatis mutandis*— siguió el camino esbozado por los autores Villarreal, que hemos citado.

Siendo así, el futuro de México quedó señalado, y tuvo que iniciar los trámites legales, así como convenientes internamente; para ello, hubo que celebrar consultas primeramente, y luego convencer al Poder Legislativo y a los productores, a los exportadores, a los trabajadores y a los académicos, de la pertinencia de negociar un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, inicialmente, y, de ser posible, incluir a Canadá, si coincidía, para conformar un acuerdo comercial regional, como años después se catalogarían este tipo de acuerdos, amparados por las excepciones del artículo XXIV del GATT.

De ninguna manera llegar a esta condición fue fácil, como lo veremos en el capítulo dedicado a la negociación del TLCAN, y menos por significar un tipo o forma de integración económica, como lo es acorde con el artículo XXIV citado. En términos taurinos, el toro estaba en suerte, no había más que lidiarlo.³²²

XIV. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN) Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA. LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES (ACR). LOS PROCESOS DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Toda acción conlleva una o varias causas que la motivan; en el caso del TLCAN, se distinguen claramente las externas, que enmarcaron el momento de tomar la decisión de llevar a cabo la negociación, y las internas coyunturales, que desembocaron en la misma salida: negociar el Tratado, tal como lo hemos advertido.

Las primeras estuvieron presentes en dos distintas áreas: la internacional, *lato sensu*, y la internacional, o *stricto sensu*, constreñida realmente a la relación bilateral con Estados Unidos prevalente en el lapso de los años setenta-noventa, de las que ya nos ocupamos en el capítulo anterior, y hemos tocado desde el nacimiento de dicho país, pues no podía ser de otra manera; vivir junto al “elefante”, como dicen, obliga a estar pendiente en todo momento de sus movimientos para evitar magulladuras.

³²² Cruz Miramontes, Rodolfo, “La normatividad del comercio México-norteamericano y su adecuación al 92”, en *Estudios en homenaje a la doctora Yolanda Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 89-91, 93-95-100. Así también, Cruz Miramontes, Rodolfo, “El comercio exterior de México en la última década”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 29, 1999.