

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

UNA VISIÓN DESDE LA SOCIOLOGÍA Y LA POLÍTICA DEL DERECHO

Héctor FIX FIERRO
Sergio LÓPEZ AYLLÓN

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Marco metodológico y conceptual*. 1. *Sociología y política del derecho*. 2. *Derecho e integración*. 3. *Derecho y "globalización"*. 4. *El derecho en una economía abierta*. III. *El TLCAN y el sistema jurídico mexicano*. 1. *El derecho interno y sus procedimientos*. 2. *Los agentes jurídicos*. IV. *Reflexión final*.

I. PLANTEAMIENTO

El presente ensayo pretende examinar algunos aspectos y consecuencias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante: TLCAN), celebrado¹ entre México, Canadá y Estados Unidos de América, desde el punto de vista de la lógica en la que se inserta. No se abordarán aquí los problemas económicos, políticos² o estrictamente

¹ El tratado fue firmado por los presidentes de México y los Estados Unidos de Norteamérica, así como por el primer ministro de Canadá, el 17 de diciembre de 1992 y se estableció el 1o. de enero de 1994 como fecha para su entrada en vigor, previa aprobación por los órganos legislativos competentes de cada país.

² Aun antes de su entrada en vigor, el TLCAN ya ha generado una bibliografía apreciable y que resulta imposible citar aquí, en la que predomina evidentemente la perspectiva económica. Como introducción al tratado y a su problemática pueden verse, entre otros muchos trabajos: CIDAC; *El Acuerdo de Libre Comercio entre México y Estados Unidos. Camino para fortalecer la soberanía*, México, Diana, 1991; Rubio, Luis (con la colaboración de Alain de Remes), *¿Cómo va a afectar a México el Tratado de Libre Comercio?*, México, FCE, 1992; varios, *Hacia un Tratado de Libre Comercio*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1991; varios, *México y el Tratado Trilateral de Libre Comercio. Impacto sectorial*, México, Mc Graw-Hill-ITAM, 1992, 384 pp.; Lustig, Nora *et al.*, *North American Free Trade: assesing the impact*, Washington, D.C., Brookings Institution, septiembre

jurídicos que este tratado pueda plantear en sí mismo o en relación con el orden jurídico mexicano,³ sino sus implicaciones para la práctica y el funcionamiento del derecho.

El trabajo consta esencialmente de dos partes. En la primera se aportan elementos conceptuales y metodológicos para situar al TLCAN en el mundo jurídico nacional e internacional. De este modo, se analizan los conceptos de “integración”, “globalización” y las consecuencias generales, para el derecho, de una economía abierta. En la segunda parte se examinan, a través de ejemplos específicos, algunos posibles efectos del TLCAN en el sistema jurídico mexicano.

A lo largo del trabajo se hacen múltiples referencias a la Comunidad Europea. A pesar de las notables diferencias que presenta respecto del TLCAN, la experiencia de la integración jurídica europea⁴ puede ser relevante para el funcionamiento futuro de la zona de libre comercio de América del Norte.⁵

II. MARCO METODOLÓGICO Y CONCEPTUAL

1. Sociología y política del derecho

La sociología del derecho es la disciplina que examina, por un lado, las condicionantes sociales de las normas jurídicas y, por el otro, los efectos de éstos sobre los fenómenos sociales; dicho de otro modo, se

1992; Hufbauer, Gary y Schott, Jeffrey; *NAFTA: an assessment*, Washington, D.C. Institute for International Economics, 1993. Además, las siguientes revistas: *Problemas del Desarrollo*, México, vol. 23, núm. 88, enero-marzo 1992 y *Revista Mexicana de Sociología*, México, vol. 53, núm. 3, julio-septiembre 1991.

³ Véase, por ejemplo, los trabajos reunidos en Witker, Jorge (coord.), *Aspectos jurídicos del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, UNAM, 1992, 299 pp.

⁴ Experiencia ampliamente documentada, por otra parte. Sobre el papel del derecho en la integración europea puede consultarse la magna obra, en varios volúmenes, coordinada por Mauro Cappelletti, Monica Seccombe y Joseph Weiler, *Integration through law. Europe and the American Federal experience*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1986. Véase también los trabajos reunidos, bajo el título “L’Europe et le droit”, en el número 14 de la revista *Droits*, París, 1991.

⁵ Sobre las diferencias entre el TLCAN y la Comunidad Europea, así como sobre la relevancia de esta última, por ejemplo, en cuanto a la convergencia y armonización de tradiciones jurídicas distintas, véase Gordon, Michael Wallace, “Economic integration in North America-An agreement of limited dimensions but unlimited expectations”, *The Modern Law Review*, Oxford, vol. 56, núm. 2, marzo 1993, pp. 161 y ss.

ocupa de los modos en que las normas se crean y se insertan en la práctica social y no de su interpretación y validez.⁶

Es común asignar a la ciencia del derecho un punto de vista “interno”, mientras que la sociología del derecho asumiría una perspectiva “externa”, lo que distinguiría con claridad a ambas disciplinas. Sin embargo, hay quienes consideran que la sociología del derecho forma parte de la ciencia jurídica y se encuentra a su servicio.⁷ Por ello, propone en ocasiones un concepto de derecho que no coincide con el de la teoría y la filosofía del derecho.⁸ Para la sociología jurídica, el derecho, antes que un conjunto normativo, constituye un sistema diferenciado y relativamente autónomo de instituciones, procedimientos y prácticas; sin duda alguna incluye también al derecho internacional, el cual, por su parte, establece una relación compleja con los sistemas jurídicos nacionales.

La “política jurídica” ve al derecho como un instrumento social para la consecución de ciertos fines; se ocupa también de las circunstancias, ventajas e inconvenientes en que este instrumento puede ser utilizado y modificado.⁹ Este punto de vista se encuentra próximo al de la sociología jurídica, ya que ambos consideran al derecho como un elemento variable de la vida social.

⁶ Cfr. Treves, Renato, “Diritti umani e sociologia del diritto”, *Sociologia del Diritto*, vol. XVI, núm. 1, 1989, pp. 7 y ss.

⁷ Cfr. Commaille, Jacques y Jean-François Perrin, “Le modèle de Janus de la sociologie du droit”, *Droit et Société*, París, núm. 1, 1985. Sobre la posibilidad de superar la distinción de las perspectivas interna y externa con base en una interpretación de la sociología jurídica de Weber, véase Lascoumes, Pierre y Evelyn Serverin, “Le droit comme activité sociale: pour une approche wébérienne des activités juridiques”, *Droit et Société*, París, núm. 9, 1988, pp. 168 y ss.

⁸ Sobre este punto: Krawietz, Werner, “El concepto sociológico del derecho”, en su libro *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, México, Distribuciones Fontamara, 1992, pp. 7-26.

⁹ Como se ve, el término “política” se utiliza aquí más en el sentido de *policy* que de *politics*, aunque no excluye a esta última. Como ejemplo de dicha perspectiva puede citarse la escuela de Harold D. Lasswell y Myres S. McDougal en los Estados Unidos de América. Este último señala que su teoría del derecho “busca darle mayor importancia explícita al uso deliberado del derecho como un instrumento de las políticas básicas de la comunidad con propósitos tanto de cambio como de estabilidad”. McDougal, Myres S., “La teoría del derecho orientada hacia la política”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año IV, núm. 11, mayo-agosto 1989, p. 299.

2. Derecho e integración

No cabe la menor duda de que el TLCAN se inserta y da forma a un proceso de integración económica internacional, representado en este caso por la creación de una “zona de libre comercio”.¹⁰

En la escala de la integración económica, se trata del grado menos intenso de un *continuum* que llega hasta la creación de instancias económicas centrales, pasando por la unión aduanera, el mercado común y la unión económica.¹¹

Sin embargo, en los procesos de integración económica internacional hay otras dos dimensiones inseparables: la política y la jurídica. El derecho puede ser en este caso tanto instrumento como objeto de la integración.¹²

El derecho es un instrumento en cuanto constituye un cauce y un medio para la integración. En este sentido el derecho ofrece distintas posibilidades de integración institucional, mediante la creación de organismos supra o internacionales, representativos o independientes, con funciones decisorias, de coordinación o de información y consulta.¹³ Desde el punto de vista sustantivo, el derecho establece diversos principios y garantías de libertad (por ejemplo, acceso al mercado), propiedad (incluida la propiedad intelectual), igualdad (como el trato nacio-

¹⁰ El artículo XXIV del GATT permite la creación de zonas de libre comercio, exceptuando a los países que las establezcan de la obligación de otorgar trato de nación más favorecida a terceros países, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, a saber: que no aumenten los aranceles y reglamentaciones comerciales a los países que no son miembros de la zona y que se eliminen, en un plazo razonable, las barreras comerciales sustancialmente en todo el comercio entre los países miembros.

¹¹ Véase Behrens, Peter, “Integrationstheorie. Internationale wirtschaftliche integration als gegenstand politogischer, ökonomischer und juristischer firschung” (“Teoría de la integración. La integración económica internacional como objeto de investigación económica, politológica y jurídica”), *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Tübingen, año 45, núms. 1-2, 1981, pp. 25 y ss.; Jackson, John H., *The world trading system. Law and policy of international economic relations*, Cambridge, Mass.-London, The MIT Press, 1991, pp. 139 y ss. Sobre los tipos de integración, sus condiciones y consecuencias: Galtung, Johan, “Una teoría estructural de la integración”, *Revista de la Integración*, Buenos Aires, núm. 5, noviembre de 1969, pp. 11-49.

¹² Véase Cappelletti, Mauro, Monica Seccombe y Joseph H. H. Weiler, “Integration through law: Europe and the American Federal experience. A general introduction”, en: *id.*, *Integration through law, cit., supra*, nota 4, vol. I, libro 1, p. 15.

¹³ Corresponde a la política elegir entre esas alternativas. Behrens, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 39 y ss.

nal o de nación más favorecida) y seguridad (el acceso a los tribunales o al arbitraje).¹⁴

El papel del derecho como objeto de la integración ha recibido gran atención sobre todo desde el punto de vista de la unificación, uniformación o armonización jurídica (como forma de lograr un grado mínimo y necesario de homogeneidad entre las partes), ya sea mediante la aproximación de las leyes de los estados parte o a través de la expedición de ordenamientos obligatorios por parte de órganos supranacionales.¹⁵

Sin embargo, esta forma de uniformación ha recibido numerosas críticas;¹⁶ aparte de las dificultades de encontrar soluciones uniformes (sobre todo si se trata de órdenes jurídicos que pertenecen a tradiciones distintas), siempre hay la posibilidad de que surjan divergencias en aplicación e interpretación por las distintas autoridades, si es que éstas no evaden, por diversos medios, el cumplimiento de las disposiciones uniformes.¹⁷ Además, el derecho es también un producto cultural que de-

¹⁴ *Ibid.*, pp. 44 y ss. Se trata fundamentalmente de principios de derecho privado, en la medida que la integración se realice a través del mercado.

¹⁵ Sobre las técnicas de la integración jurídica: Gaja, Giorgio, Peter Hay y Ronald Rotunda, "Instruments for legal integration in the European Community. A review", Cappelletti, Seccombe, Weiler (eds.), *Integration through law*, cit., vol. I, libro 2, pp. 113 y ss. También: Kötz, Hein, "Rechtsvereinheitlichung. Nutzen, kosten, methoden und ziele" ("La unificación del derecho. Utilidad, costos, métodos y objetivos"), *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Tübingen, año 50, núm. 1, pp. 1-18, y Snyder, Francis; "The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques", *The Modern Law Review*, Oxford, vol. 56, núm. 1, enero 1993, pp. 19-54.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Mouly, Christian; "Le droit peut-il favoriser l'integration européenne?", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 37, núm. 4, octubre-diciembre de 1985, pp. 895-945, quien critica sobre todo la concepción voluntarista y racionalista que se encuentra detrás de la política de unificación del derecho. También: Mertens, Hans-Joachim, "Nichtlegislatorische rechtsvereinheitlichung durch transnationale wirtschaftsrecht und rechtsvegriff" ("Unificación no legislativa del derecho a través del derecho económico y un concepto transnacional del derecho"), *Rebels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, Tübingen, año 56, núm. 2, 1992, pp. 219-242, y Boodman, Martin, "The myth of harmonization of laws", *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, vol. XXXIX, núm. 4, Fall 1991, pp. 699-724, quien propone una armonización que implique la creación de una forma nueva y compleja, constituida por diversos elementos, más que la eliminación formal o informal de la diversidad.

¹⁷ Sobre el cumplimiento e incumplimiento de las normas comunitarias europeas: Krislov, Samuel/Ehlermann, Claus-Dieter y Weiler, Joseph, "The political organs and the decision-making process in the United States and the European Community", en Cappelletti, Seccombe y Weiler (eds.), *Integration through law*, cit. *supra* nota 4, pp. 59 y ss.; Snyder, *supra* nota 15, pp. 21 y ss.

pende de valores, concepciones y actitudes que modifican su funcionamiento en la realidad.¹⁸

Por todo ello, se ha iniciado una reflexión para encontrar otros procedimientos y formas alternativos a la unificación legislativa sustantiva: así, por ejemplo, la armonización de las normas sobre la jurisdicción competente;¹⁹ la conceptualización y el reconocimiento de un derecho “paralegal”, formado por prácticas y acuerdos autónomos;²⁰ la creación de un nuevo *jus commune*;²¹ o la aproximación a través de la ciencia y la educación jurídicas comunes.²²

3. Derecho y “globalización”

Sin embargo, el concepto de integración es parcial y presenta desventajas. En primer lugar, sugiere un proceso continuo, con grados cada vez mayores de aproximación o unificación entre los actores del proceso. En este sentido, se trata de un concepto política e ideológicamente cargado²³ que, sobre todo, no pone suficiente énfasis en un aspecto

¹⁸ En este sentido se puede hablar de “cultura jurídica” y definirla como el conjunto de ideas, actitudes y opiniones sobre el derecho y sobre el funcionamiento de las instituciones jurídicas. La cultura jurídica regula y determina cuándo, cómo y por qué los individuos o los grupos acuden al derecho o se apartan de él, y es, en cierto modo, la clave de su efectividad. Véase Friedman, Lawrence M., “Legal culture and social development”, *Verfassung und Recht in Übersee*, Hamburgo, vol. 2, 1969, pp. 261-274.

¹⁹ Cappelletti, Mauro, “El derecho comparado: método y finalidades (Una propuesta metodológica)”, en: *id.*, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1993, pp. 39-40.

²⁰ Mertens, *op. cit.*, *supra* nota 16, pp. 224 y ss.

²¹ Mouly, *op. cit.*, *supra* nota 16, pp. 923 y ss.

²² Friedman, Lawrence M. y Gunther, Teubner, “Legal education and legal integration: european hopes and american experience”, en Cappelletti, Seccombe y Weiler (eds.), *Integration through law*, *cit. supra* nota 4, pp. 345 y ss.; Flessner, Axel, “Rechtsvereinheitlichung durch rechtswissenschaft und juristenausbildung” (“Unificación del derecho a través de la ciencia jurídica y la formación de los juristas”), *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Tübingen, año 56, núm. 2, 1992, pp. 243-260.

²³ Especialmente sensible en nuestro país, cuando se trata de Estados Unidos de América. Por ello, el gobierno ha afirmado en repetidas ocasiones que el TLCAN no implica la intención de continuar hacia otras etapas de integración económica.

central: la creación y evolución del derecho depende cada vez más de procesos de carácter internacional, transnacional o global.²⁴

El proceso de globalización es posible por la existencia de una “sociedad mundial”, es decir, por la posibilidad de interacción a nivel global frente a un horizonte común.²⁵ Procesos que pueden conllevar, en un primer momento, confrontación entre órdenes jurídicos y políticos distintos, pero cuyo resultado final es siempre la “comunicación” e “interpenetración” entre ellos.²⁶

Así, existen varias áreas del derecho que se desarrollaron primeramente en el plano nacional y cuya evolución, al menos en parte, se ha trasladado al nivel internacional, en donde han adquirido una cierta independencia, con reglas, instituciones y actores propios, pero que interaccionan intensamente con el plano nacional,²⁷ el cual, por su parte, se ve mediatizado y relativizado.²⁸ Dicho en otros términos: en estos campos jurídicos, la generación del derecho es inseparable del plano internacional, que tiende incluso a imponerse a los sistemas nacionales, dejando de ser objeto de decisiones puramente internas.

²⁴ Dezalay, Yves y Trubek, David M., *Global restructuring and the law: the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas*, abril de 1993, hablan precisamente de la internacionalización del “modo de producción del derecho” con base en las estrategias y acciones de las profesiones jurídicas (agradecemos a los autores el envío de su valioso trabajo).

²⁵ Véase Luhmann, Niklas, “Die weltgesellschaft”, *Soziologische Aufklärung*, vol. 2, 3a. ed., Opladen, Wsetdeutscher Verlag, 1986, pp. 51-71.

²⁶ Koopmans, Thijmen, “The birth of european law at the crossroads of legal traditions”, *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, vol. 39, núm. 3, verano 1991, pp. 493-507, muestra de qué manera la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha ido recogiendo e incorporando la influencia de las distintas tradiciones jurídicas que conviven en la Comunidad.

²⁷ Precisamente esta circunstancia les abre a los actores nacionales un nuevo campo de acción, gracias al cual pueden perseguir sus objetivos internos por otros medios. No es un secreto que el TLCAN representa la posibilidad de “amarrar” y consolidar las reformas económicas llevadas a cabo por el gobierno mexicano en los últimos años y de ponerlas a salvo de cambios políticos coyunturales. Dezalay y Trubek, *op. cit.*, *supra* nota 24, pp. 42 y ss., por otra parte, señalan que el gobierno republicano del presidente Bush también perseguía una agenda interna a través del TLCAN: completar el proceso de “desregulación” y limitar la capacidad de las autoridades federales y locales de mantener disposiciones internas proteccionistas.

²⁸ Esto puede tematizarse luego en la política interna, según el interés de cada quien, como “pérdida”, o como “redefinición” de la soberanía. Véase al nota 79, *infra*.

A continuación, se analizarán brevemente los tres ejemplos más evidentes de este fenómeno, junto con sus convergencias y conflictos, ya que resultan de relevancia para entender el entorno jurídico del TLCAN.

a) Derechos humanos

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, ante las violaciones sistemáticas de los derechos humanos por los regímenes totalitarios y durante el mismo conflicto armado, quedó en evidencia que el trato que los Estados otorgaban a sus habitantes ya no podía ser una cuestión meramente interna, sujeta a la discreción soberana de aquéllos, sino que se requerían mecanismos e instituciones internacionales que vigilaran y reforzaran el respeto de estos derechos en el plano nacional.²⁹

Se buscó entonces trasladar al plano internacional el reconocimiento jurídico universal de los derechos humanos mediante la formulación de declaraciones y, más tarde, de tratados y convenciones. Los nuevos organismos internacionales, como la ONU y la OEA, incluyeron en sus cartas a los derechos humanos como principios y objetivos de su actuación.³⁰ También se crearon organismos universales y regionales encaminados precisamente a la protección de los derechos humanos.³¹

En la comunidad internacional se acepta cada vez más que el respeto a los derechos humanos constituye el rasero fundamental para medir la legitimidad de un orden jurídico y político determinado.³²

Subsiste el problema de la “universalidad” de estos derechos y de su manipulación con finalidades políticas.³³ El régimen internacional de

²⁹ Cfr. Casese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 17 y ss. Sobre la problemática filosófica del “fenómeno de los derechos humanos”: Rabossi, Eduardo, “El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico”, en Sobrevilla, David (compilador), *El derecho, la política y la ética* (Actas del II Coloquio Alemán-Latinoamericano de Filosofía, Lima 1987), México, Siglo XXI- UNAM, pp. 198-221.

³⁰ De la Carta de la ONU, véase el preámbulo y los artículos 1 (3) y 55 (c); de la Carta de la OEA: preámbulo y artículo 3 (j), entre otros.

³¹ Como introducción al derecho internacional de los derechos humanos puede verse Buergenthal, Thomas, Claudio, Grossman y Pedro Nikken, *Manual internacional de derechos humanos*, Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

³² Peces Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudeba, 1991, vol. I, p. 21, apunta que la idea de derechos humanos tiene un significado similar al que tuvo en los siglos XVII y XVIII la noción de derecho natural y que funciona como reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos.

³³ Véase, entre muchos otros trabajos: Casese, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

los derechos humanos empieza a influir, a su vez, en las instituciones nacionales: los instrumentos internacionales formulan derechos que pasan luego a la legislación nacional³⁴ y las resoluciones y recomendaciones de comisiones y tribunales internacionales modifican el panorama de los mecanismos internos de protección de los derechos humanos y del funcionamiento mismo del orden jurídico.³⁵

La internacionalización de los derechos humanos ha ido acompañada por la acción de grupos y organizaciones independientes, nacionales e internacionales (conocidos como “organismos no gubernamentales” u ONGs) que, con ayuda de los medios de comunicación, vigilan y presionan a los gobiernos con el fin de lograr un mayor respeto a los derechos humanos.³⁶ Estos organismos simbolizan también el imprescindible componente social de la creación del derecho: aunque el Estado conserve el monopolio legislativo formal, el derecho de los derechos humanos, al menos, no puede ser plenamente efectivo sin el reconocimiento y la promoción de los actores sociales.

b) Protección del medio ambiente

El derecho protector del medio ambiente se ha desarrollado principalmente en el ámbito nacional, como capítulo del derecho administrativo, dado su carácter fundamentalmente intervencionista.³⁷ Sin embargo,

³⁴ En la nueva legislación mexicana sobre la libertad religiosa pueden encontrarse fórmulas claramente tomadas de instrumentos internacionales. Véase, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 22, relativo a las causas por las que pueden prohibirse los actos de culto público, de la nueva Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público (*Diario Oficial de la Federación*, 15 de julio de 1992) y el artículo 12 (3) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁵ Inglaterra no ha aceptado, por razones de historia constitucional (“Parliament is sovereign”), la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad así como tampoco los efectos internos directos de los tratados internacionales. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea están cumpliendo en cierto modo dicha función. *Cfr.* Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional y supranacional”, en *op. cit.*, *supra* nota 19, p. 65.

³⁶ En México, estos organismos han proliferado notablemente en los últimos años. La Comisión Nacional de Derechos Humanos lleva un padrón de los mismos, donde en mayo de 1993 había 192 inscritos (*Informe anual mayo 1992-mayo 1993*, apartado XVII). Entre los ONGs de carácter internacional el ejemplo más notable es el de Amnistía Internacional, que ya cumplió más de treinta años.

³⁷ Fix Fierro, Héctor, “La ciencia, la tecnología y los límites del derecho ambiental”, en Kaplan, Marcos (coord.), *Revolución tecnológica, Estado y derecho*, México, UNAM-PEMEX, 1993, vol. III.

si algo caracteriza a los problemas del ambiente es la globalidad del fenómeno, es decir, la irrelevancia de las fronteras nacionales, tanto respecto de la potencialidad o actualidad de los daños a la ecología como de los medios necesarios para prevenirlos.³⁸ Dicho en otros términos: las amenazas ambientales globales no pueden ser atacadas eficazmente sin un replanteamiento del sistema de las relaciones internacionales basadas en la interacción de Estados soberanos.

Un nuevo concepto de soberanía, en vez de basarse en la pretensión de los países de un control absoluto sobre su territorio, recursos naturales y ubicación estratégica (lo cual favorece la competencia e incluso la agresión entre ellos), reconocería las implicaciones de los impactos humanos sobre el ambiente para la seguridad nacional, la economía, la salud, etcétera, y buscaría la cooperación entre las naciones como medio necesario de interacción internacional y como forma de reducir las amenazas a su futuro común.³⁹ Sin embargo, los estados deben descubrir, a través de la negociación, en qué sentidos pueden mantener su independencia y en cuáles otros deben hacer concesiones, considerando que la “extrema diferenciación en el ambiente planetario impide la igualdad de sacrificio entre los Estados”.⁴⁰

En cuanto a la regulación jurídica en esta problemática, el derecho internacional se había ocupado desde hace tiempo de algunos problemas ambientales, a través del principio de la integridad territorial, es decir, de que ningún Estado tiene facultad para realizar, promover o tolerar en su territorio actividades que tengan por resultado un daño significativo al territorio de un Estado vecino;⁴¹ de otro modo, está obligado a repararlo.⁴²

³⁸ Como introducción a esta problemática puede verse Porter, Gareth y Janet Welsh Brown, *Global environmental politics*, Boulder-San Francisco-Oxford, Westview Press, 1991, especialmente los capítulos 1 y 2 (pp. 1-68).

³⁹ Caldwell, Lynton K., “The geopolitics of environmental policy: transnational modification and national sovereignty”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Río Piedras, Puerto Rico, vol. 59, núm. 4, 1990, pp. 693-704.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 699. Ejemplo de ello es el fondo internacional que, con motivo a la enmienda de 1990 al Protocolo de Montreal sobre las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, de 1987, aceptaron crear los países industrializados, como medio de proporcionar asistencia financiera y técnica a los países en desarrollo para la sustitución de los clorofluorocarbonos o CFCs.

⁴¹ Beyerlin, Ulrich, “Transfrontier environmental protection and general international law”, *Law and State*, Tübingen, vol. 43, 1991, pp. 94-118.

⁴² Véase, Gómez Robledo, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, México, UNAM, 1992.

Sin embargo, los problemas planteados por este principio de responsabilidad internacional⁴³ se agudizan en los nuevos peligros que amenazan al ambiente (cambio climático, destrucción de la capa atmosférica de ozono); los efectos dañinos no se perciben sino después de largos periodos; hay dificultades de prueba y de determinación de la autoría del daño, etcétera.

Ante estas insuficiencias, los organismos internacionales, tanto oficiales como no gubernamentales, han logrado en las últimas tres décadas movilizar efectivamente a la comunidad internacional.⁴⁴ Como resultado de dicha movilización, se ha multiplicado la celebración de acuerdos y convenciones bilaterales y multilaterales,⁴⁵ dando surgimiento, en algunos casos, a verdaderos “régimenes ambientales internacionales”.⁴⁶

Como dato para evaluar la importancia que han adquirido estos instrumentos internacionales, puede señalarse que México ha firmado —nada más en los últimos años— aproximadamente 50, entre convenios, tratados convenciones y protocolos multilaterales y bilaterales (sobre todo con Estados Unidos de América y Canadá), en materias relacionadas con la protección del ambiente y la salud, las áreas naturales protegidas y el aprovechamiento racional de los recursos naturales.⁴⁷

⁴³ Por ejemplo, la dificultad de definir un daño “significativo”; la ausencia de estándares materiales tangibles derivados del principio del buen vecino; las excepciones al principio de responsabilidad (materiales de ultrarrisgosos, como los desechos nucleares). Beyerlin, *op. cit.*, *supra* nota 41, 112-113.

⁴⁴ Ejemplo simbólico de ello han sido las conferencias ambientales de Estocolmo, Suecia (1972) y de Río de Janeiro, Brasil (1992), que lograron reunir a las delegaciones de la gran mayoría de los países del mundo, además de otros muchos organismos y observadores interesados.

⁴⁵ Véase en general Giss, Alexandre, *Droit international de l'environnement*, París, Editions A. Pedone, 1989, 349 pp., especialmente la tabla cronológica de hechos, declaraciones y acuerdos de relevancia ambiental en las pp. 337-344. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) registraba 152 acuerdos en vigor en mayo de 1991. Palmer, Geoffrey, “New ways to make international environmental law”, *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 86, núm. 2, abril 1992, pp. 262.

⁴⁶ Sobre el particular: Porter y Brown, *op. cit.*, *supra* nota 38, pp. 69 y ss. Sobre el concepto de régimen ambiental internacional”: Williamson, Richard L., “Building the international environmental regime: a status report”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, Coral Gables, Florida, vol. 21, núm. 3, verano 1990, pp. 679-760.

⁴⁷ Ejemplos más importantes y recientes: Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, con sus enmiendas y protocolo; Convenio sobre el Cambio Climático; Convenio sobre la Diversidad Biológica; Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de la Flora y la Fauna Silvestres; Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.

c) Comercio internacional

La economía de mercado se funda, idealmente, en la competencia libre entre los agentes económicos, ya que sólo la explotación de sus ventajas comparativas se traduce en eficiencia en el uso de los recursos y beneficios para los productores y, sobre todo, para los consumidores. De ahí se sigue que el comercio sin restricciones es la principal, si no la única, fuente de verdadero progreso económico.

Sin embargo, en la realidad la economía de mercado genera sus tendencias internas a la limitación de la competencia (concentración económica), que el Estado refuerza a veces por razones políticas. Internacionalmente, ambos factores se conjugan en el proteccionismo comercial que cierra las fronteras de un país a los productos extranjeros u obstaculiza de diversas formas su acceso, como medio para sostener precios internos elevados, proteger las inversiones y el empleo y mantener la soberanía económica.

A fines de la Segunda Guerra Mundial se iniciaron los esfuerzos por alcanzar un acuerdo multilateral para promover el comercio internacional y el desarrollo de los países. Se trataba de evitar las desastrosas políticas comerciales y monetarias de las décadas anteriores que habían conducido a la depresión y, en última instancia, a la guerra.⁴⁸ El GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) fue el resultado de esta preocupación. La creación de las comunidades europeas en los años cincuenta partió también del reconocimiento de que el conflicto armado se había iniciado, entre otras razones, por la insuficiente interdependencia económica entre los países.

En los años recientes, ante la caída del modelo socialista, el libre mercado y el comercio se han puesto nuevamente a discusión como motor de la economía y el desarrollo internacionales. En particular, ante la escasez del crédito internacional, la crisis de la deuda externa y las limitaciones del modelo de sustitución de importaciones, los países en desarrollo se han visto obligados a reorientar sus economías hacia el exterior, como única forma de tener acceso a la inversión y la tecnología necesarias para su crecimiento interno.

Poco a poco el GATT, mediante sucesivas rondas de negociaciones, ha ampliado su cobertura. En el marco multilateral la Ronda Uruguay

⁴⁸ Como introducción a esta temática puede verse el capítulo 2 de Walters, Robert S. y David H. Blake, *The politics of global economic relations*, 4a. ed., Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, 1992.

del GATT, iniciada en 1986, tiene como objeto lograr una mayor liberalización y expansión del comercio internacional mediante la ampliación de las reglas del Acuerdo,⁴⁹ tradicionalmente circunscritas al comercio de bienes, al comercio de servicios, la propiedad intelectual y ciertas medidas relacionadas con la inversión. Sin embargo, estas negociaciones no han podido llevarse a buen término, entre otras razones por el surgimiento de “bloques” económicos regionales y del creciente antagonismo entre ellos.

En Europa el proceso de integración avanza, no sin dudas y dificultades, hacia el mercado único y la unión monetaria, lo que deberá traer consigo una mayor unificación jurídica y política. Los países asiáticos de la Cuenca del Pacífico han creado ya un espacio económico propio y en América del Sur cinco países (Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay) han iniciado su integración en el llamado Mercosur. Sin embargo, el TLCAN resulta un experimento extraordinario, en el sentido de que por primera vez se da cauce, mediante un instrumento jurídico comprensivo que puede servir como modelo para la integración continental,⁵⁰ a la nueva relación regional entre economías con grado de desarrollo muy diverso.

Lo que cabe destacar de este panorama es la jurisdicción progresiva de la economía internacional, a través de acuerdos de diversa naturaleza y alcance, en la medida que el intercambio comercial se ha convertido en motor del desarrollo y la interdependencia mundiales. En gran parte las disposiciones del GATT se han convertido en el parámetro de legitimidad de las relaciones y prácticas comerciales internacionales, y pocos países pueden todavía permanecer al margen del sistema comercial internacional construido alrededor de este acuerdo.⁵¹

⁴⁹ La ampliación de la cobertura del GATT se había iniciado ya en la llamada Ronda de Tokio (1973-1979). Resultado de ella fueron el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo sobre Compras del Sector Público, el Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos XV, XVI y XXI (Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios), el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI (Código Antidumping), el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII (Código de Valoración Aduanera) y el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación.

⁵⁰ Esta era la idea de la “Iniciativa de las Américas”, impulsada por el gobierno del presidente George Bush.

⁵¹ México ingresó en el GATT apenas en 1986 (después de un intento interrumpido en 1979). Dicho acuerdo fue aprobado por la Cámara de Senadores el 9 de octubre de 1986 y publicado en el *Diario Oficial* los días 26 y 28 de noviembre de ese año.

d) Convergencias y conflictos

Cada uno de estos ámbitos jurídicos ha seguido una evolución propia en el plano internacional, cuyos principios no necesariamente se corresponden entre sí. Sin embargo, las reglas de la globalización y, sobre todo, el hecho de que los derechos humanos y, más recientemente, la protección del medio ambiente se hayan convertido en parámetros de legitimidad de la acción de gobiernos y sociedades, han tenido por efecto la convergencia⁵² y, en ocasiones, el conflicto abierto entre dichos ámbitos. Lo que parece un mero juego de manipulación política, ha logrado el correctivo mutuo entre ellos y la consideración de otras perspectivas.

A continuación se examinan, a través de ejemplos, estos conflictos y convergencias.

El tratado que da origen a la Comunidad Europea, que hace las veces de su constitución, carece de una declaración de derechos, porque para el mercado común son relevantes, en todo caso, sólo los derechos económicos (como el de propiedad) y, parcialmente, también algunas otras libertades, como la de expresión (para efectos de la propaganda comercial). La protección internacional de los derechos humanos en Europa se ha encomendado a otros órganos y se funda en otros instrumentos (Convención Europea de Derechos Humanos), los cuales tienen sus propios efectos integradores.

Sin embargo, ambos mecanismos de integración se han aproximado. Sobre todo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (con sede en Luxemburgo) ha realizado una labor de interpretación del derecho comunitario, en la cual ha recurrido cada vez más a los principios fundamentales del constitucionalismo occidental, entre los cuales se encuen-

⁵² Véase Cançado Trindade, Antônio Augusto, "The parallel evolutions of international human rights protections and of environmental protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognized human rights", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José núm. 13, 1991, pp. 35-76. Sobre la relación entre derechos humanos, medio ambiente y desarrollo, véase: Kiss, Alexandre, "Sustainable development and human rights", Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Environment and development: formulation and implementation of the right to development as a human right", y Handl, Günter, "Human rights and protection of the environment: a mildly 'revisionist' view", en el volumen: *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente (Seminario de Brasilia, 1992)*; San José-Brasilia, IIDH-BID, 1192, pp. 29-37, 39-70 y 117-142, respectivamente.

tran los derechos humanos, tal como han sido proclamados en la Convención Europea.⁵³

Asimismo, en la medida que se considera que la Comunidad Europea es también una comunidad de valores (y entre ellos, en primer término están los derechos humanos),⁵⁴ un nivel mínimo de respeto a estos derechos parece constituir un requisito para el ingreso en la Comunidad. Grecia, España y Portugal pasaron a formar parte de ella una vez que concluyeron su transición a la democracia, y la candidatura actual de Turquía ha sido rechazada hasta ahora, entre otras razones, por la insuficiente protección de los derechos humanos en ese país.⁵⁵

Por otro lado, la relación entre la protección del medio ambiente y el comercio internacional es sumamente compleja,⁵⁶ ya que resulta difícil medir el impacto ambiental de las políticas comerciales.⁵⁷ Sin embargo, en la conciencia pública parece ganar más terreno la tajante tesis ecologista de que la liberalización comercial implica un incremento de la demanda y la explotación intensiva e irracional del medio ambiente (sobre todo por los endeudados países en desarrollo), aunque también hay argumentos para sostener lo contrario.⁵⁸ La consecuencia de ello ha

⁵³ Se ha hablado, en efecto, de la “constitucionalización” del derecho comunitario. Véase Cappelletti, *op. cit.*, *supra* nota 19. El Tribunal ha hecho uso de la Convención Europea en dos sentidos: a) como auxilio para la interpretación de las disposiciones comunitarias o como parámetro para determinar la validez de los actos de la Comunidad; y b) como instrumento para juzgar la legalidad de los actos de los Estados miembros. Grief, Nicholas, “The domestic impact of the European Convention of Human Rights as mediated through community law”, *Public Law*, London, invierno 1991, pp. 555 y ss. Sobre la interacción de ambos órdenes, véase también: Frowein, Jochen, Stephen Schulhofer y Shapiro, Martin, “Fundamental human rights as a vehicle of legal integration in Europe”, en: Cappelletti, Seccombe y Weiler (eds.), *Integration through law, cit.*, *supra*, nota 4, pp. 329 y ss.

⁵⁴ Frowein, Schulhofer y Shapiro, *op. ult. cit.*, pp. 231 y ss.

⁵⁵ *Cfr.* Clergerie, Jean-Louis, “Le rejet européen de la candidature de la Turquie”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, París, núm. 6, noviembre-diciembre de 1991.

⁵⁶ Para una bibliografía sobre el tema, véase Dean, Judith M., *Trade and the environment. A survey of the literature*, John Hopkins University, 1992.

⁵⁷ Véase Bergeijk, Peter A. G., “International trade and the environmental challenge”, *Journal of World Trade*, Ginebra, vol 25, núm. 6, diciembre 1991, pp. 105-115.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 106. La teoría económica diría que el comercio internacional no es la causa de los problemas ambientales y que al estimular la competencia, la asignación y el uso eficientes de los recursos, el comercio más bien contribuye a la conservación ambiental. Para cuestionar la hipótesis ecologista, este autor trata de establecer una correlación estadística directa (que aparentemente no existe) entre el crecimiento del comercio entre los países desarrollados y la emisión

sido el intento de utilizar las políticas comerciales como instrumento de la política ecológica, con el consiguiente riesgo de caer en el proteccionismo encubierto.⁵⁹ En consecuencia, se han aplicado con criterio ecologista las excepciones tradicionalmente previstas en el GATT para la protección de la vida y salud de las personas, los animales y las plantas,⁶⁰ se han introducido disposiciones ambientales en diversos acuerdos comerciales internacionales y se han previsto restricciones comerciales en tratados y convenciones ambientales.

La protección del ambiente se ha convertido entonces en una consideración relevante para el comercio internacional⁶¹ e incluso en un arma de lucha política, reforzada por su vinculación con los derechos humanos, para impedir u obstaculizar la celebración de acuerdos comerciales.⁶²

De este modo se establece una lucha de principios y prioridades y no se puede predecir en qué punto se encuentre el equilibrio, puesto que es evidente que ninguno de ellos puede dominar absolutamente. Sin embargo, con estos antecedentes es fácil entender por qué razones (aparte de las determinadas por circunstancias políticas contingentes), el TLCAN se ha convertido también en un objeto de pugna entre las

de los llamados gases de “invernadero”. De todos modos, reconoce que la liberalización comercial es una condición necesaria, aunque no suficiente, para lograr el desarrollo sostenible, en la medida que los precios mundiales no reflejen el costo de la degradación ambiental (p. 109). Sobre la relación entre comercio y ambiente véase también el capítulo 3 (“The role of the international economy”) en: *The World Commission on Environment and Development; Our Common Future*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1987, pp. 67 y ss., así como Schoenbaum, Thomas, “Free international trade and protection of the environment: irreconcilable conflict?”, y el comentario de Brown Weiss, Edith, “Environment and trade as partners in sustainable development: a commentary”, ambos en: *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 86, núm. 4, octubre 1992, pp. 700 y ss.

⁵⁹ Curiosamente, el principio ambientalista clásico “el que contamina, paga” (*polluter-pays-principle* o PPP) nació recorriendo el camino inverso en un documento de la OCDE de 1972, ante la preocupación de que las medidas de protección ambiental causaran desequilibrios en la competencia internacional. Véase Gaines, Sanford E., “The polluter pays principle: from economic equity to environmental ethos”, *Texas International Law Journal*, Austin, vol 26, núm. 3, verano 1991, pp. 463-496.

⁶⁰ Así el artículo X del GATT establece como excepciones generales las “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar a los vegetales”. Véase Jackson, John H., *World trade and the law of GATT*, Charlottesville, The Michie Company, 1969, pp. 741 y ss.

⁶¹ Porter y Brown, *op. cit.*, *supra* nota 38, pp. 134 y ss.; Hahn, Robert W., “Toward a new environmental paradigm”, *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 102, núm. 7, mayo 1993.

⁶² Véase los trabajos reunidos en el volumen citado *supra* nota 52.

políticas comerciales, los derechos humanos y las consideraciones ecológicas.

Como resultado de esta tensión, el TLCAN incorporó algunas disposiciones “ecológicas”, las cuales le valieron el calificativo del más “verde” de los tratados comerciales.⁶³

La cuestión más importante en materia de derechos humanos entre México y los Estados Unidos de América se refiere a los trabajadores migratorios. Este tema no se incluyó en el TLCAN, porque no tiene por objeto principal la circulación de personas, pero también para evitar entorpecer las negociaciones por una cuestión de suyo delicada en la relación bilateral.

Sin embargo, las presiones políticas relacionadas con el cambio de gobierno en los Estados Unidos de América condujeron a que los tres países iniciaran y concluyeran la negociación de dos acuerdos complementarios en materia laboral y en materia ambiental. De acuerdo con los resúmenes preparados por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial,⁶⁴ ambos acuerdos presentan dos aspectos fundamentales: un amplio espectro en materia de cooperación y la obligación de cada uno de los países de aplicar efectivamente su legislación ambiental y laboral.⁶⁵ En caso de incumplimiento persistente, se les puede aplicar una sanción

⁶³ Las disposiciones ambientales del tratado se encuentran en el preámbulo y los artículos 104, 712, 904, 1106, 1114, 1709, 2005, 2015 y 2101. En estas disposiciones las partes en el TLCAN asumen los siguientes compromisos: a) aplicar y administrar el tratado de manera compatible con la protección del medio ambiente, así como a impulsar el desarrollo sostenible; b) las obligaciones comerciales previstas en ciertos tratados internacionales en materia ambiental (protección de especies en peligro de extinción; sustancias que dañan la capa atmosférica de ozono; tráfico de desechos peligrosos) prevalecen sobre las disposiciones del TLCAN en caso de conflicto; c) se conforma el derecho de cada parte a determinar el nivel de protección que considere adecuado para la protección del medio ambiente, la salud y la vida humana, animal o vegetal; d) no se considerarán como “requisitos de desempeño”, prohibidos por el TLCAN, las medidas requeridas para el uso de tecnologías encaminadas a cumplir con las disposiciones aplicables a salud, seguridad o medio ambiente; e) los tres países reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio del relajamiento de las medidas aplicables a salud, seguridad y medio ambiente; f) en materia de solución de controversias, los paneles pueden solicitar asesoría científica sobre asuntos referentes al medio ambiente.

⁶⁴ Al momento de elaborar este artículo no se conocían todavía los textos oficiales de estos acuerdos.

⁶⁵ Sobre la cooperación ambiental en la región puede verse Székely, Alberto, “Establishing a region for ecological cooperation in North America”, *Natural Resources Journal*, vol. 32, núm. 3, verano 1992, pp. 653 y ss.

(multa), que de no ser cubierta, puede dar origen al retiro de los beneficios del TLCAN al país infractor.

Por todo ello, podemos afirmar que el TLCAN constituye un tratado comercial de nuevo tipo, que además de las cuestiones comerciales, incorpora, con modalidades propias, aspectos de protección de los derechos humanos y del medio ambiente. Dicha incorporación se ha producido no sólo por la acción organizada de grupos de presión nacionales e internacionales, sino fundamentalmente por la tendencia globalizadora intrínseca de estos ámbitos jurídicos.

4. *El derecho en una economía abierta*

La inserción de nuestro país en los procesos de internacionalización y globalización arriba descritos se ha producido como resultado de la llamada “apertura económica”, emprendida por el gobierno mexicano a mediados de la década pasada. Mucho se ha escrito y analizado sobre los problemas y los efectos de esta apertura, o sea el cambio de un modelo de desarrollo basado en la sustitución de importaciones a otro apoyado en la exportación y la captación de inversión extranjera. Poco, sin embargo, se ha explorado en cuanto al entorno jurídico que acompaña a este fenómeno económico.⁶⁶

Podemos suponer que existe una correlación entre la economía y el orden jurídico, en la medida en que corresponde al derecho institucionalizar y encauzar el modelo económico.⁶⁷ Si éste cambia, también el derecho debe modificarse, pero ¿de qué manera y con qué alcances?

Aparte de la reforma obvia de las leyes arancelarias y otras directamente relacionadas con la actividad productiva o comercial,⁶⁸ el orden

⁶⁶ Véase, por ejemplo, Patiño Manffer, Ruperto, “Análisis comparativo de los principios que rigen en la zona de libre comercio de América del Norte frente a los principios de contenido económico de la Constitución mexicana”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Guadalajara, vol. 2, núm. 3, mayo-agosto 1992, pp. 79 y ss.

⁶⁷ Este es, por demás, un tema central en la sociología jurídica de Max Weber: la aportación del derecho racional moderno a la economía capitalista. Véase *Economía y sociedad*, 2a. ed., México, FCE, 1984, pp. 268 y ss., especialmente la p. 272. Véase también Fariñas Dulce, María Jose, *La sociología del derecho de Max Weber*, México, UNAM, 1989, pp. 168 y ss.

⁶⁸ En efecto, la lista de leyes y reglamentos, nuevos o reformados desde 1989, es bastante amplia. Entre las más recientes podemos mencionar: Ley de Comercio Exterior (*Diario Oficial*, 27 de julio de 1993); Ley Federal sobre Metrología y Normalización (*Diario Oficial*, 1 de junio de 1992); Ley Federal de Competencia Económica (*Diario Oficial*, 24 de diciembre de 1992); Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial (*Diario Oficial*, 27 de junio de 1991).

jurídico también requiere una “apertura”, es decir, la capacidad de establecer y manejar una relación con un orden externo, y en este sentido nuestro ordenamiento apenas empieza a crear las estructuras necesarias para encauzar esta vinculación. La apertura económica produce otros muchos cambios que van más allá de lo puramente económico,⁶⁹ lo que requiere, por su parte, de una cascada de cambios menores en el derecho,⁷⁰ y por ello, durante un tiempo, al menos, parece que existe una “contradicción” entre los distintos sectores o niveles del derecho.⁷¹

Enseguida se examinan brevemente algunas consecuencias generales de la “apertura” jurídica.

a) El derecho como cauce para el intercambio económico

Se dijo que el derecho es, por una parte, instrumento de los intercambios económicos, lo cual parece obvio y necesario si dichos intercambios han de ser regulares y permanentes. Sin embargo, queda por investigar el papel general del derecho en dichas relaciones económicas, así como el grado y profundidad de su juridificación.

Podemos establecer la hipótesis de que se recurrirá a la juridificación de una relación económica (con el probable efecto de la juridificación de otros ámbitos) ahí donde exista una alta posibilidad de conflicto y una baja capacidad de solución política. Podemos citar el ejemplo de la integración europea, donde la juridificación es una forma de promover la construcción de la Comunidad cuando hay dificultades para lograr consensos internos o acuerdos entre los estados:⁷² los órganos comunitarios tienen entonces la facultad de expedir ordenamientos o resoluciones con efectos obligatorios directos en los estados miembros e inclusive con jerarquía superior a la legislación interna.

⁶⁹ Los de Chile, México y China son ejemplos de procesos de reforma económica en los que se ha intentado, en diverso grado y por distintas razones, aislar el cambio económico de las cuestiones políticas. En general, se acepta que un orden económico de libre mercado sólo puede subsistir, a largo plazo, en un sistema político plural y abierto, pero la correspondencia no es automática ni inmediata.

⁷⁰ Luhmann, Niklas, *Die soziologische beobachtung des rechts* (La observación sociológica del derecho), Frankfurt, Alfred Metz Verlag, 1986, p. 30, recalca la imposibilidad de introducir cambios radicales en el derecho, salvo por métodos extra-jurídicos.

⁷¹ Véase, *infra*, “El TLC y el sistema jurídico mexicano”.

⁷² Dezalay y Trubek, *op. cit.*, *supra* nota 24, dicen literalmente: “ha resultado más fácil crear la Comunidad a través del derecho que mediante la política” (p. 20).

Él puede considerarse como un esfuerzo deliberado por juridificar un proceso de integración económica “silenciosa” ya en marcha,⁷³ es decir, por conferirle la permanencia y seguridad que otorga el derecho. Sin embargo, se trata de una juridificación parcial o menos intensa frente a la europea, en la medida que se evita crear instancias de decisión con facultades de interpretación y aplicación obligatorias del derecho.

b) Incorporación de influencias exteriores

La apertura significa también, de manera inevitable para un orden jurídico que busca actualizarse y “modernizarse”, la recepción de influencias de otros ordenamientos más fuertes o más avanzados.

Sin embargo, las influencias extranjeras no pueden recibirse sin más en el orden jurídico nacional, sino que tienen que ser sometidas a un proceso de adaptación y armonización con el derecho existente, lo que implica en muchas ocasiones que se modifiquen o adquieran matices propios.

c) Mayor escrutinio sobre un marco de referencia externo

Un orden abierto genera forzosamente un escrutinio externo más intenso, pues los actores extranjeros que poseen mayor interés en el intercambio, también lo tienen en las condiciones internas que afectan este proceso. Dicho interés puede ser institucionalizado o formalizado, mediante la creación de instancias que tienen por objetivo revisar u opinar sobre medidas internas en relación con un marco o régimen supranacional. Sin embargo, también puede generarse un mayor grado de escrutinio interno, pero a través de un marco de referencia supranacional.

d) Generación de un “derecho común”

Aun ahí donde no se establecen órganos supranacionales encargados de elaborar y aplicar un “derecho común”, el efecto acumulado de los intercambios puede traer consigo la aproximación de órdenes jurídicos

⁷³ Cfr. García Moreno, Víctor y César Emiliano Hernández Ochoa, “Hacia un Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos”, en: Witker (coord.), *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 49 y ss.

diversos (se trataría de una especie de “mano invisible” jurídica), si las divergencias implican grados distintos de competitividad económica.⁷⁴

Por otro lado, el proceso continuo de comunicación entre órganos y autoridades de sistemas distintos también pueden contribuir a la aproximación mencionada, sin necesidad de expedir ordenamientos uniformes y obligatorios.

III. EL TLCAN Y EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Él significa para el sistema jurídico mexicano, al menos en algunos aspectos, abrir una nueva etapa de innovación y recepción de influencias externas. Esto puede parecer contrario a nuestra tradición nacionalista, pero en realidad hay que tomar en cuenta que nuestro derecho ha sido receptor de poderosas influencias externas en distintos periodos.⁷⁵ Las diversas corrientes jurídicas que han confluído y predominado en él provienen de distintas familias de derecho (fundamentalmente el derecho español, el francés y el norteamericano, con algunos vestigios del derecho indígena) y en diferentes épocas. El elemento nacional ha consistido, más que en un desarrollo propio, en la combinación y adaptación selectivas de elementos extranjeros y nacionales. Las instituciones adquieren un perfil nacional precisamente por su funcionamiento en la realidad.⁷⁶ Esto se comprueba fácilmente consultando cualquier panorama de la historia del derecho mexicano.

La influencia externa es en realidad una forma normal, antes que excepcional, en la evolución de los sistemas jurídicos.⁷⁷

⁷⁴ Cfr. Boodman, *op. cit.*, *supra* nota 16, pp. 712 y ss., quien habla de “markets for laws”: el proceso competitivo de modificaciones legislativas puede estabilizarse eventualmente en un grado de homogeneidad suficiente para satisfacer a la demanda, aunque dichos “mercados” no se establecen necesariamente en todos los casos en que hay diferencias entre las leyes de dos o más ordenamientos.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, Soberanes Fernández, José Luis, “Historia del sistema jurídico mexicano”, *El derecho en México. Una visión de conjunto*, México, UNAM, 1991, tomo I, pp. 7-83.

⁷⁶ Esto es válido incluso para la más nacional de nuestras instituciones jurídicas, el amparo, que combina elementos de las tres tradiciones jurídicas mencionadas. Véase Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado” y “Derecho comparado y derecho de amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 351 y ss. y 131 y ss., respectivamente

⁷⁷ Véase Watson, Alan, *Legal transplants. An approach to comparative law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, quien llega a la conclusión que “es extremadamente común el trasplante de normas individuales o de una buena parte de un sistema jurídico”, p. 95.

En los siguientes apartados se examinarán, en vía de ejemplo, algunos aspectos de la relación del TLCAN con el sistema jurídico mexicano.

1. *El derecho interno y sus procedimientos*

A. *El TLCAN y las normas jurídicas internas*

Ante la trascendencia del TLCAN, se ha puesto nuevamente a discusión el problema de la jerarquía y la relación de los tratados internacionales respecto de la Constitución y las leyes, y en particular, la cuestión de los efectos de las posibles contradicciones entre las normas internacionales y las internas. Además, por primera vez se cuestiona también el papel de los órganos legislativos, en particular el de la Cámara de Senadores, en el proceso de incorporación de las normas internacionales.

Este problema, objeto de diversas interpretaciones doctrinales⁷⁸ y nunca resuelto satisfactoriamente por la jurisprudencia, arroja nueva luz sobre las consecuencias reales de la apertura del sistema jurídico. Durante más de 60 años sólo de manera incidental surgieron conflictos entre las normas producidas internacionalmente y el orden jurídico interno. En todo caso, este tipo de cuestiones raramente se planteaba ante los tribunales. El TLCAN, que seguramente tendrá un impacto directo en la vida e intereses de los actores económicos y de la sociedad en

⁷⁸ Se trata, en el fondo y como es sabido, de la interpretación del artículo 133 constitucional. Véase, entre otros autores: Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año II, núm. 4, enero-abril de 1969, pp. 3-33 (reproducido en los *Estudios constitucionales*, varias ediciones, del mismo autor); Martínez Báez, Antonio, "La Constitución y los tratados internacionales", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, núm. 30, abril-junio de 1946, pp. 167-181; Schmill Ordóñez, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Manuel Porrúa, 1971, pp. 514-525. Más recientemente: el comentario a la nueva Ley sobre Celebración de Tratados (*Diario Oficial*, 2 de enero de 1992) de Ricardo Méndez Silva, *Modernización del derecho mexicano. Reformas constitucionales y legales 1992*, México, UNAM-PGR-PGJDF-Presidencia de la República, 1993, pp. 323-334. Sobre el artículo 133 constitucional ante la perspectiva del TLCAN, véase Adame Goddard, Jorge, "Relaciones entre el Tratado de Libre Comercio y la Legislación mexicana", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 16, núm. 16, 1992, pp. 9-33, para quien se trata de un problema de aplicación (distinción de fuentes y jurisdicciones competentes) y no de jerarquía; desde un punto de vista crítico: Patiño Manffer, Ruperto, "Los tratados internacionales en la Constitución mexicana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLII, núms. 181-182, enero-abril de 1992, pp. 93-108.

general, amplifica el problema y lo pone en una perspectiva nueva que desborda el campo de lo especulativo para entrar en el universo de lo real, donde los conflictos de intereses obligarán a una respuesta clara de los órganos del derecho.

Se trata, sin embargo, de una situación donde la interpretación puramente jurídica debe ser complementada por una perspectiva de política jurídica explícita.⁷⁹ Habría que responder entonces a la siguiente pregunta: ¿cuál es el papel que asumen o deben asumir las normas internacionales en el derecho interno?⁸⁰ En primer término, es preciso resolver la cuestión de si las normas internacionales se aplican directamente en el ámbito interno,⁸¹ y en segundo lugar, si en caso de conflicto, la norma internacional, además de tener dicha aplicación, será de jerarquía superior a otras normas nacionales (por ejemplo, leyes ordinarias), anteriores o incluso posteriores.

Así, por ejemplo, son claras las razones de legitimidad política las que determinan otorgar una jerarquía interna superior a las normas sobre derechos humanos.⁸² En el caso de la Comunidad Europea, el derecho comunitario prevalece sobre el derecho interno de los Estados miembros, para que en verdad sea un “derecho común” (a pesar de que el Tratado de Roma no le haya otorgado expresamente esta jerarquía y algunos países se hayan resistido a aceptarla). Pero hay casos menos claros, en donde los efectos internos de las normas internacionales están en dependencia de un forcejeo político, con resultados in-

⁷⁹ Muchas veces los supuestos políticos que apoyan una interpretación o solución se encuentran sólo en forma implícita. Así, por ejemplo, en el caso de la crítica de Patiño Manffer, *op. cit.*, *supra* nota 78, estas premisas no del todo explícitas se refieren a la soberanía, a la transcendencia de la sustitución de un modelo de desarrollo y, en última instancia, a la reducida pluralidad política en el órgano encargado de la ratificación del TLCAN.

⁸⁰ Véase Jackson, John H., “Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis”, *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 86, núm. 2, abril 192, pp. 310-340.

⁸¹ Así, por ejemplo, en Estados Unidos, a pesar de que su Constitución convierte en ley interna los tratados internacionales que celebra ese país (al igual que nuestro artículo 133), la aplicación directa depende fundamentalmente, en la interpretación de los tribunales, de la “intención” implícita o expresa de los creadores de la norma. Jackson, *op. ult. cit.*, p. 320.

⁸² Así, por ejemplo, el artículo 101 de la Constitución peruana de 1979 señala que los tratados internacionales forman parte del derecho interno y que en caso de conflicto con una ley, prevalecen aquéllos. Pero los tratados relativos a derechos humanos tienen *jerarquía constitucional* (artículo 105).

consistentes. Podemos mencionar precisamente los tratados comerciales en el derecho interno de Estados Unidos de América.⁸³

Las opciones en relación con los efectos internos de las normas internacionales presenta ventajas e inconvenientes,⁸⁴ y la solución adoptada derivará, como ya se ha dicho, más de consideraciones políticas que de las estrictamente jurídicas, sobre todo cuando existe una contradicción real o aparente entre una norma internacional y una norma nacional (incluida la Constitución).

El problema no tiene una solución puramente jurídica, en la que “prevalezca” sin más la norma interna, porque debe tomarse en cuenta el origen de la norma internacional, su naturaleza y, sobre todo, los imperativos políticos en contexto. Con la expresión “imperativos políticos” no se quiere decir que cualquier interés político puede gobernar la solución (por encima de cualquier justificación jurídica),⁸⁵ pero sí que tendrán mayor peso e importancia las normas que, como las relativas a los derechos humanos, el comercio internacional y la protección del ambiente, no sólo coordinan la actuación del Estado con otras entidades internacionales, sino que constituyen o pueden llegar a constituir elementos fundamentales de un orden universal futuro.⁸⁶

⁸³ Véase Furnish, Dalc Beck, “La inserción de los tratados comerciales multilaterales (GATT) y bilaterales en el derecho interno norteamericano”, en Witker (coord.), *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 267-295.

⁸⁴ Jackson, *op. cit.*, *supra* nota 80, pp. 321 y ss., examina detalladamente estas ventajas e inconvenientes. Resulta significativo el siguiente párrafo en relación con el sistema de aplicación directa, jerarquía superior de dichas normas en el plano nacional: “las personas que han presenciado un cambio reciente desde el socialismo o la planeación estatal hacia principios económicos orientados al mercado podrían sentirse más seguras sobre la permanencia de ese cambio si su nación aceptara normas de tratados internacionales (por ejemplo, en una unión aduanera o zona de libre comercio) que se aplicarían directamente, y con jerarquía superior, nuevamente como *freno sobre su propio gobierno y cualesquiera* decisiones subsiguientes (incluso derivadas de elecciones democráticas) que pudieran alterar la nueva orientación de mercado” (p. 322, cursivas del autor).

⁸⁵ Se trata, en el fondo, de otro capítulo de las complejas relaciones entre el derecho y la política. Así, por ejemplo, la doctrina constitucional ha tenido que desdoblarse el concepto de constitución (en constitución formal, material y real) para dar cuenta de la circunstancia de que el derecho es incapaz de codificar completamente el fenómeno del poder. El caso límite es, como se sabe, el de la revolución.

⁸⁶ Se trata de un proceso que ya no puede ser visto adecuadamente a través del lente de la teoría jurídica de la soberanía. McCormick, Neil, “Beyond the sovereign state”, *The Modern Law Review*, Oxford, vol. 56, núm. 1, enero 1993, pp. 1-18, considera que Inglaterra (junto con los demás países miembros de la Comunidad Europea) ya no es soberana, a pesar de que en teoría el Parlamento

B. Nuevas figuras y nuevos procedimientos

La extensión y profundidad de las negociaciones del TLCAN puso en comunicación, en ocasiones en enfrentamiento, a dos tradiciones jurídicas cuya estructura, conceptos y práctica son radicalmente distintos.⁸⁷ El efecto de comunicación de estos dos sistemas jurídicos permea todo el tratado e introducirá, al ser aprobado por el Senado mexicano, figuras y conceptos nuevos en el sistema jurídico mexicano. A manera de ejemplos considérense los siguientes casos específicos:

a) Audiencias públicas

En el sistema jurídico norteamericano y canadiense es una práctica inherente a su funcionamiento la celebración durante los procedimientos judiciales, administrativos y legislativos, de audiencias (*hearings*), en muchos casos públicas, en las cuales se definen cuestiones de hecho o de derecho.⁸⁸ Esta práctica era poco habitual, si no es que fundamentalmente desconocida, en el derecho mexicano.

Sin embargo, el anexo 803.3 del TLCAN, que establece con extremo detalle la manera en que se administrarán los procedimientos relativos a la aplicación de medidas de emergencia,⁸⁹ establece en el numeral 7

podría abrogar la ley por la que ese país se incorporó a la Comunidad. Dicho en otras palabras: la tendencia a la integración internacional se desarrolla incluso por encima de la voluntad favorable o contraria de las naciones “soberanas”.

⁸⁷ Aunque es un tratado trilateral, opone el sistema del *common law* (Estados Unidos de Norteamérica y en gran medida Canadá) al del *civil law* (México y parcialmente Canadá). Las obras clásicas sobre las diferencias entre estas familias o tradiciones jurídicas son las de Merryman, John H., *La tradición jurídica romano-canónica*, México, FCE, 1971; y David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1973 (existen ediciones más recientes en los idiomas originales. Friedman, Lawrence M., “Some thoughts on comparative legal culture”, en: Clark, David S. (ed.), *Comparative and private international law. Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlín, Duncker und Humboldt, 1990, pp. 49-57, critica la comparación tradicional de “familias” jurídicas con base en materiales formales, y propone, en cambio, la comparación en términos sociales (cultura jurídica).

⁸⁸ Véase Black, Henry C. (ed.), *Blacks Law Dictionary*, 6a. ed., Minnesota, West Publishing Co., 1990.

⁸⁹ El detalle del anexo en cuestión es fácilmente explicable. En una economía cerrada, las medidas de salvaguarda no son necesarias. Una vez que se abre la economía, estas medidas son indispensables (véase el artículo XIX del GATT); sin embargo su aplicación es compleja y requiere de un procedimiento sofisticado. Este procedimiento, y la experiencia necesaria para su aplicación, eran apenas conocidos en México. La Ley de Comercio Exterior de 1986 no regula esta ma-

la obligación de las autoridades investigadoras de celebrar una audiencia pública para que comparezcan todas las partes interesadas con el objeto que presenten pruebas y sean escuchadas. Se incorporará así en derecho mexicano una práctica típica del *common law* que deberá pasar su periodo de adaptación en la realidad.⁹⁰

Las razones son complejas y obedecen también a causas históricas y políticas. Podemos adelantar como hipótesis que se debe a la diferencia entre un “sistema contradictorio” (*adversarial system*), que requiere mayor participación de los intereses en conflicto, y un sistema más centralizado, donde la autoridad ejerce una cantidad significativamente mayor de poder discrecional en la solución de los conflictos.⁹¹

b) Información confidencial

A diferencia de Estados Unidos de América y Canadá,⁹² en México no existe todavía legislación que proteja la intimidad de las personas frente al uso de la información, ni que determine con precisión cuál es la información confidencial y los procedimientos para clasificarla. El TLCAN incorpora en varias de sus disposiciones estos conceptos con el objeto de garantizar la protección de esta clase de información.⁹³ En

teria sino de manera incidental. Sin embargo, tanto Canadá como los Estados Unidos de América tienen una extensa práctica en esta materia. Es por ello normal que el procedimiento desarrollado por estos países sirva como modelo al mexicano. Véase Jackson, John, *The world trading system, cit., supra* nota 11, pp. 149 y ss.

⁹⁰ Resulta importante señalar que el artículo 81 de la nueva Ley de Comercio Exterior, publicada en el *Diario Oficial* del 27 de julio de 1993, establece esta audiencia no sólo para los procedimientos de salvaguardas, sino también para aquéllos relativos a prácticas desleales. Así, la adopción de esta figura comienza ya a extenderse a otros sectores más allá de la obligación específica del TLCAN.

⁹¹ Koopmans, Thijmen, *op. cit., supra* nota 26, pp. 502 y ss., hace notar una influencia similar de los elementos del procedimiento contradictorio del *common law* en la actuación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con posterioridad a la incorporación de Inglaterra a la misma en 1973.

⁹² Nos referimos, para el caso de los Estados Unidos de América, a la *Freedom of Information Act*, y en el de Canadá, a la *Access to Information Act*, así como a la interpretación que han establecido los tribunales de ambos países en la materia.

⁹³ Véase, por ejemplo, los siguientes artículos: 507 (confidencialidad en los procedimientos aduaneros); 717 (procedimientos de control, inspección y aprobación en materia de medidas sanitarias y fitosanitarias); anexo 803.3 numeral 8 (administración de los procedimientos en materia de medidas de emergencia); 908 (evaluación de la conformidad en materia de medidas de normalización); 1016 (li-

la medida que los procedimientos sujetos a las disciplinas del tratado establecen un equilibrio entre el acceso a la información y la protección de la información confidencial, México se encuentra en relativa situación de desventaja al no existir normas que determinen en forma precisa cuál es la información protegida. Sin duda la incorporación de estos conceptos al derecho nacional favorecerá la promulgación de una ley de información.

C. Influencia de instituciones supranacionales

Como se dijo anteriormente, el TLCAN no crea órganos supranacionales ni un “derecho supranacional” similar al derecho de las comunidades europeas. Sin embargo, es razonable afirmar que las instituciones creadas por el tratado tendrán en la práctica un impacto directo análogo sobre los distintos derechos y las prácticas jurídicas en los tres países. Nuevamente ofrecemos algunos ejemplos:

a) Generación de interpretaciones “comunes”

El tratado crea la Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes de cada país a nivel ministerial, la cual, entre otras funciones, se encargará de supervisar su puesta en práctica, de vigilar su desarrollo y de resolver las controversias respecto de su interpretación o aplicación. El mismo TLCAN crea además un número importante de comités y grupos de trabajo,⁹⁴ integrados en su mayoría por funcionarios de los

citación restringida en materia de compras gubernamentales); anexo 1904.15 (reformas a las disposiciones jurídicas internas en materia de prácticas desleales); 2006 (consultas) y 2105 (divulgación de información).

⁹⁴ Estos comités y grupos de trabajo son los siguientes: Comité de Comercio de Bienes (artículo 316); Comité de Comercio de Ropa Usada (Anexo 300.B Sección 9(1)); Comité de Comercio Agropecuario (artículo 706); Comité Asesor en Materia de Controversias Comerciales Privadas sobre Productos Agropecuarios (artículo 707); Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (artículo 722); Comité de Medidas Relativas a Normalización (artículo 913); Subcomité de Normas de Transporte Terrestre (artículo 913(5)); Subcomité de Normas de Telecomunicaciones (artículo 913(5)); Consejo de Normas Automotrices (artículo 913(5)); Subcomité de Etiquetado de Bienes Textiles y del Vestido (artículo 913(5)); Comité de la Micro y Pequeña Empresa (artículo 1021); Comité de Servicios Financieros (artículo 1412); Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas (artículo 2022(4)); Grupo de Trabajo sobre Reglas de Origen (artículo 513); Subgrupo de Aduanas (artículo 513 (6)); Grupo de Trabajo sobre Subsídios

tres países, los cuales tendrán como tarea la de resolver los problemas prácticos derivados de la operación del tratado, así como prevenir y resolver en un primer nivel las controversias que pudieran surgir.

Lo anterior significa un aumento muy significativo de la comunicación de los funcionarios gubernamentales de los tres países en muy diversas materias, así como la elaboración progresiva de reglas de interpretación sobre las disposiciones del tratado. En otras palabras, existirá un intercambio de información permanente que, sin duda, generará la adopción de prácticas comunes o similares en los tres países. Al mismo tiempo, y dado el nivel relativo de desarrollo de nuestro país, será lógico esperar que adoptemos progresivamente muchas de las reglas desarrolladas en estos países respecto de situaciones que apenas nacen en el nuestro, o cuya regulación se encuentra todavía en estadio embrionario.

b) Mecanismos de solución de controversias

El tratado establece un mecanismo de solución de controversias general (capítulo XX),⁹⁵ así como mecanismos especiales para las controversias en materia de prácticas desleales (capítulo XIX) y los conflictos inversionista-Estado (capítulo XI).

Es interesante destacar hasta qué punto las disposiciones del TLCAN se inspiran en mecanismos privados de solución de controversias (fundamentalmente el arbitraje comercial), que el tratado adapta e institucionaliza para resolver en este caso los conflictos entre Estados. Todos ellos tienen como común denominador la posibilidad, en última instancia, de resolver la controversia a través de un panel arbitral designado conforme a reglas específicas que aseguran su neutralidad y eficacia.

De este modo, si bien no se crea una jurisdicción supranacional, los paneles arbitrales generarán, con el tiempo, un conjunto de decisiones⁹⁶

Agropecuarios (artículo 705 (6)); Grupo de trabajo bilateral en Agricultura (México y Estados Unidos de América) (Anexo 703.2(A)(25)); Grupo de trabajo bilateral en Agricultura (México y Canadá (Anexo 703.2(B)(13)); Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia (artículo 1504); Grupo de Trabajo sobre Entrada Temporal (artículo 1605).

⁹⁵ Véase Leycegui, Beatriz, *Reflexiones en torno al régimen general de prevención, administración y solución de controversias previsto en los capítulos 18 y 20 del Tratado de Libre Comercio*, México, Escuela Libre de Derecho, 1993 (tesis profesional).

⁹⁶ Aunque técnicamente las ediciones de los paneles no crean jurisprudencia, ni existe una regla sobre precedentes, hay evidencia empírica suficiente para suponer que estos organismos tenderán con el tiempo a establecer criterios de interpretación uniformes.

que influirán significativamente en la aplicación del tratado y en las prácticas administrativas, y aun legislativas, de los tres países.

c) Interpretación por el juez nacional

Los jueces nacionales tendrán también un papel importante en la aplicación del TLCAN. Podemos percibir al menos dos casos en que el tratado influirá en la forma en que éstos lo interpreten.

Quizá por primera vez en México, los jueces nacionales tendrán que interpretar directamente el tratado en algunos casos y esto implica enfrentarse a un texto cuyas reglas de construcción y redacción se alejan sustantivamente de los textos jurídicos normalmente interpretados por ellos. Además, el artículo 2020 del tratado dispone que cuando surja durante un procedimiento interno una cuestión de interpretación o de aplicación del TLCAN y alguno de los países parte considere que amerita su intervención o el juez nacional la solicite, la Comisión de Libre Comercio procurará acordar una interpretación de la disposición en cuestión, la cual se comunicará al tribunal nacional de acuerdo con las reglas de ese foro.

En segundo lugar, la aplicación o interpretación que hagan los jueces del tratado o de las disposiciones legislativas internas en materias que afecten su operación, estará sujeta a las consideraciones que tal determinación pudiera tener en el marco de las relaciones comerciales de los tres países.⁹⁷ En algún sentido, las sentencias de los jueces están sujetas a un mayor escrutinio interno y externo, ya que sus efectos empiezan a desbordar por mucho el marco que tradicionalmente se les asigna.

D. *Transparencia*

Quizá el aspecto que presente mayor interés desde la perspectiva de la sociología y la política del derecho en la era de la globalización, sea el relacionado con las disposiciones sobre “transparencia”, que se encuentran a lo largo de todo el tratado.

⁹⁷ Sin ir más lejos, la interpretación que hizo un juez de distrito relativa a la obligación del representante comercial de Estados Unidos de América de elaborar un estudio de impacto ambiental sobre el TLCAN, ha influido en el proceso de aprobación de éste por el Congreso de ese país. Al momento de elaborar este trabajo, el caso está pendiente de resolución por parte de un tribunal de apelaciones.

En síntesis, estas disposiciones, que son habituales en el derecho norteamericano y canadiense, tratan de asegurar una comunicación adecuada entre la autoridad y los ciudadanos, permitiendo además la participación de éstos en los procedimientos administrativos y legislativos. En el marco del tratado, su objeto se justifica por el carácter preventivo que pueden asumir respecto del surgimiento de controversias entre los estados.

El núcleo de estas disposiciones se encuentra en el capítulo XVIII del TLCAN (publicación, notificación y administración de leyes),⁹⁸ que podríamos sintetizar en los siguientes puntos:

- i) obligación de establecer puntos de enlace;
- ii) obligación de publicar leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general;
- iii) publicación por adelantado, en la medida de lo posible, de cualquier medida que se proponga adoptar;
- iv) ofrecimiento, en la medida de lo posible, a las personas y a las partes del tratado interesadas de una oportunidad razonable de presentar observaciones sobre las medidas propuestas;
- v) obligación de notificación e intercambio de información entre las partes del tratado sobre cualquier medida vigente o en proyecto que pudiera afectar al tratado;
- vi) obligación de adoptar o mantener procedimientos para la revisión administrativa o judicial de los asuntos materia del TLCAN.

Como se podrá observar, algunas de las obligaciones no implicarán novedad en el sistema jurídico mexicano, pero otras sí (particularmente las previstas en los incisos *iii*), *iv*) y *v*) y, si bien es cierto que se trata de obligaciones “suaves” (ya que se habla de la “medida de lo posible”), significan un cambio profundo en la manera de elaborar y administrar las leyes y reglamentos en México,⁹⁹ donde hasta ahora ha prevalecido la discreción de la autoridad administrativa. De nueva cuenta, será necesario esperar para ver de qué manera estas nuevas reglas se adaptan a la realidad y modifican las prácticas vigentes en nuestro país.

⁹⁸ Existen en otras partes del tratado disposiciones específicas en materia de transparencia. Véase en particular el capítulo V y los artículos 316, 718, 803, 909, 1008 y 1411. De hecho, tal y como lo reconoce el artículo 102, la transparencia es uno de los principios inspiradores del tratado.

⁹⁹ Encontramos un ejemplo en la nueva Ley de Metrología y Normalización (*Diario Oficial* del 10. de junio de 1992), que establece un plazo de 60 días para que los particulares hagan llegar a la autoridad sus comentarios sobre los proyectos de normas.

2. *Los agentes jurídicos*

A. *La justicia*

El funcionamiento de un sistema jurídico no puede entenderse sin tomar en cuenta la operación de los órganos de la justicia.¹⁰⁰ Son éstos los que le dan al sistema un perfil propio, que puede ser muy distinto entre órdenes jurídicos que, por otro lado, comparten una proximidad sustantiva. Resulta evidente que la integración económica traerá también consigo cambios para el funcionamiento de los órganos de aplicación del derecho, pero no sólo por el surgimiento inevitable de más o de nuevas controversias. Al respecto son previsibles dos situaciones.

a) Nuevos conflictos ante los órganos nacionales

En primer término, puede suponerse que ciertas áreas previstas por el tratado serán susceptibles de generar mayor número de controversias con motivo de su aplicación,¹⁰¹ mismas que serán llevadas, en determinada proporción, ante los tribunales y algunos otros órganos de la justicia nacional. Sin embargo, se puede afirmar que éstos no se encuentran aún preparados para resolver los nuevos problemas que se les plantearán, a menudo sumamente técnicos y complejos, por sus posibles repercusiones internacionales.

Sin embargo, existen obstáculos y deficiencias, bien conocidos,¹⁰² que conspiran contra la intervención de la justicia nacional.¹⁰³ Por lo que se refiere a los tribunales, es necesario tomar en cuenta que cuando se trata de controversias comerciales que afectan únicamente intereses particulares, son competentes en primera instancia los poderes judiciales de las entidades federativas, que son los que sufren en mayor grado las deficiencias apuntadas. Y si bien el Poder Judicial actúa como correctivo de los órganos estatales, él mismo padece sus propios problemas.

¹⁰⁰ Por esta razón se han convertido en lugar de observación privilegiado para la sociología del derecho.

¹⁰¹ Así, podríamos mencionar las siguientes: aduanas; prácticas desleales (*dumping*); inversiones; propiedad intelectual; licitaciones públicas y, en general, procedimientos para el otorgamiento de licencias, concesiones y permisos.

¹⁰² Aunque lo son en términos generales en el medio jurídico, hay una ausencia casi absoluta e injustificada de estudios *empíricos* que fundamenten el diagnóstico, por encima de la anécdota y la experiencia personal.

¹⁰³ Las deficiencias de la justicia mexicana han sido uno de los argumentos esgrimidos persistentemente por muchos opositores al tratado en el extranjero.

Quizá el más significativo en relación con la apertura hacia el exterior sea el relativo aislamiento y la desconexión que el propio Poder Judicial de la Federación se ha impuesto desde hace tiempo, bajo el manto de la independencia judicial, respecto de algunos problemas de relevancia nacional.¹⁰⁴ La consecuencia de esto ha sido, en parte, la necesidad de crear órganos especializados que han cumplido la importante función nuestros tribunales federales; los cuales, al no formar estos órganos parte de él, le impiden al Poder Judicial tener una intervención más directa de “fiitro”¹⁰⁵ respecto de los asuntos que llegan en última instancia a en dichas cuestiones.

Otros órganos de la justicia que eventualmente podrían tener intervención en asuntos relacionados con el TLCAN y la apertura hacia el exterior sufren también, en mayor o menor grado, problemas de ineficiencia, abuso y corrupción.¹⁰⁶

b) “Evasión” de los órganos nacionales y mecanismos alternativos

Ante los problemas que presentaría la administración de justicia, al menos en una primera etapa de adaptación, es más bien probable que se evite recurrir a los órganos nacionales.

El propio TLCAN ha incorporado la posibilidad de acudir ante instancias supranacionales, al establecerse los paneles binacionales para la revisión de resoluciones administrativas en materia de *dumping*, así como el arbitraje en los conflictos entre inversionistas extranjeros y el Estado.¹⁰⁷ En ambos casos, se intenta hacer más imparcial la solución de la controversia, sustrayendo su resolución a la posible influencia de presiones e intereses en el ámbito nacional, ya sea por particulares o por el Estado mismo.

Sin embargo, la “evasión” de las instancias nacionales se debe a razones de orden más general. Los asuntos con elementos internacionales que se llevan ante los tribunales nacionales resultan incómodos para una

¹⁰⁴ Podríamos mencionar los derechos humanos, las cuestiones electorales, los asuntos agrarios y el comercio exterior.

¹⁰⁵ Cfr. Gessner, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1984, pp. 142 y ss., en relación con la mediación y la conciliación.

¹⁰⁶ Los informes de la Comisión Nacional de Derechos Humanos han comenzado a cubrir, en cierta forma, el déficit de conocimiento empírico que existe respecto a la justicia mexicana.

¹⁰⁷ Los tres países se comprometen también a promover las formas de solución privada de controversias comerciales.

de las partes al menos (a la que pueda serle desfavorable la aplicación del derecho nacional o extranjero), pero también para el juzgador. En consecuencia, las partes y el juzgador tienen incentivos para resolver el asunto fuera del juicio, dejando sin aplicación las reglas del derecho internacional privado o de otros ordenamientos.

Sabemos, además, que en nuestro país los mecanismos y las instituciones no jurisdiccionales, con facultades de conciliación y mediación, desempeñan un importante papel en la solución de conflictos.¹⁰⁸ Sin embargo, junto a las instituciones oficiales existe también una red, normalmente oculta, de relaciones y contactos informales con las autoridades públicas (“palancas”), hasta ahora imprescindibles para resolver cuestiones importantes. En estos casos, a las partes y a los mismos funcionarios públicos les conviene recurrir a esta otra estrategia de evasión de las instancias oficiales o *ad hoc*, pues refuerza mutuamente su influencia y autoridad.

El incremento en las inversiones y las transacciones comerciales internacionales podría tener entonces el efecto de mantener esta red de contactos y apoyos informales, así como el clientelismo político y el predominio de las relaciones personales sobre las institucionales, para no hablar de la corrupción. Esto sería evidentemente más favorable para las empresas grandes, con recursos más amplios de todo tipo, que para las medianas y pequeñas, que se verían obligadas a realizar sus operaciones en un clima de menor certidumbre. En todo caso, como correctivo, estas últimas tendrían ahora mayor oportunidad de recurrir al escrutinio público.¹⁰⁹

No resulta factible ni deseable que todas las posibles controversias planteadas por el funcionamiento del TLCAN se resuelvan en el nivel supranacional o mediante mecanismos alternativos o informales. Por esta razón, es imprescindible continuar la modernización de las instituciones de la justicia y el TLCAN brinda la motivación para hacerlo. Después de todo, son los órganos de aplicación del derecho, más que las leyes, las que contribuyen a un clima favorable al comercio y la inversión.

¹⁰⁸ Cfr. Gessner, *op. cit.*, *supra* nota 105.

¹⁰⁹ Tocamos aquí la cuestión de los posibles efectos del TLCAN sobre el sistema político y sobre los modos de ejercicio de la autoridad, pero ello no es materia de este trabajo.

B. Las profesiones jurídicas y la práctica del derecho

a) La abogacía

Sabemos, por la sociología de las profesiones, que todo grupo o gremio profesional trata de controlar, con mayor o menor éxito, el mercado donde vende sus servicios, y la profesión jurídica no es la excepción.¹¹⁰ En el caso de los abogados, son varias las formas en que éstos influyen en dicho mercado, pero lo hacen fundamentalmente a través del establecimiento de agrupaciones que controlan el acceso a la profesión (ya sea mediante requisitos de aprendizaje o de exámenes especiales), regulan la competencia entre los profesionales (incluyendo funciones disciplinarias) y contribuyen a la creación de demanda de sus servicios.¹¹¹

Desde este punto de vista, la abogacía como profesión es bastante débil en nuestro país.¹¹²

a) Los requisitos educativos para ingresar en la profesión son muy bajos; por lo regular, basta con la obtención del título de licenciado en derecho y en algunas áreas jurídicas ni siquiera esto es imprescindible; en consecuencia y en general el nivel de preparación técnica es deficiente.¹¹³

b) No existe la colegiación obligatoria, por lo que los gremios existentes agrupan a un porcentaje desconocido, pero seguramente reducido, de los abogados; por lo mismo, dichas agrupaciones tampoco ejercen una influencia apreciable en la reglamentación y disciplina de la profesión.

c) Existen pocos abogados con experiencia y contacto con clientes y sistemas jurídicos extranjeros y, en general, existen áreas del derecho donde la oferta de servicios jurídicos es inadecuada.

¹¹⁰ Cfr. Abel, Richard, "Comparative sociology of legal professions", en: Abel, Richard L. y Philip S. C. Lewis (eds.), *Lawyers in Society*, Berkeley-Los Ángeles-London, University of California Press, 1989, vol. III, pp. 80 y ss.

¹¹¹ Cfr. Abel, *op. ult. cit.*, pp. 81 y ss.

¹¹² Si bien numéricamente no lo parece. La revista *Nexos*, México, núm. 184, abril 1993, p. 4, informa que entre 1945 y 1993 se registraron como profesionistas 94,064 licenciados en derecho ante la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública. Compárese este número con los aproximadamente 120,000 que había en 1985 en Alemania Occidental. Sobre los cambios recientes en las profesiones jurídicas véase el excelente reportaje especial de la revista *The Economist* del 18 de julio de 1992 ("The legal profession").

¹¹³ Por ejemplo, en el proceso laboral. En otros ámbitos, como el notariado o algunos cargos judiciales, ya no es suficiente el título profesional para ejercerlos.

¿Cuáles pueden ser, los efectos del contacto de una profesión con este perfil con los abogados de Estados Unidos de América?¹¹⁴ En ese país la profesión es numéricamente muy importante, aun para una sociedad supuestamente litigiosa y juridificada en alto grado,¹¹⁵ y constituye en general un gremio conservador y cerrado,¹¹⁶ en el que desempeñan un importante papel las grandes *law firms*, organizadas como verdaderas empresas económicas transnacionales.¹¹⁷

El TLCAN contiene normas que regularán esta relación.¹¹⁸ El tratado no liberaliza ampliamente la circulación de personas, ni el establecimiento de profesionales en otro país, pero permite la entrada, bajo ciertas condiciones, de “personas de negocios” extranjeras. En este sentido, se mantiene el monopolio de hecho de la profesión jurídica mexicana, pues los abogados extranjeros no podrán prestar servicios profesionales en

¹¹⁴ Sobre el impacto del modelo profesional jurídico de los Estados Unidos de América en Europa, véase Dezalay y Trubek, *op. cit.*, *supra* nota 24, así como Dezalay, Yves, *Marchands de droit. La restructuración de l'ordre juridique international par les multinacionales du droit*, París, Fayard, 1992, 293 pp.

¹¹⁵ Véase los números citados en: Clark, David S. y Ansay, Tugrul (eds.), *Introduction to the law of the United States*, Deventer-Boston, Kluwer, 1992, pp. 26 y ss.; en 1991 había 792,000 abogados en los Estados Unidos de América, con una concentración de 413 por 100,000 habitantes. Del total de abogados, el 76.2% practicaba en 1988 en despachos privados. Es inevitable la crítica de que “existen demasiados abogados” y de que su actividad tiene efectos negativos sobre la economía. Sobre este punto véase: Cross, Frank B., “The first thing we do, let's kill all the economists: an empirical evaluation of the effect of lawyers on the United States economy and political system”, *Texas Law Review*, Austin, vol. 70, núm. 3, febrero 1992, pp. 645 y ss.; también: Basil, S. Markesinis, “Litigation-mania in England, Germany and the USA: are we so different?”, *Cambridge Law Journal*, Cambridge, Inglaterra, vol. 49, núm. 2, julio 1990.

¹¹⁶ La reglamentación del acceso a la profesión jurídica es materia local. Casi todos los estados exigen que los solicitantes se hayan graduado en una escuela de derecho aprobada por la *American Bar Association*, satisfagan los criterios de un comité de ética y aprueben un examen escrito. La licencia permite practicar sólo en un estado; para ejercer en otros es necesario aprobar el correspondiente examen (pero en unos 30 estados es posible la admisión sin examen, después de cinco años de práctica profesional). Clark y Ansay (eds.), *op. cit.*, *supra*, nota 115, pp. 26.

¹¹⁷ Sin embargo, apenas una cuarta parte de estos profesionales trabaja en despachos con más de 20 abogados. Abel, *op. cit.*, *supra* nota 110, pp. 121 y ss. En 1988 había 639 despachos con 51 o más abogados, y el despacho más grande contaba con más de 1,000. Clark y Ansay (eds.), *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁸ Por lo demás similares a las disposiciones correspondientes en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos de América. Véase Perret, Louis, “Efectos del libre comercio Canadá-Estados Unidos de Norteamérica-México en la práctica profesional de los abogados”, en Witker (coord.), *op. cit.*, pp. 93-113.

nuestro país en relación con el derecho mexicano. Podrán establecerse en México para ejercer como consultores jurídicos extranjeros, pero sobre una base de reciprocidad, es decir, que se otorgue el mismo derecho a los abogados mexicanos en el extranjero.

Sin embargo, existe también la posibilidad limitada de que los abogados extranjeros entren en asociación con abogados mexicanos y de que esta asociación contrate abogados del país, pero igualmente sobre una base de reciprocidad.¹¹⁹ Esta posibilidad, y los lazos de cooperación que establezcan los abogados mexicanos con despachos del exterior (en forma similar a las alianzas que se han dado en diversos sectores de la economía), tendrían por consecuencia la creación de una red relativamente cerrada de relaciones internacionales entre despachos, los que controlarían buena parte de los negocios de mayor importancia (en su mayoría de las grandes compañías), acentuándose así, por lo pronto, las notables diferencias que ya existen en nuestro país en cuanto al nivel y calidad de los servicios jurídicos.

b) La enseñanza y la investigación del derecho

La enseñanza y la investigación del derecho, así como las demás profesiones jurídicas, tienen que abrirse también al conocimiento de otras realidades también jurídicas y de sus posibles implicaciones para nuestro sistema jurídico. En este sentido, es imprescindible la actualización de los atrasados planes de estudio de las escuelas y facultades de derecho, sobre todo en las áreas donde la globalización del derecho es más notoria. Con el tiempo, la enseñanza jurídica adquirirá probablemente un perfil más orientado hacia la cultura jurídica norteamericana que hacia la europea, como ocurría hasta ahora.

De igual modo puede preverse el incremento del intercambio académico entre los juristas de los tres países, como forma de alcanzar y consolidar un conocimiento recíproco más profundo.

Sin embargo, la misma investigación jurídica debe enfrentar su propia transformación. No se trata sólo de adoptar una perspectiva comparativa y de incorporar el conocimiento de otros sistemas jurídicos, sino de tomar conciencia de que, por efecto de la globalización y de la “privatización”, la realidad del fenómeno jurídico se aleja cada vez más de

¹¹⁹ Véase la “Lista de México”, en los Anexos I y VI del TLCAN. Véase también el reportaje de Darío Fritz “Las *holdings* del litigio” en el periódico *El Financiero* del 8 de mayo de 1993, p. 4.

las posibilidades de su conocimiento directo. Dicho en otras palabras: ya no es suficiente con observar la producción jurídica de los órganos estatales, sino que se requiere ver también la práctica, la realidad. Los instrumentos indispensables de observación en este caso serían la investigación social multidisciplinaria y, en particular, la sociología empírica del derecho.¹²⁰

IV. REFLEXIÓN FINAL

El fenómeno de la globalización del derecho, de la creciente influencia interna de las normas e instituciones jurídicas supranacionales, no afecta únicamente a México, pero en cada caso asume modalidades específicas. En cuanto a nuestro país, es la apertura económica la que ha propiciado una nueva etapa de recepción e innovación en el sistema jurídico y una puerta de comunicación con el mundo jurídico exterior. En este trabajo se han tratado de explorar en forma tentativa, puesto que todavía no existen muchos elementos de comprobación empírica, algunas cuestiones y efectos de esta nueva etapa. La investigación apenas comienza, pero está claro que no podrá continuar si no se alimenta de la realidad.

¹²⁰ No se quiere decir con esto que toda la investigación jurídica tome un derrotero sociológico, pero la sociología jurídica puede orientar la investigación tradicional hacia los problemas reales del sistema jurídico.