

EVALUACIÓN DE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO EN AMÉRICA DEL NORTE

Jorge WITKER¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza jurídica del Tratado de Libre Comercio. III. Mecanismo de solución de controversias. IV. Objetivo y finalidad del capítulo XX. V. Experiencia cuantitativa y cualitativa. VI. Resumen estadístico de casos de solución de controversias presentados a revisión ante paneles del TLCAN y TLC bilateral Canadá-Estados Unidos. VII. Consideraciones finales. VIII. Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA-TLCAN) cumple cuatro años de vigencia, existencia que hoy es sometida a una severa evaluación tanto en Estados Unidos y Canadá, como en México.

Conviene señalar que, en el ámbito de la integración iberoamericana, el MERCOSUR es el otro modelo de mercado subregional, que articula una institucionalidad más cercana a la Unión Europea. En todo caso, ambos procesos se vinculan a la creación de Zona de Libre Comercio de las Américas (ALCA), planteada por el presidente Clinton para el año 2005.

El presente artículo hace un somero diagnóstico de tan importante proceso de integración zonal, enfatizando el funcionamiento de los mecanismos jurídicos en la zona norteamericana de libre comercio. El TLCAN, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, es el acuerdo preferencial de comercio más grande del mundo y elimina tarifas y barreras a las inversiones entre México, Estados Unidos y Canadá en un periodo de quince

¹ Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y árbitro panelista por México ante el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

años, con un mercado de trescientos ochenta y siete millones de personas que produce más de siete billones de dólares en bienes y servicios. Durante los primeros tres años de operación del TLCAN, las exportaciones americanas hacia México crecieron en un 37% y hacia Canadá, en un 33%, pero las importaciones procedentes de esos países aumentaron en tasas aún más altas. Como resultado, el déficit comercial de Estados Unidos con sus socios del TLCAN se ha triplicado, pasando de doce mil millones de dólares en 1993 a treinta y nueve mil millones en 1996.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO

Formalmente el TLCAN es un tratado internacional que se registra en Naciones Unidas y que conforma una zona de libre comercio entre Estados Unidos, Canadá y México.

Esta categoría internacional de tratado encuentra limitaciones significativas. Para Canadá y México, este instrumento se rige por la Convención de Viena sobre Tratados, mientras que para Estados Unidos tal convención es inoponible, debido a su falta de suscripción y aprobación de la misma.²

Pero a esa limitante debe agregarse el efecto que el TLCAN tiene en cada uno de los tres países suscriptores. En otras palabras, ¿cómo el TLCAN se aplica y adquiere fuerza obligatoria en cada país?

En efecto, mientras en Canadá y Estados Unidos, el TLCAN se aplica vía legislaciones de implementación (federal y local), en México tiene carácter autoaplicativo; en consecuencia, su efecto jurídico es directo, abrogando toda norma legal que colisione el texto del TLCAN.

Esta estratégica diferencia obedece a que en la zona norteamericana de libre comercio coexisten sistemas y culturas jurídicas distintas: anglosajón y continental románico, familias jurídicas que responden a historias y valores diferentes.

Ahora bien, las consecuencias de esta asimetría jurídica tiene y ha tenido impactos económicos desfavorables para las empresas y sectores productivos mexicanos.

Por ejemplo, la Ley de Implementación de Estados Unidos contempla entre sus reservas la llamada “cláusula del abuelo”, por la cual un texto

2 Adame Goddard, Jorge, *La compraventa internacional de mercancías*, México, McGraw-Hill, 1995.

del tratado no aplica en materias especialmente de carácter estatal o municipal (condados) que están reguladas con antelación a la vigencia del TLCAN. Así un reglamento clasificador de productos que impone requisitos en el estado de California impide que productos mexicanos (melones, por ejemplo) puedan venderse a los consumidores domésticos, contraviniendo los pactos de desarme no arancelarios establecidos en los capítulos III, IV y V del TLCAN.

En este mismo sentido, se encuentran productos como el aguacate, el atún, carnes, vacunas y porcícolas, el cemento y recientemente el jitomate sinaloense en los mercados de Florida, Oregón.

Pero la asimetría jurídica no sólo se presenta en el ámbito de las mercancías. Los servicios —transportes terrestres de carga y pasajeros y la entrada temporal de personas— son evidencias de que el libre comercio es una promesa incumplida en el sistema jurídico estadounidense. Así, en el sector transporte terrestre, el TLCAN se encuentra suspendido, sin argumento legal alguno que justifique la protección a grupos de intereses de ambos lados de la frontera.³

Por otra parte, en materia de entrada temporal de personas de negocios, la discutida Ley Helms-Burton ha derogado en la práctica al capítulo XVI del TLCAN, sin que la sensibilidad jurídica de los miembros del TLCAN se haya hecho presente.

III. MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Una de las características relevantes del TLCAN es que establece una serie de mecanismos preventivos y *a posteriori* para evitar, en su caso, y resolver los complejos y numerosos conflictos de intereses y controversias de todo tipo que es posible prever en el funcionamiento del mercado regional más significativo de este fin de siglo.

Uno de los logros formales importantes del TLCAN ha sido diseñar un sistema coherente y práctico para resolver las controversias entre los operadores que actúan en los intercambios de bienes y servicios.⁴

3 Hernández Ramírez, Laura, “Los servicios en el derecho interno mexicano y el Tratado de Libre Comercio”, en VV.AA., *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, t. II.

4 El MERCOSUR también contempla un sistema de resolución de conflictos con base en una ley y procedimiento comunitario, cercano a los sistemas de la Unión Europea. El esquema del TLCAN, por su parte, privilegia la aplicación de las leyes nacionales, admitiendo una revisión *ad hoc* por parte de panelistas de los tres países.

De los tres principios básicos del TLCAN (trato nacional, nación más favorecida y el principio de transparencia), éste último plantea, en el capítulo XVIII, un mecanismo preventivo que, vía comunicación e información entre las partes contratantes, evita el conflicto o controversia.

El objeto y la finalidad de este tratado y de este capítulo es establecer condiciones justas y predecibles para la liberalización progresiva del comercio entre las partes, a la vez que se conservan disciplinas efectivas sobre las prácticas comerciales desleales, tal como se desprende de las disposiciones del tratado, su preámbulo y objetivos, y de las prácticas de las partes.

De este modo, el objetivo concreto del capítulo XIX del TLCAN es el de garantizar a productores nacionales mecanismos ágiles y transparentes contra prácticas desleales de comercio internacional mediante el establecimiento de un mecanismo para la revisión de resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias que hayan sido emitidas por la autoridad investigadora de alguna de las partes. Para los fines de este capítulo, se establecen paneles binacionales con facultades amplias de revisión.

En efecto, el artículo 1904.1 dispone que cada una de las partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.

A su vez, dicho artículo reitera este principio al disponer que ninguna resolución definitiva estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la parte importadora, cuando una parte implicada solicite la instalación de un panel con motivo de esa resolución dentro de los plazos fijados en este artículo.

Para asegurar este principio, el artículo 1904.15 (c)(i) señala que cada una de las partes modificará sus leyes y reglamentaciones para asegurar que los procedimientos internos de revisión judicial de una resolución definitiva no puedan iniciarse antes de que concluya el plazo para solicitar la integración de un panel.

De este modo, el TLCAN, en su artículo 1904, ha sustituido la revisión judicial que conforme a derecho nacional podría hacerse sobre las resoluciones de la autoridad administrativa por el sistema de paneles binacionales.

Tal sistema de revisión, elevado a rango de obligación internacional, tiene como consecuencia una modificación trascendental al derecho interno de las partes, ya que no hay agotamiento de los recursos locales, en tanto que los tres países consagran el principio de revisión judicial de los actos de autoridad, el cual tendrá que ser adecuado para adoptar el sistema de revisión consagrado en el artículo 1904.

Conviene señalar que, en materia de reformas legislativas, los tres países se obligaron a efectuar gradualmente modificaciones que hagan más consistente con los principios multilaterales sus respectivas disciplinas y procedimientos en materia de prácticas desleales. De este compromiso, se tiene noticia que sólo México ha homologado sustancialmente su joven legislación con los compromisos adquiridos, que se ha hecho en función más de acercamiento a la legislación estadounidense.

El sistema de revisión y resolución de controversias que establece este capítulo en materia de impuestos *antidumping* y compensatorios puede darse de dos vías distintas según se trate:

- De una resolución definitiva del órgano administrativo encargado de aplicar la ley de la materia en cada país. En este supuesto, se establece un panel para analizar el caso y revisar la resolución conforme a la ley nacional aplicable.
- De una modificación legislativa. En este caso, los paneles binacionales están facultados para revisar las reformas a la legislación de alguna de las partes en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias a petición de la parte a la que se le aplique dicha reforma.

La posición de Estados Unidos frente al capítulo XIX

Anteriormente se afirmó que México, tal vez un tanto precipitadamente, procedió a reformar su Ley de Comercio Exterior en 1993 y expidió un nuevo Reglamento sobre el particular. Esta homologación en función de la legislación estadounidense fue a nuestro entender unilateral por cuanto ni Canadá ni Estados Unidos, hasta la fecha, han reformado la Ley SIMA ni la compleja y dispersa legislación estadounidense en la materia.

Como es sabido, el capítulo XIX no fue de fácil negociación por cuanto Estados Unidos no deseaba extenderle el mismo trato que había dado a Canadá con ocasión de la suscripción de su *Free Trade*.

Conviene destacar que la compleja y dispersa legislación estadounidense en la materia responde a la existencia de una política comercial desplegada en tres frentes: política comercial multilateral que se desenvuelve en los esquemas multilaterales del GATT-OMC y la OCDE; política comercial bilateral que se plasma en el TLCAN, y, finalmente, una política comercial unilateral que se aplica en casos extremos sin consulta ni mediación alguna.

Para estas tres políticas comerciales, Estados Unidos tiene legislaciones que comienzan con el Acta Aduanera de 1930, que sigue con la Ley de Comercio de 1974, con la Ley de Acuerdos Comerciales Multilaterales de 1979, con el Acta de Tarifas y Comercio de 1984, y que culmina con la Ley de Competitividad y Comercio (*Omnibus Trade*) de 1988.

A esta legislación de carácter multilateral y bilateral se suman los veintidós capítulos del TLCAN y la sección 301 que permite actuar unilateralmente en contra de países que no acatan los designios de sus intereses comerciales en los mercados externos.

Para llevar a cabo la aplicación de esta política comercial múltiple, Estados Unidos tiene funcionando un marco de instituciones variado y múltiple.

En efecto, el cuerpo de instituciones que se encargan de formular la política comercial externa de Estados Unidos constituye un sistema de multiagencias que ejercen contrapesos mutuos y que promueven los intereses de Washington en el mundo. A la cabeza de estas instituciones se encuentra la oficina del representante Comercial de Estados Unidos (USTR), responsable de formular y ejecutar la totalidad de la política comercial estadounidense. La USTR representa al gobierno de Estados Unidos en todas las actividades del GATT (ahora de la OMC) en las discusiones, encuentros y negociaciones que tienen lugar en el seno de la OCDE cuando estas actividades se relacionan con el comercio; y en otras negociaciones bilaterales y multilaterales donde el comercio es el asunto central. La oficina está encabezada por el representante Comercial de Estados Unidos integrante del gabinete gubernamental con rango de embajador, responsable ante el presidente y el Congreso. En orden de importancia a la USTR, le siguen el Departamento de Agricultura de Estados Unidos (USDA), del que dependen el Servicio Agrícola Extranjero (FAS) y la Oficina de Cooperación y Desarrollo Internacional (OICD); el Departamento de Comercio de Estados Unidos (USDC) del que de-

penden la Administración Internacional del Comercio (ITA), los servicios comerciales extranjeros y de Estados Unidos, la política económica internacional, el desarrollo comercial, la administración de las exportaciones; el Departamento de Defensa de Estados Unidos (DOD); el Departamento del Trabajo, el Departamento del Tesoro del que dependen el Servicio de Aduanas del Departamento de Estado; la Comisión de Comercio Internacional; el Banco de Importaciones y Exportaciones; la Agencia de Cooperación Internacional para el Desarrollo (IDCA), de la cual dependen la Agencia para el Desarrollo Internacional (IDA), la Corporación de Inversiones Privadas en el Exterior (PIC), y el Programa de Comercio y Desarrollo.

En dicho contexto de política y legislación comercial múltiple y de multigencias operativas diversas, la homologación parcial de parte de México a secciones de la legislación estadounidense se antoja inoportuna y en cierta forma prematura, si no se tiene la perspectiva global de lo descrito anteriormente y de la propia actitud de Canadá, que no ha reformado su Ley SIMA establecida en la parte final del capítulo XIX que comentamos.

Otro aspecto que debe considerarse es que en estos cuatro años de funcionamiento del TLCAN son los criterios de revisión que deben observar los panelistas según lo establece el anexo 1911 del TLCAN.

En efecto, las revisiones que los paneles hagan de una resolución definitiva de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial deben hacerse en función de lo señalado en artículo 238 del Código Fiscal de la Federación y sus reformas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de diciembre de 1995.

En efecto, dicho precepto textualmente señala:

Se declara que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetitividad del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan el sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas.

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponde a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

Por su parte, en Canadá la Ley del Tribunal Canadiense señala que una resolución administrativa es ilegal cuando las conclusiones de hecho y de derecho de la resolución definitiva “no sean razonables”.

Finalmente, la disposición estadounidense señala que una resolución es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

- La omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, incluso la ausencia de fundamentación y motivación;
- Las conclusiones de hecho y de derecho de la resolución definitiva que no sean razonables, y
- Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

Estas tres disposiciones, en los casos respectivos, han abierto una serie de interrogantes respecto a las diferencias de criterios que se observan por parte del órgano revisor. Ello ha llevado, no sin razón, a postular que sobre la diferencia de sistemas jurídicos sería posible diseñar una ley común zonal para homologar criterios y principios en un campo tan sensible como son las prácticas desleales de comercio internacional de amplia frecuencia en los intercambios mundiales de hoy.

IV. OBJETO Y FINALIDAD DEL CAPÍTULO XX

El sistema de solución de controversias previsto en el capítulo XX tiene por objeto prevenir y solucionar las controversias que surjan entre las partes respecto a la interpretación o aplicación del TLCAN. De la misma manera, es aplicable cuando una parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra parte es o pudiere ser incompatible con las obligaciones del tratado o le cause anulación o menoscabo en el sentido del artículo 2004.

Conviene aclarar que, si bien este procedimiento del capítulo XX es general, determinadas materias se excluyen de dicho régimen de solución.

De esta forma, quedan fuera del ámbito del capítulo XX las controversias sobre prácticas desleales vistas anteriormente, las medidas de emergencia, las decisiones de Canadá y de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras de México en materia de adquisiciones, la denegación de la entrada temporal de personas de negocios en casos particulares, las prohibiciones o restricciones a la inversión por causa de seguridad y las medidas que adopten o mantengan las partes para prohibir prácticas de negocios contrarios a la competencia.

Como se mencionó, el procedimiento del capítulo XX es aplicable cuando una parte considera que una medida vigente o en proyecto de otra parte le causa anulación o menoscabo (artículo 2004), por lo que una parte tiene la posibilidad de reclamar a otra la aplicación de una medida que no necesariamente contraviene lo dispuesto en el tratado, pero que merma los beneficios que razonablemente podía esperarse del mismo. Los conceptos de anulación y menoscabo se encuentran contenidos en el artículo 23 del GATT-OMC.

La utilización de este capítulo XX a cuatro años de la entrada en vigor del TLCAN ha sido mínima, de acuerdo al cuadro que cierra este trabajo, por lo menos en lo que a la presencia de México se refiere.

V. EXPERIENCIA CUANTITATIVA Y CUALITATIVA

De los dos capítulos brevemente comentados en este artículo, podemos concluir que, en materia de revisiones sobre prácticas desleales, las revisiones hasta la fecha han sido rápidas y los pocos fallos han resultado bien razonados y redactados.

Los fallos de los panelistas han sido imparciales, en donde no hay una relación observable entre la nacionalidad de los panelistas y el resultado del fallo definitivo, el plazo de trescientos quince días contados al día siguiente a la presentación de la solicitud de integración de un panel ha sido operativo.

Finalmente, conviene señalar que, como mexicanos, nos parece que necesitamos formar panelistas empapados en el derecho canadiense y estadounidense, pues las diferencias de sistemas ameritan una preparación adicional a los expertos mexicanos, igual ausencia puede observarse en los panelistas de nuestros socios respecto al derecho mexicano.

Una ley común en materia de prácticas desleales es una utopía posible a la cual debemos volcar nuestras preocupaciones y afanes.

VI. RESUMEN ESTADÍSTICO DE CASOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PRESENTADOS A REVISIÓN ANTE PANELES DEL TLCAN Y DEL TLC BILATERAL CANADÁ-ESTADOS UNIDOS

Revisiones ante paneles, capítulo XIX, artículo 1904 (22).

Casos presentados a revisión debido a resoluciones definitivas
de la autoridad investigadora estadounidense (7)

Cinco casos vigentes: utensilios para cocina porcelanizados procedentes de México; Cemento Gray Portland y clinker procedente de México; tubería petrolera procedente de México; flores procedentes de México; cinescopios para televisión a color procedentes de Canadá.

Dos casos terminados: cerdo en pie procedente de Canadá y ropa confeccionada en cuero procedente de México.

Casos presentados a revisión debido a resoluciones definitivas
de la autoridad investigadora mexicana (7)

Cuatro casos vigentes: productos de aceros planos recubiertos procedentes de Estados Unidos, poliestireno cristal e impacto procedente de Estados Unidos; placa en rollo procedente de Canadá, y lámina rolada en caliente procedente de Canadá.

Tres casos terminados: dos, a solicitud de los participantes: tubería comercial de acero sin costura procedente de Estados Unidos, y lámina rolada en frío procedente de Canadá, y una decisión emitida, placa en hoja procedente de Estados Unidos.

Casos presentados a revisión debido a resolución definitiva
de la autoridad investigadora mexicana (8)

Un caso vigente: azúcar procedente de Estados Unidos.

Cuatro decisiones del panel: cuerda sintética procedente de Estados Unidos (daño); ciertos productos de acero inoxidable procedente de Es-

tados Unidos (*antidumping* y daño) y ciertas bebidas de malta procedentes de Estados Unidos (daño).

Tres casos terminados a solicitud de los participantes.

Revisiones ante paneles, capítulo XX (1)

Casos que revisan medidas canadienses: productos lácteos, avícolas y huevo.

TLC bilateral Canadá-Estados Unidos

Revisiones ante paneles, capítulo XIX (52)

Casos presentados a revisión debido a resoluciones definitivas de la autoridad investigadora de Estados Unidos (30)

Casos presentados a revisión debido a resoluciones definitivas de la autoridad investigadora canadiense (19)

Comité de Impugnación Extraordinaria (3)

Puerco (daño); cerdo en piez & madera suave.

Revisión ante paneles, capítulo XVIII (5)

Casos revisores de medidas estadounidenses (3)

Tres casos: langosta; intereses no hipotecarios; Lecge UHT.

Casos revisores de medidas canadienses (2)

Dos casos: salmón y arenque, y trigo variedad durum.

Total de casos de solución de controversias (80)

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Al consumarse las evaluaciones que los tres países han hecho del TLCAN, se desprende que los resultados cuantitativos en materia de exportaciones muestran signos positivos. México, sin embargo, y como consecuencia de un sistema jurídico diferente al anglosajón, no ha resultado favorecido por la persistencia de las barreras no arancelarias que Estados Unidos mantiene legitimadas en un sistema jurídico proteccionista.

El avance del TLCAN, asimétrico y complejo, contrasta un tanto con los aspectos institucionales del MERCOSUR, cuyo marco y las políticas

públicas tienen más contenido social que los exiguos mecanismos de mercado que orientan el funcionamiento del TLCAN.

Ambos procesos deberán converger en los próximos años en una integración americana, que eleve el empleo y los niveles de vida a los millones de hombres y mujeres de nuestro continente.

VIII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

EMERICH, Gustavo, *El Tratado de Libre Comercio: texto y contexto*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Departamento de Sociología, 1994.

SCHETTINO, Macario, *TLC, Tratado de Libre Comercio, ¿qué es y cómo nos afecta?*, México, Universidad Iberoamericana, 1994.

Textos oficiales del TLC, México, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

VÁZQUEZ PANDO, *et al.*, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México, Temis, 1994.

VEGA, Gustavo, *Liberación económica y libre comercio con América del Norte*, México, El Colegio de México, 1994.

VV.AA., *El TLC, una introducción*, Montealto, México, Universidad de Sonora, 1994.

WITKER, Jorge, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993.

———, *Derecho tributario aduanero*, México, UNAM, 1995.

———, *Introducción al derecho económico*, 3a. ed., Oxford-Harla, 1997.