

HACIA UN ACUERDO DE LIBRE COMERCIO MÉXICO-ESTADOS UNIDOS. IMPLICACIONES LEGALES

Víctor GARCÍA MORENO

César Emiliano HERNÁNDEZ OCHOA

SUMARIO: I. *El acuerdo como tratado internacional.* II. *Los nuevos acuerdos de libre comercio.* III. *El libre comercio en el GATT.* IV. *El acuerdo de libre comercio frente al proteccionismo moderno.* V. *El acuerdo de libre comercio como instrumento contra el nuevo proteccionismo.* VI. *Cumplimiento del acuerdo.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

Este ensayo busca mostrar qué significado tendría un acuerdo de libre comercio entre México y los Estados Unidos en vista de los desarrollos del derecho del comercio internacional. En particular se propone analizar dos aspectos: las características legales de un acuerdo de libre comercio moderno y las posibilidades específicas de usar un acuerdo de esa naturaleza para enfrentar las nuevas manifestaciones del proteccionismo.

I. EL ACUERDO COMO TRATADO INTERNACIONAL

Un acuerdo de libre comercio es, jurídicamente, un tratado internacional. Como tal implica un acuerdo

entre dos o más Estados soberanos que por virtud de él asumen ciertas obligaciones y adquieren ciertos derechos. La obligatoriedad de un acuerdo de tal naturaleza descansa en su pertenencia al derecho internacional y carece de medios institucionales imparciales que lo puedan hacer efectivo a través de la fuerza. Como otros acuerdos internacionales (el del GATT por ejemplo) se sostiene por el grado de aceptación que le dan los propios Estados participantes y, en ocasiones, por la capacidad de las partes poderosas de obligar a las otras a cumplir sus provisiones a través de represalias. Así, la fuerza de los acuerdos internacionales reside tanto en su pertenencia al derecho internacional, como en su inclusión en la legislación interna de los Estados.

Se ha señalado la importancia del acuerdo de libre comercio como forma de reconocer y formalizar el proceso de integración silenciosa de nuestra economía y la norteamericana. Se dice que eso daría más racionalidad al proceso, ahora debemos apuntar que no solo el acuerdo daría más racionalidad al proceso de integración silenciosa sino que también ésta daría mayor racionalidad al acuerdo. Lo preponderante en un acuerdo de libre comercio no son los actos de gobiernos o de particulares que reglamenta sino los actos de particulares que permite. Las acciones a las que un acuerdo de libre comercio se dirige son las acciones de los comerciantes tutelados en la misma medida que las acciones de los gobiernos de los Estados comprometidos. Este hecho añade una dimensión especialmente importante que se refiere a que la efectividad —o interacción con la realidad— de un tratado internacional de

naturaleza económica no reside solamente en el cumplimiento que le dan las partes (*i.e.* los Estados), ni en las sanciones que establece —puesto que no puede sancionar la falta de participación de los comerciantes—, sino en el hecho de que las partes involucradas perciban ventajas económicas que se deriven de este, o en que perciban mayores ventajas que las que obtendrían al marginarse del tratado.¹ Esto puede explicar el relativo fracaso de los acuerdos latinoamericanos: es más difícil crear el flujo comercial que reconocer uno ya existente. El Acuerdo de Libre Comercio entre México y los Estados Unidos estaría destinado a tener una incidencia mucho mayor en la realidad que un acuerdo de comercio con cualquier país en el que no exista este flujo natural de comercio y de inversión.

El objeto de este tipo de acuerdo es la creación de una zona de libre comercio, el artículo XXIV del GATT la define como: “un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales los derechos de aduana y otras regulaciones comerciales restrictivas son eliminados en lo sustancial de todo comercio entre los territorios constitutivos sobre productos provenientes de esos territorios”.² Como se puede observar esta definición se vuelve anticuada a la luz de acuerdos recientes que incluyen no sólo bienes sino servicios, así como otras áreas no incluidas en el concepto utilizado por el GATT.

1 Ver Witker V., Jorge, *Códigos de conducta internacional del GATT suscritos*; p r México, México, UNAM, 1988, pp. 10-12.

2 Artículo. XXIV (8) b) del GATT, citado por Sepúlveda Amor, Bernardo, “GATT, ALALC y el trato de más favor”, en Orrego Vicuña, Francisco (coord.), *Derecho internacional económico. I. América Latina y la cláusula de la nación más favorecida*, México, FCE, 1974, p. 139.

II. LOS NUEVOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

El contenido de los acuerdos de libre comercio generalmente se refiere a eliminar las trabas al comercio internacional entre los países que lo firman. Sin embargo, los instrumentos para lograrlo han cambiado conforme a las transformaciones que sufre la definición misma del comercio y de acuerdo al paulatino avance que se observa en la liberalización del comercio. Nuevos temas que aparecieron en el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos: inversión, servicios, propiedad intelectual, *dumping*, subsidios, salvaguardias, etcétera, han cobrado creciente importancia en la definición moderna de comercio y serán los contenidos característicos de los acuerdos de libre comercio del futuro, de la misma manera en que la disminución de las barreras arancelarias y algunas no arancelarias (del tipo de los permisos previos) fueron el contenido característico de estos acuerdos en el pasado. Uno de los aspectos más interesantes que introduce el acuerdo Canadá-Estados Unidos —y que no incluyó un acuerdo tan reciente como el firmado entre Israel y Estados Unidos— lo constituyen los mecanismos con los que se pretende enfrentar las nuevas manifestaciones del proteccionismo. Es claro entonces que un acuerdo tradicional no puede compararse con un acuerdo moderno como el que firmaron Canadá y Estados Unidos, no sólo en cuanto al volumen del comercio que tutela o al nivel de eficiencia en el logro de sus objetivos sino sobre todo en las materias que involucra.

El enriquecimiento del contenido de los acuerdos de libre comercio se debe en gran medida a los avances que ha tenido el derecho comercial internacional a través de los esfuerzos internacionales de cooperación e integra-

ción económica. Muchas de las disposiciones de los nuevos acuerdos han sido tomadas directamente de las normas del GATT o de su interpretación (sobre todo las relativas al comercio en bienes). Hay también elementos tomados de la Convención de Estocolmo que crea la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y del Tratado de Roma que crea la Comunidad Económica Europea (CEE). En materia de inversiones y servicios los acuerdos modernos se nutren de, y mejoran, los acuerdos bilaterales entre la AELC y la CEE. Y esto no es todo, los acuerdos recientes además se apegan en todo lo posible al lenguaje del GATT y son concebidos como instrumentos sumamente consistentes con éste. De esta manera los cambios en el contenido de los acuerdos comerciales se apoyan en las evoluciones previas.

III. EL LIBRE COMERCIO EN EL GATT

La creación de áreas de libre comercio es una de las excepciones contempladas por el GATT a la cláusula de la nación más favorecida que se admite siempre que ésta tenga como propósito crear nuevos flujos de comercio entre las partes y no desviar el comercio existente (lo que sería una forma de imponer barreras al comercio de terceros incluidos en el GATT), otro requisito sería que el acuerdo que constituya el área elimine toda regulación comercial restrictiva de lo sustancial del comercio entre las partes involucradas. En rigor existe un procedimiento de examen y control dentro del GATT que dictamina cuando sí se constituye un área de libre comercio tal y como ésta es definida por el GATT; sin embargo, los precedentes señalan que el control es bastante laxo ya que los acuerdos generalmente son aprobados, incluso cuan-

do parecen no ajustarse a la definición del GATT. Por otra parte, el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos sí implementa un área de libre comercio clásica en el sentido en que ésta es definida por el artículo XXIV del GATT (incluso va más allá de lo sugerido por ésta). Así, si bien desde otras perspectivas se puede señalar que el acuerdo debilita y va en contra del espíritu multilateral del GATT, desde el punto de vista legal se cuidó mucho que fuera totalmente compatible con sus reglas.

IV. EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO FRENTE AL PROTECCIONISMO MODERNO

México es vulnerable en su relación comercial con Estados Unidos. Su vulnerabilidad había sido tradicionalmente identificada con la concentración de su comercio con este país, es decir México era débil porque se encontraba expuesto a los actos de los Estados Unidos. Los intentos en las décadas pasadas por lograr una diversificación del comercio no tuvieron éxito. Hoy, como entonces, el setenta por ciento de nuestro comercio se dirige a Estados Unidos. Sin embargo, durante mucho tiempo esa exposición no tuvo grandes consecuencias dada la actitud liberal de este país ante el comercio internacional. Desde los años setenta eso es cada vez menos cierto en vista de las nuevas medidas proteccionistas que esa nación está adoptando crecientemente. El nuevo proteccionismo no siempre es fácilmente identificable o tipificable, las barreras comerciales son crecientemente sofisticadas y coexisten con un marco de tendencia a la baja en las protecciones más evidentes (los aranceles). En este ensayo nos detendremos en la explicación de los mecanismos con los cuales un acuerdo de libre comer-

cio puede enfrentar el nuevo proteccionismo. La mayor parte de estos mecanismos involucran el análisis de aspectos legales —internacionales, norteamericanos y mexicanos—. Estos mecanismos legales fueron percibidos por los canadienses como uno de los logros fundamentales, y ciertamente más novedosos, de su Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos. Este aspecto del acuerdo lo vincula estrechamente con el tema de la soberanía ya que en la medida en que un tratado comercial nos sirva para contrarrestar las vulnerabilidades de nuestro comercio nos volverá más soberanos. En este sentido un acuerdo de libre comercio nos puede proteger más de las acciones de los Estados Unidos que la supuesta independencia que se deriva de la ausencia de reglas claras entre los dos países.

1. *El nuevo proteccionismo*

La caída de los aranceles lograda en las últimas décadas en el marco del GATT ha hecho mucho por permitir los flujos del comercio internacional, pero no ha tenido éxito en garantizar la seguridad del comercio. El proteccionismo cobra un renovado vigor en el ámbito internacional bajo nuevas formas. Cuotas de importación asignadas unilateralmente por sector y por país, acuerdos de restricción voluntaria, cuotas *antidumping* o compensatorias aplicadas de manera abusiva, normas técnicas prohibitivas, salvaguardias aplicadas sin compensación y nuevas legislaciones más restrictivas son algunos de los nuevos obstáculos no arancelarios que se presentan o podrían presentarse en el futuro a nuestras exportaciones.³ La protección moderna es en gran medida el resultado de una serie de leyes comerciales que otorgan a organismos norteamerica-

3 Una clasificación —y una lista más exhaustiva— la proporciona el *Informe sobre el desarrollo mundial 1987*, Banco Mundial, 1987, p. 162. Incluye, además de las barreras mencionadas, impuestos al consumo, medidas de control de precios, vigilancia de importaciones (incluido el licenciamiento automático), monopolios estatales, etcétera.

nos una mayor discrecionalidad para decidir en materia de política comercial. La discrecionalidad norteamericana en materia comercial proporciona a su gobierno la posibilidad de utilizar la política comercial como instrumento de negociación para obtener concesiones otros países a través de la “administración” de las barreras al comercio. Dado que se trata de una “protección administrada” de leyes fundamentalmente liberales es la mala aplicación de las normas —y no necesariamente las normas mismas— la que puede calificarse de proteccionista. Las normas modernas del comercio no se inspiran en el ideario proteccionista. El caso de las leyes sobre *dumping* y subsidios que establecen reglas contra la competencia desleal en el comercio internacional o de las normas técnicas que buscan garantizar la salubridad en el país importador o la calidad de las mercancías importadas son ejemplos de objetivos que serían perfectamente compatibles con el libre comercio si se usaran correctamente.

Sin embargo, los complejos procedimientos seguidos en estos casos dejan espacios abiertos a la discreción de las autoridades y a la negociación de las partes.⁴ Esto ha llevado a que se les tache de ser poco imparciales por estar sujetos a presiones internas y ser aplicados de manera oportunista. La mala aplicación de estas leyes genera un mecanismo de “protección contingente” que se utiliza para ayudar a las

4 Sales S., Carlos L., *Proteccionismo comercial de los Estados Unidos hacia México. 1980-1986*, ITAM, tesis de licenciatura, 1988, p. 175. El autor sugiere que una solución a la problemática que presentan estos mecanismos es la utilización de cabildeo, es decir sugiere contrarrestar una presión (local) con otra presión (extranjera). Sin embargo esa vía no reconoce que las leyes norteamericanas pueden ser útiles si son bien aplicadas sobre todo porque al tener nosotros ese mismo tipo de barreras nos interesa que funcionen para lo que fueron diseñadas y no que se apliquen en función de las presiones.

industrias norteamericanas cuando la competencia extranjera pone en peligro su posición competitiva. Es significativo —en el caso de México— que exista una relación entre aumentos de más del 50 por ciento en las exportaciones de un producto en el año anterior y la iniciación de investigaciones con el objeto de imponerles cuotas compensatorias, la misma relación aparece en el caso de normas técnicas aplicadas a las exportaciones más dinámicas de frutas y legumbres mexicanas a los Estados Unidos.⁵ Lo anterior parece confirmar el uso de estos mecanismos para otorgar protección contingente a los productores norteamericanos. Lo cierto es que, imparciales o no, su uso ha aumentado tan desproporcionadamente en las últimas décadas que ha llevado a varios investigadores a cuestionarse hasta qué punto es sana la existencia de reglas de comercio que no parecen sino escudar un nuevo proteccionismo detrás de sus buenas intenciones.⁶

5 Cfr., Sales S., C., *op. cit.*, p. 84 y pp. 114-116.

6 Un ejemplo de la importancia creciente de estos nuevos métodos lo podemos ver en el aumento potencial de la imposición de derechos compensatorios por los Estados Unidos: de 1897 a 1930 se aplicaron 12 veces, de 1930 a 1939 34 veces, mientras que solamente en 1979 se aplicaron 37 veces. Hufbauer, G. C., y Shelton Erb, Joanna, *Subsidies in International Trade*, Institute for International Economics, 1984, p. 15. En septiembre de 1987 (poco antes de la firma del Acuerdo de Libre Comercio) estaban vigentes 5 derechos compensatorios, 7 *antidumping* y 2 salvaguardias aplicadas por Estados Unidos contra Canadá; y 17 cuotas *antidumping*, una salvaguardia y una cuota compensatoria aplicada por Canadá contra Estados Unidos. Button, Kenneth R., "The United States-Canada Free Trade Agreement: An Overview and an Assessment for the U.S. Non-ferrous Metals and Forest Products Industries", *Law and Policy in International Business*, vol. 20, núm. 4, 1989, p. 770 n21. México no escapa a esta tendencia: a junio de 1988 había 25 procedimientos vigentes seguidos en nuestro país contra productos extranjeros en materia de *dumping*. Witker, Jorge, *Curso de derecho económico*, México, UNAM, 1989, p. 300).

2. *Las barreras arancelarias y el mundo en desarrollo*

La conducta de Estados Unidos en las últimas décadas puede ilustrar el crecimiento desigual de una de las barreras no arancelarias: de 1970 a 1974 sólo impuso 11 veces cuotas compensatorias, en tanto que de 1975 a 1979 fueron 104 y 171 de 1980 a 1985. En ese mismo periodo se observó una tendencia a que las exportaciones de los países en desarrollo fueran crecientemente más afectadas hasta representar casi dos tercios del total.⁷ Estos mecanismos parecen constituir un freno al comercio que afecta particularmente a los países en desarrollo. La razón de esto reside en que las barreras no arancelarias son barreras “porosas” que pueden ser superadas por las empresas a través de costosos litigios. Dado que el costo de un juicio no puede ser soportado por las empresas menores, existe un sesgo en estos mecanismos que favorece a las empresas mayores de los países desarrollados.⁸ A esto se añade el hecho de que la presión proteccionista a la que están sujetos estos mecanismos proviene principalmente de las ramas menos dinámicas de la economía en los países desarrollados, esto es, justamente de las que compiten con las exportaciones de los países en desarrollo.

3. *El nuevo proteccionismo contra —y en— México*

La aplicación de estas reglas afecta nuestro comercio cotidianamente. Solamente en el renglón de cuotas compensatorias (antisubsidios), entre 1980 y 1986 se iniciaron 27 investigaciones contra productos mexicanos en los Estados Unidos. México fue el país contra el

7 Los datos son del Banco Mundial, *Cfr., op. cit.*, p. 186.

8 *Cfr. ibid.*, pp. 186-187.

que Estados Unidos lanzó un mayor número de investigaciones en este periodo. En abril de 1990 todavía nueve estaban vigentes.⁹ Las protestas de los industriales mexicanos demuestran que estos casos han dejado de ser asunto de especialistas y han pasado a ocupar su espacio en las preocupaciones gubernamentales. De acuerdo a Carlos Sales S. el porcentaje de las exportaciones mexicanas no petroleras afectado por diversas restricciones no arancelarias varió entre 12.2 y 21 por ciento entre 1980 y 1986. Este nivel, sin ser excesivo comparado con el que Estados Unidos aplica a sus otros socios comerciales o con el que se le aplica a México en otros mercados, puede ser reducido a través de un acuerdo. Por otra parte, México ha puesto en vigor leyes similares afectando a 15 productos norteamericanos exportados a nuestro país. El problema del uso de mecanismos no arancelarios de protección ya involucra a ambas partes en la relación bilateral y presenta problemas al comercio de los dos países.

V. EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO COMO INSTRUMENTO CONTRA EL NUEVO PROTECCIONISMO

Soluciones internacionales a la problemática de las protecciones no arancelarias no han surgido -hasta ahora- en el seno del GATT. El intento de este organismo de reglamentar el *dumping* y los subsidios a través de sus códigos de conducta parece haber fomentado —y no disminuido— estos problemas. Es

⁹ Cfr., Sales S., C., *op. cit.*, p. 81, *apud*. México en el Comercio Internacional, SECOFI, abril, 1990, pp. 40-41. La situación mexicana es peor en este sentido que la canadiense, pues cuando Canadá inició negociaciones para su Acuerdo de Libre Comercio —enfaticando la necesidad de reforma de estos procedimientos— sólo había cinco productos canadienses sometidos a derechos compensatorios.

en algunos acuerdos regionales, en especial en el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos, donde se ha realizado un esfuerzo mayor por atacar el proteccionismo no arancelario. Las aportaciones legales del acuerdo se localizan en dos áreas. En el área de la resolución de disputas se busca garantizar el cumplimiento de las obligaciones del acuerdo y evitar su renegociación continua. Respecto a la aplicación proteccionista de las leyes, pretende crear mecanismos profesionales binacionales que controlen la arbitrariedad a nivel nacional.

Podemos enumerar seis manifestaciones del proteccionismo moderno a las que puede hacer frente un acuerdo de libre comercio: *a)* las salvaguardias, *b)* los acuerdos de ordenación de mercados, *c)* los acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones, *d)* la imposición de cuotas compensatorias a los productos extranjeros subsidiados y de cuotas *antidumping* a aquellos productos que se venden a un precio menor al justo, *e)* los estándares técnicos, y *f)* el cambio de leyes.

1. *Salvaguardias*

Las salvaguardias son la vía por donde legalmente un país miembro del GATT podría establecer restricciones cuantitativas a las importaciones. Su desuso —y la proliferación de medidas negociadas al margen de los procedimientos del GATT— es uno de los signos de decadencia del multilateralismo. Su fortalecimiento es uno de los prerequisites de cualquier acuerdo de comercio. Las salvaguardias responden a la pregunta ¿cuándo puede un país incumplir la prohibición del acuerdo de no establecer restricciones cuantitativas al comercio? Son me-

didadas esencialmente protectoras permitidas por el artículo XIX del GATT en aquellos casos en que importaciones inesperadas de ciertos productos causen o amenacen causar serios daños a los productores del país afectado. El artículo XIX también es conocido como “cláusula de escape” puesto que permite a la parte que lo invoca apartarse temporalmente de sus compromisos del GATT. Para ser admitidas no deben ser selectivas sino aplicadas conforme a la cláusula de la nación más favorecida (no discriminación), de manera temporal, y otorgando compensación o posibilidad de represalia a la parte afectada. La no selectividad obedece a que lo que se ataca es la importación del producto y no a ciertos países productores. La legislación norteamericana contempla un procedimiento para aplicar las salvaguardias en los Estados Unidos congruente con el GATT. A través de éste se trata de aprobar la existencia de los requisitos de las salvaguardias, sin embargo, una vez que el organismo dictamina que la salvaguardia procede, su aplicación final generalmente está sujeta a la discreción del ejecutivo.¹⁰

A nivel internacional las salvaguardias generalmente no son invocadas dado que el procedimiento establecido por el GATT es tan informal (las reglas son tan pocas y simples) que los países importadores han podido negociar restricciones por fuera del GATT, con los principales países exportadores involucrados. Dado que la posibilidad de impugnar estos acuerdos no mejoraría la situación del país exportador (ya que —entre otras cosas— el procedimiento puede ser fácilmente bloquea-

10 Cfr., Sales S., C., *op. cit.*, pp. 58-60.

do o dilatado) se ha podido apreciar internacionalmente la proliferación de salvaguardias tomadas al margen del GATT.¹¹ Tal es el caso de los acuerdos de ordenación de mercado, las cuotas a la exportación y los acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones que analizaremos en el siguiente apartado.

Los países desarrollados han criticado severamente el actual mecanismo de salvaguardias del GATT porque no les permite selectividad y han presionado por un código de salvaguardias que incluyera este principio como excepción a la cláusula de la nación más favorecida. Para ellos es importante crear un código de salvaguardias que responda a la posibilidad de “responsabilizar” a ciertos proveedores de un producto por la abundancia repentina del mismo. De esta manera se podrían limitar las exportaciones de los proveedores “culpables” y dejar intocadas las exportaciones de los proveedores más antiguos. Esto equivaldría a permitir discriminar entre los exportadores a los que se podría dirigir una salvaguardia. Necesariamente este principio implicaría desfavorecer a los productores cuyas exportaciones hayan crecido más dinámicamente en los últimos tiempos (muchas veces países en desarrollo). La selectividad es buscada por los países desarrollados porque en ocasiones no les es conveniente, por razones políticas o por temor a la capacidad de respuesta de la otra parte, al afectar a través de una salvaguardia a todos los productores de un bien. Hasta 1986 Estados Unidos había implementado 15 salvaguardias aun cuando había recibido autorización para implementar 30.¹² Las 15 no implementadas muestran has-

11 “Desde 1978 los casos de limitación voluntaria de las exportaciones han superado las medidas de salvaguardia en una proporción de 3 a 1”, Banco Mundial, *op. cit.*, p. 180.

12 *Cfr. Sales S., C., op. cit.*, p. 60.

ta qué punto puede serle útil a este país el obtener la selectividad que demanda.

Una opción para disminuir los riesgos de las salvaguardias sería seguir la ruta trazada por el artículo 5 del Acuerdo de Libre Comercio Israel-Estados Unidos. Ellos estipularon la posibilidad de utilizar la selectividad a su favor en los casos de salvaguardias; si en opinión del Representante de Comercio de los Estados Unidos el exceso de importaciones “israelíes” no es la causa del daño a la industria norteamericana, el presidente norteamericano puede exceptuar a Israel de las medidas de salvaguardia. La opción israelita muestra una forma de volver el principio de selectividad —que esencialmente parece ser desfavorable a los países en desarrollo— en su favor.¹³

El Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos sigue un camino diferente. En vez de aceptar el principio de selectividad, ataca la razón de la ineficacia de salvaguardias, esto es, la falta de procedimiento formal obligatorio, pues obliga a las partes a seguir una serie de pasos previos para alcanzar un arreglo y, si este no es alcanzado, a someter a arbitraje vinculatorio las disputas sobre el uso de salvaguardias. Por otra parte, al tratarse de un acuerdo bilateral se evita la molestia que puede significar la discusión de la selectividad que puedan o no tener las salvaguardias, ya que existiría un mecanismo específico (el acuerdo) que protegería nuestros derechos, aun si el futuro código del GATT permitiera una salvaguardia discriminatoria dirigida a México. Al existir un procedimiento imparcial, los Estados Unidos perderían el

13 Cfr., Lande, S.L., y VanGrasstek, C., *The Trade and Tariff Act of 1984. Trade Policy in the Reagan Administration*, Lexington Books, 1986, p. 63.

amplio margen que las actuales normas le dejan para negociar en estas materias. Es decir, el acuerdo acercaría las relaciones comerciales al ámbito de las reglas y las alejaría del poder de las partes.

2. *Acuerdos de ordenación de mercados y acuerdos de restricción voluntaria a las exportaciones*

A través de los acuerdos de ordenación de mercados, los Estados Unidos han establecido cuotas a la exportación de ciertos productos que otros países pueden realizar a este país cuando se estima que las importaciones están causando daños a la industria norteamericana. Estos acuerdos se basan en la ley norteamericana y constituyen una especie de salvaguardias al margen de los mecanismos del GATT. Dado que estos acuerdos introducen restricciones cuantitativas a las importaciones y que generalmente son tomados de manera discriminatoria, involucrarían violación a las disposiciones del GATT.¹⁴ Para efectuarlos Estados Unidos ha obtenido permiso del GATT y se ha visto obligado a otorgar compensación a sus miembros en otras áreas o a permitir la posibilidad de represalias. Generalmente se llevan a cabo acuerdos con los principales proveedores del producto y se implementan junto con una serie de medidas unilaterales —nada ordenadas— que determinan las cuotas de los proveedores más pequeños. México se ha visto sometido a los acuerdos de ordenación de mercado en acero y textiles; y a cuotas en productos como azúcar y chocolate. Los acuerdos de restricción voluntaria de exportaciones son acuerdos por los cuales un país se

14 El artículo XI del GATT prohíbe el uso de restricciones cuantitativas y el artículo XIII señala que cuando se apliquen no deberán ser discriminatorias. Cfr., SECOFI, *op. cit.*, p. 86.

compromete a no exportar un porcentaje superior a una parte determinada de su producción de ciertos productos a otro país. A diferencia de los acuerdos de mercado ordenado, el país importador (los Estados Unidos) no aplica ninguna medida para hacer cumplir el acuerdo que depende sólo de la auto-restricción del exportador. Desde luego la restricción “voluntaria” sólo es aceptada por el país exportador para evitar el riesgo de la imposición de una restricción no voluntaria y para respetar formalmente la prohibición de barreras cuantitativas del GATT.

De firmarse un acuerdo de libre comercio se podrían atacar estas barreras de dos maneras:

a) Se podría conseguir la exención de los acuerdos vigentes entre México y los Estados Unidos. Canadá consiguió esto respecto al Acuerdo de Restricciones Voluntarias para Acero cuando negoció su Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos. Esta opción no está exenta de riesgos ya que puede funcionar a la inversa. Un acuerdo de libre comercio incluye en principio lo sustancial del comercio entre las partes involucradas, dando lugar a una presunción en favor de la eliminación de todas las restricciones existentes. Sin embargo Israel se vio obligado a negociar, junto a su Acuerdo de Libre Comercio, un acuerdo bilateral específico en materia de textiles para acceder a las demandas de los productores norteamericanos temerosos de que el Acuerdo de Libre Comercio implicara la liberación completa de este sector.¹⁵

b) Se podría eliminar o disminuir el riesgo de acuerdos similares a futuro. Los acuerdos de ordenamiento de mercado se dificultarían una vez firmado el Acuerdo de Libre Comercio, pues serían tipificados como salvaguardias y podrían

15 Cfr., Laude, S.L., y VanGrasstek, C., *op. cit.*, p. 62.

remitirse a arbitraje vinculatorio, si las partes no llegan a un acuerdo. Las restricciones voluntarias a las exportaciones también desaparecerían puesto que no existiría la amenaza de restricciones al margen del arbitraje, es decir, no podría haber restricciones sin compensación. Ambas manifestaciones se convertirían en salvaguardias y se resolverían de acuerdo con las reglas que las rigen. Es posible que este tipo de acuerdos no desaparezca totalmente como efecto un acuerdo de libre comercio, es decir, es posible que una negociación futura lleve al país exportador a aceptar restringir sus exportaciones, sin embargo, las disposiciones del acuerdo le darían, en caso de no querer someterse en la negociación, una opción final con la que no cuenta en el marco del GATT: el arbitraje vinculatorio. A través de la revitalización de las salvaguardias y de la consiguiente eliminación de restricciones cuantitativas un acuerdo de libre comercio superaría la renegociación continua de las reglas comerciales que han caracterizado estos aspectos hasta ahora.

3. Obstáculos técnicos al comercio

Los estándares técnicos son necesarios para acceder al mercado global y se refieren tanto a características del proceso productivo como a la calidad que deben reunir los productos. Involucran generalmente normas de salubridad, seguridad, sanidad, protección al medio ambiente o protección de los consumidores, por lo cual el establecimiento de éstas es un asunto que recae dentro del ámbito de decisión soberana de cada país. Dada su importancia para acceder los mercados mundiales, la búsqueda

da mexicana debe ser en el sentido de lograr la armonización de nuestros estándares técnicos con los vigentes en los mercados hacia los cuales van dirigidos nuestros productos (el 70% de nuestros productos se dirigen al mercado norteamericano). Parte del camino ya ha sido andado al firmar México el código relativo del GATT, i. e., el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, y al promulgar la Ley sobre Metrología y Normalización que lo aplica.¹⁶ La manifestación del proteccionismo en estas normas se presenta cuando se les da un uso arbitrario, ya sea al aplicarlas o al modificarlas, con el objeto de frenar las exportaciones de terceros países. En esas ocasiones los estándares técnicos se convierten en barreras técnicas al comercio. La solución aplicada por el código del GATT consistió en establecer el principio de tratamiento nacional, por el que cada signatario se obliga a garantizar un igual trato a productos nacionales y extranjeros en materia de estándares técnicos. El mismo código establece el principio de que no se deben crear normas técnicas con el objeto de levantar barreras al comercio, que los firmantes deben adoptar las normas técnicas internacionales cuando éstas existan y que deben notificar los cambios en estas normas a los demás miembros. Ésta es una de las áreas donde el GATT ha logrado avances significativos y el acuerdo debe reforzar las disposiciones anteriores y buscar también la uniformación de las normas técnicas, tanto norteamericanas como mexicanas, para así evitar los obstáculos y costos que puedan surgir para nuestro

16 El Código fue suscrito el 24 de julio de 1987 y aprobado por el Senado el 4 de diciembre del mismo año. La ley que lo aplica se publicó en el *Diario Oficial* el 26 de enero de 1988. *Cfr.*, Witker, Jorge, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 108.

comercio por esta vía. La búsqueda de la armonización no debe olvidar que en los Estados Unidos muchas medidas relacionadas con los estándares son establecidas por instituciones privadas. (Por ejemplo, el *Underwrites Laboratory*) y que por lo tanto implicará no sólo coordinación entre gobiernos sino también entre particulares.

4. Cuotas antidumping y cuotas compensatorias¹⁷

Las normas sobre *dumping* y subsidios buscan atacar, a nivel internacional, las formas más comunes de competencia desleal. En ese sentido son necesarias para una competencia sana entre firmas de diversos países, siendo aceptadas y usadas en versiones similares tanto por México, Canadá y los Estados Unidos como en el seno del GATT. La adopción de códigos internacionales y leyes nacionales en estas materias ha buscado frenar la generalización del *dumping* y de los subsidios en el comercio.¹⁸

17 En México debemos traducir *countervailing* y *antidumping duties* como "cuotas" y no como "derechos" o "impuestos" compensatorios y *antidumping*, pues el Código Fiscal otorga a los términos "derechos" o "impuestos" un significado técnico muy específico al que no se ajustan estas "cuotas". Por ello la Ley del Comercio Exterior se refiere a ellos como "cuotas". Para una explicación de la naturaleza jurídica de las cuotas compensatorias ver Witker, Jorge, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 42-43.

18 Los mecanismos *antidumping* y antisubsidios erigen barreras al comercio permitidas por el GATT, que los reglamenta en el Código *Antidumping* (acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT) y en el Código sobre Subvenciones y Derechos Compensatorios (acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXII del GATT). México, además de haber suscrito el primer código y haberse comprometido a suscribir el segundo, regula el *dumping* y los subsidios en la Ley de Comercio Exterior y en el Reglamento contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional. Los Estados Unidos regulan las cuotas compensatorias desde 1897, sin embargo, su legislación sobre *dumping* y subsidios es ahora el Trade Agreement Act de 1979. Tanto México como los Estados Unidos siguen la mayor parte de los lineamientos establecidos en los códigos del GATT.

El *dumping* consiste en la exportación de bienes a un precio inferior a su precio interno o al costo de producción con la afectación a la producción de mercancías similares en el mercado extranjero. Es una distorsión inducida por las empresas en el funcionamiento del mercado. Los subsidios gubernamentales son otra manera de competencia desleal, pues llevan al abaratamiento artificial de los precios de un producto y también implican un daño a la industria doméstica que compite en desventaja. Son una distorsión inducida por los Estados en el funcionamiento de los mercados.

El mecanismo tradicional con el que se enfrenta, tanto el *dumping* como los subsidios, es muy similar y consiste en el establecimiento de cuotas a la entrada de estos productos. La cuota se fija en la cantidad necesaria para contrarrestar la ventaja indebida que tiene el producto extranjero. Es decir, se aplica una cuota *antidumping* que iguale el precio de la mercancía al precio en que se vende en el mercado del exportador o una cuota compensatoria que reste el subsidio otorgado al producto. El procedimiento que decide la imposición de estas cuotas se inicia a petición de una industria afectada, de un grupo de productores o de un sindicato ante el Departamento de Comercio. Ahí se inicia una investigación para determinar tanto la existencia del *dumping* o del subsidio (determinada por la Administración de Comercio Internacional), como la existencia de un daño grave para la industria norteamericana originado por los factores anteriores (determinada por la Comisión de Comercio Internacional). Si se prueban ambos elementos, se imponen cuotas *antidumping* o

cuotas compensatorias (antisubsidios) según sea el caso. En materia de subsidios la prueba del daño sólo se concede a los países signatarios de código respectivo del GATT o a países que tengan un acuerdo en este sentido con los Estados Unidos. El problema del procedimiento norteamericano en materia de prácticas desleales se encuentra en que no otorga una garantía de neutralidad al comercio extranjero y en que es particularmente pernicioso para un país en desarrollo.

La industria de los países en desarrollo que adoptan un modelo dirigido a las exportaciones es particularmente susceptible de ser afectada por la imposición de cuotas *antidumping* o cuotas compensatorias. La razón de esto estriba en que el modelo dirigido a las exportaciones requiere la producción de grandes volúmenes de mercancía para poder alcanzar precios competitivos en el mercado global. A diferencia de la industria de los países desarrollados, la de los países en desarrollo generalmente no cuenta con un mercado interno lo suficientemente grande para absorber estos volúmenes de producción. De esta manera, cuando las cuotas le son impuestas afectan a la mayor parte de sus ventas. Por esa razón es más útil para nosotros que para otros países el evitar el proteccionismo de estos mecanismos.

El carácter proteccionista de estos mecanismos surge de su aplicación parcial y de su susceptibilidad a ser influenciados políticamente. Para algunos autores la crítica de estos mecanismos como intrínsecamente proteccionistas (y por lo tanto ilegítimos) no es justificada. Es sólo la aplicación arbitraria y descalificada de cuotas la que puede llamarse pro-

teccionista, pero no los mecanismos entre sí. Sin embargo el impacto de influencias externas en la imposición de cuotas no es en absoluto infrecuente. En el pasado los grupos de interés en las industrias norteamericanas afectadas por las importaciones han tenido la capacidad de obtener el apoyo político necesario para conseguir la protección. El apoyo a la industria por razones políticas puede contrarrestarse a través del establecimiento de una instancia imparcial similar a los paneles binacionales establecidos en el Acuerdo Canadá-Estados Unidos. Esta instancia no sustituye ni el procedimiento, ni a las autoridades nacionales, sólo permite que, una vez seguido éste, las decisiones puedan ser apeladas ante órganos profesionales de carácter binacional (paneles) y no ante el órgano judicial norteamericano que tradicionalmente revisaba estos casos (la Corte de Comercio Internacional). La posibilidad de que la decisión del órgano administrativo sea apelada ante un organismo neutral debe desincentivar la aplicación parcial de estas leyes por las autoridades norteamericanas.

Pero el proteccionismo de estas leyes no sólo aparece en su mala aplicación sino también en la posibilidad de que se reformen en el futuro para dar cabida a demandas intrínsecamente proteccionistas surgidas en el Congreso norteamericano. Las demandas proteccionistas han venido presionando al Congreso cada vez más y han tenido por resultado la promulgación de un conjunto de leyes cuyo contenido es crecientemente más restrictivo para el comercio extranjero. Es probable que éstas presiones aumenten en el futuro. Los canadienses enfrentaron

este problema exigiendo la notificación obligatoria de los cambios de leyes sobre *dumping* o subsidios, y estipulando en el acuerdo que se entendería que Canadá estaría exceptuado de nuevas leyes, salvo que en ellas se incluyera una disposición expresa que señalara lo contrario.

A largo plazo la única opción bilateral válida para eliminar el creciente proteccionismo de las leyes norteamericanas es el establecimiento de un grupo de reglas comunes en materia de *dumping* y subsidios. La dificultad para llegar a un consenso sobre normas comunes en materia de subsidios y cuotas compensatorias se pone de manifiesto con el precedente canadiense de no haber podido llegar a un acuerdo, ni en materia de *dumping*, ni de subsidios, en tres años. Sin embargo, si existe el antecedente de la creación de un grupo de trabajo que busca la elaboración de tales normas comunes con vistas a sustituir a mediano plazo (5 o 7 años) la aplicación de las normas de cada país por la de un nuevo cuerpo de normas binacionales. La tarea de alcanzar un conjunto de reglas comunes no es en absoluto fácil dado que tanto el *dumping* como los subsidios son materias polémicas en las relaciones comerciales entre naciones, ya que implican definiciones muy precisas sobre los límites a los que puede llevarse la búsqueda de la competitividad y la relación del Estado con su industria.

Si México obtuviera en su acuerdo con los Estados Unidos una línea similar a la canadiense, esto significaría eliminar las leyes *antidumping* de cada país y sustituirlas por leyes antimonopolios comunes. La dificultad de llegar a un acuerdo en esta materia

consistiría en encontrar una fórmula para que las leyes antimonopolios no dañen la competitividad de las empresas norteamericanas y mexicanas en el mercado global, donde el tamaño de la empresa muchas veces es causa de su éxito o fracaso.

La eliminación de las cuotas compensatorias implica alcanzar un acuerdo respecto a los subsidios aceptables para ambos países en el comercio internacional. Hay un consenso internacional sobre ciertos aspectos de los subsidios; por ejemplo, los subsidios a la exportación se consideran una forma de competencia desleal: asimismo, el nivel de las tasas de interés en los créditos a las exportaciones (menor al de otros créditos) es definido sobre estándares internacionales. Sin embargo, los consensos desaparecen cuando se trata de subsidios internos que tienen implicaciones para el comercio extranjero, de apoyos sectoriales, de apoyos a áreas subdesarrolladas, en el caso de subsidios de difícil clasificación, de la relación entre subsidios y política monetaria, etcétera.

Los Estados Unidos sostienen la posición más crítica y restrictiva respecto a estos subsidios y eso entra en conflicto con la práctica tradicional mexicana. Los norteamericanos han señalado que los subsidios son —en sí mismos— perjudiciales para el correcto funcionamiento del mercado independientemente del efecto que causen sobre la industria local. Los europeos —que sostienen una postura rival igualmente influyente— señalan que los subsidios no son malos en sí mismos sino sólo cuando afectan la industria de otros países. Sin embargo, tanto la posición norteamericana como la mexicana se han ido suavizando paulatinamente a través de las negociaciones internacionales.

Estados Unidos se vio forzado a hacer concesiones en la negociación que llevó a la adopción del Código de Subsidijs del GATT (aceptó otorgar la prueba del daño), y México cuando firmó el Entendimiento Bilateral en Materia de Subsidijs e Impuestos Compensatorios con Estados Unidos (aceptó ajustar a los estándares internacionales sus créditos a exportaciones). La tendencia norteamericana en materia de subsidijs será especialmente severa para México en el caso de aquellos con carácter regional o sectorial. La adopción de normas de corte norteamericano por México conllevaría un gradual abandono de estos subsidijs cuyas implicaciones para la política industrial del país serían importantes. La adopción de estas significaría plantear el apoyo a la industria en términos de desarrollo integral de la infraestructura nacional. Por otra parte los Estados Unidos tendrían que acercarse a la posición mexicana. En este sentido se verían obligados a reconocer las necesidades especiales de un país en desarrollo con altas disparidades regionales y sectoriales. En el nivel de la abstracción general puede ser difícil ver hasta qué punto son reconciliables las diferentes posiciones, pero en la mesa de negociaciones, con el tiempo y la disposición suficiente, se pueden encontrar soluciones específicas para las necesidades de ambos países.

Seguir una línea similar a la canadiense en este renglón parece ser con mucho una opción mejor que seguir la línea del Acuerdo Israel-Estados Unidos, donde las concesiones norteamericanas sólo llegaron a otorgar la prueba del daño, algo muy similar a lo que ya obtuvo México en el Entendi-

miento Bilateral en Materia de Subsidios e Impuestos Compensatorios de 1985.

VI. EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

Lo señalado anteriormente nos explica cómo se puede enfrentar el nuevo proteccionismo en un acuerdo mexicano que siguiera los lineamientos establecidos por Canadá y Estados Unidos en su acuerdo de 1988. Pero queda todavía un problema: ¿Cómo enfrenta el mismo acuerdo la posibilidad de su propio incumplimiento? Es decir: ¿Cuáles son las garantías del acuerdo que lo vuelven más atractivo y más confiable que el GATT?

Se puede dividir a los acuerdos internacionales en dos tipos: *a)* basados en reglas, y *b)* basados en el poder. El Acuerdo Canadá-Estados Unidos se propuso como un intento de construir un sistema que tendiera más al primer tipo. Por ello sus mecanismos remiten las controversias no resueltas por mutuo acuerdo a órganos profesionales, llámense paneles binacionales o arbitraje. En los acuerdos internacionales el poder de las partes se manifiesta en su falta de sometimiento a procedimientos obligatorios, su posibilidad de bloquear los existentes, la carencia de órganos profesionales y en su capacidad de utilizar represalias. El acuerdo Canadá-Estados Unidos se aleja de esas características. La gran ventaja del procedimiento del acuerdo sobre el del GATT consiste en que, si bien sigue pasos similares, está diseñado de tal manera que no pueda bloquearse el procedimiento. La notificación de medidas tomadas por un país que puedan afectar al acuerdo es obligatoria (en el GATT no); si una de las partes solicita información sobre algunas medidas, la otra está obligada a proporcionarla (en el GATT no); las

consultas conciliatorias previas son también obligatorias. En general el procedimiento es similar, pero las modificaciones de forma tratan de atacar los problemas de fondo que se han observado en los procedimientos del GATT, es decir; evitar las soluciones por consenso, el bloqueo, las maniobras dilatorias y la politización de las controversias. Empero, puede evitar el recurso final a las represalias. Sin embargo, el recurrir a ellas contra un laudo arbitral o contra la recomendación de un panel, compuesto por personas de prestigio, puede llegar a tener una sanción moral más desagradable que el simple bloqueo de un procedimiento poco formal que es lo que actualmente sucede en el marco del GATT. Así pues el Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos deberá contener varios procedimientos que, sin llegar a constituirlo en un tratado que elimine el poder, lo encamine a la base de las reglas. No habrá acuerdo que elimine el poder de las partes mientras no exista un órgano imparcial internacional que garantice el cumplimiento del derecho internacional. Mientras tanto la base final de confianza para el cumplimiento de los tratados será la buena fe. Por otra parte, como ya señalamos, en la medida en que el acuerdo tenga éxito en incrementar el comercio y mejorar nuestras economías el interés de las partes las hará esforzarse por mantenerlo vigente. En este sentido un Acuerdo México-Estados Unidos, de la misma manera que un Acuerdo Canadá-Estados Unidos cuenta con una ventaja significativa para su efectividad y cumplimiento: la existencia de lazos naturales de comercio.

VII. CONCLUSIONES

Un acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos nos acercaría a estas reglas de juego y también a los problemas implicados, que no son pocos, pero tampoco son imposibles de resolver. Esas reglas son especialmente valiosas para un país en desarrollo como el nuestro, dadas las características especiales de las nuevas barreras no arancelarias. Es muy probable que el acceso de México a algunos de esos nuevos mecanismos sea dificultado tanto por los canadienses como por los norteamericanos, que han señalado varias veces el carácter específico de esas reglas para su relación especial. El acceso a los mecanismos en materia de *dumping* y de subsidios será especialmente difícil de aceptar para los norteamericanos.¹⁹ Implicará aceptar que nuestros panelistas o árbitros puedan pronunciarse sobre la legalidad de sus resoluciones y colaborar en el desarrollo futuro de sus leyes. Implicará, por supuesto, lo mismo para México. Sin embargo, acceder a esos mecanismos acerca la relación a una base de reglas de la cual el mayor beneficiario será México. En la medida en que menos productos mexicanos se vean afectados por las barreras no arancelarias, México comenzará a tener un mayor control sobre su comercio.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Button, Kenneth R., "The United States-Canada Free Trade Agreement: An Overview and an Assessment for the U.S. Non-ferrous Metals and Forest Products Industries", *Law and Policy in*

19 Cfr., Puri, Tino, *Remarks on a Potential México-U.S. Free Trade Agreement*, McKinsey & Company, Inc., 1990, p. 7.

- International Business*, Georgetown, D.C., vol. 20, núm. 4, 1989.
- Casanovas y La Rosa, Oriol, *Casos y textos de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1986.
- Cline R., William (ed.), *Trade Policy in the 1980's*, Washington, Institute for International Economics, 1983.
- Cline R., William, Bergsten, Fred, *Trade Policy in the 1980's, Policy Analyses in International Economics*, Institute for International Economics, num. 3, Nov., 1982.
- Hart, Michael, *A Mexico-Canada-United States Free Trade Agreement: The Strategic Implications for Canada*, mimeo, May 22, 1990.
- Hufbauer, Gary C., Shelton Erb, Joanna, *Subsidies in International Trade*, Institute for International Economics, 1984.
- Lande, S.L., y VanGrasstek, C., *The Trade and Tariff Act of 1984. Trade Policy in the Reagan Administration*, Lexington Books, 1986.
- México, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, *México en el Comercio Internacional*, abril de 1990.
- Orrego Vicuña, Francisco (coord.), *Derecho internacionaleconómico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, 2 vols.
- Puri, Tino, *Remarks on a Potential Mexico-U.S. Free Trade Agreement*, McKinsey & Company, Inc., 1990.
- Sales Sarrapy, Carlos Leopoldo, *Proteccionismo comercial de los Estados Unidos hacia México. 1980-1986*, tesis de licenciatura en economía, México, ITAM, mayo 1988.
- Smith, James F., "La Ley de Prácticas Comerciales Desleales estadounidense y el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos y la Ley Omnibus de Comercio y Competitividad", en García Moreno, Víctor Carlos (coord.), *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, México, UNAM, 1988.

Smith, Murray G., *Canada, Mexico and the United States: Pursuing Common Multilateral Interests and Exploring North American Options*, mimeo, 1990.

Witker, Jorge, *Curso de derecho económico*, México, UNAM, 1989.

—, *Códigos de conducta internacional del GATT suscritos por México*, México, UNAM, 1988.

—, *El GATT (Acuerdo General de Aranceles y Tarifas)*, México, UNAM, 1986.