

*Laura Hernández Ramírez**

Líneas generales para una nueva negociación jurídica del TLCAN

SUMARIO: I. Introducción. II. Consideraciones para negociar y Aplicar Tratados Comerciales en el Sistema Jurídico Mexicano –análisis del TLCAN-. III. Considerar la Actuación de la Comisión del TLCAN. IV. Breve análisis de los casos de sectores productivos que han cuestionado disposiciones jurídicas del TLCAN. V. Actuación del Gobierno Federal ante el TLCAN. VI. Marco jurídico que permite una renegociación del TLCAN –Líneas Generales-. VII. Conclusión y Propuesta. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Diversas han sido las posturas para tratar una nueva negociación “jurídica” del TLCAN, ya que desde su creación el 20 de diciembre de 1993, su asimilación y aplicación en nuestro sistema jurídico a la fecha, ha provocado una serie de problemáticas, al respecto es suficiente revisar las posturas y acciones de los productores y organizaciones nacionales que aún existían en esas fechas y los que aún pueden existir;¹ así como las de las autoridades en turno –poder ejecutivo-, quienes hacían conceptualizaciones disímbolas, muy ajenas a lo jurídico, prevalecía una lectura centrada en el ámbito “relativamente

* Doctora en Derecho por la UNAM, Profesora por Oposición de la Facultad de Derecho de la UNAM, y de otras Universidades Públicas y Privadas. Autora de diversos libros y artículos, publicados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Mc. Graw Hill Centro de Investigación sobre América del Norte. Centro de Investigación Aduanera y comercio Internacional. Ha sido miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Ha participado en Paneles Binacionales del TLCAN. Consultora y litigante en Comercio Internacional y Amparo.

¹ Ver posicionamientos de sectores.

económico”, suponían una estabilidad económica y empleo, incluso, como la línea para una integración americana –con todo lo que el esquema multilateral de comercio implica-.²

Quienes sostenían que el TLCAN podría ser un instrumento “para quedarse” porque pensaban que era una solución a las necesidades económicas del país, suponían que estaba muy lejos de intentarse una mínima adición o modificación, sin embargo, día con día los resultados económicos eran desastrosos, y siempre se justificaba que era el resultado de elementos macroeconómicos, y no se consideraba que pudieran ser, entre otros factores, la desigualdad jurídica de estructuras de consumo que existía entre los que en un momento pudieron considerarse socios comerciales del TLCAN, ya que lo real era que tanto Canadá como Estados Unidos de América, se habían convertido en contrapartes, en una serie de casos que se fueron instrumentando por los representantes de los sectores, litigantes quienes considerábamos que era necesario aplicar de mejor forma el sistema jurídico mexicano en materia de comercio exterior, en específico, por ilegalidades probadas que las autoridades manifestaban al aplicar las disposiciones establecidas en un TLCAN, que las de nivel multilateral con la Organización Mundial de Comercio OMC, e inobservar otras acciones contenidas en TLCAN, a tiempo, en beneficio de los sectores productivos.

Fue entonces que de todos los sectores productivos negociados en el TLCAN, se iban presentando peticiones, demandas concretas y exigencia para su renegociación con un “tratamiento jurídico”, lo que hasta la fecha se ha convertido en una inquietud por parte de quienes nos encontramos inmersos en estos temas, por ello, ahora analizaremos algunas líneas generales de negociación jurídica del TLCAN, partiendo de los siguientes elementos:

- Si se ha demostrado que el TLCAN surge del “Consenso de Washington”, que predeterminaba una apertura comercial, “cuestionado internacionalmente”,³ y en nuestro caso se omitieron diversas consideraciones

² Es necesario reconocer que el esquema de integración en la Organización Mundial del Comercio ha sido muy discutida, tanto en mercancías como en servicios, y se han presentado serias problemáticas, por la diversidad de Tratados Comerciales Regionales y bilaterales.

³ Se nos presenta una postura inédita, de Stiglitz, quien estuvo presente en el seguimiento de la apertura comercial, y no compartía dicha postura, por los grandes daños que se observaban, y dio elementos de propuesta para el desarrollo de los países menos adelantados y en desarrollo como el nuestro, lo que nos parecía muy interesante, la coincidencia de pensamientos, a quienes desde un inicio del TLCAN; postulábamos que era necesaria una visión

raciones jurídicas básicas para la negociación, asimilación y aplicación del TLCAN;

- Si existen Tratados multilaterales de OMC, aplicados con posterioridad al TLCAN, con objetivos diferentes, entre otros: el desarrollo económico, la eficacia jurídica
- Si se han presentado por diversos sectores productivos una serie de problemáticas jurídicas-económicas con la aplicación del TLCAN;

Entonces para lograr la “eficacia del sistema jurídico mexicano en materia de Comercio Exterior” ¿debiéramos negociar el TLCAN armonizando sus disposiciones jurídicas respetando fundamentalmente nuestra Constitución, la existencia de los Tratados Comerciales Multilaterales, las Leyes Federales, los principios del derecho Internacional Público, y el desarrollo económico como expectativa y “decisión inmediata”?

Por ello haremos algunas consideraciones en dos planos, para negociar y Aplicar Tratados Comerciales en el Sistema Jurídico Mexicano –análisis del TLCAN-, y la Actuación de la Comisión del TLCAN, utilizando su nueva postura de ver las “realidades”, utilizando estos trabajos para que se observen las problemáticas que se han provocado en el sistema jurídico mexicano, y el respeto al multilateralismo de la OMC, por lo que es indispensable analizar brevemente, los casos de sectores productivos que han cuestionado disposiciones jurídicas del TLCAN y la actuación del Gobierno Federal y arribar a un breve análisis del Marco jurídico que permite una renegociación del TLCAN –Líneas Generales-, Conclusiones y Propuestas.

II. Consideraciones para negociar y Aplicar Tratados Comerciales en el Sistema Jurídico Mexicano –análisis del TLCAN-

A partir de un análisis jurídico sabemos que son diversos los razonamientos a considerar para determinar qué Tratado aplicar en términos generales o específicos, en el caso de los diversos Acuerdos de la OMC y de los diversos

del desarrollo económico de nuestro Estado, que establecía nuestra propia Constitución, y que lo hacíamos valer en diversos foros, investigaciones y casos. STIGLITZ, Joseph, *El maloestar en la globalización*, Editorial Taurus, España, 2002 ———, *Fair Trade for all*, Oxford University Press, NY, 2005.

TLC's,⁴ en particular el TLCAN, de los que México forma parte; cuando se están afectando los intereses jurídicos de nuestro Estado en la mayoría de los sectores productivos, por una negociación fuera de la lógica jurídica de nuestra Constitución, y/o por los incumplimientos de una de las partes a los compromisos establecidos. Dichas consideraciones serían entre otras:

- Si el Tratado comercial (TLCAN) está o no de conformidad con la Constitución; vicios de origen, etc.
- Si el Tratado comercial (TLCAN) respeta el Principio de Congruencia Jurídica y Supremacía Constitucional; el contenido de otros Tratados y Leyes Federales.
- Si el Tratado comercial (TLCAN) toma en cuenta lo relativo a la preeminencia del Multilateralismo ante el Regionalismo; la validez del Protocolo de Adhesión de México al GATT en TLCAN.
- Si el Tratado comercial se fundamenta en otro Tratado, como en el caso del TLCAN, que se fundamenta en el artículo XXIV del GATT '47, exclusivamente en mercancías –aunque erróneamente se hayan negociado otros sectores, como servicios e inversión, sin fundamento.
- Si se aplica un Tratado posterior de la misma materia bajo el principio general de derecho *lex posteriori, anteriori degorat y lex specialis, generalis degorat*, (TLCAN y otros Multilaterales de OMC)

⁴ TLC México-Costa Rica. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 10 de enero de 1995; entrada en vigor: 1 de enero de 1995. TLC México-Bolivia. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 11 de enero de 1995; entrada en vigor: 1 de enero de 1995. TLC México-Nicaragua. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 1 de julio de 1998; entrada en vigor: 1 de julio de 1998. TLC México-Chile. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 28 de julio de 1999; entrada en vigor: 1 de agosto de 1999. TLC México-Israel. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 28 de junio de 2000; entrada en vigor: 1 de julio de 2000. TLC México-Uruguay. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 14 de julio de 2004; entrada en vigor: 15 de julio de 2004. TLC México-Japón. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 31 de marzo de 2005; entrada en vigor: 1 de abril de 2005. TLC México-Grupo de los tres. México-Colombia. Venezuela se retira del tratado en noviembre del 2006. Cabe destacar que estos tratados establecen disposiciones semejantes: comercio de mercancías, servicios e inversiones, protección a la propiedad intelectual, disposiciones referentes a acceso a mercados, reglas de origen, mecanismos de solución de controversias etc. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ha sido un modelo a seguir en materia de redacción y contenido de los tratados subsiguientes, distinto al suscrito con la Unión Europea. WITKER, Jorge, y Laura Hernández, *Régimen jurídico de comercio exterior en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 3^a- 2008. pp.- 182-183.

Por lo anterior, haremos solo un análisis de tres consideraciones que nos parecen fundamentales:

VICIOS DE ORIGEN: CONSIDERANDO QUE PARA NUESTRO SISTEMA JURÍDICO, EL TLCAN FUE VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 89 FRACCIÓN X, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La referida disposición establecía lo siguiente:

Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

X.- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos; la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;

Respecto a uno de los objetivos fundamentales, anteriormente citados, el de "Igualdad Jurídica", es claro, que en los Estados Unidos de América, no existía ni aún existe igualdad jurídica con nuestro Estado, respecto a la suscripción de Tratados.

En efecto, Estados Unidos de América en sus relaciones y compromisos con otros Estados de la comunidad internacional, incluso comerciales, reconoce tres instrumentos jurídicos; tales como Tratados, Acuerdos Congresionales y Acuerdos Ejecutivos, con diferente jerarquía, es decir con valor jurídico distinto.

Para los Acuerdos Congresionales se debe contemplar el principio de la existencia de un derecho anterior (Grandfather's Clause o cláusula del abuelo), a la firma del instrumento, antes que aplicarlo, y debe ser a través de una Implementation Act; es decir aplican lo que no contradice su derecho doméstico anterior. Por ello de origen, no utilizan la denominación de Tratado y lo denominan North American Free Trade Agreement. (NAFTA) o Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte. Adicionalmente, no existe igualdad jurídica, ya que Estados Unidos de América no ha firmado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que en su artículo 2 establece, que cualquier instrumento que se firme entre Estados, bajo cualquier denominación que adopte, tendrá el valor jurídico de un Tratado.

...en México por lo general los tratados tienen el carácter de autoejecutables o autoaplicativos y no requieren de leyes de implementación...⁵

⁵ Tron Petit, Jean Claude. "Aplicación de Tratados por Tribunales Mexicanos" en "En Papel del Derecho internacional en América, Las soberanía nacional en la era e la integración nacional". UNAM- ASILI. México. 1997. p. 263.

Es decir, dependiendo de la naturaleza jurídica, esto es el valor jurídico que adopten los instrumentos serán autoaplicativos⁶ o heteroaplicativos⁷. Así en el caso de los Estados Unidos ellos pueden no cumplir el nafta, ya que no es auto-aplicativo como a la fecha lo ha hecho con relación al sector agropecuario, servicios e inversión.

Los objetivos establecidos en el artículo 102 del propio TLCAN, no consideran un desarrollo económico ni el pleno empleo, ni la propia consideración de aplicar los compromisos por la condición de desarrollo, sino únicamente facilitan el intercambio de bienes, servicios e inversión “Apertura Comercial”.

Nuestro país en lo que se refiere a las relaciones entre Estados, las efectúa única y exclusivamente, a través de Tratados, conforme al artículo 133 de nuestra Constitución, y en virtud de que firmó la Convención de Viena anteriormente señalada, cualquier instrumento que firme con otros Estados, siempre y cuando esté de acuerdo con la Constitución, será elevado a la categoría de Tratado.

QUE EL TLCAN CONTRADICE LO ESTABLECIDO EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN, OMITIENDO EL DESARROLLO ECONÓMICO POR FALTA DE UNA TÉCNICA JURÍDICA, Y POR ENDE, NO CONSIDERA EL DESARROLLO ECONÓMICO DE DIVERSOS SECTORES MEXICANOS.

Es inminente una negociación jurídica del TLCAN cuando se observan diversos elementos que atentan contra el propio sistema jurídico de nuestro Estado, su desarrollo económico y lógicamente la eficacia jurídica, que manifiestan la falta de una técnica jurídica, -además de contradicción de sus propios conceptos, ver el sector servicios o el de autotransporte de carga por ejemplo, el haberse negociado el sector servicios e inversión sin ningún fundamento jurídico a nivel multilateral, como si lo hace en bienes, el que participe la inversión extranjera hasta en un 100% tanto en bienes como servicios, el implicar ordenes de Gobierno tanto en servicios públicos y otros sectores, las aceleradas desgravaciones arancelarias indiscriminadas, concesionadas desde su negociación y ampliadas en su aplicación –con ilegalidades en cupos y las ordenas en Decretos con posterioridad-, es claro que no fomenta el desarrollo económico y no está de conformidad

⁶ “Atendiendo éstas ideas, resulta que en México por lo general los tratados tienen el carácter de autoejecutables o autoaplicativos y no requieren de leyes de implementación, a diferencia que lo que sucede en otros países”.

⁷ “En algunos otros países es necesario que exista una Ley de Implementación para considerar que se aplica el Tratado y que éste vincula al Estado con los demás Estados Parte del instrumento”.

con nuestra Carta Fundamental en sus artículos 25, 26, 27 y 28; antes se ha probado que desplazó a la producción y empleo nacional, algunas veces en los jui- cios los beneficios son más para extranjeros que para nacionales, incluso el con- cepto de “interés nacional”, es cuestionado, ya que existen en su mayoría intere- ses extranjeros con la inversión al 100%.⁸ Pero además, no se fomenta el desarrollo económico en forma precisa en los objetivos del TLCAN, solo con una interpretación lógica jurídica su artículo 102 que por lo menos pretende res- petar el multilateralismo, en este caso, el contenido en la OMC, que sí contiene elementos de desarrollo económico, y la nueva postura de la Comisión del TLCAN, que textualmente reproducimos:

Artículo 102: Objetivos

1. Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específi- ca a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:
...
b) Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;⁹
...
e) Crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controver- sias; y
f) Establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este tratado;

Como se puede apreciar, éstos objetivos son consistentes con la conformación de una Zona de Libre Comercio que disciplina y regula el intercambio exclusivo de bienes o mercancías. Tales objetivos, no son compatibles con el capítulo económico de la CPEUM que establece la obligación del Estado mexicano de fomentar el des- arrollo económico y social de todos los sectores productivos de nuestro país.

LA FALTA DE APLICACIÓN DEL PROPIO TLCAN COMO ACCIÓN PARA SABER DEFENDER LOS INTERESES DE LOS SECTORES –AGROPECUARIO, SERVICIOS, ETC.-, EN PRO DE SU DESARROLLO Y CRECIMIENTO INTE- GRAL DE CONFORMIDAD CON LO ESTIPULADO EN NUESTRA CONSTI- TUCIÓN POLÍTICA.

⁸ Hernández Ramírez Laura. “Comercio transfronterizo de servicios a 10 años del TLCAN” en El Impacto del TLCAN en México a los 10 años, Coloquio Internacional, CISAN, 2004.

⁹ Énfasis añadido.

Al hablar de la aplicación de las disposiciones del TLCAN surgen varios problemas, tales como la existencia de derechos constitucionales que la implementación del propio tratado ha ignorado; la existencia de otros compromisos internacionales como las disposiciones e instrumentos jurídicos de la OMC; la aplicación de los principios del derecho internacional que rigen la aplicación e instrumentación de dichos acuerdos internacionales. Por lo que es necesario identificar la existencia y validez del Multilateralismo y del propio regionalismo –TLCAN-, elementos que trataremos en apartado posterior denominado Líneas Generales.

III. Considerar la actuación de la Comisión del TLCAN¹⁰

Regularmente son líneas paralelas de interpretación entre los hechos y las posturas que se pretenden dar en la administración de un ente, como es el caso, los miembros de la Comisión nos señalan el seguimiento del TLCAN, en la forma como se redactó, “aperturista comercial”, de desgravación y descalendarización, desigualdad jurídica, inversión extranjera al 100% solo en nuestro país, con beneficios muy parciales a las contrapartes,¹¹ pero no tienen la visión de los hechos y actos reales de un sistema jurídico mexicano, por ello, consideramos necesario analizar brevemente las dos lí-

¹⁰ Reunión de la Comisión del TLCAN 2007 Vancouver, Canadá –Agosto, 14, 2007 Declaración Conjunta *David Emerson, Ministro de Comercio Internacional de Canadá; Eduardo Sojo, Secretario de Economía de México; y Susan C. Schwab, Representante Comercial de Estados Unidos*,

¹¹ “El TLCAN –en su décimo cuarto año- ha sido una historia de éxito remarcable para los tres socios. El tratado ha contribuido al incremento significativo en los flujos de comercio e inversión entre Canadá, Estados Unidos y México, y al crecimiento económico y a la creación de empleos en América del Norte.

Un TLCAN fuerte, moderno y flexible es esencial para mantener la ventaja competitiva del continente en un mercado global cada vez más complejo e interconectado, y que se transforma a mayor velocidad. Cuando el TLCAN concluya el proceso de eliminación total de los aranceles en América del Norte, debemos buscar nuevas y creativas formas de continuar promoviendo oportunidades de comercio y nuevos negocios. Debemos de aprovechar nuestro éxito inicial y continuar fortaleciendo nuestra competitividad regional con una visión que incluya el comercio intra-TLCAN y también a otras regiones como potencial destino de nuestras exportaciones e importantes fuentes de importaciones. En consonancia con nuestro compromiso común para incrementar la eficiencia del mercado, el crecimiento económico, la prosperidad y la innovación en los tres países para el beneficio de nuestros ciudadanos, hemos acordado: Desarrollar un plan de trabajo para responder a las presiones crecientes sobre la competitividad de América del Norte. El plan – el cual establecerá los lineamientos de los temas claves que impactan nuestro comercio e identifique las maneras más efectivas para facilitarlo- será presentado a revisión en nuestra próxima reunión, de esta forma, podemos desarrollar una plataforma norteamericana fuerte y competitiva que incremente el bienestar y la prosperidad

neas, y ponderar si es necesaria una negociación jurídica o seguir en negociaciones aperturistas, indiscriminadas y parciales, sin visión ni consideración de un sistema jurídico, y solo exigir a un Estado como el nuestro, a que cumpla con el Tratado y otro incumplir los propios compromisos, con lo que ha provocado un desorden.

En efecto, en la Comisión se han desarrollado grupos de trabajo que dan seguimiento a líneas que consideran les sirven aparentemente a los estados partes y suponen en beneficio de la ciudadanía, y han elaborado todo un proyecto para dar continuidad a la apertura total, y preocupados en ares específicas que pareciera son de mayor interés para los países desarrollados partes, que propiamente el nuestro, los temas en que se han ocupado son Reglas de Origen, Inversión, Servicios Profesionales, y el Mecanismo de Solución de diferencias, cerdo, acero equipos electrónicos de consumo, y productos químicos.

Asimismo, lo mas trascendental de los Trabajos de esta Comisión, es que aparentemente, tienen un grupo de trabajo que pretende analizar el seguimiento del propio TLCAN, mas enfocado a los “hechos, el seguimiento de los diversos Tratados que han suscrito los Estados, y el propio Multilateralismo”, lo que es pertinente destacar es que estos grupos debieran estar mejor informados y ser estudiosos de lo que en nuestro sistema jurídico efectivamente se requiere para dar continuidad al elemento “eficacia jurídica”, establecida multilateralmente, así como a diversos elementos que trataremos de expresar en el siguiente Apartado para mantener nuestro sistema jurídico, y por lo que consideramos que sí es viable una nueva negociación jurídica.¹²

para todos nuestros ciudadanos; Estamos de acuerdo que la cooperación regional ha resultado en beneficios significativos para el crecimiento económico y la creación de empleos en cada uno de nuestros países. Acordamos continuar impulsando más oportunidades, allí donde sea practico, para promover una mayor cooperación para el beneficio de nuestros productores y consumidores. Finalmente, acordamos que Estados Unidos será el anfitrión de la próxima reunión de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN a nivel ministerial en 2008”. *Ibidem*.

¹² Realizar un análisis de los tratados de libre comercio que cada país ha negociado a raíz del TLCAN, iniciando con aquellos en el hemisferio occidental. Este trabajo se enfocará en identificar diferencias específicas y significativas entre los tratados, en particular aquellas relacionadas con la facilitación del comercio y la transparencia. ...En 2006, también instruimos a nuestros oficiales para revisar los mandatos de los grupos de trabajo y comités del TLCAN. Utilizando estos estudios, los grupos de trabajos deberán identificar mejoramientos potenciales y asegurar que los programas de trabajo del TLCAN reflejen las realidades y retos actuales y que incluyan el trabajo realizado en iniciativas paralelas. Hemos ordenado a nuestros oficiales a evaluar como este trabajo puede ser usado. ...Estamos comprometidos con la iniciativa multilateral de liberalización comercial y la conclusión exitosa de las negociaciones de la Ronda de Doha de la OMC. Hacemos un llamado a los miembros de la OMC a demostrar una energía renovada y flexibilidad en las negociaciones sobre los documentos de los Presidentes sobre acceso a mercados de bienes agrícolas y no agrícolas y colocar a la Agenda de Desarrollo de Doha en el camino que conduzca a obtener un resultado final equilibrado y ambicioso que resulte en mejoramientos significativos de las condiciones del comercio global

IV. Breve análisis de los casos de sectores productivos que han cuestionado disposiciones jurídicas del TLCAN y la actuación del Gobierno Federal

De los XXII capítulos del TLCAN, se han logrado diversos trabajos de investigación muy serios, mismos que permiten concluir la gran afectación jurídica y económica por una deficiente negociación, la desigualdad jurídica existente y la indebida asimilación y aplicación de los Tratados dentro de nuestro sistema jurídico.¹³ De igual forma podríamos identificar los diversos sectores en los cuadros de casos internos e internacionales que hemos presentado en trabajos de investigación,¹⁴ algunos aun sin resolverse en su totalidad, y que seguramente darían elementos para ejercitar acciones de responsabilidad Patrimonial del Estado, conforme a la Nueva Ley de la materia, lo que sería una razón mas para negociar el TLCAN, y no dejar un instrumento jurídico, en el que los servidores públicos utilizan provocando afectaciones a los derechos de los sectores productivos que después tengan que cumplimentar con elementos patrimoniales del Estado, por lo que es necesaria la armonización y tener un mejor estado de derecho, y ahora una nueva lista a nivel judicial.

Como hemos precisado ya en otras investigaciones "... es necesario considerar, que según los sectores de comercio de bienes, servicios, propiedad intelectual, inversiones y según las Instituciones Jurídicas establecidas, son los casos que se ha presentado, desde una consulta, un procedimiento administrativo, recursos, juicio de Nulidad, Amparo Indirectos y Directos, mecanismo alternativo de solución de controversias –Paneles en vías bilaterales o multilaterales (en ocasiones las dos, provocando cierta inseguridad jurídica, caso fructosa ante OMC y conforme a TLCAN), algunos con éxito, otros no, pero provocando modificaciones al sistema sin lograr aún una armonía dentro del Sistema Jurídico mexicano".

¹³ Witker Velásquez, Jorge, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, UNAM, México, 1993.

_____, Coord., "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Evaluación jurídica a diez años después.", II- UNAM, México, 2005.

Hernández Ramírez, Laura. Witker Velásquez Jorge Alternativas de defensa del Sector Agropecuario. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Centro de Desarrollo Rural Sustentable, Cámara de Diputados. 2007

_____, "Comercio transfronterizo de servicios a 10 años del TLCAN" en El Impacto del TLCAN en México a los 10 años, Coloquio Internacional, CISAN, 2004.

¹⁴ Tomado de "Hacia un nuevo Régimen Jurídico de Comercio Exterior en México", Laura Hernández Ramírez. En Sistemas Jurídicos Comparados México-China. En edición.

Las mayores problemáticas se han presentado con Estados Unidos de América,¹⁵ de dónde existe mayor dependencia comercial; aunque con un incremento importante en las importaciones, con China, la Unión Europea, Chile, Brasil.

En el sector agropecuario se ha vivido una de las más grandes problemáticas y desafíos, ya que como bien sabemos Estados Unidos de América, ha permanecido con un esquema de subsidios bien establecido desde hace muchos años, sin embargo, por nuestra parte, el gobierno consideró una aceleración arancelaria a la propiamente acordada de origen en el TLCAN por cupos de importación, se hicieron demasiadas concesiones, lo que dio origen a diversas controversias aun sin resolverse referidas a prácticas desleales, reglas de origen, salvaguardas etc.

En el sector manufacturero se han presentado diversas controversias, sobre todo en lo referente a prácticas desleales de comercio internacional con Estados Unidos de América; también demasiado controvertido el tema de energéticos, propiedad intelectual, así como el mecanismo de solución de diferencias.

En el Comercio de Servicios, en los subsectores de telecomunicaciones, servicios financieros y autotransporte de carga, por ejemplo, en el sector de autotransporte de Carga, contra Estados Unidos de América, que no obstante el procedimiento administrativo iniciado por las organizaciones, en el que se solicitaban medidas de efecto equivalente ante la renuencia de EUA a aplicar debidamente sus compromisos de TLCAN, fue hasta el 18 de marzo del 2009, que se publica un Decreto por el que se modifica el artículo 1 del acuerdo por el que se establece la Tasa aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación para las mercancías originarias de América del Norte, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América, se publicó el 31 de diciembre del 2002, aplicándose aranceles entre 16% al 20%,¹⁶ a un universo de más de 100 productos, y como se observa en los antecedentes, México obtuvo la

¹⁵ Debemos reconocer que Estados Unidos de América, ha sido el mas beneficiado en el esquema de Resolución de controversias a nivel multilateral en OMC, ya que ha presentado como reclamante mas de 92 casos y en 105 aproximadamente como demandado, en donde difícilmente aplica las recomendaciones, regularmente tiene que existir un esquema de negociación o quitar beneficios, como lo ha hecho México u otros Estados.

¹⁶ Sin embargo, diversos sectores productivos, no estuvieron de acuerdo en la selección de productos, ya que existen diversas problemáticas en otros, que no fueron considerados y que requieren de una defensa oportuna porque han sido afectados por las importaciones originarias o provenientes de los Estados Unidos de América, además de que ellos, habían solicitado previamente la aplicación de dichas medidas, como se observa de solicitudes selladas ante la Serenaría de Economía. Por lo que debe haber un criterio por parte del Gobierno para tomar este tipo de decisiones, y otorgar beneficios efectivos, tal vez se requiera defender más a productos estratégicos, y no el vino, o los chicles, como es el caso. Situación repetida, por nuestro Gobierno, ya que había aplicado ese criterio al suspender beneficios cuando se ganó el caso de la Ley BYRD, en OMC.

razón a través del Panel arbitral, el 6 de febrero del 2001, a un año de haber iniciado el caso 2 de febrero del 2000, es decir, ocho años después.

Caso ARB(AF)/00/03, en materia de Inversiones, capítulo XI del TLCAN, cabe destacar que la empresa Waste Management Inc, se presentó en dos ocasiones, ante el foro del CIADI, del Banco Mundial, en contra de los Estados Unidos Mexicanos, demandando 60 millones de dólares, por afectación a una supuesta inversión que se realizara a través de una concesión de prestación de servicios públicos parcial de limpia en el Municipio de Acapulco de Juárez, Guerrero; supuestas violaciones a los artículo 1105 y 1110 del TLCAN, muy adverso al sistema jurídico mexicano, afortunadamente pierde los dos casos, siguiendo una sistemática y estrategia jurídica, se logró que la garantía que debe otorgarse a los gobiernos por la prestación de servicios públicos municipales, después de mas de 20 acciones jurídica durante diez años desde 1998-2008, se ejercitara la fianza con los intereses por el pago de daños y perjuicios, que ha sido recuperado por el Municipio de Acapulco de Juárez, que obviamente repercutió en los intereses de la empresa Waste Management Inc.,

En lo referido a las Prácticas Desleales de comercio internacional, se trata de una normativa que aún no se ha armonizado, y podemos ver una serie de casos en mercancías, en la mayoría de los sectores, con diversos países y en su mayoría con EUA y China; sin embargo, surgieron diversos amparos, y ya se ha resuelto a favor de los productores mexicanos, como lo fue el caso de fructosa, por lo que en enero de 1998 México impuso cuotas compensatorias a las importaciones de fructosa de EU, en junio de 2000 el OSD de la OMC resolvió en contra de México, la impugnación formulada por EU, en mayo de 2002, México eliminó las cuotas compensatorias impuestas a la fructuosa en cumplimiento a la orden del panel del Capítulo XIX del TLCAN, solicitado por importadores y exportadores.

Sin embargo México modificó la Ley de Impuesto Espacial a Productos y Servicios las impuestos y medidas fiscales impuesta a refrescos y otra bebidas del IEPS, el 1 de enero y 30 de diciembre de 2002, y 31 de Diciembre de 2002, por lo que Estados Unidos, impugna un mecanismo ante OMC, en el que otorga la razón, y se solicita la apelación, por lo que el 29 de noviembre de 2005, el OA emite su informe que confirma la decisión del GE, entre otros puntos en sentido de que: El Art. 53 de la Ley de Comercio Exterior LCE es incompatible con los Arts. 6.1.1 del AA y 12.1.1 del ASMC; El Art. 64 de la LCE es incompatible con los Arts. 6.8 del AA y 12.7 del ASMC; El Art. 68 de la LCE es incompatible con los Art. 5.8, 9.3 y 11.2 del AA y 11.9 y 21.2 del ASMC; El Art. 89D de la LCE es in-

compatible con los Arts. 9.5 del AA y 19.3 del ASMC; fue así que el 21 de diciembre de 2006 se modificó nuestra Ley de Comercio Exterior, situación que ha sorprendido, el que en poco tiempo nuestro gobierno si aplique las recomendaciones de este tipo de órganos, y Estados Unidos de América no lo haga, e incluso no efectúe los compromisos del propio TLCAN.

V. El Gobierno Federal ante el TLCAN

Como hemos precisado, a nivel constitucional tenemos una serie de disposiciones que establecen cómo debe actuar el Gobierno ante la firma de los Tratados Comerciales, asimismo como en las negociaciones y en la asimilación y aplicación del TLCAN, ya que se requiere coordinar efectivamente los trabajos por parte del Gobierno Federal para respetar el sistema jurídico del Régimen de Comercio Exterior en el que estamos implicados, ya que un gobierno no puede ni debe suponer que estamos perfectos en la negociación como en la asimilación del TLCAN; como lo hemos visto en los diversos foros, por parte del Ejecutivo, cuando se han hecho una serie de extrañamientos en el Congreso, y cuestionado sus acciones en el Poder Judicial, por lo que resulta importante hacer un breve análisis de estas actuaciones en las tres funciones de gobierno ante el TLCAN, y promover sus coordinación, para que se responda efectivamente por un Estado Nacional ante las diversas crisis que se han presentado y alcanzar la eficacia jurídica, aprovechando los propios acuerdos y grupos de trabajo de la Comisión del TLCAN.

Ejecutivo

Gran Reto ha sido para el Ejecutivo controlar el seguimiento de una negociación que nació con mucha confianza en que sería la panacea de la gran problemática del país en esa fecha, y ver que en todo este proceso, no se logra el empleo y los millones de dólares, antes bien, estamos ante situaciones climáticas, crisis económica y crisis sanitaria.

¿Cómo tratar de hacer creer que el TLCAN era perfecto, y que no tenía que ejecutarse de acuerdo a una sistemática jurídica? fue mucho el daño económico, social y a los derechos humanos, el no actuar con una lógica jurídica, en defensa de los intereses nacionales y el propio desarrollo económico, tal es el costo, que ante la mejor oferta por la firma del TLCAN; no hemos podido

ver el sueño de la “integraron americana”, antes bien, por las crisis de seguridad, climática, económica y de seguridad, los Estados “socios o Contrapartes” ven por su bienestar interno, antes que pensar en los vecinos o los llamados socios comerciales.

Aunque los gobiernos hacen su mejor esfuerzo por exponer en sus reportes que el TLCAN; ha sido lo mejor y aún puede funcionar como está, muchas también han sido las quejas por parte del sector productivo y social tanto en nuestro país como en Canadá.¹⁷

Ante tantas afectaciones a nuestros sectores productivos del sector agropecuario por el TLCAN, se firmó el Acuerdo Nacional para el Campo (ANC), que fue el resultado de las fallas en la negociación y asimilación de los compromisos internacionales, que han creado un marco jurídico e institucional del sector agropecuario deficiente y muchas veces ilegal; y una acción pendiente es su debida ejecución ya que por su propia naturaleza jurídica, de Acuerdo de Concertación, sustentado en los artículos 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 37, 38 y 39 de la Ley de Planeación y en resoluciones los propios Tribunales nacionales¹⁸ y otros; es jurídicamente válido y debe dársele un cumplimiento eficaz, en el caso específico el Ejecutivo Federal debe dar el debido cumplimiento para fomentar el desarrollo económico del sector agropecuario, con todo lo especificado en los numerales 48, 60, 63 etc.; del mismo; ya que los propios sujetos participantes en él, reconocieron el incumplimiento del marco jurídico, por lo que están obligados a ejercitar en forma urgente lo estipulado en dicho Acuerdo, en específico lo relativo a la OMC en este caso, el Acuerdo sobre Agricultura y el TLCAN, todo de conformidad con la Constitución.

En efecto, el Ejecutivo Federal no ha dado el debido seguimiento a los compromisos asumidos en el ANC, ya que no es suficiente que informe limitadamente que ha realizado supuestas consultas, con sus homólogos canadienses o estadounidenses, respecto a compromisos derivados del TLCAN, o en sus Decisiones Conjuntas, en las cuales concluyen que todo está correcto, cuando no ha dado seguimiento a diversas peticiones de los sectores productivos ante la falta de cumplimiento por parte de EUA y de funcionario mexicanos de los compromisos acordados bajo el TLCAN, además de que no existen resoluciones debidamente razonadas y fundadas por la propia Comisión de Comercio del TLCAN, al respecto.

¹⁷ Ver caso maíz por la FARM BIL, y otros.

¹⁸ Como es el caso de los juicios de nulidad en cupos de importación, promovidos por el Consejo Mexicano de Porcicultura, A.C., ya citados; y otras organizaciones de productores.

Asimismo, como hemos señalado, de manera limitada, se han obtenido compromisos en donde los gobiernos ante la Comisión del TLCAN, se comprometan a dar cumplimiento a lo acordado en el tratado. El ejecutivo, no ha utilizado todos los mecanismos de defensa ante dichos incumplimientos, ni vía TLCAN, ni vía OMC, de conformidad con el primer párrafo del numeral 48 del ANC, que establece:

48. Con fundamento en la profundización de las asimetrías propiciadas por apoyos y subsidios extraordinarios, y tomando en consideración los 10 años transcurridos a partir de la negociación del TLCAN, el Ejecutivo Federal aplicará todos los mecanismos de defensa establecidos en las leyes correspondientes...

Es importante, recordar que el ANC, otorga derechos a los sectores productivo y social, lo anterior con fundamento en el propio artículo 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; que como hemos analizado en párrafos anteriores, conforman parte del sistema de defensa del desarrollo económico considerando a todos los sectores productivos y sociales, entre otros el sector agropecuario.

Por lo que éste, es un instrumento de compromisos y acciones específicas pendientes de realizar para defender al Sector Agropecuario, de conformidad a diversas disposiciones contenidas en Tratados y Leyes Federales, entre otros, y a hora negociar jurídicamente sin tantas concesiones, con igualdad jurídica con los Estados.¹⁹

Legislativo

Fue una detonante el que los sectores acudieran sin temores ante esta instancia presentando las acciones que habían tramitado ante el Ejecutivo por las ilegalidades que observaban que se habían cometido por parte del Ejecutivo,²⁰ y muchas han sido las comparecencias por parte de los representantes del Ejecutivo,

¹⁹ Todos los acuerdos de OMC, TLCAN y TLC's, leyes federales, Ley de Comercio Exterior, Ley Federal de Desarrollo Rural Sustentable, etc.

²⁰ Ver procedimientos administrativos, juicios de diversas organizaciones que hemos defendido, y por lo que consideramos necesario que tuviera participación el Congreso, lo que pudo ayudar en algo a los sectores por las agravantes del TLCAN.

para presionarles a que cumplan en forma debida los compromisos Constitucionales y los Tratados Internacionales y no privilegién en su mayoría solo disposiciones del TLCAN, casos que aún están en trámite, para tratar de mejorar el sistema jurídico.

Se han realizado Leyes para contrarrestar las problemáticas del TLCAN, Leyes de Ingresos, que desde el 2002, se trato de apoyar por este medio a diversas productos agropecuarios, desafortunadamente sin éxito, Ley de Impuesto Especiales a Productos y Servicios las impuestos y medidas fiscales impuesta a refrescos y otra bebidas del IEPS, Ley Federal Sustentable de la Caña de Azúcar, pero no se han atendido modificaciones clave, como la de la propia Inversión Extranjera, para evitar la inversión extranjera hasta el 100%, en determinados sectores, cuando en los otros estados del TLCAN, no se respetaban los compromisos del mismo Tratado, y se pudieron utilizar diversas medidas.

Judicial

Como hemos señalado, existen una serie de casos, en los que el Poder Judicial ha tenido que pronunciarse, reconociendo que ha sido difícil obtener grandes pronunciamientos en contra del propio TLCAN, por el tecnicismo que merece el Amparo, que podríamos observar un buen número de resoluciones que van desde amparos directos, indirectos, hasta las revisiones, controversias constitucionales; así tenemos que hubo un amparo desde 1993 que se emitieron diversas modificaciones a Leyes por la promulgación del TLCAN, y de diversos actos que se han emitido con fundamento en éste, incluso en contra de Leyes que el Legislativo ha tenido que emitir para contrarrestar las diversas problemáticas del TLCAN, como lo fue el Caso de la Ley Sustentable de la Caña de Azúcar.

VI. Marco jurídico que permite una renegociación del TLCAN

Negociar jurídicamente el TLCAN es una de las acciones necesarias y urgentes para lograr “eficacia jurídica” dentro de nuestro sistema jurídico, elemento establecido en la propia OMC, además de su debida asimilación y aplicación y así superar todas las problemáticas de las que hemos hecho referencia y otras.

En efecto, si partimos de la misión de un Estado de derecho, en donde se deben aplicar los principios de congruencia jurídica, garantía de audiencia, segu-

ridad jurídica, debido proceso, supremacía constitucional, y desarrollo económico y social establecidos en los artículos 4, 5, 14, 16, 25, 26, 27, 28, 32, 131 y 133, en tres aspectos fundamentales como estrategia jurídica integral: negociación, asimilación de las disposiciones internacionales en el derecho interno, y en la aplicación del propio sistema, hacer defensas oportunas y eficaces a través de las diversas disposiciones y procedimientos; entonces también, debemos considerar como visión de un Estado como el nuestro, aplicar una estrategia jurídica integral con acciones efectivas a través de políticas públicas para el desarrollo económico y social de los sectores productivos mexicanos.

Por lo anterior, conforme a un razonamiento metodológico, estas líneas para la negociación jurídica, las desarrollaremos conforme a lo siguientes: primero, debemos aplicar los principios generales del derecho conforme a nuestro sistema jurídico constitucional -supremacía constitucional que se ha perdido-, y re establecer el principio de congruencia jurídica, así como los principios del derecho internacional público; segundo, debemos aplicar los acuerdos multilaterales de la "OMC", en términos generales o específicos.²¹

Con lo anterior, estamos aplicando una debida técnica jurídica de armonización, para que exista eficacia jurídica y efectiva coordinación en el Poder Público sea Legislativo, Ejecutivo o Judicial, así como en los diversos niveles de gobierno. Este seguimiento de acciones tendría mayor efecto ante la ejecución de diversos procedimientos que se deben y pueden instarse simultáneamente.

Aplicar los Principios Generales del Derecho conforme a nuestro sistema jurídico a nivel constitucional, y a nivel internacional los del Derecho Internacional Público

Aplicar principios de supremacía constitucional y congruencia jurídica.

Para mantener el orden jurídico en cualquier Estado, es indispensable considerar su Constitución, por lo que constantemente hemos insistido en posicionamientos académicos, y en procedimientos, el seguimiento efectivo y respeto a nuestro sistema jurídico, mismo que ya hemos analizado y que se ha olvidado, ocasionando diversas problemáticas que aún estamos en tiempo de resolver.

En un Estado de derecho como el nuestro se aplican los principios generales del derecho como lo establece el artículo 14 constitucional que a la letra dice:

²¹ Hernández Ramírez, Laura. Visión y Acciones Jurídicas Ob. Cit. -por ejemplo, la apertura para 2008-;

... deberá ser interpretada conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Mismo que se relaciona con el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la CPEUM, consistente en el respeto *prima facie* de tratados y leyes federales, que sólo serán Ley Suprema de la Unión, cuando estos estén de acuerdo a la propia Constitución, en efecto, establece lo siguiente:

Sólo... los Tratados que estén de acuerdo con la Constitución de conformidad con el artículo 133 de nuestra carta fundamental, serán la Ley suprema de toda la Unión.²²

Por lo que es necesario considerar que para dar cumplimiento a lo establecido en este artículo, se deben analizar los Tratados que México ha suscrito, entre otros, los de la "OMC" y el "TLCAN", entre otros; y ver que estén de acuerdo con la Constitución.

Otro principio es el contenido en el artículo 17 constitucional, que establece el principio de congruencia jurídica, que en sí es un principio general del derecho de conformidad con el artículo 14, ex profeso establece los lineamientos de todo acto de autoridad, y en strictu sensu, observamos los lineamientos para emitir una resolución; no debemos olvidar que al hablar de cualquier acción relacionada con actos del poder público, es decir, una aplicación "latu sensu", en amplio sentido, nos conlleva a aplicar estos principios en el tema que nos ocupa, negociación y publicación de Tratados, leyes, seguimiento en procedimientos administrativos defensas jurídicas a nivel nacional e internacional, este caso del TLCAN y los Tratados Multilaterales.

En efecto, para aplicar el principio de supremacía constitucional y congruencia jurídica, debemos destacar los temas de desarrollo económico nacional, de soberanía y seguridad alimentaria, salud humana, de sanidad y salud de la flora y fauna, de inocuidad alimentaria –referido a todos los sectores productivos que están contenidos en los XXII capítulos del TLCAN- establecidas en los artículos 4, 5, 25, 26, 27, 28, 32,⁷³ fracciones XXIX-E y XXIX-F, 89 fracción X, 108, 131, que deberían estar contenidos en TLCAN, como si lo están en otros tratados.

Antes de analizar otros elementos de que deben estar contenidos en la negociación jurídica del TLCAN, y otros Tratados, observaremos el contenido otros Instrumentos Internacionales que consideran fundamental los principios para la celebración de Tratados comerciales, en este caso, los artículos 30 y 31 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, en los que se establecen

²² Énfasis añadido.

los principios de Buena Fe, observancia y respeto de los derechos Económicos y Sociales, como la Seguridad Alimentaria, la propia interpretación de los Tratados, y el principio de que Tratado posterior de la misma materia deroga el anterior; mismos que se anteponen, frente a cualquier situación contraria establecida en el TLCAN, o en cualquier otro acuerdo comercial o ley federal.

Es decir, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 establece disposiciones,²³ como son los artículos para identificar el principio de buena fe, así como la existencia de los derechos económicos y so-

²³ "Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados"

U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.

Viena, 23 de mayo de 1969.

30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinaran conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3:

b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

59. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior. 1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

a) Se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o

b) Las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes."

ciales, la validez de un Tratado cuando este es de la misma materia privilegiando el posterior, conforme a los artículos, 30, 31, 59 y otros,²⁴ estas disposiciones precisan la relación de subordinación entre tratados, y también en qué casos de excepción prevalecerán las obligaciones de ciertos acuerdos internacionales de los cuales derivan derechos fundamentales.

Asimismo, en la Carta de la “ONU”, el artículo 55 establece:

Artículo.- 55 Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

A) Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL...

Por lo anterior, éstas Convenciones o acuerdos son de interés público, y están de conformidad con lo establecido en los artículos 4, 5, 25, 26, 27, 28, 131 y 133 de la CPEUM; por lo que resulta necesario que el TLCAN los contenga al igual que los Acuerdos Multilaterales de la OMC.

Lo anterior, se encuentra debidamente relacionado al aplicar el principio de congruencia jurídica en el comercio exterior de mercancías, servicios e inversión, subsectores contenidos en el TLCAN, por lo que la negociación jurídica, debe considerar fundamentalmente lo establecido en los artículos 4, 5, 25, 26, 27, 28, 32, 89, fracción X, 108 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; principio que da la supremacía a nuestra Carta Magna.

En consecuencia, primero debemos reconocer que el contenido de los artículos 25, 26, 27 Y 28 de la Constitución, son las principales disposiciones que fomentan el desarrollo económico nacional, en donde se consideran a los diversos agentes económicos que participan en él, bajo un contexto de economía mixta de rectoría económica del Estado; y por encima de estas disposiciones no se pueden encontrar las disposiciones que derivan de un tratado o acuerdo comercial, ya sea multilateral o bilateral, como sería el caso del TLCAN.²⁵

²⁴ Instrumentos jurídicos de Derecho Internacional que establecen lo relativo al Derecho de los Tratados, y de los cuales México forma parte.

²⁵ A diferencia de muchos doctrinarios y conocedores de la materia internacional, nosotros consideramos que las disposiciones de derechos internacionales no pueden estar por encima de la Constitución Política de nuestro país, cualquier criterio diverso es una exacerbación de la postura monista

Al respecto, existen diversos aspectos a considerar para ser adecuados en las negociaciones futuras de Doha y otras, siempre bajo el esquema establecido en nuestra Constitución y en los referidos Acuerdos Multilaterales, en donde se reconocen diversas instituciones jurídicas del comercio internacional. Por lo que al asimilar los compromisos internacionales el Poder Legislativo debe observar que:

Los Tratados, sobre todo los de materia comercial, que afectan al interés nacional, en específico al sector productivo agropecuario y el empleo, considerados en el “ASA”, y que se deben asimilar a nivel de Legislación Federal, a través de la participación del Congreso, en un trabajo conjunto por respetar el principio de congruencia jurídica en la firma de dichos Tratados, los cuales muchas veces van más allá de la Constitución, y de las propias Leyes Federales; como lo es el caso del TLCAN.

Asimismo, para estar de conformidad a lo establecido en el Artículo 131 de la Constitución, que establece la Facultad Originaria para regular el Comercio Exterior, el Congreso debe evitar de origen las problemáticas, ya que no se debe emitir leyes subordinadas a Tratados comerciales, en forma lisa y llana; ya que el desconocimiento del orden jurídico que se observa en estas disposiciones al señalar tal subordinación deben subordinarse a su vez a que “...siempre que estén de acuerdo a la Constitución”, y así establecer debidamente la línea al Ejecutivo de no privilegiar disposiciones en forma arbitraria, también el Poder Judicial, no tendrá el conflicto en pronunciarse en uno u otro Tratado, no obstante que los jueces y magistrados ya han definido resoluciones, en el respeto a la Convención de Viena Sobre el derecho de los Tratados, y en defensa de productores nacionales, sin embargo, la ejecución de sentencias y la responsabilidad a los funcionarios ilegales lleva un proceso, que no alcanza a compensar la pérdida de empleos y de producciones nacionales.

Además, debe reconsiderarse la reforma del artículo 89 fracción X constitucional sobre la modificación de los tratados.

De igual forma, debe regularse debidamente la inversión extranjera, sin esta reforma seguirán los posicionamientos de transnacionales como controladoras de diversos sectores, y a su vez las imposiciones en el consumo nacional de los intereses de estas empresas, sobre el interés nacional.

Asimismo, debemos reconocer que son factibles las modificaciones del TLCAN, ya que este es un acuerdo, y por lo tanto, incluye dentro de sus propios preceptos disposiciones sobre su propia modificación, por lo que el gobierno debe hacer los planteamientos eficaces y oportunos de conformidad a que este tratado se fundamenta en el artículo XXIV del GATT, pero tiene disposiciones encontradas, no esta de acuerdo a nuestra Constitución; y afecta normas de orden público, y si uno de los objetivos de OMC, es la “eficacia jurídica en cada

uno de los sistemas de cada Estado”, y si la propia Comisión del TLCAN, a señalado como seguimiento el respeto al Multilateralismo, bien se debe mantener un oren jurídico, así como lo siguiente.

En la práctica hemos olvidado la categoría de Estado en desarrollo (PED), que efectivamente nos corresponde en el ámbito del comercio internacional, por lo que se debe utilizar esta condición para establecer las reglas de comercialización en la negociaciones multilaterales y regionales, utilizando asimismo, todos los instrumentos jurídicos multilaterales, y los de su propio sistema jurídico, para seguir negociando, asimilando y aplicando los compromisos internacionales; de conformidad con nuestra CPEUM y nuestro marco jurídico.

Un aspecto importante, es quitarle el monopolio a la Secretaría de Economía en materia de Comercio Exterior y crear una Comisión en la que participen miembros del propio Congreso en el seguimiento de disposiciones y procedimientos en esta materia entre otros el sector servicios, agropecuario.²⁶

Aplicar los Principios Generales del Derecho Internacional Público

La OMC, como hemos precisado, establece el respeto a los principios del Derecho Internacional Público, al igual que el propio TLCAN, por lo que ante cualquier conflicto por una indebida negociación, asimilación o aplicación jurídica de estos acuerdos, en cualquier controversia, México tiene argumentos para defender los intereses del sector agropecuario mexicano.

Como lo señala el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, cuya finalidad del procedimiento de los grupos especiales es:

Aclarar las disposiciones vigentes -de los acuerdos abarcados- de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.

²⁶ De nada sirve estar exhortando a los Secretarios de Estado, a que informen o cumplan con lo que se le ordena, sino existir una sanción precisa, pero más servirían instituciones con la capacidad *per se* de dar el debido cumplimiento a sus funciones, por ello la necesidad inminente de nuevas instituciones Comisión y Tribunal en materia de Comercio Internacional, que han funcionado en otros países desarrollados, y que ya observamos que esta materia en manos de personas sin capacidad o irresponsables, han atentado contra el interés nacional y se les sigue premiando en mantenerlos o incluso otorgando mejores posiciones, quienes han otorgado una posición dominante en el mercado, por ejemplo a empresas en específico como se encuentra la investigación ordenada en Punto de Acuerdo. Cámara de Senadores de fecha 17 de enero en Canal del Congreso, conflicto maíz- tortilla.

En el mismo párrafo se añade que:

...las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados", y en el párrafo 2 del artículo 19 se afirma además que: [...] Las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Por su parte el TLCAN en su artículo 102.2 lo siguiente: "2. Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional."

Aplicar el principio de reciprocidad

Han sido diversos los cuestionamientos del por qué los Estados desarrollados a pesar de firmar compromisos internacionales en los que se comprometen a respetar principios y reglas específicas para el libre comercio, prefieren buscar estrategias para seguir manteniendo un esquema de protección y de seguridad; incluso en extremo, hasta violar los mismos compromisos multilaterales, como es el caso de los subsidios, en donde la "PAC", de la Unión europea, y la Farm Bill de EUA, son los mejores ejemplos.

Asimismo, estos efectúan una defensa jurídica, ante cualquier actuación que consideran afecta sus intereses, su soberanía nacional, su desarrollo y crecimiento económico, y otros intereses como la seguridad alimentaria, la inocuidad de los alimentos, su desarrollo rural sustentable, etc., promoviendo una misión y visión estratégica de expansión de mercado a través del incumplimiento sistemático de sus compromisos, como lo observamos en toda la lista de casos presentados ante el propio foro multilateral, enfatizando que incluso es difícil que cumplan las propias recomendaciones de este foro; ya que los países ganadores en la controversia, tienen que instrumentar una excelente estrategia jurídica, para obtener el cumplimiento de la recomendación; por lo que nuestro Estado debe identificar estas posiciones, para continuar negociando en el área e implementar los instrumentos multilaterales que le son aplicables.

También podemos observar que en estos foros para dirimir controversias, aparecen los Estados desarrollados, con mucha frecuencia, presentando diversos argumentos jurídicos, que debieran ser usados por países en desarrollo como el nuestro.

En nuestro Estado hemos identificado, que además de que la apertura comercial, no ha estado debidamente negociada, ni se ha aplicado por las contrapartes con la misma profundidad; se han otorgado mayores concesiones que las propiamente establecidas, como lo han venido haciendo algunos funcionarios en turno dependientes del Ejecutivo Federal; lo que está en contravención con el principio de reciprocidad, establecido a nivel multilateral y regional, mismo que respeta nuestro propio sistema constitucional.

Por lo anterior y considerando que el principio de reciprocidad, es uno de los principios a los que nos hemos comprometido y que en el propio Acuerdo de mercancías GATT, en donde el TLCAN se fundamenta, se privilegia este principio, debemos aplicar este principio, y asimilar debidamente los compromisos internacionales en nuestro sistema jurídico, observando que estos, estén siempre de acuerdo a nuestra Constitución; por ello, hemos considerado un punto fundamental a desarrollar para la negociación.

Considerar el Contenido de los Acuerdos Multilaterales de “OMC”, en la Negociación del TLCAN

Del análisis del contexto jurídico anterior, diversos son los razonamientos de la misma naturaleza a considerar para determinar qué Tratado aplicar, en términos generales o específicos; en este caso la preeminencia de diversos Acuerdos Multilaterales de la OMC²⁷ en la negociación jurídica del TLCAN. Reconociendo que cuando se negoció el TLCAN, si bien había consideraciones al GATT de 47 o al que lo sustituyera, el GATT del 94 y en todo caso el contenido total de los diversos Acuerdos Multilaterales de la OMC, que sí tienen un contenido armónico con nuestra Constitución, por lo que es innegable que para evitar mayores confusiones en la sistemática jurídica, se requiere considerar estos ordenamientos en la nueva negociación del TLCAN. Ya hemos presentado una serie de estudios en lo que concluimos que el TLCAN no contiene diversos derechos, conceptos, elementos del multilateralismo, -es necesario un análisis de cada uno de los Acuerdos de mercancías, servicios, propiedad intelectual, que por razones de espacio no podemos precisar, por lo que solo destacaremos como ejemplo, elementos del Acuerdo de Agricultura (ASA): El ASA y el TLCAN están o no de acuerdo con la Constitución; respetan los principios de congruencia jurídica y

²⁷ De conformidad al artículo 21 de ASA, al considerar todos los Acuerdos de OMC.

supremacía constitucional, y el contenido de tratados y leyes federales;

El ASA prevalece ante el TLCAN:-

- Por la Validez Jurídica del Protocolo de Adhesión de México al GATT en TLCAN;
- Porque el Protocolo de Adhesión de México al GATT, considera como prioritario el Sector Agropecuario, y un trato especial y diferenciado;
- Porque el TLCAN se Fundamenta en el artículo XXIV del GATT '47 o su sucesor, exclusivamente en mercancías –aunque erróneamente se hayan negociado otros sectores, como servicios e inversión-;
- Por los Objetivos y el Proceso de Reforma de “Asa”, artículos 5, 12 19 y 20, que se encuentran en el contexto constitucional, debiéndose aplicar también los artículos XI, XVIII XIX, XXIV, y en consecuencia el XXII Y XXIII DEL GATT DE 1994 –que también se desarrollaran en un punto posterior.

El ASA de 1994, es un Tratado posterior de la misma materia que el TLCAN 1993, bajo el principio general de derecho lex posteriori, anteriori degorit y lex specialis, generalis degorit.

El TLCAN, debiera considerar los diversos compromisos del Acuerdo de agricultura, que sintetizamos en lo siguiente: Desarrollo económico, social y rural para la seguridad agroalimentaria, exigiendo una categoría de Estado (PED), un trato especial y diferenciado, clasificación de productos especiales o sensibles, salvaguardas especiales, la Medida Global de Ayuda o de Efecto Equivalente, los Subsidios a la Exportación y el Proceso de Reforma, temas que debemos también considerar bajo los compromisos que derivan de los diversos Acuerdos Multilaterales de la OMC de 1994, tales como: Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994; Acuerdo sobre Agricultura; Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Acuerdo sobre Textiles y el Vestido; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio; Acuerdo sobre la Inspección previa a la Expedición; Acuerdo Sobre Normas de Origen; Acuerdo sobre el Procedimiento para el Trámite de Licencias de Importación; Acuerdos sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; y el Entendimiento de Solución de Diferencias.

Estos Acuerdos están relacionados con el sector agropecuario y reconocen los principios anteriormente señalados dentro de un marco de cooperación, entre otros el desarrollo económico establecido en nuestra Constitución; en específico, los objetivos del Acta Final de Marrakech, constitutiva de la OMC; el pro-

pio Protocolo de Adhesión de México al GATT que tiene plena vigencia; los artículos XI, XII, y XVIII del GATT de 1994; los objetivos del Acuerdo sobre Agricultura; todos estos están de acuerdo con el principio de congruencia jurídica y supremacía constitucional, señalando que cada Estado Miembro los aplicará según su sistema jurídico.²⁸

VII. Conclusiones y propuesta

El TLCAN fue un ordenamiento aperturista que no respetó el sistema jurídico mexicano, la infraestructura jurídica en comercio exterior de nuestro país tiene un soporte constitucional que fomenta el desarrollo económico, sin ser aún plenamente eficaz; existen disposiciones diferentes negociadas en el TLCAN, que fue anterior a los Tratados Multilaterales de OMC –de desarrollo económico–, presentándose diversas problemáticas, que lógicamente deben superarse, por ello, una renegociación jurídica que considere la existencia fundamental del desarrollo económico de los sectores productivos mexicanos.

Ya existen trabajos que han permitido observar los diversos conceptos, derechos y elementos para hacer que en la negociación se superen las problemáticas que se han tenido y se tienen con la vigencia del TLCAN, fortaleciendo el sistema jurídico mexicano, y utilizando incluso el propio trabajo de la Comisión cuando efectivamente trabajen con las realidades y el principio de transparencia, respetando el multilateralismo y con ello la eficacia jurídica de nuestro propio sistema jurídico.

Con lo anterior, estamos aplicando una debida técnica jurídica de armonización, para que exista eficacia jurídica y efectiva coordinación en el Poder Público sea Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como en los diversos órdenes de gobierno.

²⁸ HERNÁNDEZ, Ramírez, Laura. Visión y acciones Jurídicas para el Desarrollo del sector Agropecuario Mexicano Acuerdo sobre Agricultura de la OMC. Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional, 2007.

VIII. Bibliografía

Fix Fierro, Héctor. "La Legitimidad de la Legalidad. Una Reflexión sobre la Modernización del Derecho en México con Referencia al Derecho y la Cultura Jurídica de China- México-China Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados Coord. Arturo Oropeza García Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México. 2008.

Hernández Ramírez Laura. El Régimen de Propiedad Intelectual, Sus Principales problemas y retos en el Marco del Mundo Global. México-China Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados" Coord. Arturo Oropeza García Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 2008.

_____, Visión y Acciones Jurídicas para el Desarrollo del Sector Agropecuario Mexicano Acuerdo sobre Agricultura de la OMC. Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional. 2007.

_____, "Comercio transfronterizo de servicios a 10 años del TLCAN" en El Impacto del TLCAN en México a los 10 años, Coloquio Internacional, CISAN, 2004.

_____, *Comercialización Internacional de los servicios en México*, McGraw -Hill, México, 1998

Jackson, J.H. *International Economic Relations*, West Group, NY, 2002.

Josling, Tim and K. Anderson, *The WTO and agriculture*, NY, 2005.

Korten, David C., *Cuando las transnacionales gobiernan el mundo*, Cuatro Vientos, Editorial, Chile, 1998.

Li Lin, "Historia del Derecho Chino y su Sistema Jurídico Contemporáneo" México-China Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados" Coord. Arturo Oropeza García Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México. 2008.

Mejía, Marth, "Imágenes Satelitales de la Tierra, Productos de Alta tecnología Sin Protección Jurídica "Obra Coordinada El Desarrollo Tecnológico y la Propiedad Intelectual. Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM 2004

Oropeza García, Arturo. *China entre el Reto y la Oportunidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 2006.

Stiglitz, Joseph, *El malestar en la globalización*, Editorial Taurus, España, 2002

_____, *Fair Trade for all*, Oxford University Press, NY, 2005.

Wiener, Jairod, *Globalization and humanization of Law*, Printer Publishers, Limited, USA, 1999.

Witker, Jorge, y Laura Hernández, *Régimen jurídico de comercio exterior en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 3^a- ed. 2008.

_____, Coord., "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Evaluación jurídica a diez años después.", II- UNAM, México, 2005.

_____, Derecho Tributario Aduanero, UNAM, México, 1995.

_____, *Introducción a la Valoración Aduanera de las Mercancías*, México, Mc. Graw Hill, 1998.

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

_____, (Coordinador), *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, UNAM-IIJ, México, 1994.

_____, *Derecho de la Competencia en América, Canadá Chile, Estados Unidos y México*, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2000.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Leyes Federales

Resoluciones del Poder Judicial