

*Rodolfo Cruz Miramontes \**

---

## **El comercio de México a 15 años del TLCAN: Recomendaciones hacia una nueva visión del Tratado**

**SUMARIO:** I. Introducción; II. ¿Qué esperábamos del TLCAN?; III. ¿Qué se obtuvo al fin de las negociaciones?; IV. Impresiones de la aplicación del Tratado durante su implementación; V. ¿Y ahora qué sigue? VI. Capítulo XI. VII. Capítulo XIX. VIII. Bibliografía.

### **I. Introducción**

El tema axial del presente coloquio resulta no solamente sugestivo sino encierra un serio dilema, pues el camino que se determine a seguir por quienes deban hacerlo, definirá el destino futuro de México.

No es a nosotros afortunadamente, participantes en este ejercicio de análisis y reflexión a quienes corresponde tomar decisiones pero sí nos atañe evaluar y apoyar con opiniones fundadas las opciones que consideremos pertinentes.

Quince años se fijaron para que el TLCAN cumpliera su cometido y se conformara la Zona de Libre Comercio. Cabe recordar que fue al inicio de los años 90 cuando se tomó la decisión de lanzarse a la aventura de negociarlo, originalmente solamente con los Estados Unidos de América y luego aceptamos hacerlo con Canadá.

Procederé a realizar un recorrido que nos permita tener un panorama breve pero cabal de todo el fenómeno mencionado y para ello he dividido mi charla en los siguientes grandes rubros que abordaré aprovechando mi experiencia profesional que se remonta a la génesis del Tratado y que continuó durante toda la negociación y posteriormente, hasta el día de hoy, en la práctica y análisis de su aplicación en diversas áreas del mismo. Terminado lo anterior procederé a formular algunos comentarios y opiniones sobre el futuro del Tratado; para ello he dividido mi charla en los siguientes gran-

\* Profesor de Derecho Internacional Público, Profesor del Marco Jurídico Multilateral de Comercio Internacional, del TLCAN y de Medios Alternativos de solución de controversias. Coordinador por la COECE en diversas mesas de negociación del TLCAN y de otros acuerdos Comerciales Internacionales. Actualmente Coordinador de la Comisión de Comercio Exterior del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

des rubros que desarrollaré sobre temas y subtemas adecuados conforme lo exija su tratamiento.

Así tenemos los siguientes:

1. ¿Qué esperábamos del TLCAN?
2. ¿Qué se obtuvo al fin de las negociaciones?
3. Impresiones de la aplicación del Tratado durante su implementación.
4. ¿Y ahora qué sigue?

De seguro se presentarán coincidencias entre los participantes de la presente mesa pero también diferencias en los enfoques que cada uno utilice para analizar el fenómeno objeto de nuestro estudio pues hemos estado cerca del tratado durante todo este tiempo pero desde diferentes trincheras.

La concurrencia de tan distinguidos y respetados colegas resulta para mí una fortuna pues les conozco desde hace años y me consta su dedicación a estos temas, su conocimiento pero sobre todo su pensamiento independiente, por lo que estoy seguro que se presentará un suculento banquete intelectual.

## II. ¿Qué esperábamos del TLCAN?

### a) *Planteamiento oficial*

A principios del año de 1990 se percibió entre los sectores productivos del país, la posibilidad de que México negociase un tratado comercial con los Estados Unidos de América ante la necesidad urgente de enfrentar una situación interna complicada y resolver problemas de innegable relevancia, particularmente los relativos a la deuda externa, a la generación de empleos y a la prestación de innumerables servicios exigidos por una creciente población en pleno desarrollo.

Asimismo resultaba impostergable la pertinencia de definir una posición nacional frente a la comunidad internacional por la presencia de grandes y profundos cambios en la dinámica general.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En mi parecer existen en ambos campos situaciones serias que retaron a nuestro país desde finales de los ochenta. He mencionado ya algunos del primer grupo, añado en el segundo grupo entre otros a los siguientes: la desaparición de la URSS, el fortalecimiento de la Europa Comunitaria y su decisión de crear la Unión Europea, la aparición en el escenario mundial de un grupo de países desmembrados del sistema soviético demandantes de capital y de inversiones directas, la consolidación del mercado asiático y surgimiento de países del área con vocación altamente exportadora. Véase Ars Iuris Núm. 27.

Tomar una decisión de esta envergadura significó un proceso largo que se venía gestando en años anteriores y que culminó con el cambio de la posición tradicional observada por nuestro país, pues de una política proteccionista se pasó a una aperturista.

Será hasta principios del siglo XX cuando se asome tímidamente al mundo del comercio exterior debido fundamentalmente a que las guerras mundiales facilitaron el desarrollo de una planta industrial con excedentes exportables. Esto propició la conformación de planes y programas de apoyo a los productores domésticos, la creación de instituciones financieras especializadas para su promoción como fueron la Nacional Financiera, el Banco de Comercio Exterior y particularmente como maduración de lo anterior, un organismo mixto dedicado a cubrir un vasto espectro en el sector que fue desde la formulación de estudios técnicos y de mercado, formación de profesionales especializados en las materias, la capacitación de funcionarios aptos para dirigir el tráfico de mercancías y otras cosas más que concentró el Instituto Mexicano de Comercio Exterior (IMCE) al inicio de los 70's.<sup>2</sup>

Sin lugar a dudas esta fue la antesala, larga si se quiere, de nuestra adhesión al GATT en 1986.<sup>3</sup> Desde entonces nuestro país marcó una clara política hacia el aperturismo con simpatías al neoliberalismo, ajustada a los cánones y principios del GATT y posteriormente a nuestra incorporación al mismo, y desde este momento hemos venido desarrollando una actividad febril en la celebración de tratados comerciales que solamente hasta fecha reciente se han frenado por la marcada oposición del sector privado, para continuar por este camino así como en la profundización de los existentes.

Los doce acuerdos actualmente en vigor están apegados al principio elemental que conforma la esencia del comercio internacional, espina dorsal del GATT y de la OMC como es el Principio de la Reciprocidad.

Los creadores de ambos acuerdos subrayaron la trascendencia del mismo al no haberlo encerrado en precepto alguno más invocándolo en el preámbulo de ambos textos fundatorios, lo que no es casual,<sup>4</sup> sin embargo recientemente y en forma sor-

<sup>2</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1970.

<sup>3</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 6 de noviembre de 1986.

<sup>4</sup> Recordemos el texto de ambos documentos cuyos párrafos terceros establecen en lo conducente lo siguiente:

GATT: "Deseosos de contribuir al logro de estos objetivos, mediante la celebración de acuerdos encaminados en obtener, en base de reciprocidad y de mutuas ventajas;..."

OMC: "Deseos de contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados en obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas" (Textos Jurídicos Oficiales en: Organización Mundial del Comercio: los textos Jurídicos, publicaciones de la OMC 2003).

presiva, el gobierno modificó su conducta apartándose del marco multilateral existente en ambas instituciones al haber desgravado unilateralmente y de forma gratuita, esto es, sin reciprocidad, los menguados aranceles que aún quedaban.<sup>5</sup>

La referencia anterior me resulta indispensable pues la revisión que estamos llevando a cabo no sería completa si no nos refiriésemos a los elementos de esencia del TLCAN y por ello a la incongruencia tan grave en que se ha incurrido que puede resultar fatal para los sectores productivos nacionales y para los inversionistas que se topen con un cambio imprevisto de las reglas de juego modificando así los elementos de juicio que lo decidieron a colocar sus capitales en una empresa nacional.

Retomando el hilo de las expectativas presentes al inicio de las negociaciones del TLCAN, nuestras autoridades nos informaron que los objetivos del acuerdo serían:

1. Aumentar las exportaciones para estimular la inversión.
2. Facilitar la transferencia de tecnología.
3. Crear fuentes de empleo productivo

Para lograr lo anterior se consignó en un rubro que denominaron “Características Deseadas” las siguientes que en cierta forma constituyen también finalidades:

1. La eliminación de aranceles y barreras no arancelarias.
2. El acceso estable a largo plazo a los mercados de los países socios.
3. El establecimiento de un mecanismo justo y objetivo de solución de controversias.<sup>6</sup>

No debemos seguir adelante sin señalar un grave error cometido en la presentación que primeramente hiciera la SECOFI al sector privado y una pifia, digámosle así, que aparece también en dicho documento.

<sup>5</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 24 de diciembre de 2008. México como se ve, mantiene un importante proceso de apertura comercial llevado a extremos inconvenientes y contradictorios con las actitudes de otras economías emergentes: “Así mientras nuestro país acaba de poner en marcha un proceso de desgravación arancelaria... otros grandes emergentes como Brasil o la India, están aplicando medidas para no desproteger a sus mercados”. Colín, Marbella, “Esquemas proteccionistas disfrazados, escudo económico ante la crisis”, *El Financiero*, 23 de enero, 2009, pág. 3A.

<sup>6</sup> Documentos de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial del 18 de julio de 1990 cuyos puntos fundamentales fueron reiterados en posteriores documentos de la misma dependencia a través de la Oficina de Negociación del Tratado de Libre Comercio fechados en noviembre de 1990 y en septiembre de 1991.

El serio error estriba en que se afirma que el tratado a negociar será compatible y seguirá lo establecido en los acuerdos comerciales existentes de las que México forma parte, lo que no es correcto ya que la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) no previene la creación de Zonas de Libre Comercio como lo establece el GATT en su artículo XXIV. Por lo tanto existiendo en la primera de las organizaciones señaladas el Principio de Nación Más Favorecida (Art. 44), deberá repercutírsele a los miembros de la misma en forma inmediata e incondicional, todas las ventajas y beneficios que se otorgasen a Estados Unidos y a Canadá, lo que vino a provocarnos serios problemas pues efectivamente nos lo reclamaron y sólo pudimos salir airoso merced a negociaciones posteriores celebradas con los mismos.<sup>7</sup>

Este problema tan incómodo se pudo haber evitado si en su oportunidad se hubiesen llevado a cabo las negociaciones pertinentes como me permití sugerir en el mes de agosto de 1990 a la misma autoridad responsable de las entonces futuras negociaciones.<sup>8</sup>

En cuanto a la señalada pifia consiste en que nuestras autoridades advierten en el mismo documento informativo al que aludimos, que el futuro tratado que se apegará al artículo XXIV “es comprehensivo”, expresión copiada del Idioma inglés tanto en su sentido como en su ortografía, lo que resulta lamentable y patético pues es un descuido constituyendo un barbarismo gramatical que atenta contra nuestro preciso idioma ¿por qué no se dijo simplemente que era general, absoluto o universal en su contenido?”

*b) Visión del sector privado*

Hemos advertido que el sector privado estuvo presente desde inicios de 1990 en lo que vendría y se manifestó de distintas maneras pues por una parte ciertos sectores mayoritarios se opusieron al ver amenazadas todas las protecciones y apoyos que venían disfrutando; otros minoritarios, cuestionaron por razones ideológicas, la conveniencia de negociar dicho acuerdo y otros más apoyaron

<sup>7</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, “La Cláusula de Nación Más Favorecida y su adecuación al TLCAN en el marco de la ALADI”, en *Un homenaje a Don César Sepúlveda*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.

<sup>8</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, “Implicaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Canadá en el Acuerdo Latinoamericano de Integración”, *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año 2, Núm. 5, 1991.

“Comprehensivo: “Que tiene facultad o capacidad de comprender o entender una cosa”, Diccionario de la Lengua Española, 18<sup>a</sup> ed., Madrid, 1956, pág. 338. También significa “Que comprende, contiene o incluye dentro de sí varias cosas.” *El Pequeño Larousse Ilustrado*, México, 2005, pág. 271.

su celebración por ser empresas altamente competitivas quienes veían con beneplácito que pudiesen exportar libres de aranceles, sus productos a los mercados anunciados.

Para conocer sus puntos de vista se hizo una consulta conforme a una matriz elaborada entre la SECOFI y la COECE que provocó la preparación de 174 monografías que sirvieron para fincar formalmente la posición del sector.

El punto de partida lo constituyó el reconocimiento cabal de nuestra condición de país en desarrollo pues sin tenerlo hubiera sido fatal negociar acuerdo alguno con los Estados Unidos de Norteamérica.

Este hecho ya había sido admitido siempre y sin ninguna duda en todos los foros Internacionales empezando por el GATT pero no quisimos dejar de insistir en él pues la experiencia nos ha mostrado hasta la saciedad que es mejor dejar constancia clara y firme de nuestros derechos y no suponer que está entendido tácitamente por los negociadores. Así lo hemos expresado ante los medios como tanto atreves de documentos formales.<sup>10</sup>

Partiendo de esta realidad me resultaba más lógico negociar sectorialmente conforme el grado de competitividad alcanzada en cada sector nacional en vez de hacerlo en forma general y menos total como lo hicimos. Esta opción sectorial la sugerí oportunamente tan pronto se hizo pública la intención de celebrar el Tratado a principio de los 90 's.<sup>11</sup>

Andadas las negociaciones y ante el rumor de que los tres gobiernos intentarían cerrarlas en la reunión ministerial a celebrarse en Dallas, Texas los primeros meses de 1992, la CONCAMIN formuló un resumen general del sector entregado al C. Secretario de Comercio y Fomento Industrial en la Ciudad de Washington D.C. por mi conducto y poco después, el 25 de febrero del mismo año, se presentó un documento completo con las posiciones particulares de sus agremiados.<sup>12</sup>

Sería tarea muy laboriosa pero que habrá que emprenderla alguna vez, revisar cada una de las monografías sectoriales y así precisar si los resultados esperados fueron alcanzados.

La COECE son las siglas de la Coordinadora de Organismos Empresariales de Comercio Exterior, entidad sin personalidad jurídica creada por el sector privado para organizarse y servir como foro institucional único frente a las autoridades.

<sup>10</sup> Cruz Miramontes Rodolfo "México debe negociar el TLC como país en desarrollo", entrevista de Gaona José Luis, el Economista, primera plana Sección comercio Exterior, 26 de Marzo de 1991.

<sup>11</sup> Cruz Miramontes Rodolfo La relación comercial entre México y los Estados Unidos de Norteamérica, "EL FORO, TOMO III- 1-1990.

<sup>12</sup> Se incluyó el texto del mismo en Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLCAN: controversias, soluciones y otros temas conexos*, 2<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2004, págs., 89-96.

Su función fue muy útil y respetable, habiendo llamado la atención de la OMC quien la incorporó para considerarla entre las sugerencias y servicios que se pueden formular a los particulares de los países en desarrollo como una forma legítima de participar en las negociaciones comerciales con sus autoridades.<sup>13</sup>

Con ánimo de presentar muy brevemente lo que el sector privado esperaba del TLCAN podíamos sintéticamente encerrarlo de esta manera:

- Acceder a los mercados de ambos países socios de la mejor manera posible acorde con sus condiciones particulares.
- Recibir del Gobierno Mexicano el mayor apoyo y protección pertinentes por el periodo máximo que fuere necesario.
- Contar asimismo con el auxilio y estímulo gubernamental para mejorar su competitividad mediante la capacitación en todas las áreas.
- Recibir créditos y apoyos financieros competitivos sobre todo en el aspecto fiscal, similar al que disfrutan sus competidores.
- Lograr de las autoridades mayor eficiencia en sus tareas públicas que facilitase las gestiones que deben de llevarse a cabo y que se efectuasen a la brevedad posible.
- Igualar los precios de los energéticos.
- Mejorar la infraestructura en vías de transporte, almacenaje, importación de maquinaria, etc.
- Se buscó y de alguna forma se logró que todos los sectores productivos del país participasen legitimando así el proceso negociador.
- El Gobierno Mexicano resolvió que todos los sectores económicos fueren objeto del TLCAN, lo que a mí ver fue un gran error en lo que se refiere al campo.
- El tema agrícola siempre ha sido considerado de alta sensibilidad para México, tal como se advirtió en el Protocolo de Adhesión de México al GATT en 1986.

Baste recordar que textualmente se estableció en dicho documento que:

“Las partes contratantes reconocen el carácter prioritario que México otorga al sector agrícola en sus políticas económicas y sociales...”<sup>14</sup>

<sup>13</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>14</sup> *El proceso de adhesión de México al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)*, Gabinete de Comercio Exterior, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, 1986.

### III. ¿Qué se obtuvo al fin de las negociaciones?

Los textos nos muestran los resultados de las negociaciones conformados en 22 capítulos y los correspondientes anexos, reservas, excepciones, apéndices y acuerdos paralelos así como en ciertos documentos exhibidos por las autoridades de los tres países.<sup>15</sup>

Debido al largo proceso de vigencia del tratado, la puesta en marcha de lo acordado exhibió fallas, deficiencias, aciertos y otros pormenores.

No me ocuparé porque sería muy largo hacerlo, de todas ellas sino sólo a lo que apareció inmediatamente de los textos legales, asimismo porque a lo largo del presente coloquio ya se han formulado observaciones, comentarios y demás por quienes han intervenido a lo largo del mismo.

La complejidad del acuerdo es muy grande pues se rebasaron los límites ordinarios de este tipo de acuerdos lo que no correspondió a lo que originalmente se planteó por las autoridades. Me atrevería a decir que en cierta forma viene a ser una especie de mini OMC pues contiene prácticamente los mismos temas que dicho acuerdo multilateral.

Así se obtuvo un acuerdo muy ambicioso, amplio y cabal que cubre todas las actividades que giran en torno al comercio regional. Sin embargo a la postre a resultado que se apego mas a los intereses de los norteamericanos que a los nuestros.

Nuestras autoridades se encargaron al final de las negociaciones de difundir los logros más relevantes que a su juicio se habían obtenido en nuestro beneficio tales como:

- Un plazo largo de 15 años para la desgravación arancelaria como una forma de compensar la situación desigual prevalente entre las Partes. Quienes estamos en esta mesa luchamos denodadamente porque se nos otorgase el trato de país en desarrollo.<sup>16</sup>
- La consolidación de la tasa 0% para las 4,100 fracciones arancelarias que disfrutaban de este beneficio arancelario al 1 julio de 1991.
- La conclusión del acuerdo bilateral textil

<sup>15</sup> Acuerdo bilateral de Comercio entre México y Estados Unidos- Presentación del Sr. Jaime Serra, Consejo Coordinador Empresarial, Julio 18, 1990 al que ya nos hemos referido.

Tengamos presente que las negociaciones se encarrilaron sobre seis temas troncales y 19 subtemas. Los primeros fueron: acceso a mercado, reglas de comercio, servicios, inversiones, propiedad intelectual y solución de controversias.

<sup>16</sup> *El Economista*, 28 de marzo de 1991, *Suplemento Comercio Exterior*.

- La incorporación del mecanismo mejorado del Capítulo XIX que existía en el FTA relativo a las prácticas desleales de comercio.
- La exclusión del TLCAN de temas muy sensibles como son los comprendidos en el artículo 28 Constitucional.

Si bien estos fueron logros interesantes, poco o nada se dijo de las inquietudes que formulamos públicamente sobre algunas diferencias de carácter legal y que acentuaban la disparidad entre los tres países.

Enumeraré solamente algunas de ellas pues ya las he tratado en detalle en otras ocasiones, ellos son:

- La naturaleza jurídica del Tratado, pues para los Estados Unidos es simplemente un Acuerdo Ejecutivo y para nosotros constituye un Tratado Internacional. La diferencia no es ni semántica ni meramente académica ya que su jerarquía interna y sus efectos legales son distintos.
- Los Acuerdos Ejecutivos requieren de una aprobación del Congreso de conformidad con el mecanismo del Fast Track y una vez aprobado, un conjunto de reformas a las leyes que se afectarán por el mismo, lo que significa cabildeos, costos, desgastes y riesgos serios de modificación al texto del Acuerdo original. En cambio para nosotros constituye prácticamente una ley desde el momento en que el Tratado se promulga y se publica.
- Las diferencias en las competencias de los temas tratados pues para Estados Unidos y Canadá algunos son federales y otros locales. Por lo tanto, la fuerza obligatoria del Tratado es relativa y en algunos se corría el riesgo de que los Estados y las provincias ignorasen lo acordado internacionalmente alegando que no habían participado en su negociación, tal como por ejemplo sucede en el tema bancario o bien en cierto tipo de impuestos que se causan en Canadá que son diversos según las legislaciones locales.
- La diferencia radical en el tratamiento interno de los tres países a las inversiones foráneas pues México las había considerado como motor del desarrollo interno y las sujetaba a una serie de condicionantes que provocasen la creación de empleo, adquisición de tecnología de punta, de promoción de exportaciones, de capacitación laboral y en fin, las sujetaba a los llamados requisitos de desempeño. Ahora la situación ha cambiado radicalmente y dichos requisitos ya no es posible exigirlos (Art. 1106)
- La pérdida del carácter de beneficiarios del SGP al entrar en vigor el TLCAN, pese a que algunas fracciones arancelarias en particular continuasen presen-

tes frente a la posibilidad de que terceros países ajenos al TLCAN tuviesen una mejor posición.<sup>17</sup>

#### IV. Impresiones de la aplicación del Tratado durante su implementación

En ocasión de diversos aniversarios quinquenales se elaboraron y realizaron estudios y revisiones del comportamiento del mismo por especialistas y órganos de gobierno de los tres países con resultados diversos.

Aparentemente no fueron lo numerosos ni tampoco profundos en sus consideraciones pues poco se ha conocido de ellos o bien la difusión fue escasa.

Algunas universidades y centros de estudio lo hicieron como sucedió a los 5 años con el ITAM . Así también el H. Senado de la República en la obra que tituló, “Análisis de los efectos del tratado de libre comercio de América del norte en la Economía Mexicana; una visión sectorial a 5 años de distancia”.<sup>18</sup> Así como otros más que anoto en el pie de página correspondiente.

Igual revisado se hizo al fin de los siguientes 5 años como sucedió con la obra especializada que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM llevó a la publicación de un libro con aportaciones de connotados especialistas en la materia.<sup>19</sup>

El relato de todas las opiniones vertidas tendrá que hacerse pues evidentemente diferirán según las experiencias sufridas. Nosotros procederemos a formular brevemente las consideraciones más relevantes de lo que hemos percibido en estos 15 años pasados.

<sup>17</sup> Por haber coincidido las negociaciones con las discusiones internas estadounidenses para prolongar el SGP y dado que nos encontrábamos reunidos en las afueras de la Cd. de Washington en Crystal City, consideramos pertinente algunos colegas, intentar que se nos considerase como beneficiarios “temporales” del sistema indicado sujetándose a la desaparición de las fracciones arancelarias pertinentes con las desgravaciones del TLCAN, dándonos así una protección real. Por lo tanto preparamos un documento y concurrimos a la audiencia pública que se acordó celebrar a mediados de junio de 1992. No contamos con el apoyo oficial pues se consideró que no procedería nuestra petición y en verdad tampoco el sector privado se hizo presente con la excepción de 4 o 5 empresas que vieron con simpatía nuestra actitud.

<sup>18</sup> H. Senado de la República LVII Legislatura 2000.

<sup>19</sup> Leycegui, Beatriz y Fernández de Castro, Rafael, *¿Socios naturales? Cinco años del TLCAN*, México, ITAM, Miguel Angel Porrúa, 2000; Witker, Jorge (Coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Evolución Jurídica 10 años después*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005; Borja T., Arturo, *Para evaluar al TLCAN*, México, ITESM, Miguel Ángel Porrúa, 2001; Hufbauer, Gary C. y Shott, Jeffrey, *NAFTA Revisited*, Washington D.C., Institute for International Economics, 2005; VV.AA., *TLC Diez años después, Foreign Affairs*, 2004; Vega Cánovas, Gustavo *et.al.*, México, *Estados Unidos y el Canadá: resolución de controversias en la era post TLCAN*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, COLMEX, 2004.

## EL COMERCIO DE MÉXICO A 15 AÑOS DEL TLCAN: RECOMENDACIONES

---

Habiendo estado cerca del desarrollo de la aplicación del tratado en forma ininterrumpida tanto en gestiones ante las autoridades como en actividades profesionales y camarales así como a través de la cátedra universitaria, encontramos como primera decantación importante que existe un gran desconocimiento del Tratado pese a su mención constante en los medios.

Lo más grave de todo esto es que quienes deben conocerlo no realizan los esfuerzos para conseguirlo incluyendo los foros congresionales.

La causa primordial de dicha ignorancia en mi opinión se debe a la falta de esfuerzos serios y continuados para hacer llegar el contenido del Tratado a quienes deben conocerlo.

Pongamos como ejemplo el hecho de que las universidades del país no tienen incorporados en sus estudios ordinarios a los textos de los tratados comerciales existentes ni menos materias referentes al marco multilateral del comercio a pesar de que es evidente que nuestro país ha cambiado de rumbo, no solamente en el comercio internacional sino en su política exterior.

Encontramos que en forma lenta algunas universidades han incorporado a sus programas cursos de licenciatura sobre comercio internacional o bien cursos de especialización en diplomados y maestrías pero salvo excepciones no constituyen materias obligatorias.

Al finalizar el proceso negociador se hizo evidente que la divulgación del Tratado era fundamental si queríamos realmente aprovecharlo. Con esta inquietud me permití sugerir a las más altas autoridades en la materia desarrollar todo un programa de acciones que partiesen de un proceso informativo estatal empezando con el propio gobernador de la entidad y con la participación de autoridades y particulares que conociesen cómo habían quedado los productos de su interés especial tanto en las importaciones como en las exportaciones y con base en ello, elaborar un programa local o inclusive regional por la similitud de situaciones que tuviese como propósitos tanto aprovechar las ventajas como precaverse de las amenazas posibles y así maximizar esfuerzos y resultados.

La idea era que cada ciudadano fuere sensibilizado y tuviese conciencia de qué significaba para él TLCAN y no oír explicaciones magníficas pero que no le señalaban cuál podía ser el impacto del mismo en sus intereses personales. Pongamos como ejemplo a un criador de ganado de engorda para exportación que fundamentalmente le interesaría saber si podría vender sin aranceles su producto y e importar medicinas veterinarias y demás implementos y en qué condiciones y no perder el tiempo escuchando cómo quedaron negociadas las autopartes.

Me inquietó que tanto los organismos de carácter privado como algunas dependencias oficiales se lanzaron a difundir el Tratado acorde con un programa

llamado de las "Cien Ciudades" que solamente significó una presentación general y compactada del Tratado y nada más.

La sugerencia en cuestión no pasó de ser escuchada y calificada como muy interesante.

Igual resultado obtuve con la pretensión que expuse ante algunas universidades para que se incluyese como materia obligatoria al comercio exterior y al TLCAN en particular sino además para que se impartiese un curso optativo de formación de panelistas para que atendiesen debidamente y con alto grado de profesionalismo a los casos que se fuesen a ventilar conforme los mecanismos de solución de diferencias tanto de la OMC como de los acuerdos comerciales.

Hasta ahora no hay programas cabales sino solamente acciones particulares. No se ha logrado que el Gobierno elabore programas de acción que partiendo de las inquietudes expresadas por los ciudadanos, atiendan todos y cada uno de los renglones que fueron subrayados en las monografías de referencia al inicio de las negociaciones y que dichos programas de fomento a la producción para el comercio exterior, provoquen una congruencia entre las diversas dependencias y no suceda lo que con frecuencia acontece en donde una secretaría de Estado tiene un programa determinado que nada tiene que ver o inclusive contradice al de otra dependencia cercana.

Entre esta situación general derivada de la aplicación del Tratado encontramos una problemática prevalente en nuestro país que no ha sido atendida debidamente que se ubica bajo el rubro de "temas de rezago" y constituye una deuda creciente que el sector público debe atender a la brevedad.

Iniciada la negociación fueron precisados algunos de estos puntos y así tenemos los siguientes:

- Carencia de infraestructura y sistemas deficientes en lo correspondiente al almacenamiento, carga y descarga en zonas industriales y puertos.
- Comunicaciones telefónicas precarias.
- Igualmente servicios postales y telegráficos fuera de época.
- Limitación en los capitales de riesgo.
- Financiamiento poco competitivo.
- Limitación en los insumos industriales.
- Tecnología atrasada.
- Mano de obra no competitiva, de ahí que fuese barata.
- Aduanas y sistema fiscal corrupto y deficiente.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Aguirre, Mayra N., "Excelencia en puertos...", Centro de Estudios Industriales, Frenar la competitividad de los rezagos industriales, *El Economista*, 18 de marzo, 1991.

## EL COMERCIO DE MÉXICO A 15 AÑOS DEL TLCAN: RECOMENDACIONES

---

Poco se hizo y lo que es peor, algunos de estos temas se han agravado lo que provoca una mayor falta de competitividad.

Esta falta de acciones de manera adecuada y completa es más seria si nos referimos al campo. Quien fuera Subsecretario de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía, Doctor Luís de la Calle opina al respecto:

*“La naturaleza de la negociación interna era inclusive más compleja que la externa...”*

- a) Para complementar la apertura comercial el gobierno se comprometía a un programa de apoyo a los campesinos.*
- b) El gobierno se comprometía a cuantiosas inversiones en infraestructura rural e irrigación... En gran medida el gobierno no cumplió con su parte...”*

Estos compromisos incumplidos son fundamentales para que el TLCAN realmente sirva y mejore la condición del campo y de los campesinos pues como afirma el citado funcionario:

*“La apertura comercial a través del TLCAN no es, por supuesto, condición suficiente para que el campo mexicano se desarrolle...”<sup>21</sup>*

*Inclusive se habla ya de un rotundo fracaso del Acuerdo Nacional para el Campo.<sup>22</sup>*

A estas críticas se une la voz de un profundo conocedor del tema quien ha desempeñado cargos vinculados al campo como haber sido Subsecretario de Agricultura y Ganadería, Don Ernesto Enríquez Rubio quien sugiere diversas fórmulas para llevar a cabo las tareas pendientes.<sup>23</sup>

La esperanza que albergábamos como ya advertimos en que estos temas se atendieran, no se fincaba en una ilusión sino en el hecho de que supusimos que el acuerdo seguiría los pasos que fueron dados en la Europa Comunitaria al admitir a Miembros de menor desarrollo apoyándoles a través de programas especiales diseñados por el Comité de las Regiones y financiados con los Fondos Especiales creados para este efecto.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Calle, Luis de la, “El campo mexicano antes y después del TLCAN”, en *Crisis alimentaria: ¿qué hacer para enfrentarla?*, FORMA, Núm. III, Nov-Dic., 2008, págs. 21 y 29.

<sup>22</sup> Chávez Maya, Héctor, “Fracasó el Acuerdo Nacional para el Campo”, *El Financiero*, 27 de abril 2009, pág. 17.

<sup>23</sup> Enríquez Rubio, Ernesto, “Una política pública integral para el campo: una decisión diferida”, en *Crisis alimentaria: ¿qué hacer para enfrentarla?*, FORMA, Núm. III, Nov-Dic., 2008.

<sup>24</sup> La política regional de la UE tiene como objetivo el desarrollo de las regiones atrasadas y su reconversión a polos de industria o bien de agricultura tecnificada; pretendiendo así combatir el desempleo de larga duración y lograr la inserción profesional de los jóvenes para promover y fortalecer estructuras agrícolas y silvícolas.

Se pensó que al conformarse un Tratado internacional derivado del propio texto del GATT, no sólo debería "...tener por objeto facilitar el comercio... y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes... sino... tender al logro de niveles de vida más altos, a la consecución del pleno empleo y de un nivel elevado, cada vez mayor..." como lo subraya y ratifica la OMC.

De esta manera se alcanzaría una condición similar a la obtenida por los miembros europeos de menor desarrollo como la República de Irlanda, el Reino de Grecia, el Reino de España y Portugal.

Sucedió lo contrario pues no se han resuelto estos focos de atraso y como ya advertimos se han incrementado por el aumento de la demanda como lo afirma Robert Pastor: "Si bien México como un todo se ha beneficiado del TLCAN, el libre comercio y el aumento de la inversión extranjera han deformado el desarrollo y exacerbado las desigualdades dentro de la Nación."<sup>25</sup>

Ya nuestro autor citado nos había advertido de algunas fallas del TLCAN que han estado actuando como lastres para su debido aprovechamiento, colocando en un primer lugar al hecho de que "...el tratado no hacía mención de la brecha de desarrollo entre México y sus dos vecinos del norte y esa brecha se ha ensanchado."<sup>26</sup>

Podemos derivar de todo lo anterior que nuestras preocupaciones y reflexiones están sustentadas y son compartidas por analistas extranjeros.

Abordaré ahora muy brevemente el tema de la solución de controversias tan caro para nosotros.

Se ha privilegiado a las consultas previas al inicio de un litigio como medio alternativo según aparece en los artículos 2003, 2006, 1118 así como otros más del TLCAN siguiendo así el camino establecido en el artículo XXII del GATT al considerar que una de las partes no cumple o lo hace de manera deficiente con el Tratado. Merced a esta práctica se han diluido posibles conflictos que se hubiesen dado en un número interesante de cinco casos en los que México aparece como reclamante ante los Estados Unidos, 3 de dicho país contra el nuestro y 4 de Canadá contra los EUA.<sup>27</sup>

El conocimiento de las causas posibles de conflicto puede surgir por la publicación de proyectos legislativos o de decretos que informen sobre su aplicación, actividad de difusión que resulta obligatoria al aplicarse los términos del Capítulo

<sup>25</sup> Pastor, Robert, "La segunda década de América del Norte", *Foreign Affairs*, Vol. 4, Núm. 1, 2004, página 113.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pág. 110.

<sup>27</sup> Vega Cánovas, Gustavo, Posadas, Alejandro, Winham, Gilbert y Mayer, Frederick, *México, Estados Unidos y el Canadá: resolución de controversias en la era post TLCAN*, op. cit., Págs. 6-9.

## EL COMERCIO DE MÉXICO A 15 AÑOS DEL TLCAN: RECOMENDACIONES

---

tulo XVIII del TLCAN cuya constitucionalidad puede resultar dudosa pero que cumple con una función importante.

Otra fuente de información de estas actividades públicas que provoquen las consultas, estarán sin duda en los problemas de inversiones o de salvaguardas.

La utilización de los mecanismos de solución de diferencias establecidos en los Capítulos XI, XIX, y XX han sido relativamente frecuentes cuando las Partes los han estimado convenientes.<sup>28</sup>

Como era de esperarse, el más socorrido ha sido el Capítulo XIX merced al que se han propiciado soluciones jurídicas o bien arreglos surgidos durante la sustanciación del proceso arbitral.

Sin embargo no podemos dejar de reconocer que existen múltiples deficiencias que pueden ser mejoradas.

Las deficiencias mayores que nos preocupan por su trascendencia son las siguientes: sin pre juicios de las que ya hemos apuntado y que más adelante sugeriré.

La del capítulo XIX estriba en que no se estableció elección de foros y esto propició que en el caso del dumping de la fructosa cuestionado por los estadounidenses se sustanciases dos procedimientos simultáneamente que tuvieron como causa la misma y como partes de hecho a las mismas, pues aunque si bien es cierto que ante la OMC comparecieron el Gobierno estadounidense y el de México, el primero defendió la postura de los productores y exportadores de fructosa a instancias de los mismos como expresamente se reconoció y el mexicano defendió la resolución antidumping dictada por la UPCI.

Esto es se manejaron ante dos instancias internacionales de la misma naturaleza un mismo caso, corriendose el riesgo de que se hubiesen pronunciado resoluciones contradictorias.

Lo inexplicable es que en el Capítulo XX sí se establece la elección de foros y por analogía de razón, debió de haberse seguido este criterio pese a que no exista disposición expresa en el Capítulo XIX.

En cuanto al Capítulo XX tenemos que ha funcionado en la medida en que el gobierno estadounidense lo ha querido. Tres casos se han presentado y un cuarto ha quedado sin caminar pese a que nuestro país lo solicitó pidiendo la instalación del panel correspondiente.<sup>29</sup>

En todos ellos el demandado ha sido el Gobierno de Estados Unidos y en los tres resueltos, ha perdido.

<sup>28</sup> Ver la obra que ya hemos citado referente a los 10 años del TLCAN publicada por nuestro Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>29</sup> Aparentemente, durante el mes de marzo del 2008 nuestro país volvió a formular la citada petición, pero no prosperó.

Ha cumplido en dos de ellos y el tercero ha sido objeto de dilaciones y pretextos para no acatarlo, por lo que México en forma tardía y tibia, acaba de tomar represalias tal como está previsto en el propio TLCAN (artículo 2019).<sup>30</sup>

El cuarto caso que no ha caminado se refiere a la reclamación que nuestro país enderezó contra Estados Unidos por su negativa reiterada para cumplir con lo previsto en el Anexo 703.2 del TLCAN negándose a recibir los sobrantes de azúcar alegando la existencia de las llamadas Cartas Paralelas.

Desde el 17 de agosto del 2000 nuestro país formalmente hizo la petición de la conformación del Panel pero Estados Unidos se negó y según es de nuestro conocimiento, fue más lejos pues instruyó al titular de la Sección Estadounidense del Secretariado para que no sugiriese panelista alguno.<sup>31</sup>

La piedra en el zapato lo constituye el mecanismo para designar al Presidente del Panel Arbitral consistente en que ante la rebeldía o imposibilidad de las Partes para designarlo, se deberá hacer un sorteo para que quien resulte vencedor se encargue de nombrarlo, pero no se establece ninguna forma obligatoria de realizar el sorteo, por lo que si una de las Partes se rehúsa al mismo, como ha sucedido, el Panel no se constituye al no existir en primer término, quien lo presida.

Esta deficiencia en mi opinión no es casual pues si comparamos los mecanismos existentes en el TLCAN Capítulo XX con el del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, encontraremos una gran similitud por lo que sin duda los negociadores del primer acuerdo mencionado se inspiraron o tuvieron en consideración lo que se iba a establecer en la OMC e hicieron deliberadamente de lado la fórmula prevista en el mismo para que se constituya el órgano arbitral en la segunda petición sin importar que el demandado no esté de acuerdo, tal como está consignado en forma precisa en el artículo 6.1 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (E.S.D.).

La actitud estadounidense que estamos comentando resulta sumamente delicada pues puede condenar al sistema del Capítulo XX señalado a que ya no se utilice más en tanto no se quite del zapato la mencionada piedra.

Por lo que corresponde al mecanismo de solución de controversias del Capítulo XI éste es harina de otro costal, veamos por qué:

Requiriendo como ya se ha dicho varias veces, de inversiones extranjeras, nuestro país tuvo que poner un tapete rojo para que llegasen, lo que significó cambiar toda la legislación existente a la fecha de la negociación del Tratado, que se ajustase a la nueva forma de tratar dichos capitales.

<sup>30</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 18 de marzo del 2009.

<sup>31</sup> Esta información aparece en el expediente del caso promovido ante la OMC por Estados Unidos contra México en el caso del IEPS.

El mecanismo de solución de diferencias establecido en la Sección B del Capítulo XI resulta singular pues se cubre al inversionista con un capelo protector que le asegura de casi cualquier acción gubernamental por más justificada que sea y que afecte sus rentas.

Le concede un derecho de acción para demandar directamente al Estado lo que rompe el principio tradicional existente en el Derecho Internacional Público de la mediátez que existe entre la persona individual y la norma de dicho orden jurídico.

Trasgrede además otro principio, el de no discriminación pues esta facultad no la tiene el nacional para demandar a su propio gobierno, esto es se le excluye de esta capacidad de acción.

Adicionalmente y en el caso de México, se desconoce a la Cláusula Calvo. Como lo precisaremos más adelante.

Algunos analistas consideran que este mecanismo es más generoso que otros similares que existen en varios organismos internacionales o que están en proyecto como en el caso de la OCDE o de la OMC conocido como MAI según nos lo informa el abogado Mathew Barrier.<sup>32</sup>

Esta desmedida protección atenta contra la facultad soberana de los estados para adoptar las acciones legales que considere propias para cumplir con sus funciones públicas y también contra el bolsillo de los ciudadanos pues de ahí salen los pagos por las indemnizaciones cuantiosas, todas ellas al perderse los litigios.

Con preocupación y alarma, una ONG bien conocida en los EUA denominada Public Citizen, elaboró un estudio sobre el particular llamando la atención sobre los diversos peligros e inconvenientes que ofrece el citado mecanismo del que me ocupé hace tiempo.<sup>33</sup>

Me inquietó percatarme que un número considerable de casos se derivan de la aplicación de normas estatales protectoras de la salud y del medio ambiente, pese a que diversos artículos del TLCAN enfatizan que las mismas no se considerarán violatorias al acuerdo (Arts. 104, 903, 904 y 1114).

En aquél momento llegué a la conclusión de que el ALCA atraía la atención de los grandes consorcios transnacionales y a los inversionistas de gran envergadura es decir los que tienen una proyección continental, por las susodichas protecciones que reciben, preocupación compartida con los autores del citado estudio y viene muy a propósito lo que nos dice el abogado Barrier:

<sup>32</sup> Barrier, Mathew, "Regionalization: the choice of a new millennium", *Currents*, South Texas College of Law, Vol. IX, Num. 2, 2000, pág. 29.

<sup>33</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, "El ALCA: fundamentos jurídicos y su relación con otros acuerdos de comercio internacional", en Oropeza García, Arturo (Coord), "ALCA, un debate sobre la integración", México, 2003, págs. 2007 a 2013.

*“Regional trade blocks rather than the may present a more realistic multilateral approach universal investment protection synergy”<sup>34</sup>*

Es sin duda preocupante que en un momento dado los inversionistas lleguen a tener un gran poder en los Estados que frene las acciones legítimas de sus gobiernos amenazando con suplir el bien común por el lucro extranjero.

Lo anterior provoca algunas otras reflexiones a las que me refiero enseguida.

Ya he recalcado que el TLCAN es mucho más que un mero acuerdo comercial internacional que se ocupe únicamente de reglamentar el flujo “...esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios” de los tres países (artículo XXIV párrafo 8 b del GATT-47).

Me he permitido calificarlo como una mini OMC según lo señalé desde la ponencia presentada con motivo de la revisión de las acciones para establecer el ASPAN. Me queda claro que constituye un proyecto de ampliación y profundización de diversos temas de interés particular al inicio de las negociaciones de los Estados Unidos de América y muy particularmente el de las inversiones.

Dicha preocupación coincide con las necesidades de México para recibirlas por lo cual se explica la apertura tan grande y la protección exagerada que se le da a las mismas.

Si revisamos la temática hasta ahora discutida en el seno de la Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte (AS PAN) establecida el 23 de marzo del 2005, no encontraremos mayores temas de interés para nuestro país como pudieren ser el de la migración tanto en su regulación legal como en las medidas impropias y agresivas en contra de nuestros nacionales al erigir el muro de la ignominia así como tampoco se hace ninguna referencia al incumplimiento del Tratado o bien algunas de sus deficiencias que lo hacen nugatorio.<sup>35</sup>

Por lo contrario solamente se enfatizan aquellos temas como la seguridad y otros de interés para nuestro vecino.

Esta inquietud ha sido reforzada y peor aún ampliada al revisar diversas opiniones que fueron vertidas por analistas especializados en el tema y sobre todo los estadounidenses.

El profesor Robert A. Pastor sostiene que el TLCAN:

<sup>34</sup> Barrier, Mathew, *op. cit.*, pág. 29.

<sup>35</sup> Cruz Miramontes Rodolfo: “Hacia un nuevo estadio del TLCAN: ASPAN, TLCAN plus o Integración de mercados- 1-XII-2007.

*“...no fue sino el primer borrador de una constitución económica para América del Norte. Es un documento deliberadamente tenue, orientado sólo a desmantelar barreras al comercio y a la inversión.”<sup>36</sup>*

Jeff Faux, fundador del *Economic Policy Institute* es más contundente y amplio desarrollando su tesis en el sentido de que el Tratado fue diseñado como un “marco para la futura administración de la economía continental en la que se ven limitados los poderes nacionales de los gobiernos elegidos...por lo que en realidad más que ser un acuerdo comercial lo es de inversión...” y así “el TLCAN es una constitución que sólo reconoce a un ciudadano: el inversionista corporativo multinacional”, por ello queda claro que en el texto del TLCAN “los intereses estadounidenses predominan en el lenguaje del tratado.”<sup>37</sup>

El mismo autor mencionado resalta la opinión que Jorge Castañeda expresa sobre el mismo objeto de estudio al sostener que “el TLCAN fue un acuerdo entre magnates y potentados: un acuerdo para los ricos y poderosos de Estados Unidos, México y Canadá.”<sup>38</sup>

Este acuerdo cuyo eje formal es el comercio libre, parte de la visión “...de la mitología estadounidense (de que) el libre comercio es una especie de varita mágica que en forma automática y sin costos conduce a la prosperidad que a su vez, automáticamente conduce a la democracia que a su vez produce estabilidad y paz entre los países” nos afirma el profesor Craig Prestowitz.<sup>39</sup>

He sostenido reiteradamente en mis cursos universitarios sobre Comercio Internacional y el TLCAN que la razón principal a mi ver que tuvo México para animarse a negociarlo no fue propiamente el comercio en sí, sino la necesidad de atraer capital extranjero lo que nos permite comprender el giro de prácticamente 180° en nuestro sistema tradicional de tratamiento legal a las inversiones tal como se desprende de la lectura de las secciones A y B del Capítulo XI del Tratado.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Faux, Jeff, “Economía y democracia en la constitución del TLCAN”, *Foreign Affairs*, Vol. 4, Núm. 1, 2004, págs. 91-95, 111, 113 y 114.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 99.

<sup>38</sup> Prestowitz, Craig, “Las otras WMD dirigidas a Estados Unidos”, *Foreign Affairs*, Vol. 4, Núm. 1, 2004, pág. 46.

<sup>39</sup> Sobre el particular ver mi artículo Cruz Miramontes, Rodolfo, “Las inversiones extranjeras en el TLCAN: diez años de experiencia”, en “Estudios Jurídicos” en homenaje a Marta Morineau, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo II, 2006, pág. 239; asimismo mi estudio “La importancia del TLCAN...”, *op. cit.*, págs. 210-211, 213-215. Asimismo se recomienda Hufbauer, Gary Clide, *op. cit.*, págs. 201-203 y Vega Cánovas, Gustavo, et. Al., *op. cit.*, págs. 91-93. Recomendamos también por la importancia de los puntos de vista expresados a Wobeser, Claus von, “El régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN y sus efectos en los flujos de capital hacia México”, en TLCAN ¿Socios naturales?, *op. cit.*, pág. 225.

Esta reflexión se fortalece con la opinión del analista Basil Hargrove quien afirma lo siguiente: "Estas medidas indican otra vez que el principal objetivo del TLCAN era facilitar y asentar un proceso de desregulación y de mercantilización y no sólo permitir un incremento del comercio bilateral en bienes y servicios."<sup>41</sup>

El conocimiento exacto del contenido de los juicios arbitrales sustanciados hasta ahora merece ser objeto de un cuidadoso análisis que no es fácil pues se han manejado con exceso de secrecía, si cabe enfatizarlo así, al grado que la Comisión de Libre Comercio del TLCAN tuvo que pronunciarse sobre el tema haciendo una interpretación auténtica el día 11 de julio del 2001, declarando que nada en el TLCAN impone un deber general de confidencialidad a las Partes ni tampoco impide a las mismas proveer el acceso público a los documentos.<sup>42</sup>

Pese a ello, persiste cierta resistencia para transparentar los casos. La importancia de las sumas reclamadas provoca sin duda esta tendencia.

Al año 2002 se manejaba un total de \$4,834 millones de dólares que necesariamente se han incrementado al primer trimestre del 2009.

La gran preocupación de los autores del estudio elaborado por Public Citizen expresan una realidad económica importante derivada de una debilidad jurídica al someterse los poderes públicos a los intereses particulares de un sector, arriando las velas de los principios jurídicos habituales para atraer las inversiones.

A estos autores que intervinieron en la preparación de la obra arriba mencionada, se vienen sumando constantemente otros y lo más notable es que ya se escuchan voces para promover cambios en el Capítulo XI.<sup>43</sup>

El líder canadiense Hargrove ya citado formula una excitativa muy precisa en el sentido de que "los socios del TLCAN deberían actuar de inmediato para abolir los ofensivos mecanismos de resolución de controversias del Capítulo XI que son un insulto a la democracia y al imperio de la ley".<sup>44</sup>

A su vez, Jeff Faux considera que: "En los debates sobre un nuevo convenio, también se podría reconocer que la democracia es incompatible con el Capítulo XI y otras provisiones del TLCAN que socavan la autoridad del sector público local".<sup>45</sup>

Así las cosas queda claro que el TLCAN no es lo que pretende ser, sino algo más y que rebasa como hemos dicho, los parámetros previstos en el artículo XXIV del GATT.

<sup>41</sup> Hargrove, Basil "Buzz", "Evaluación de una década", *Foreign Affairs*, Vol. 4, Núm. 1, 2004, pág. 29.

<sup>42</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, "Las inversiones extranjeras...", *op. cit.*, pág. 242.

<sup>43</sup> Moyers, Bill, "Bill Moyers Report", *Global Economy*, Enero, 2002. Tacket, Allen, "NAFTA Chapter Eleven and dispute resolutions: is US State sovereign immunity at risk?", *John Hopkins Journal of American Politics*, Octubre, 2002.

<sup>44</sup> Hargrove, Basil "Buzz", *op. cit.*, pág. 37.

<sup>45</sup> Faux, Jeff, *op. cit.*, pág. 104.

En confirmación de esta conclusión recordaré que en fechas cercanas, concretamente en septiembre del 2007 con motivo de la pasada reunión del ASPAN, algunos observadores mencionaron que el tema central del que se ocuparían, era precisamente el de la profundización del mecanismo integracionista y que requeriría de una fuerza armada única que se desarrollaría a través de una empresa de mercenarios denominada SY Colleman Corporation para operar el centro de vigilancia aérea de Veracruz.<sup>46</sup>

Algunas voces críticas se han elevado en los EUA ante la idea de conformar una supuesta Unión de América del Norte como son entre otros el Sr. Robert A. Pastor desde el 2001, autor de la obra ya citada; asimismo tenemos a Laura Carlsson quien se pronunciara en el mismo tono en la reunión sobre el Programa de las Américas celebrado en Silver City Nuevo México.

Añadiría que más preocupante resulta el hecho de que en las condiciones actuales que estamos atravesando a partir de mediados del año pasado y de las medidas protecciónistas que se están tomando por los grandes países pese a sus declaraciones en contra, lo que está quedando sin tocarse es precisamente la parte no comercial del Tratado y en forma destacada el tema que venimos comentando y como alguien ha dicho, el TLCAN está perdiendo la "L" de su enunciado.<sup>47</sup>

Estas abundantes reflexiones nos ayudarán a comprender mejor a nuestro Tratado y más que nada a ubicarlo en su justa dimensión.

El mayor punto de discordancia es el tema agrícola que en forma inexplicable como hemos señalado anteriormente, se incluyó, máxime cuando precisamente la OMC se iba a ocupar del mismo en un acuerdo especial como sucedió con el denominado Acuerdo de la Agricultura.

De la aplicación del Capítulo VII del TLCAN que se refiere al sector agrícola, poco se ha derivado para bien de México ya que en sólo 71 productos importados por EUA somos primeros proveedores y los problemas surgidos del mismo no han sido objeto de los mecanismos comprendidos en su texto para resolverlos así como tampoco para prevenirlos.<sup>48</sup>

Habrá que preguntarnos también en el mismo orden de ideas si los controles para monitorear y corregir en su caso los subsidios a la exportación han servido de algo pese a que en forma expresa el artículo 705 en sus párrafos 4, 6 y 7 se ocupan de ello.

<sup>46</sup> Wood, Patrick M. y Robert A. Pastor, *Hacia una unión de América del Norte*,

<sup>47</sup> Colin, Marbella, "Empieza a sobrar la L en las siglas del TLC", *El Economista*, op. cit. ,pág. 3

<sup>48</sup> Ver la existencia del Comité de Comercio Agropecuario establecido en el Artículo 706 y mi estudio "La desgravación arancelaria de los productos agropecuarios conforme al TLCAN. Interpretación y aplicación de sus disposiciones", *Documento de Trabajo*, IJJ, UNAM, abril, 2003.

Esta situación es de evidente gravedad a la luz de la detención de las negociaciones de la Ronda Doha pomposamente autocalificada como del desarrollo en la que precisamente los subsidios agrícolas son la piedra que atora los engranes.

Bien dijo el economista Stiglitz, Premio Nobel del 2002 que el TLCAN no era realmente un Tratado de Libre Comercio pues se había permitido que Estados Unidos continuara otorgando subsidios a sus agricultores.<sup>49</sup>

En efecto, los subsidios y subvenciones no sólo no se desmantelaron sino que años después de firmarse el Tratado se promulgó la nueva Farm Bill que contiene una extensa gama de los mismos cuya legitimidad y armonía con los acuerdos pertinentes de la OMC no se da.

Remacha esta impresión lo que nuevamente el profesor Jeff Faux establece en el sentido de que por un lado se acordaba entre las Partes desmantelar sus apoyos “Mientras el Congreso estadounidense incrementó los subsidios al maíz, al trigo, al ganado, a los lácteos y a otros productos exportados a México”.<sup>50</sup>

La suspicacia que venimos manifestando relativa a la ilegitimidad de dichos apoyos, se deriva del análisis pormenorizado y abundante que se hiciera por la OMC a través del Grupo Especial que conoció de la queja de Brasil en contra de dichos apoyos estadounidenses en el caso del algodón prime que si bien es cierto se revisaron los existentes en la antigua Farm Bill, muchos de ellos se repitieron en la actual que entró en vigor a finales del año pasado.

Hemos criticado constantemente que nuestro gobierno no haya externado inquietudes sobre el particular y que haya guardado silencio a las excitativas del Poder Legislativo para enderezar como lo han hecho Canadá y Brasil, querellas contra las exportaciones de maíz que se iniciaron a principios del 2008.

Cuando mucho manifestó que aparecería como tercero en la demanda de Brasil pero no en la de Canadá y ha guardado silencio profundo a la sugerencia reiterada de que inicie también de *motu proprio* su demanda que puede seguir perfectamente la línea de los dos demandantes señalados.

Nos preguntamos el porqué de tantas deficiencias y contradicciones y el porqué no caminamos cadenciosamente hacia objetivos comunes y claros como lo hemos hecho antes. Una respuesta posible puede ser que carecemos de una conciencia clara de qué es lo que queremos como nación, es decir que aparentemente carecemos de un proyecto de la misma fincado en un sentido nacional.

En épocas no muy lejanas un grupo de intelectuales, artistas, políticos y ciudadanos en las décadas de los años 20 y 30, nos ayudaron a abrir los ojos y comprendernos mejor a través de nuestra historia encontrándonos en ella.

<sup>49</sup> Stiglitz, *Comercio justo para todos*, pág.

<sup>50</sup> Faux, Jeff, *op. cit.*, pág. 97.

Así pudimos andar con buenos resultados por algún tiempo pero faltó mucho para alcanzar todas las metas anheladas.

A nuestro pesar, los acontecimientos que se sucedieron tanto interna como externamente nos apartaron del camino y hemos, según me parece, perdido la brújula.<sup>51</sup>

Buscamos en otros modelos al nuestro en vez de indagar y precisar en qué nos hemos equivocado, aceptando nuestros errores pero también nuestros aciertos sin distingos de colores, para volver a encausarnos por el rumbo correcto en donde el interés general y la conveniencia para nuestro país sea el faro que nos guíe. De esta manera volveremos a tener un piso sólido sobre el que caminar con seguridad.

Desde luego que esto no significa en manera alguna que menospreciamos al entorno internacional, por lo contrario debemos aprovechar lo que nos brinde y así combinar la situación interna con los factores externos. Considero que inclusive en estos momentos críticos se nos brindan oportunidades que debemos aprovechar.

Adicionalmente a tener acceso a los mercados mundiales en forma preferente, nos debe incentivar para mejorar nuestra situación interna acoplando nuestro desarrollo nacional a las nuevas formas que surgirán de la crisis.

Se ha dicho que la globalización es inevitable pero no sus perversiones, lo que a la luz de lo que estamos comentando aunado a la situación presentada en la comunidad internacional a partir de mediados del 2008 resulta irrefutable.

En consecuencia de lo dicho deviene fundamental y urgente definir un proyecto de nación con directrices bien claras y fundadas tanto en nuestra tradición y raíces históricas como en una clara conciencia del entorno en que nos encontramos inmersos en su nivel continental así como Mundial, sopesando los factores económicos, sociales y culturales que están presentes en nuestro entorno.

Así podremos determinar cuáles son las necesidades que nos aquejan y por ende los satisfactores y remedios que debemos aplicar o bien obtener en nuestras negociaciones comerciales.

Esta urgencia en función del papel de México en la comunidad Internacional cada día se hace más presente y quienes se preocupan por el futuro del país lo reclaman, máxime cuando el espectro mundial se mueve y se proyectan o se acentúan nuevos actores como acontece con China. Así nos lo hace ver el emba-

<sup>51</sup> Ver en este orden, el estudio laborado por González Guadalupe Martínez Ferrán y Shiavon Jorge A: "México las Américas del Mundo", auspiciado por el Centro de Investigaciones y Docencias Económicas (CIDE), presentado el 2 de marzo del 2009 cuyas conclusiones son alarmantes, según aparece en el comentario formulado por la revista Proceso, Núm. 1690 del 22 de marzo del 2009.

jador Mauricio De María y Campos: "Vivimos tiempos interesantes ¿y México que hará al respecto? China pudiera ser fuente de negocios y cooperación... ¿o seguiremos concentrados solo en Estados Unidos y en el FMI?"<sup>52</sup>

## V. ¿Y ahora qué sigue?

Queda claro conforme mis reflexiones y comentarios que acorde con las definiciones anteriores el TLCAN, requiere un ajuste mayor, tal vez no de una apertura como se pretende que suceda con el Capítulo VII a lo que me he opuesto por diversas razones tal como lo he manifestado repetidamente y en forma destacada ante el H. Senado de la República.<sup>53</sup> Dijera que más bien debemos tener un alto en el camino y antes de pensar en profundizar la integración, valorar seriamente si es conveniente para México y descartar cualquier otro argumento tal como sería lo "debido" desde un punto de vista doctrinario o que la forma de enderezar el barco sería a través del siguiente paso o sea la Unión Aduanera como ya se ha sugerido en repetidas ocasiones tanto en México como en los Estados Unidos.<sup>54</sup>

Es a todas luces pertinente recordar que el Tratado refleja intereses recurrentes y algunos coincidentes de las tres partes del mismo pero que existen al mismo tiempo agendas propias de cada uno y éstas no son desde luego las mismas.

Por lo tanto resulta indispensable revisar y precisar primeramente las nuestras y luego, antes de pensar en continuar con el proceso integracionista, debemos de conocer a profundidad cuál es la posición de Canadá a este respecto pues evidentemente encontraremos puntos de convergencia o bien conocaremos cuáles son los de su agenda propia.

Mientras tanto debemos indudablemente de tomar algunas acciones concretas para mejorar el TLCAN a la luz de las experiencias tenidas desde 1994.

Los incumplimientos múltiples por parte de los Estados Unidos al Tratado en aquellos puntos que nos convienen así como la falta de programas de acción para remediar nuestras deficiencias que con claridad y precisión fueron señaladas por el sector privado como requisitos para que nos conviniese el Tratado, deberán satisfacerse antes que nada.

<sup>52</sup> China el nuevo orden Económico Internacional, ¿y México? y- El Financiero -19 de mayo del 2009- pag.22

<sup>53</sup> Décima reunión del grupo de trabajo encargado de evaluar los impactos del TLCAN sobre el sector agropecuario, 9 de julio del 2008.

<sup>54</sup> Randall, Laura, "Hacia un mercado común legal en el hemisferio occidental", Foreign Affairs, Vol. 2, Núm. 1, 2003, pág. 84. Asimismo Weintraub, Sidney, "Matrimonio por conveniencia": TLC ¿integración o divorcio de economías?, México, Diana, 1994.

Parece que vivimos en mundos separados pues un sector del Gobierno sigue caminando sólo en la primera de las direcciones señaladas desmantelando aranceles como lo acaba de hacer en forma gratuita el 24 de diciembre de 2008 o bien suavizando y flexibilizando las reglas de origen sin considerar los efectos internos de tales medidas que pueden lastimar seriamente la producción agrícola e industrial.

Tampoco estamos utilizando foros específicos para cumplir estos compromisos oficiales y llenar las lagunas existentes como es el caso del ASPAN que puede ser muy bien el foro adecuado para que se recojan las inquietudes manifestadas a lo largo de esta ponencia y una vez logrado lo anterior, entonces sí podríamos sentarnos a platicar sobre futuros caminos en conjunto.

Hemos hecho poco en estos 15 años y los incrementos de nuestras exportaciones tienen mucho de espejismo pues en ellas han estado incluidos los bienes producidos en las maquiladoras, así como productos de empresas bilaterales.

Dejando de lado lo anterior pero sin olvidarlo adicionalmente a nuestra sugerencia de sentarnos a reflexionar y a pensar qué debemos hacer en bien de México si realmente nos interesa, podíamos como ejercicio académico consignar algunas modificaciones de capítulos del TLCAN derivados de nuestra práctica profesional y de nuestros análisis académicos.

Empezaremos con el mecanismo de solución de diferencias que se considera es el propio por autonomía del TLCAN, es decir el Capítulo XX. Así deberá:

- a) Al artículo 2005 modificársele el párrafo séptimo ya que el artículo XXIII.2 del GATT 47 no contempla la formación de paneles por lo que una Parte no puede solicitar su integración.
- b) Modificar el artículo 2008 desde su título quitando la palabra “arbitral” y sustituyéndola por “de solución de controversias”. Por ser la que refleja en realidad la naturaleza jurídica del mecanismo.
- c) La lista de árbitros prevista en el artículo 2009 deberá conformarse a la brevedad y si una Parte no sugiriese los que le corresponden, lo harán las otras Partes dentro de un periodo de 30 días posteriores a la fecha en que las otras o la otra Parte no hubiere formulado su propuesta.
- d) El párrafo primero del artículo 2010 deberá comprender los requisitos básicos de los panelistas del capítulo XIX que aparecen en el Anexo 1901.2 debiendo también mejorar su redacción
- e) Al artículo 2011 se le deberá modificar el párrafo segundo en el inciso b) a partir del punto y seguido debiendo decir a continuación de la palabra “periodo”: “el representante de la Parte demandante procederá sin más trámite a designar al presidente en un lapso de cinco días que no sea ciudadano de dicha Parte o Partes”.

En todo caso será cuando una Parte manifieste su interés de resolver su diferencia conforme a las disposiciones del citado artículo del GATT.

f) Entre los integrantes de la lista, las Partes preferirán en sus propuestas para integrar los paneles a quienes tengan experiencia arbitral debiendo modificarse en consecuencia lo conducente en el párrafo 2.C del artículo 2011.

## VI. Capítulo XI

Pasaremos ahora al controvertido Capítulo XI, y dejaremos al final al texto del más usual ó sea al capítulo XIX.

### *Sección A*

La primera observación que nos merece de carácter general, es que adolece de falta de precisión y sus disposiciones quedan sujetas a la interpretación jurídica.

Esta vaguedad en los términos es muy inconveniente pues no da claridad ni certeza jurídica pero además presenta otro muy serio para México, consistente en que en caso de duda prevalecerá lógicamente la interpretación que favorezca al más poderoso.

Así, la sugerencia general es que se haga lo necesario para precisar las disposiciones que presenten estas características de vaguedad.

Hasta ahora solamente en una ocasión la Comisión de Libre Comercio se ha ocupado de formular una aclaración auténtica, referente a lo que debe entenderse por Trato Justo y Equitativo y Protección y Seguridad Plenas, sobre el artículo 1105 párrafo primero, pues como se puede apreciar, su enunciado es demasiado abierto.

La opinión formulada por los tres secretarios o ministros encargados del comercio internacional de los tres países miembros del TLCAN, firmantes del documento exige también a mi ver una interpretación pues no nos sacó del atolladero.

En efecto, decir que la obligación contenida en el párrafo interpretado "no exige un nivel de trato adicional o superior al nivel mínimo de trato a extranjeros que estipula el "derecho consuetudinario internacional"<sup>55</sup> mas no precisa como podemos derivar en qué consiste su interpretación, es decir,

<sup>55</sup> Ver el texto del documento "Notes of interpretation of certain chapter 11 provision b.2, en la obra de los Abogados Cruz Oscar y Rabago Miguel A.

## EL COMERCIO DE MÉXICO A 15 AÑOS DEL TLCAN: RECOMENDACIONES

---

qué es lo que nos dice el derecho consuetudinario y solamente cambia el punto a precisar.

Por lo tanto nos podemos formular diversas preguntas ¿qué es lo que estipula el *ius cogens*?, ¿se refiere a normas generales del derecho internacional o bien debemos entender a las específicas que existan si las hay, sobre inversiones?

O más aún ¿son acaso los criterios seguidos por los juzgadores en los casos litigiosos existentes en la materia?

Como se aprecia, el asunto exige precisiones y no ambigüedades.<sup>56</sup> Pueden resultar de gran utilidad a este propósito los criterios del Banco Mundial contenidos en *Guidelines on the treatment of foreign investments (Investment Law Journal, Fall, 1992, Washington D.C.)*. Así también el documento: OCDE "fair an equitable treatment standard international investent law", de fecha 4 de septiembre del 2004.

Una segunda apreciación de índole general consiste en que las excepciones a que se refiere el artículo 1108 no se relacionan con las comprendidas en el GATT 47 ni tampoco con las que aparecerían poco después en el Acuerdo Sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio que forman parte de los Acuerdos Multilaterales de la OMC.

Si bien es cierto que el TLCAN es anterior al documento mencionado de la OCDE, bien pudo proveerlo como lo hizo en otros casos; así sucedió por ejemplo con el artículo 1902.2 d) i).en donde advirtió que se aplicaría también en los "Acuerdos sucesores" como los califica

Pasaremos ahora a las sugerencias específicas:

- a) Al artículo 1103. Al abrirse el Capítulo a inversionistas de una Parte que no lo sea del TLCAN, esto es a un tercero, nos surge la duda de si sus acciones estarán también reguladas en su totalidad por las normas del Capítulo XI o solamente aquellas expresamente mencionadas en diversos artículos del mismo. Será útil precisarlo.
- b) A los artículos 1104 y 1105. En ambos preceptos se hace referencia al denominado Nivel de Trato en forma general y en el otro se califica de Nivel Mínimo de Trato sin especificar porqué se considera que existe una gradualidad en el trato ni tampoco señalar que el general comprende necesariamente al mínimo.

<sup>56</sup> Posadas, Alejandro y Vega, Gustavo enlistan varios casos que pueden auxiliar a efectos de precisar estos puntos en El Capítulo 11 (sic) del TLCAN: "Protección a la inversión extranjera en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en Witker, Jorge (Coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Evolución Jurídica 10 años después*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pág. 127.

Esta falta de precisión y claridad es muy lamentable y se presta a múltiples confusiones.

- c) Al artículo 1110. Al haber sido objeto el tema de las expropiaciones a que se refiere dicho precepto de consideraciones múltiples en los procedimientos contenciosos en que ha sido invocada, deberá hacerse una recopilación de opiniones y criterios para incorporar lo pertinente modificando el precepto en lo que resulte de utilidad.

De nuestra parte insistimos en que se suprima de dicho precepto la expresión: "...ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación)", pues como hemos señalado, se viene aplicando o interpretando por los paneles ad hoc, en la forma en que los tribunales estadounidenses lo hacen, es decir, como "takings", según se califica, lo que abre el concepto de manera demasiado amplia en perjuicio del Estado receptor.

Sobre el mismo tema debemos consignar que en México existen disposiciones legales obligatorias sobre la expropiación que parten del artículo 27 constitucional y que se desarrollan en la *Ley de Expropiación* de 25 de noviembre de 1936<sup>57</sup> sin que se haya buscado armonizar las disposiciones del TLCAN con las nacionales provocándose en consecuencia irregularidades e inclusive contradicciones como sucede con el artículo 19 de la Ley.

Deberá por lo tanto satisfacerse sin ninguna dilación esta deficiencia y hacer que se respete el mandato constitucional.

- d) Al artículo 1113. Este precepto se refiere a la denegación de beneficios tal como nos indica su título y puede parecer no solamente extraño sino contradictorio con el espíritu y propósitos del Capítulo XI que consisten como ya sabemos, en atraer inversiones directas que son de particular importancia para nuestro país.

La razón aparente de su inclusión se debe al interés estadounidense de cerrar las puertas a terceros con quienes no tienen relaciones ni tampoco interés alguno para que acudan al mercado de capitales de Norteamérica.

Sin embargo esta preocupación específica de los Estados Unidos nos lleva a preguntarnos ¿hasta dónde le conviene a Canadá y a México negarnos a admitir dichas inversiones?

<sup>57</sup> DOF. 25 de Noviembre de 1936 y reformada el 04 de Diciembre de 1997.

## EL COMERCIO DE MÉXICO A 15 AÑOS DEL TLCAN: RECOMENDACIONES

---

En consecuencia, sugerimos que se haga una evaluación minuciosa y adecuada de este precepto. Una vez más insistimos en que se privilegie el interés de nuestro país.

- e) Al artículo 1114. Resultando claro y preciso el propósito del precepto indicado como es asegurar que el Estado conserve incólumes sus facultades soberanas para proteger el medio ambiente, tal parece que no se ha considerado así por los paneles del capítulo analizado cuando ha tenido oportunidad de conocer situaciones de esta naturaleza.

Canadá ha manifestado particular interés en que se precise el concepto de “calidad ambiental” para delimitar hasta dónde se pueden tomar medidas legales sin provocar reacciones contrarias de los inversionistas.

Es de lamentarse que no exista una respuesta de la Comisión de Libre Comercio y que solamente se le haya dicho al país en cuestión que se conformará un Grupo de Expertos que estudie el comportamiento del Capítulo XI y formule recomendaciones “cuando lo juzgue apropiado”.

Indudablemente que llegó ya el momento de hacerlo a los 15 años de vigencia del TLCAN.

### *Sección B*

Se ocupa como es sabido, del mecanismo arbitral de solución de controversias entre el inversionista y el Estado receptor.

La primera observación que formulamos es que el inversionista puede ser público o privado y resulta que a la hora de “subirse al ring” adquiere una posición de igualdad jurídica frente al Estado demandado, lo que no deja de constituir una anomalía jurídica (el artículo 1115 “asegura trato igual entre inversionistas sean o no Partes o nacionales de las mismas”).

¿Qué sugerimos?

- a) *Al artículo 1116.* En los dos primeros párrafos se encierran sendas hipótesis para que el inversionista pueda someter al procedimiento de solución de diferencias, consistentes en:

1. La violación de una obligación y
2. La existencia de pérdidas o daños sufridos por el inversionista.

Esto nos indica claramente que los hechos enunciados y el nexo de causalidad presente al indicar que “en virtud” de la violación se han dado, lo que necesariamente deberán demostrarse.

Recalcamos lo anterior pues eventualmente se ha querido legitimar una reclamación indicando que bastará que el inversionista “considere” que pudiere existir la violación y el efecto negativo tal como lo previene el artículo 2004 y esta presunción se quiere aplicar cuando el inversionista sea una Parte u organismo público.

Esta pretensión tiene como origen el hecho de que el Capítulo XX se ocupa de divergencias entre Estados y el Capítulo XI eventualmente puede hacerlo cuando el inversionista como dijimos, sea una entidad pública o inclusive un Estado.

Hasta ahora que sepamos, no ha surgido formalmente caso alguno pero no estaría por demás anticiparse al problema consignando que el artículo 1116 se refiere a hechos consumados y no a suposiciones como sucedería de una consideración de que pueda darse la violación o el daño. Deberá por ende precisarse este requisito.

*b) Al artículo 1118.* El precepto es muy breve, encierra la obligación de las Partes de que intenten la solución de la diferencia a través de las consultas y de la negociación.

La redacción del artículo no es puntual pues nos indica que las Partes contendientes “podrán” lo que nos lleva a considerar que solamente constituye una opción o invitación, mas no un compromiso obligatorio.

Considerando que dicho precepto enfáticamente establece de manera textual que “Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación”, esto encierra a mi ver una condición obligatoria que deberá cumplirse para luego proceder a la controversia formal por lo que deberá cambiarse el verbo de poder por deber, salvando la incongruencia existente.

*c) Al artículo 1119.* Conforme al texto de este artículo, el contendiente deberá notificar formalmente su intención de enderezar una reclamación vía el arbitraje con una antelación de 90 días, lo que queda claro, más no así sobre cuándo deberá iniciarse el procedimiento contencioso.

Puede suceder por ende que sólo se prevenga al receptor de dicha posibilidad o sea que todo quede en una amenaza al no continuar con el siguiente paso.

Considero que por congruencia y seguridad jurídicas debe consignarse también un término fatal para la presentación de la demanda so pena de que precluya su derecho de acción en caso de silencio.

Tengamos presente que el espíritu de la Sección B es dar seguridad y confianza a todos los involucrados, incluyendo al Estado receptor y que el mecanis-

mo de la Sección B tiene implícitamente este propósito como se desprende del sin fin de requisitos y condiciones, para disuadir y evitar las reclamaciones, de ahí que nuestra propuesta vaya en este sentido y cerrar por consecuencia la opción que se abre al llevar a cabo la notificación de cuenta.

*d) Al artículo 1131.* Nuevamente nos topamos con el problema de la generalidad del precepto y la necesidad de interpretarlo.

Así tenemos que el primer párrafo se refiere al derecho aplicable y nos remite únicamente a dos fuentes que deberán considerar los panelistas eventuales las que son:

- a) El TLCAN.
- b) El derecho internacional.

De esta manera, por arte de magia, un particular que sea inversionista, se convertirá en sujeto directo e inmediato del derecho internacional como si fuera un Estado.

Conforme pues al párrafo comentado el tribunal deberá acudir al "Derecho Internacional" para investigar qué normas serán las aplicables.

Como es sabido, el Derecho Internacional es muy escueto en este apartado y en los casos en que ha sido necesario precisar los conceptos correspondientes, se ha batallado enormemente.

La única referencia precisa que se tiene para saber cuáles son las fuentes del mismo, se encuentra en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia por lo que nos preguntamos si éstas son a las que se refiere el artículo 1131 comentado.

Existiendo a la fecha numerosos casos ventilados al amparo del capítulo XI, consideramos que ha llegado el momento de decantar los criterios observados por los árbitros y establecer lo que sea pertinente para acotar el precepto modificándolo por lo tanto en lo que corresponda.

*e) Al artículo 1136.* Este precepto se ocupa de la ejecución del laudo cuando haya adquirido esta condición y el obligado no lo acate, por lo que el afectado podrá acudir para su cumplimiento forzoso al mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 2208 del TLCAN o bien al que se encuentre previsto en los siguientes ordenamientos jurídicos:

- a) Convenio del CIADI
- b) Convención de Nueva York
- c) Convención Interamericana

Sin embargo se previene expresamente en el párrafo sexto del artículo in commento que el afectado pueda acudir a uno y al otro, lo cual es verdaderamente incomprensible.

Sin mayores comentarios sugerimos simplemente que se establezca la elección forzosa de foros evitándose así la concurrencia de los mismos.

Cierro esta parte dedicada al tema central del Capítulo XI, con una severa crítica al mecanismo comentado que ya adelantamos consistente en que es discriminatorio en perjuicio de los inversionistas nacionales pues ellos no pueden ser sujetos del derecho de acción contra el Estado receptor cuando éste sea su propio Estado (artículo 1116.1).

Este menosprecio al nacional se da en los tres países y durante la negociación del TLCAN me opuse a esta actitud discriminatoria. Y muy particularmente en el caso de México por la violación que encierra a la Cláusula Calvo cuya esencia para nuestro propósito estriba en que:<sup>58</sup>

“Los extranjeros no deben tener más derechos que los que se conceden a los propios nacionales”<sup>59</sup>

Mi oposición y razonamientos de porqué no debería aceptarse dicha violación, no fue objeto de ninguna consideración.

## VI. Capítulo XIX

Sugiero:

- a) Considerar la reincorporación del original párrafo 4o. que existía al Artículo 1901 fruto de las negociaciones sobre el tema y que habiendo aparecido en la primera edición en español del Tratado, publicada en 1993 por la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, hoy Secretaría de Economía, inexplicablemente desapareció del texto final aprobado por las Partes.

Dicho párrafo 4o. rezaba así:

<sup>58</sup> *El Nacional* 3 de junio de 1992.

<sup>59</sup> Gómez Robledo Verduzco, Alonso, “Cláusula Calvo”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo C, 2002.

## EL COMERCIO DE MÉXICO A 15 AÑOS DEL TLCAN: RECOMENDACIONES

---

“Los asuntos para los cuales se disponga de manera específica, la revisión por medio del panel o comité conforme a este capítulo, no podrán someterse a ningún otro procedimiento de solución de controversias según este tratado.”

Cualquier controversia como se establece específicamente en este capítulo para la revisión de un asunto mediante un panel o comité, se apegará a lo dispuesto al Capítulo XX” Disposiciones Institucionales y procedimientos para la solución de Controversias.<sup>60</sup>

Por razones desconocidas se hizo la mutilación del texto en cuestión y pese a las indagaciones personales realizadas inclusive con el asesor norteamericano jurídico en jefe para el Gobierno Mexicano, no he podido conocer la respuesta.

Un misterio más que añadir a los que se han dado en el TLCAN.

La primera parte del párrafo en cuestión me parece reveladora pues pone en evidencia un criterio de los negociadores en cuanto a la eliminación de foros que aunque reducido el Capítulo XX cuyo artículo 2005 nos indica que existe la posibilidad de que las diferencias sujetas al mismo se puedan llevar indistintamente al foro del GAAT ahora OMC o bien manejarse ante un panel del TLCAN en cuyo caso un foro automáticamente excluirá al otro.

Es de lamentarse la cirugía comentada pues su ausencia ha dado pie a que se haya tramitado un caso concomitantemente ante ambos.<sup>61</sup>

Resalto que el párrafo eliminado era perfectamente entendible y su existencia obedecía a una lógica jurídica y era perfectamente congruente con los demás sistemas de solución de controversias comprendidos en el Tratado.

Por su ausencia injustificada y por la evidencia de su necesidad, deberá modificarse el texto del artículo 1901 e incorporarse dicho párrafo eliminado o en su lugar establecer en algún otro sitio del Capítulo la exclusión de foros tal como aparece en el párrafo 6 del artículo 2005 invocado.

b) *El artículo 2004*, presenta diversas deficiencias que habrán de ser corregidas. Señalo en seguida algunas de ellas.

<sup>60</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte- SECOFI, impreso en los talleres Grafico de la Nación- 2 tomos, pág. 303. No apareciendo fecha de publicación, según mis notas debió ser en el mes de agosto de 1993 pues lo utilicé en la preparación de mi ponencia El Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio” presentada en el Seminario Internacional sobre Prácticas Desleales de Comercio “publicada en la memoria correspondiente por el Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-1995.

<sup>61</sup> Caso sobre prácticas desleales (dumping) respecto de importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos de América. exp. MEX-USA-98-1904-01 y EXP.WT/DS132/2 october 1998.

1.- El párrafo 1 contiene una obligación que las Partes asumen consistente en reemplazar la revisión judicial interna de las resoluciones sobre prácticas desleales por la revisión que lleve a cabo un panel binacional.

Esto no es así pues en ningún momento los negociadores consideraron llevar a cabo tal renuncia, según desprendo de mis notas de bitácora levantada en el cuarto de a lado como Coordinador de las mesas correspondientes.

Confirma mi aseveración el propio texto del Artículo 1904 en diversos párrafos como sucede entre otros en el caso del párrafo 10.a), así también con el párrafo 11 al decirnos que: "Una resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la parte importadora, cuando una parte implicada solicite la instalación de un panel..." .

O bien al leer el siguiente párrafo marcado con el número 12 al precisar que éste artículo no se aplicara, "Como consecuencia directa de la Revisión Judicial de la Resolución Definitiva original." .

Como resulta evidente deberán corregirse éstas incongruencias pues sólo producen confusión.

Del asunto ya me he ocupado desde hace tiempo y he tratado de explicarme el porqué existe dicho error tal como aparece en mi libro "El TLC. Controversias, soluciones y otros temas conexos."<sup>62</sup>

2.- La critica que hemos enderezado en contra de la falta de precisión de algunos conceptos, la enfocamos ahora sobre el párrafo 3o.del artículo 1904 Cuando previene que:

"El panel aplicara los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911 y los principios generales del derecho... ".

Nos preguntamos ¿a cuales se refiere? ¿A los prevalentes del derecho procesal, a las garantías constitucionales o a los derechos humanos?

Así también cuando se refiere a los que "un tribunal de la parte importadora aplicaría..." Sin precisar en mayor abundamiento que tipo de tribunales son a los que se refiere.

Es evidente que podemos suponer algunas respuestas a los cuestionamientos anteriores pero esto no brindará certeza jurídica lo que nos parece mal.

Por esto sugerimos que se precisen de la mejor forma posible siguiendo la pauta que precisamente nos marca el enunciado del párrafo 3o. Comentado y así ya no se dará pie a ninguna duda y los criterios atendibles quedarán firmes.

<sup>62</sup> Editorial Porrúa, segunda edición, 2002, páginas 13 a 15 inclusive.

## EL COMERCIO DE MÉXICO A 15 AÑOS DEL TLCAN: RECOMENDACIONES

---

3.- Con anterioridad he señalado y ahora lo repito por ser el momento adecuado, la falta de precisión jurídica que también existe en la parte final del párrafo 4o. del comentado Artículo al sentenciar que si no se solicita la instalación del panel en el término legal: "...prescribirá el derecho de revisión por un panel."

En efecto cada aseveración comprende un error técnico jurídico ya que el no ejercicio de un derecho de acción procesal se denomina "preclusión" y no "prescripción".<sup>63</sup>

4.- Siempre me pregunto cuál es la diferencia conceptual entre un panel y un comité ya que en el presente capítulo XIX, se contemplan ambos y aparentemente su funcionamiento es similar

En efecto se distinguen:

- Los paneles consignados en los artículos 1903.1 y 1904.2.
- Los comités a que se refieren tanto el Anexo 1904.13 párrafo 1o. como el Art. 1905.2.

Hasta ahora no me ha sido posible encontrar diferencias de fondo entre ambos máximos cuando uno de ellos se ha utilizado en múltiples ocasiones, otro en pocas y los otros en ninguna según entiendo. Alguna razón habrá para que los negociadores los distingieran.

5.- Nos hemos referido anteriormente al artículo 1905.2 que contienen referencias a los panelistas y a sus atributos.

En aras de una mayor claridad sugiero se modifique simplificándose, la redacción toda vez que las repeticiones que aparecen sobre todo en los primeros párrafos son ambiguas y oscuras.

Deberá asimismo estimarse que los candidatos enlistados conforme al párrafo 1o del Anexo, reúnen en principio todas y cada una de las cualidades requeridas, por lo que no podrán ser rechazados los panelistas sin que medie alguna causa justificada ya que por ahora hemos conocido las situaciones en que una PARTE consultada sobre la inclusión de un panelista a formar parte de un panel fue rechazada solamente por existir antipatía en su contra lo que constituye una arbitrariedad.

6.- Sobre el mismo tema tenemos que el párrafo 6o. contempla la posibilidad de que un panelista sea removido por violación al Código de Conducta "(Art.

<sup>63</sup> Pallares Eduardo: "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Porrúa México, 1960 Pagina 538- Servera Francisco y de Casso Ignacio: "Diccionario de Derecho Privado " -Labor- Barcelona, tomo 2 1954 pág. 3080- García Baldecasas Alfonso, Diccionario de Derecho Privado- Labor ,España 1960 pagina 721- Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM México 2005.

1909), descansado la activación del proceso en la opinión que una parte tenga sobre un sujeto en particular más no cuando los interesados participantes en el caso de revisión lo perciban.

Esto lleva a que quien se sienta afectado tenga necesariamente que motivar a su gobierno para que éste si así lo estima, actué en consecuencia. No se escapa que dicha tarea no es fácil pues si la parte se decide y plantea el problema, se molestará quien lo propuso y de esta manera dicha revisión es muy difícil que marche.

Nuestra experiencia directa así no lo ha mostrado.

Deberá pues modificarse dicho párrafo 6o. dando cabida a los directamente interesados para que sean ellos quienes planten su problema lo que se nos ocurriría podrían hacer ante la propia Comisión de Libre Comercio, y entonces las Partes podrán intervenir.

Más sugerencias se podrán plantear pero estimo que los presentados reflejan puntos básicos para mejorar el Acuerdo y sus efectos futuros.

Terminamos el presente análisis haciendo votos porque este esfuerzo no se quede encerrado en este documento sino que trascienda en algo práctico unido a las propuestas de los demás participantes del coloquio que nos ha convocado.

### VIII. Bibliografía

- Aguirre, Mayra N., "Excelencia en puertos...", Centro de Estudios Industriales, Frenar la competitividad de los rezagos industriales, *El Economista*, 18 de marzo, 1991.
- Barrier, Mathew, "Regionalization: the choice of a new millennium", *Currents*, South Texas College of Law, Vol. IX, Num. 2, 2000.
- Borja T., Arturo, *Para evaluar al TLCAN*, México, ITESM, Miguel Ángel Porrúa, 2001.
- Calle, Luis de la, "El campo mexicano antes y después del TLCAN", en *Crisis alimentaria: ¿qué hacer para enfrentarla?*, FORMA, Núm. III, Nov-Dic., 2008.
- Chávez Maya, Héctor, "Fracasó el Acuerdo Nacional para el Campo", *El Financiero*, 27 de abril 2009.
- Cruz Miramontes Rodolfo La relación comercial entre México y los Estados Unidos de Norteamérica, "EL FORO, TOMO III- 1-1990.
- \_\_\_\_\_ "Méjico debe negociar el TLC como país en desarrollo", en revista de Gaona José Luis, *el Economista*, primera plana Sección comercio Exterior,-26 de Marzo de 1991.
- \_\_\_\_\_ "Hacia un nuevo estadio del TLCAN: ASPAN, TLCAN PLUS o Integración de mercados - 1-XII-2007.

EL COMERCIO DE MÉXICO A 15 AÑOS DEL TLCAN: RECOMENDACIONES

---

- \_\_\_\_\_ "El ALCA: fundamentos jurídicos y su relación con otros acuerdos de comercio internacional", en Oropeza García, Arturo (Coord), "ALCA, un debate sobre la integración", México, 2003,
- \_\_\_\_\_ "Implicaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Canadá en el Acuerdo Latinoamericano de Integración", *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año 2, Núm. 5, 1991.
- \_\_\_\_\_ , "La Cláusula de Nación Más Favorecida y su adecuación al TLCAN en el marco de la ALADI", en *Un homenaje a Don César Sepúlveda*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.
- \_\_\_\_\_ "Las inversiones extranjeras en el TLCAN: diez años de experiencia", en "Estudios Jurídicos" en homenaje a Marta Morineau, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo II, 2006,
- Diario Oficial de la Federación* de 24 de diciembre de 2008.
- Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1970.
- Diario Oficial de la Federación* de 6 de noviembre de 1986.
- Diario Oficial de la Federación* del 18 de marzo del 2009.
- El Economista*, 28 de marzo de 1991, *Suplemento Comercio Exterior*.
- El Financiero*, 23 de enero, 2009,
- Enríquez Rubio, Ernesto, "Una política pública integral para el campo: una decisión diferida", en *Crisis alimentaria: ¿qué hacer para enfrentarla?*, FORMA, Núm. III, Nov-Dic., 2008.
- Faux, Jeff, "Economía y democracia en la constitución del TLCAN", *Foreign Affairs*, Vol. 4, Núm. 1, 2004,
- Gómez Robledo Verduzco, Alonso, "Cláusula Calvo", *Enciclopedia jurídica mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo C, 2002.
- Hargrove, Basil "Buzz", "Evaluación de una década", *Foreign Affairs*, Vol. 4, Núm. 1, 2004.
- Hufbauer, Gary C. y Shott, Jefrey, *NAFTA Revisited*, Washington D.C., Institute for International Economics, 2005.
- Leycegui, Beatriz y Fernández de Castro, Rafael, *¿Socios naturales? Cinco años del TLCAN*, México, ITAM, Miguel Angel Porrua, 2000.
- Moyers, Bill, "Bill Moyers Report", *Global Economy*, Enero, 2002. Tacket, Allen, "NAFTA Chapter Eleven and dispute resolutions: is US State sovereign immunity at risk?", *John Hopkins Journal of American Politics*, Octubre, 2002.
- Pallares Eduardo: "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Porrua México, 1960
- Pastor, Robert, "La segunda década de América del Norte", *Foreign Affairs*, Vol. 4, Núm. 1, 2004.
- Posadas, Alejandro y Vega, Gustavo enlistan varios casos que pueden auxiliar a efectos de precisar estos puntos en El Capítulo 11 (sic) del TLCAN: "Protec-

- ción a la inversión extranjera en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en Witker, Jorge (Coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Evolución Jurídica 10 años después*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.
- Prestowitz Craig, “Las otras WMD dirigidas a Estados Unidos”, *Foreign Affairs*, Vol. 4, Núm. 1, 2004.
- Randall, Laura, “Hacia un mercado común legal en el hemisferio occidental”, *Foreign Affairs*, Vol. 2, Núm. 1, 2003.
- Servera Francisco y de Casso Ignacio: “Diccionario de Derecho Privado ”.-Labor- Barcelona, tomo 2 1954 García Baldecasas Alfonso, Diccionario de Derecho Privado- Labor, España 1960 pagina 721- Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM México 2005
- Vega Cánovas, Gustavo *et.al.*, México, *Estados Unidos y el Canadá: resolución de controversias en la era post TLCAN*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, COLMEX, 2004.
- Witker, Jorge (Coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Evolución Jurídica 10 años después*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.