

## Iniquidad jurídica en el **Tratado de Libre Comercio** de **América del Norte**

RAFAEL SOSA  
CARPENTER\*

**E**scribir sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) resulta todo un reto porque implica referirse a un tema crucial y polémico para el país. La interdependencia entre México y Estados Unidos hace indispensable mantener reglas claras que definan no sólo un intercambio comercial sino algo más. No obstante, hay muchos errores, tanto en el TLCAN como en las leyes nacionales, que deben corregirse porque originan una iniquidad en el trato que canadienses y estadounidenses dan a los mexicanos.

### LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA: EL PASO DE LA VISIÓN GEOPOLÍTICA A LA GEOECONOMÍA

**L**a integración económica<sup>1</sup> es producto de los rápidos cambios en el escenario económico mundial: la caída del bloque comunista; el fortalecimiento interno de la Unión Europea; el mayor peso de la Cuenca del Pacífico en el comercio mundial; las crisis financieras de México, Brasil, Argentina, Rusia y Japón; la formación del Mercosur, y la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Son hechos que

1. Se define la integración económica como el proceso mediante el cual dos o más mercados nacionales se unen para formar uno solo de dimensión más idónea y que implicaría el cambio de soberanía nacional a instituciones comunes supranacionales.

\* Catedrático de Comercio Internacional en la Universidad Chapultepec, A.C., y socio de Consultores en Comercio Exterior y Aduanas, S.C. <rafasosa@mailbanamex.com>.

reflejan una recomposición del mundo en bloques económicos regionales más en términos geoeconómicos que geopolítico-militares.

Técnicamente una integración económica debe ser evaluada mediante la creación de comercio<sup>2</sup> y la desviación del mismo.<sup>3</sup> Sin embargo ésta afecta otros aspectos económicos y políticos: mejora el acceso a los mercados externos, fomenta las economías de escala, ayuda a prevenir guerras civiles,<sup>4</sup> genera mayor cooperación entre las partes y asegura la prevalencia de determinadas reformas económicas y democráticas, presentando al país como nación confiable para la inversión extranjera.

Como todo proceso, la integración tiene sus ventajas y desventajas. Sus beneficios se pueden medir en distintos niveles dependiendo en mucho de la asimetría de las partes y el plan a largo plazo que los socios persigan para sobrevivir en un mundo de bloques regionales. De acuerdo con la teo-

2. Se da cuando se aprovecha la ventaja competitiva de los países para fabricar un bien a menor costo y se abastece a los integrantes del bloque con productos bien hechos y más económicos, lo que optimiza la producción en la región y propicia precios menores en beneficio de la población.
3. Se da cuando el bloque comercial discrimina los productos del resto del mundo privilegiando los producidos en el país socio aunque sean ineficientes y caros.
4. Como sucedió en el caso de España con su ingreso a la Comunidad Europea al reducir las tensiones heredadas de la Guerra Civil que pudieran aparecer tras la muerte de Franco. Lo mismo pudiera ser aplicado al caso mexicano en la transición del poder derivada de las elecciones del 2 de julio de 2000 cuando el partido en el poder tras 71 años entrega pacíficamente el gobierno a la oposición; es difícil pensar que esto sucediera de esta forma sin un TLCAN o el acuerdo comercial con la Unión Europea que incluya la cláusula democrática.

ría la integración económica, ocurre por etapas: desde la más simple como el club de comercio preferencial, pasando por la zona de libre comercio, la unión aduanera y el mercado común, hasta la más ambiciosa unión económica.

#### EL MERCADO DE AMÉRICA DEL NORTE, UNA IDEA HISTÓRICAMENTE ANHELADA

La idea de crear un espacio económico integrado en América del Norte no es nueva. Los antecedentes se remontan a 1860 cuando se trata de ratificar el fallido Tratado Mc Lane-Ocampo que buscaba una zona de libre comercio entre Estados Unidos y México. Por muchos años la idea pasó a segundo término hasta que los gobiernos estadounidenses de Carter (1976-1980) y Reagan (1980-1988) presentaron la idea de crear un Mercado Común de América del Norte (MCAN) que incluía un proyecto de mercado común energético, el cual pese a todo no agradó a México. Sin embargo, años más tarde, en 1988, Canadá y Estados Unidos firmaron un acuerdo de libre comercio que integraba a dos de las economías más desarrolladas del mundo y conformó un espacio económico regional en América del Norte.

Más tarde, el presidente George Bush (1988-1992) anunció la Iniciativa para las Américas a fin de crear una zona de libre comercio continental que iniciaría con la firma de acuerdos de libre comercio con países de América Latina y el Caribe. La Iniciativa definía de manera expresa un tratado de libre comercio con México como primer paso para su cristalización. Así, en 1992 México firmó el TLCAN con Estados Unidos y Canadá, que entró en vigor en enero de 1994.

#### EVOLUCIÓN DEL TLCAN: COMERCIO EXTERIOR

El principal tema de negociación de un tratado de libre comercio es la eliminación de los aranceles, los cuales se usan como mecanismo de protección de la industria nacional o de promoción industrial al privilegiarse la importación de insumos más baratos a fin de que la industria nacional fabrique con menores costos.

La reducción arancelaria no fue tan importante para Estados Unidos y Canadá como para México. Un año antes de la entrada en vigor del TLCAN el arancel estadounidense a los productos mexicanos era de 3.3%; en 2001 el promedio se ubicó en 0.10%, aunque para aquellos países con los que Estados Unidos no tiene tratado comercial el arancel fue de 2.69%. Lo mismo sucedió con Canadá: en 1993 el arancel promedio para productos mexicanos fue de 2.4%, en 2000

fue de 0.3%, cuando para otros países fue de 3.5%.<sup>5</sup> Por su parte, México mantenía en 1993 un arancel promedio de 15%; en 2001 para esos países el arancel promedio rondó en 2%. Lo relevante del caso es que México negoció aranceles con economías con diferentes grados de desarrollo y a veces sin considerar los riesgos en sectores económicos como el agropecuario.

La reducción de aranceles ha generado un crecimiento importante del comercio. De 1994 a 2001 el comercio entre los socios creció 115%. En sólo siete años, el comercio trilateral pasó de 339 000 millones de dólares a 622 000 millones. Sin embargo, este comercio se centra en Estados Unidos, de cuya economía dependen en gran medida Canadá y México. Datos de la OMC señalan que 87% de las exportaciones canadienses se destinan a Estados Unidos (241 590 millones de dólares), frente a 0.5 a México.<sup>6</sup> Lo mismo sucede con México: en 1999, 89% de las exportaciones se dirigieron a Estados Unidos, mientras que a Canadá apenas 2%. Por su parte Estados Unidos depende en mucho menor medida de Canadá y México pues solamente les destina 37% de sus exportaciones totales y compra de Canadá (su principal proveedor) 19% del total de sus importaciones y de México (su cuarto socio comercial por abajo de la Unión Europea y Japón) 11.2% (140 400 millones de dólares). Esto implica que sus dos socios del TLCAN apenas cubren 30% de sus importaciones. De manera que Estados Unidos no depende tan radicalmente de Canadá y México como éstos de Estados Unidos.

El sector agropecuario es un caso particular. En términos generales los aranceles sobre los productos agrícolas se reducirán en fases de cinco, 10 y 15 años. México manejó productos sensibles en los cuales eliminará por completo los aranceles en 15 años: azúcar, huevo, carne de puerco, productos lácteos, frijol y maíz. De hecho, los aranceles que impone sin preferencia de un TLC son de los más altos de la lista arancelaria de los productos que importa México.

El TLCAN permite la importación de cierta cantidad de producto sin arancel o con uno reducido, mientras aquellas importaciones que estén por encima de esa cantidad pagarán un arancel más alto. México aplica estas medidas cuantitativas (cupos arancelarios) a esos productos. Sin embargo, con el TLCAN la reducción de aranceles es significativa aun sin el cupo arancelario (que los exenta del pago), toda vez que cumpliendo las reglas de origen obtienen un descuento considerable. Como ejemplos están el huevo (el arancel de 46% se

5. Secretaría de Economía, *El TLCAN y México*, presentación electrónica, abril de 2002.

6. Organización Mundial de Comercio, *Anuario Estadístico 2001*, Ginebra, 2002, p. 125.



reduce a 9.5%), la leche (de 128% se reduce a 70.8%), las papas (de 251 a 51.6 por ciento), el maíz amarillo y blanco (de 198 a 70.4 por ciento), el frijol (de 128 a 70.4 por ciento). Todos son productos vitales para la población mexicana.

De acuerdo con la teoría de la integración económica, existe creación de comercio cuando se remplazan los productores ineficientes por aquellos que no lo son. Sin embargo, un productor puede ser más eficiente con los subsidios que le otorgue el gobierno,<sup>7</sup> los cuales están permitidos por el TLCAN con la condición de que los gobiernos que deseen incrementarlos o modificarlos tomen en cuenta las repercusiones en sus socios y mantengan consultas sobre su aplicación. En este caso la anuencia gubernamental no significa que se legitime el subsidio o la subvención dejando como única defensa de los productores su propia eficiencia productiva.<sup>8</sup> Es obvio que México no puede enfrascarse en una guerra de subsidios con Estados Unidos y la única forma de combatirlos es imponiendo cuotas compensatorias. El problema es que para México el sector agrícola representa una fuente de trabajo muy importante (20% de la población mexicana se dedica a la agricultura) cuando en los otros socios no llega ni a 5%.<sup>9</sup> De allí que el campo mexicano sea más importante para México de lo que se cree y más cuando se trata de ser autosuficiente en materia de alimentos sensibles, puesto que puede ser un elemento que determine la debilidad de un país en política internacional y la dependencia del mismo respecto a los proveedores.<sup>10</sup>

## LOS PELIGROS DEL TLCAN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

**P**ara cualquier país, un tratado guarda una alta jerarquía en su sistema jurídico por ser éste un instrumento de derecho internacional. Los tratados no pueden ir en contra de la Constitución pues ésta, junto con los tratados, es la ley suprema de la nación por encima de las leyes federales o estatales. Con los tratados se incorporan disposiciones de derecho internacional al sistema jurídico mexicano y por su importancia se celebran y aprueban por el presidente y el Senado, respectivamente.

7. El 14 de mayo de 2002, el presidente estadounidense George W. Bush firmó la ley agrícola que autoriza nuevos subsidios al sector agropecuario e implica el desembolso de 173 500 millones de dólares en los próximos 10 años.

8. Eduardo Alcaraz Ortiz y Gabriela Alcázar Prous, "TLCAN, sector agropecuario mexicano y comercio desleal", *Comercio Exterior*, vol. 51, núm. 6, México, junio de 2001, p. 512.

9. Datos de la OCDE, *Anuario Estadístico 2001*.

10. Morgentau Hans, *El poder nacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 146.

Con el objetivo de regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales en 1992 se publicó la Ley sobre la Celebración de Tratados<sup>11</sup> en la que se establecen dos instrumentos por lo cuales se incorporan al sistema jurídico mexicano disposiciones de derecho internacional: 1) por medio de los tratados y 2) mediante acuerdos interinstitucionales. Según esta ley, éstos se podrán celebrar por escrito entre una dependencia u organismo descentralizados de la administración pública (federal, estatal o municipal) y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, sea que deriven o no de un tratado previamente aprobado. Los acuerdos deberán circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de las esferas de gobierno mencionadas y debe avisarse de su firma a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Con esta ley, los acuerdos adquieren el rango de un tratado internacional, algo ridículo porque incorpora al sistema jurídico nacional disposiciones internacionales negociadas por un funcionario sin la aprobación del Senado y que pueden someter al país a compromisos en contra de su interés nacional. El ejemplo más claro son las cartas paralelas suscritas en 1993 por los secretarios de Comercio de México y Estados Unidos y aprobadas por el Congreso de Estados Unidos, por las cuales el gobierno mexicano se autolimita a exportar menor cantidad de azúcar y jugo de naranja que la negociada en el TLCAN, lo que genera problemas de colocación en los mercados de estos productos.

## INVERSIÓN

**O**tro de los rubros de éxito del TLCAN es el de la inversión. De 1994 a 2000 las empresas estadounidenses y canadienses invirtieron en México 43 000 millones y 2 900 millones de dólares,<sup>12</sup> respectivamente. El TLCAN ha generado incentivos para atraer inversiones, no sólo por el acceso al mercado estadounidense, sino por el marco jurídico que ofrece certidumbre jurídica, respetando los principios de trato nacional y de nación más favorecida.<sup>13</sup> Sin embargo, el TLCAN genera diferencias entre extranjeros y mexicanos.

11. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de enero de 1992.

12. Secretaría de Economía, *El TLCAN y México*, presentación electrónica, abril de 2002.

13. Principios por los cuales cada parte deberá conceder un tratamiento no menos favorable que el que concede a las inversiones de sus propios nacionales.

## Expropiación

Con base en las experiencias de la deuda ferroviaria<sup>14</sup> y la expropiación petrolera, el gobierno de Estados Unidos propuso ciertos principios para la expropiación: siempre y cuando existan causas de utilidad pública, sin discriminación por nacionalidad, mediante indemnización sin demora, liquidable en una moneda del Grupo de los Siete<sup>15</sup> e inclusión del pago de intereses.

Esta disposición va mucho más allá de lo que dice la propia Ley de Expropiación mexicana en su artículo 20: "La indemnización deberá pagarse dentro del término de un año a partir de la declaratoria de expropiación, en moneda nacional y sin perjuicio de que se convenga su pago en especie",<sup>16</sup> disposiciones que no incluyen la obligación del pago de intereses ni mucho menos en moneda extranjera y sí la posibilidad de pago en especie. Además, este procedimiento sólo se aplicaría a los inversionistas canadienses y estadounidenses y no a los mexicanos, con lo cual se establece una discriminación de trato a favor de los inversionistas extranjeros.

### Solución de diferencias entre una parte contratante y un inversionista

En el TLCAN un inversionista de Estados Unidos o Canadá puede demandar al Estado mexicano por violaciones en materia de inversión mediante tres opciones: presentar un recurso ante los tribunales nacionales, solicitar un panel de solución de controversias o recurrir al arbitraje.<sup>17</sup>

Esto constituye un cambio respecto a la tradición mexicana de aplicar la doctrina Calvo, por la cual un extranjero debe "renunciar a la protección diplomática de su Estado de origen y recurrir exclusivamente a los tribunales y a la legislación del Estado receptor. Los extranjeros pueden recibir un tratamiento igual que los nacionales, pero no un trato más favorable".<sup>18</sup> Es evidente que los inversionistas extranjeros

tienen preferencia sobre los mexicanos porque éstos sólo tienen la posibilidad de acudir a los tribunales nacionales interpretando las leyes nacionales (por ejemplo, la Ley de Expropiación), mientras que los canadienses y estadounidenses pueden escoger entre tres vías judiciales.

## PETRÓLEO

Mientras Canadá y Estados Unidos acordaron un comercio libre de petróleo, en el TLCAN el tema apenas se toca. Hasta finales del decenio de los ochenta la política petrolera mexicana trató de evitar que un solo país absorbiera más de 50% de las exportaciones energéticas. En 1990 cambió esa postura al destinar 56% a Estados Unidos y sólo 0.4% a Canadá. Un año antes de la entrada en vigor del Tratado, en 1993, México destinaba 66% de sus exportaciones petroleras a Estados Unidos y 1.9% a Canadá. Para 1994 esta posición había cambiado de forma radical: 73% de las exportaciones mexicanas petroleras se enviaron a Estados Unidos y 1.4% a Canadá; en 2000 la relación fue de 75 y 1.7% por ciento, respectivamente.<sup>19</sup>

Con estas cifras bien se podría culpar al TLCAN del drástico cambio de la postura mexicana de diversificación de su comercio petrolero. Pero no fue así. La renegociación de la deuda externa en 1989, la guerra del Golfo Pérsico en 1991, la recesión económica europea en 1992-1993,<sup>20</sup> la crisis asiática de 1997<sup>21</sup> fueron los factores para dirigir la exportación petrolera hacia el mercado estadounidense, por esos años en franco crecimiento económico y demandante de mayor cantidad de energéticos. A pesar de ello, resalta la crisis devaluatoria del peso mexicano en 1994-1995, cuando el gobierno mexicano suscribió el paquete financiero de emergencia por 51 637 millones de dólares<sup>22</sup> que sirvieron para salvar al país de la bancarrota. Una de las condiciones del préstamo fue que en caso de incumplimiento en el pago 29% de los ingresos de Petróleos Mexicanos (Pemex) iría a una cuenta exclusiva en Estados Unidos. Con eso curiosamente se regresó a los esquemas de pago y garantía de antaño, cuando se comprometían los ingresos de las aduanas para pagar la deuda.<sup>23</sup>

14. Deuda por la cual los inversionistas estadounidenses reclamaron a los gobiernos posrevolucionarios el pago de 50 millones de dólares en bonos hipotecarios de deuda interna emitidos en 1908 y 1909 por el gobierno de Porfirio Díaz a cambio de las concesiones ferroviarias que entonces tenían y cuya acción permitió formar la primera empresa pública mexicana denominada Ferrocarriles Nacionales. Dicha deuda se pagó hasta la renegociación de la deuda externa en 1942 y 1946 con los convenios Montes de Oca-Lamont.

15. Las monedas del Grupo de los Siete son el yen (Japón), el euro (Alemania, Italia, Francia), el dólar estadounidense (Estados Unidos), el dólar canadiense (Canadá) y la libra esterlina (Reino Unido, hasta 2003).

16. Ley de Expropiación, reformada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de diciembre de 1993 y 4 de diciembre de 1997.

17. Mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

18. Jon R. Johnson, *The North American Free Trade Agreement: A Comprehensive Guide*, Canada Law Book, Aurora, Ontario, 1994, p. 280.

19. Pemex Internacional, *Anuario Estadístico 2001*, Pemex Internacional, México, p. 51.

20. En especial de España, segundo comprador de petróleo mexicano.

21. En especial de Japón, tercer comprador de petróleo mexicano.

22. Suscrito en febrero de 1995 por las autoridades financieras de Estados Unidos (20 000 millones), el Banco de Canadá (1 100 millones), el Fondo Monetario Internacional (17 750 millones), el Banco de Pagos Internacionales (10 000 millones), el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial (2 787 millones).

23. Citado por *Milenio Diario*, 1 de febrero de 2001.



## EL TLCAN: MÁS QUE UNA ZONA DE LIBRE COMERCIO

Las disposiciones del TLCAN establecen formalmente una zona de libre comercio entre los tres países. Según la teoría, en una zona de libre comercio se eliminan de forma paulatina y negociada las trabas comerciales (en especial los aranceles y las regulaciones no arancelarias) que limitan el libre tránsito de bienes y servicios, a pesar de que cada país miembro mantiene su propia política comercial y su peculiar régimen arancelario frente a terceros países. En esta etapa no se hace necesario crear instituciones supranacionales, pero supone un aparato administrativo que coordine los mecanismos de desgravación arancelaria y evalúe el cumplimiento de los compromisos contraídos por las partes.<sup>24</sup> Sin embargo, el TLCAN va más allá de los aranceles puesto que incluye la promoción de competencia leal y la inversión, la protección de derechos de propiedad intelectual y los procedimientos de solución de controversias, así como temas laborales y ambientales. No es una zona de libre comercio ni mucho menos un mercado común<sup>25</sup> sino algo más. El TLCAN vino a regular las relaciones de interdependencia que existen con Estados Unidos y a abrir un nuevo mercado para México: Canadá. Es con este país con quien hay que cooperar como socio comercial y político a fin de crear un contrapeso frente a las decisiones de Estados Unidos.


En diciembre de 1994 México se quedó prácticamente sin reservas internacionales, al tiempo que el déficit de la cuenta corriente registró un grave deterioro; ante ello se consideró imponer límites a las importaciones y fijar controles a las salidas de capital para mantener las reservas o devaluar la moneda. Sin embargo, el TLCAN acotó las opciones; como las restricciones a las importaciones y los controles de cambios son contrarios al Tratado, la única medida fue la devaluación. Con esto se mostró que existe poco margen de maniobra de la economía. Aunque también demostró que el TLCAN ayudó a sortear más rápido la crisis con el incremento de las exportaciones y el paquete financiero de 50 637 millones de dólares, algo que Argentina no puede conseguir.

Es evidente que la integración en un bloque regional implica coordinar políticas regionales. México no tiene capacidad por sí mismo para confrontar la inercia de la integración.

La estrategia debe ser cooperar y participar en las discusiones de este bloque comercial y defender hasta donde sea posible su nicho comercial privilegiado como proveedor de insumos y manufacturas a Estados Unidos y Canadá frente a sus competidores latinoamericanos y asiáticos. La clave para ello es mejorar las condiciones de competitividad en México por medio de inversiones en tecnología, educación, infraestructura, eficiencia gubernamental, seguridad, etcétera.

Debe considerarse que en el mundo muchas personas asocian a México como parte del bloque TLCAN y no como país independiente. Ése es el riesgo de una integración comercial. Francia y Alemania son parte de la Unión Europea y no por ello han dejado de ser orgullosamente franceses o alemanes. Ello implica que el concepto de soberanía se está transformando en un mundo de regionalismos. Pero “la soberanía no radica en la defensa de un Estado pobre, sino en la promoción de desarrollo, justicia y dignidad para los mexicanos”.<sup>26</sup>

La política exterior mexicana debe tender hacia el multilateralismo, presentando a México como independiente (sobre todo de Estados Unidos) y al mismo tiempo como un país cooperativo con la comunidad internacional. Ello explica la integración de México al Consejo de Seguridad de la ONU, la sede de la Cumbre sobre Financiamiento al Desarrollo de la ONU en Monterrey, la Cumbre del mecanismo de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) en octubre de 2002, la próxima cumbre Ministerial de la OMC en 2003 y la sede de las reuniones de negociación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) en 2005.

Con todo, deben mantenerse como prioridad las negociaciones bilaterales con Estados Unidos en materia de comercio, migración y apoyos al desarrollo en el marco del TLCAN. Es cierto que resulta complicado cumplir estas metas, sobre todo por lo que puede solicitar Estados Unidos a cambio (apoyo a la guerra contra Irak, el narcotráfico y el terrorismo, etcétera). Sin embargo, poco a poco la vorágine del mundo y la competencia asiática y europea han hecho entender a los funcionarios de ambos países que se debe cooperar y crear una agenda común para dar la cara como un bloque regional unido más que como una simple asociación de países independientes con intereses disímboles. Ése resulta el verdadero reto para Méxicc. 

24. Chacholiades Miltiades, *Economía internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1994, p. 191.

25. Un mercado común es la etapa en la que se suprimen las restricciones comerciales al movimiento de factores de producción (capital, mano de obra, organización y tecnología).

26. Canet Gutiérrez, *Necesaria, una nueva política exterior*, Página Uno, Suplemento dominical de *Unomásuno*, 5 de noviembre de 2000, p. 28.