



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS ECONÓMICO Y JURÍDICO
DE LAS BARRERAS NO
ARANCELARIAS. EL CASO
REPRESENTATIVO DE LA LEY
CONTRA EL BIOTERRORISMO
NORTEAMERICANA.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
HÉCTOR ALEJANDRO ATONDO SIU





Universidad Nacional
Autónoma de México

Biblioteca Central

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO



REGISTRO DE INSCRIPCIÓN AL SEMINARIO

Nombre: HECTOR ALEJANDRO ATONDO SIU		
Num. Cta: 400092058	Fecha de Inscripción: Febrero 27 de 2008	Fecha Limite: Febrero 27 de 2010

Título de la Tesis: ANÁLISIS ECONÓMICO Y JURÍDICO DE LAS BARRERAS NO ARANCELARIAS. EL CASO REPRESENTATIVO DE LA LEY CONTRA EL BIOTERRORISMO NORTEAMERICANA.

Asesor: CARLOS HUMBERTO REYES DIAZ

Seminario: ESTUDIOS SOBRE EL COMERCIO EXTERIOR

Estado: VIGENTE

Observaciones: CAUSÓ BAJA EL TEMA ANTERIOR "LAS BARRERAS NO ARANCELARIAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE" A PARTIR DEL 27/FEBRERO/2009

Ciudad Universitaria D.F. a 04 de Marzo de 2009

Lic. JOSE BARROSO FIGUEROA


Secretario General



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA GENERAL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR**

OFICIO APROBATORIO No. 3 /2009

**DR. ISIDRO AVILA MARTINEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE LA
U.N.A.M.
Presente.**

Distinguido señor Director:

Me permito informarle que la tesis para optar por el título de licenciatura, elaborada por el pasante en Derecho **HECTOR ALEJANDRO ATONDO SIU**, con número de cuenta **400092058** en este Seminario, bajo la dirección del **DR. CARLOS HUMBERTO REYES DIAZ**, denominada **"ANÁLISIS ECONÓMICO Y JURÍDICO DE LAS BARRERAS NO ARANCELARIAS. EL CASO REPRESENTATIVO DE LA LEY CONTRA EL BIOTERRORISMO NORTEAMERICANA"**, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día), a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Ciudad Universitaria, D. F., a 2 de marzo de 2009



DR. JUAN MANUEL SALDAÑA PEREZ
Director del Seminario
**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
ESTUDIOS SOBRE EL
COMERCIO EXTERIOR**

AGRADECIMIENTOS

A mi madre Ana María, la mujer más importante en mi universo, mi modelo a seguir por ser la representación del amor incondicional, la perseverancia, la inteligencia y la buena fe. Tu forma de ser y manera de vivir me inspiran todos los días para lograr mis metas y cumplir mis objetivos. Sin ti no soy y a ti te debo mi felicidad y mis sueños. Te amo.

A mi hermana Sandrita porque eres la ternura en mi vida y la aliada mas evocada. Eres la personificación de la amistad sin restricciones y del cariño sin condiciones. Gracias por ser mi amiga y enseñarme que la vida es riesgo, y que arriesgarse y buscar la felicidad es la oportunidad diaria que nos otorga Dios para ser mejores. Eres mi adoración nena.

A mi padre porque durante todas las etapas de mi existencia, me ha cuidado, protegido y amado. Sé que me estás viendo desde el cielo y espero orgulloso pienses en nosotros como nosotros incesantemente te recordamos y añoramos.

A mi hermano y mejor amigo Gilberto, único porque es perfecto, porque su manera íntegra de decir y hacer me ha enseñado a ser un mejor hijo, un mejor hermano, un mejor amigo y un mejor hombre, porque de él aprendí a ser fiel a mí palabra y a lo que creo, te quiero y te agradezco hermano.

A mi hermanita Anita, por ser mi alma gemela, mi mejor amiga y mi aliento diario. Porque tu manera sencilla de ser y de vivir es mi modelo a seguir, porque tu aspiración diaria a la genialidad es mi orgullo y porque orgullosa quiero que estés de mí, porque aun cuando eres la más pequeña, ocupas la porción más grande de mi alma, gracias amiga.

A los Doctores Carlos Humberto Reyes Díaz y Juan Manuel Saldaña por haberse constituido como piedras angulares en la elaboración del presente estudio, gracias porque con su paciencia y apoyo supieron transmitirme sus valiosos conocimientos.

A la UNAM, recinto de sabiduría eterna.

A mi novia Joanna, porque te tengo y no, porque te pienso...porque eres linda desde el pie hasta el alma, porque eres buena desde el alma a mí...porque todo tiene sentido cuando estoy contigo y porque comencé a vivir cuando te empecé a amar, eres mi estrella solitaria y el ángel particular enviado por Dios para guiarme y protegerme en todo momento. Gracias mi reina.

A mi profesor López, al maestro Vicente Ojeda, a Carlos Capello y a mis tíos Juan, Flor y Abel por haber conformado parte sustancial de mi vida, por sus consejos y oportunidades. En mi corazón, mi padre a través de ustedes sigue viviendo.

A la Facultad de Derecho, promotora y constituyente de mi quehacer jurídico.

A mis amigos Ricardo, José Israel, Joel, Jenaro, Ariadne, Claudia, Male, Arely, Marvin, Farid, Alonso, Ivan, José Luis, Javier, Yessica, Eduardo, Eduardo A., Alfonso, Cesar, Luis Rodrigo, Marco, Alejandro, Miguel Angel y Adolfo por brindarme su amistad sincera y apoyo incondicional, porque nuestra hermandad si bien no es consanguínea va mas allá de simples vínculos materiales, los quiero y les agradezco.

A Dios, porque con su infinito amor y cariño, ha guiado mis pasos y le ha dado el tiempo perfecto a mi vida.

CONTENIDO

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS JURÍDICOS.

I.	El Multilateralismo y Regionalismo en el contexto integracionista.	4
II.	Concepto de Área de Libre Comercio.	8
III.	Antecedentes del Área de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN).	9
	a. Adhesión de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT del 47, ahora GATT del 94).	12
	i. Principio de Trato Nacional.	13
	ii. Principio de la Nación más Favorecida.	13
	b. El Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos.	14
IV.	Características del Área de Libre Comercio con América del Norte.	18
	a. Acuerdo de voluntades.	18
	b. Delimitación geográfica del Área.	19
	c. Liberalización gradual de barreras comerciales.	19
	d. Cláusulas de salvaguarda.	20
	e. Productos originarios.	21
	f. Listas Nacionales.	25
V.	Objetivos del Área de Libre Comercio con América del Norte.	25
VI.	Conceptos de Competencia y Competitividad.	26
VII.	Entorno de las barreras comerciales en los diversos escenarios de la integración.	28

CAPÍTULO SEGUNDO.

LAS BARRERAS ARANCELARIAS Y NO ARANCELARIAS AL COMERCIO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS

I.	Las Barreras Arancelarias como parte del comercio exterior.	32
----	--	----

II.	Naturaleza jurídica de las mercancías objeto de Barreras Arancelarias. . .	34
III.	Concepto general de Barreras Arancelarias.....	35
a.	Aranceles de exportación.	36
b.	Aranceles de importación.	37
IV.	Elementos de las Barreras Arancelarias.	38
a.	Tipos de aranceles al comercio exterior.	39
i.	Ad valorem.	39
ii.	Específicos.....	39
iii.	Mixtos.....	39
b.	Las Tarifas de los Impuestos Generales de Exportación e Importación.	40
V.	Concepto general de Barreras No Arancelarias.....	40
VI.	Barreras No Arancelarias en la Legislación Mexicana.	43
a.	Permisos Previos.....	43
b.	Cupos Máximos.....	44
c.	Marcado de país de origen.....	45
d.	Certificaciones.	46
e.	Cuotas compensatorias por prácticas desleales.	46
i.	Dumping.....	47
ii.	Subvenciones.	49
VII.	Metodologías para la clasificación y cuantificación de BNAs.	50
a.	Clasificación y metodología de Deardorff.	53
b.	Método del impacto cuantitativo.	54
c.	Metodo conteo-frecuencia de BNAs.	56
d.	Métodos para cuantificar BNAs específicas.	57
VIII.	La Ley Contra el Bioterrorismo de EUA: caso representativo de BNAs como medida ultra-proteccionista.....	61
IX.	Excepciones para el establecimiento de BNAs.	66

CAPITULO TERCERO.

LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PARA BARRERAS NO ARANCELARIAS.

I.	Los paneles y los grupos especiales.....	71
II.	Selección del foro para dirimir las controversias.	74
III.	Procedimientos diplomáticos en la solución de diferencias en el marco de la OMC y el TLCAN.....	75
IV.	Solución de controversias por BNAs en la OMC.	77
	a) La Ley Contra el Bioterrorismo norteamericana y su argumentación ante los grupos especiales de la OMC.	78
	Condiciones Económicas.	82
	La evaluación de riesgos.....	83
	El principio de no discriminación.	84
V.	La solución de controversias relacionadas con BNAs en el TLCAN.	86
	a) La Ley Contra el Bioterrorismo norteamericana y su argumentación ante los paneles arbitrales del TLCAN.	90

CAPITULO CUARTO

LAS AGENCIAS Y SU PAPEL EN LA REGULACIÓN DE BARRERAS NO ARANCELARIAS

I.	Antecedentes de las <i>agencies</i>	95
II.	Concepto de agencia gubernamental.	97
III.	Clasificación de las agencias.....	100
IV.	Facultades de las agencias.	102
	a) Facultades Ejecutivas (Aquisition of Information).....	103
	b) Facultades Legislativas (<i>Rulemaking</i>).....	105
	c) Facultades Judiciales (<i>Adjudication</i>).	106
V.	La figura de las “agencias comunitarias”.....	108

CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA	116
HEMEROGRAFÍA.	118
LEYES.....	119
REGLAMENTOS.....	119
TRATADOS INTERNACIONALES.....	119
FUENTES.....	120

ABREVIATURAS.

ALADI	Asociación Latinoamericana de la Integración.
BAs	Barreras Arancelarias.
BNAs	Barreras No Arancelarias.
CEAs	Congressional Executive Agreements..
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
DSU	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.
EUA	Estados Unidos de Norteamérica.
FDA	Food and Drug Administration.
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947.
IEPS	Impuesto Especial sobre la Producción y el Servicio.
LA	Ley Aduanera.
LCE	Ley de Comercio Exterior.
MCN	Método de Costo Neto.
MVT	Método de Valor de Transacción.
OA	Órgano de Apelaciones.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
OIC	Organización Internacional de Comercio.
OMC	Organización Mundial de Comercio.
OSD	Órgano de Solución de Diferencias.
RLCE	Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
SCMCC	Sistema Codificación de las Medidas de Control del Comercio.
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

SPS	Acuerdo Sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio con América del Norte.
TRAINS	Sistema de Análisis e Información Comercial.
UNCTAD	United Nations Conference about Trade and Development.
VCR	Valor de Contenido Regional.
VMN	Valor de los materiales no originarios.
VT	Valor de Transacción.

INTRODUCCIÓN

La liberalización gradual de productos y servicios, la redistribución de territorios aduaneros, la integración de los mercados regionales, el rediseño de las fronteras económicas en todo el mundo así como la tendencia gradual hacia la formación de una comunidad global, representan un fenómeno que está adquiriendo gran relevancia para la economía internacional. Este fenómeno toma a su vez mayor importancia considerando los múltiples acuerdos ya existentes para la constitución de bloques regionales comprendidos dentro de alguna de las etapas de integración como lo son el Área de Libre Comercio, la Unión Aduanera, el Mercado Común, la Unión Económica y Monetaria y la Unión Política.

Para México desde su adscripción formal al “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio” de 1947 (GATT), la constitución de la Organización Mundial de Comercio en 1994, pasando por la firma del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN), y hasta la firma del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, la liberalización del comercio y los panoramas de multilateralismo y regionalismo han constituido el camino a seguir para su desarrollo tanto tecnológico, político y económico, así como para el establecimiento de la libre competencia como método para fomentar competitividad. Sin embargo, el surgimiento de circunstancias atenuantes tales como las Barreras No Arancelarias (BNAs), la falta de reconocimiento por parte de los Estados de restricciones absurdas impuestas a la comunidad internacional amparados en la bandera de “seguridad nacional” además de la infinidad de normas tales como la *Bioterrorism Act of 2002* la cual es el caso más representativo de incumplimiento a los principios de no discriminación y de base científica, son sólo algunos de los elementos que en la actualidad han pasado a tomar el lugar de los aranceles como el instrumento primordial para restringir al comercio, y que amenazan establecerse como murallas infranqueables para el logro de una mayor libertad en la comercialización de bienes y servicios.

Véase el caso reciente del tomate, chile, cebolla y aguacate mexicanos provenientes de Tamaulipas y Nuevo León, los cuales están siendo objeto de una investigación incesante por parte de la Food and Drug Administration (FDA) desde abril del 2008 por considerar que son el origen de un brote de salmonelosis en el territorio norteamericano. Cabe señalar que a la fecha no se cuenta con pruebas científicas o evaluaciones de riesgo básicas para sustentar tales afirmaciones, o que las pruebas “científicas” con las que cuenta la FDA no son acordes con las condiciones de tiempo y lugar que se dieron durante la producción, cosecha y empaque de los productos alimenticios; es más, ni siquiera se cuenta con conjeturas elementales lógicas que permitieran realizar un estanco provisional a los referidos productos de origen mexicano. Sin embargo la FDA y el gobierno norteamericano procedieron a prohibir el internamiento para fines comerciales de dichos productos en el mercado anglosajón principalmente fundamentando su actuar en la *Bioterrorism Act of 2002*.

Considerando lo anterior, y a fin de clarificar el papel que desempeñan las BNAs como barreras proteccionistas a la libre competencia en los mercados internacionales, el presente estudio pretende desglosar datos y conceptos tales como el de la elasticidad e inelasticidad-precio en la demanda, exponer como la imposición arbitraria de BNAs contribuye a la inelasticidad-precio de los bienes y por consiguiente a eliminar la libre competencia, así como argumentar el caso específico de la *Bioterrorism Act of 2002* y su extrapolación ilegal a todo aquel territorio distinto al norteamericano.

Puesto que erradicar las BNAs desde la perspectiva del presente estudio es el único camino mediante el cual se lograría fortalecer a los mercados internacionales, y por consecuencia a los consumidores, se propone la creación de un organismo independiente, especializado en BNAs, que se encargue de determinar su legalidad y reglamentar su imposición, y para lo cual se basa esta tesis en las facultades extraordinarias con que gozan las *agencies* anglosajonas (*aquisition of information, rulemaking y adjudication*). ¿Qué beneficios podrían obtenerse de la experiencia de las *agencies*

gubernamentales norteamericanas y sus facultades extraordinarias de investigación? ¿Sería posible constituir un modelo de tales características independiente, especializado y con libertad de acción para el estudio y reglamentación de BNAs?

Dichos cuestionamientos también se pretende sean resueltos una vez desarrollado y concluido el presente trabajo de investigación.

“Como lo ha demostrado la última década de reformas, una economía más abierta es el mejor modo para impulsar la competitividad...esta es la lección que debemos de aprender de los negociantes chinos”

Pascal Lamy, Director General de la OMC,
Ginebra, 15 de septiembre de 2005

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTOS JURÍDICOS.

I. El Multilateralismo y Regionalismo en el contexto integracionista.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, se vuelve más clara la conciencia para los Estados de encontrarse vinculados por una red cada vez más densa de intereses en común, por lo que cada vez con mayor ahínco se busca gestar un sistema aterritorial de transacciones, encargado de satisfacer a cabalidad las necesidades de los individuos.

De esta forma, el fenómeno de la integración se ha acentuado como el mecanismo fundamental de la expansión económica. Dicha conclusión salta a la vista, considerando que la liberalización en la comercialización de bienes, servicios y tránsito de personas entre Estados es un proceso económico de evolución natural y que por tal circunstancia es lógico que la expansión de bloques regionales y/o multilaterales se dé cada vez con mayor frecuencia.

Son estos dos escenarios los que se presentan para describir la política comercial mundial, y que a su vez, según los doctrinarios del comercio internacional, describen más claramente la situación global actual.

El contexto de cada una de las referidas tendencias es descrito de manera particular, dependiendo del punto de vista del observador.

Por ejemplo, al saber de Maurice Wolf,¹ las acepciones de multilateralismo y regionalismo son complementarias, ya que “antes de que siquiera exista la

1 WOLF, Maurice, “Americas Choice. The slow path to global trade cooperation”, en LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *El futuro del libre comercio en el continente Americano. Análisis y perspectivas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1997, p. 76.

posibilidad de constituir acuerdos a nivel hemisférico, deberán haberse desarrollado previamente grupos regionales”, por considerar que “los acuerdos regionales de comercio son el pre-requisito para la constitución de acuerdos multilaterales”.

Asimismo señala que el regionalismo incluye relaciones de cooperación entre un grupo de naciones vecinas, o naciones que cuentan con relaciones de identidad dentro de un área geográfica específica. De esta forma, regionalismo aplicado al continente americano, generalmente significa actividades de cooperación en todo el hemisferio.

Por otra parte, multilateralismo significa cooperación a un nivel más amplio, global, no limitado a un área geográfica específica. Por lo anterior, si el hemisferio oeste fuera a realizar actividades conjuntas con Europa, África y Asia, la palabra multilateral debería ser la utilizada para describir dichos esfuerzos de cooperación.²

Es en este sentido que para Maurice Wolf, es el alcance territorial lo que diferencia al regionalismo del multilateralismo.

Al respecto, Jorge Witker señala que tanto el multilateralismo como el regionalismo son escenarios que han permitido las negociaciones comerciales.

Sin embargo, especifica que el multilateralismo se caracteriza por la presencia activa de los Estados nacionales que suscriben compromisos mediante la firma de acuerdos o tratados, sin renunciar o siquiera comprometer sus autonomías políticas y jurídicas. Por el contrario, el regionalismo es un proceso que aspira a generar bloques comerciales y económicos, y los cuales a su vez implican distintos niveles de obligatoriedad para los miembros de dichos bloques.³

El multilateralismo entonces, desde la visión de Witker implica simple cooperación, y el regionalismo, aún cuando puede darse bajo esquemas de cooperación, también puede asumir modalidades de integración mediante las

² *Idem.*

³ WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura, *Régimen Jurídico de Comercio Exterior de México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 32 y 33.

cuales los miembros de los bloques regionales renuncian a parte de su soberanía para formar y desarrollar autoridades supranacionales diversas, cuyas decisiones tengan un carácter vinculativo.

La soberanía en su acepción tradicional, destaca que el Estado es el ordenamiento supremo y no puede, por ende, reconocer ordenamiento alguno superior. La cesión de dicha soberanía, para efectos de definir nuestro regionalismo como una modalidad de la integración, implicaría el reconocimiento por parte del Estado de un ordenamiento superior que regule nuestro actuar comercial como unidad.

La constitución de bloques regionales, en definitiva y a partir de la perspectiva de Witker, tendría por objeto la conformación de bloques económicos y comerciales que permitan la liberalización en el comercio de bienes, servicios y capitales, además del libre tránsito de personas, aún cuando dicha circunstancia pueda implicar la cesión de soberanía, tal y como lo señalamos en el párrafo precedente.

La perspectiva de Witker respecto de que los escenarios multilaterales no permiten comprometer la autonomía jurídica de los Estados, desde mi punto de vista no resulta enteramente verdadera, puesto que es en los paneles arbitrales multilaterales de la OMC en donde se resuelven conflictos en materia legal relacionados entre otros, con el cumplimiento de Tratados Internacionales, los cuales en estricto sentido forman parte integral del aparato legal de los Estados integrantes, en particular en nuestro país, en el cual el estatus de los Tratados Internacionales excede jerárquicamente aún a las Leyes Federales⁴, y por lo cual el que un panel revisor se encargue de determinar el cumplimiento de tales Tratados por nuestra parte, representa a toda vista comprometer en determinado grado nuestra autonomía jurídica. Por lo anterior, resulta comprensible pensar que no solamente en los bloques regionales se puede dar una integración de las estructuras legales, sino que también en el

4 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis: P.LXXVII/99, p. 46.

multilateralismo se presenta cierto grado de integración y adaptación de las normas internacionales.

Tomando en consideración los anteriores conceptos, y habiendo señalado las características primordiales de los escenarios regionales y multilaterales, se puede resumir lo siguiente:

- a) El multilateralismo en la actualidad tiene un alcance más amplio que el regionalismo;
- b) Tanto el multilateralismo como el regionalismo implican algún nivel de cooperación;
- c) Los bloques regionales adicionalmente a la cooperación, pueden asumir alguna modalidad de integración, las cuales son permitidas por el artículo XXIV del GATT;
- d) Los organismos multilaterales, por su naturaleza colaboracionista, sólo pueden aspirar a emitir recomendaciones, las cuales no pueden llegar a ser vinculatorias, y
- e) Los bloques regionales, en cambio, dependiendo de su nivel de compromiso regional, pueden aspirar a la constitución de órganos supranacionales los cuales, habiéndoles cedido cierto grado de soberanía, pueden emitir decisiones vinculatorias.

Habiendo identificado la posición de los bloques regionales en la perspectiva global, es de gran importancia para el presente estudio determinar el concepto, características y objetivos de la primera etapa dentro de los escenarios integracionistas, y que en su caso es el Área de Libre Comercio, por tratarse dicha etapa en la que se encuentra el TLCAN; de igual forma, se dará una visión general de la posición de las barreras comerciales en cada una de las etapas integracionistas. Ya con posterioridad en el capítulo Segundo del presente estudio, se abordarán de manera más específica las Barreras No Arancelarias al comercio internacional.

II. Concepto de Área de Libre Comercio.

Sería el GATT el que se encargaría de definir al Área de Libre Comercio como al “grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio”.⁵

Al respecto, el mismo artículo XXIV del GATT, en su numeral segundo, especifica que por *territorio aduanero* se deberá entender todo territorio que aplique un arancel distinto u otras reglamentaciones comerciales distintas a una parte sustancial de su comercio con los demás territorios.

Bajo estos supuestos, se identifican tres partes constitutivas del concepto de Área de Libre Comercio:

1. Territorios distintos, cada uno con su propia legislación y reglamentación aduanera;
2. El objetivo primordial es la liberalización en el tránsito *solamente de mercancías*, mediante la eliminación de barreras al comercio, y
3. Para tales efectos, los Estados signatarios del tratado, es decir los diversos Territorios Aduaneros, crean la reglamentación o Cláusulas de Origen.

El objetivo las Cláusulas de Origen es evitar el ingreso de productos originarios de países extraños a la Zona de Libre Comercio, a través del país miembro de dicha Zona que cobre los aranceles más bajos, o bien, dicho de otro modo, su finalidad es impedir la triangulación de productos y su ingreso en condiciones ventajosas al Área de Libre Comercio.

⁵ Artículo XXIV, Numeral 8, inciso b) del GATT de 1947.

Sin perjuicio de la anterior definición, este concepto será retomado y expuesto con mayores detalles cuando se señalen las características principales de las Áreas de Libre Comercio.

Cabe resaltar que jurídicamente el GATT y la OMC únicamente reconocen a las áreas de libre comercio y a las uniones aduaneras como formas de integración, y que ha sido la doctrina la que se ha encargado de desarrollar figuras tales como el mercado común, la unión económica y monetaria y la unión política, a partir en gran medida de la experiencia y conocimiento que ha otorgado la evolución de la Unión Europea a través de los años.

III. Antecedentes del Área de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN).

El siglo XX se caracterizó en sus inicios por la actitud por parte de los Estados hacia un comercio fácil y abierto. Sin embargo, diversas circunstancias tanto económicas, como políticas y sociales, derivaron en cambios drásticos en la situación global que imperaba: la convicción por parte de los Estados Unidos de Norteamérica, los cuales habían nacido a finales del siglo XIX como una de las potencias económicas mundiales, de que las naciones debían lograr la consolidación nacional protegiendo los valores autóctonos y desarrollándose en plenitud en un régimen de *libre competencia*, la Ley Smooth-Hawley, Tariff Act of 1930 (que aumentó los aranceles de los Estados Unidos sobre 20.000 artículos importados a niveles sin precedentes), así como el acaecimiento de dos guerras mundiales que devastaron, tanto física como ideológicamente a los continentes europeo y asiático, fueron factores determinantes para que el comercio internacional se estancara en un proteccionismo férreo.

Es en tales condiciones, y ante la amenaza de que se agravara la crisis económica mundial que en 1933 el presidente Franklin Delano Roosevelt inició con el proceso de saneamiento financiero mediante la constitución de la *Reciprocal Trade Agreement Act of 1934*, que tenía como objetivo primordial reactivar el comercio global mediante reducciones arancelarias recíprocas.

Si bien dicha ley no fue la solución, trazó el camino ideológico para que en 1944, de la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas celebrada en Bretton Woods, además de haberse creado el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (principal institución del Grupo Banco Mundial), se cimentaran las bases para el establecimiento de una organización que se encargara de regular el intercambio internacional de mercancías, y que habría de llevar el nombre de Organización Internacional del Comercio.⁶

A fin de crear tal organismo, y cuya iniciativa como ya se señaló era de origen norteamericano, la ONU a través de su Consejo Económico y Social, designaría un Comité preparatorio de la Conferencia Internacional sobre el Comercio y el Empleo el cual se encargaría de discutir y analizar la propuesta estadounidense. De las reuniones del Comité preparatorio resultaría el denominado Proyecto Nueva York, y del cual a su vez surgiría el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo tuvo lugar a partir de noviembre de 1947 y hasta marzo de 1948, trascendiendo finalmente en un Tratado Internacional al que se le denominó “Carta de la Habana”.⁷

Dicha carta que constaba de 106 artículos y 16 anexos, tenía una doble naturaleza: 1º Establecer la OIC, y 2º Constituir el clausulado que contendría las obligaciones principales para la desgravación arancelaria, así como diversos acuerdos multilaterales para consensuar una desgravación recíproca.

Desafortunadamente y aún cuando fueron los Norteamericanos los principales promotores de la creación de la OIC, no se logró contar con la ratificación de la

6 CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *Las relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM e Universidad Iberoamericana, 2003, p.p. 6-11.

7 SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico*, México, Editorial Porrúa, 2005, p.p. 25 y 26.

Carta de la Habana por parte de su Senado, y como consecuencia tampoco se llegó a institucionalizar la OIC.⁸

Sin embargo, el GATT que había sido elaborado originalmente por Comité preparatorio se negoció paralelamente al proyecto de creación de la OIC y se constituyó como un tratado multilateral de aplicación provisional en tanto se aprobaba el proyecto de la Carta de la Habana.

Dicho instrumento fue firmado el 30 de octubre de 1947 y entraría en vigor a partir del 1º de enero de 1948; asimismo, operaría sobre bases “provisionales” durante 47 años a través de reuniones periódicas conocidas como “Rondas” y que se constituyeron un total de ocho “Rondas del GATT”.

Las primeras Rondas del GATT se ocuparon únicamente de las reducciones arancelarias; es a partir de la Ronda Kennedy (1964-1967), y en particular en la Ronda Tokio (1973-1979), que el objetivo primordial del GATT se volvió la eliminación de barreras no arancelarias al comercio, así como la creación de los denominados “Códigos de Conducta”.⁹ Estos Códigos tenían la particularidad de ser *autónomos*, lo cual significaba que si bien todos los países signatarios eran miembros del GATT, los mismos Estados parte serían los encargados de determinar si participaban en los referidos Códigos de Conducta, o no.¹⁰

La última de las Rondas del GATT, fue la conocida como Ronda Uruguay, la cual dio inicio en septiembre de 1986, concluyendo formalmente con el acta de Marrakech del 15 de abril de 1994. La ronda Uruguay dio el salto del multilateralismo para la institucionalización de los Códigos de Conducta como acuerdos multilaterales obligatorios para todos los estados miembros, y la creación de la OMC.

8 Los Estados Unidos representaban más del 15% de las transacciones a nivel mundial, y la ONU requería para que entrara en vigor la Carta de la Habana la autorización de cuando menos el 85% del comercio mundial.

9 CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *Op. Cit.*, p.p. 14 y 21.

10 WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura, *Op. Cit.*, p. 62.

Una vez creada formalmente la OMC, la Conferencia Ministerial se constituyó como la máxima autoridad de este organismo multilateral y las rondas de negociación cambiaron para convertirse en Conferencias Ministeriales, de las cuales ya se han celebrado diversas: Singapur, Ginebra, Seattle, Cancún, Hong Kong y Doha.

- a. Adhesión de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT del 47, ahora GATT del 94).

Por su parte, México participó activamente tanto en los debates efectuados para la creación de la fallida OIC, como en la creación del GATT, a través de una Delegación Mexicana enviada a la Conferencia sobre Comercio y Empleo de La Habana. La Delegación enviada, conjuntamente con el entonces Secretario de Hacienda, decidieron que nuestro país debía abstenerse en su adscripción no solamente del GATT del 47, sino en general a la Carta de la Habana por las circunstancias que al momento imperaban en el país, en particular en lo relacionado a su política de comercio exterior. Hay que recordar que antes de la Segunda Guerra Mundial, la actividad comercial del país se reducía a la exportación de productos primarios e importación de todos aquellos bienes que el país requería. Una vez concluido el segundo conflicto bélico global, México inicia con un proceso de industrialización que pretende culminar con la sustitución total de importaciones, y que en aquella época eran todos los productos de consumo duradero, todos los bienes con el menor grado de manufactura y en general los bienes de capital para la producción. Es considerando tales circunstancias, y que nuestro país se encontraba en plena tarea de sustitución de las compras que de otra manera se harían en el exterior, que México decidió no incorporarse al GATT, puesto que permitir la introducción de mercancías extranjeras en condiciones más favorables “limitaría la capacidad del país para proteger una industria incipiente orientada a sustituir importaciones”.¹¹

11 MARTÍNEZ, Hugo y RUDIÑO, Lourdes, *Consulta sobre el GATT*, Senado de la República, México, Mayo de 1986, p.p. 23 y 24.

Sería hasta finales de noviembre de 1985, después de varias consultas sociales y disputas políticas, que México solicitaría formalmente su adscripción al GATT, siendo autorizado el Protocolo de Adhesión por el Senado de la República el 26 de agosto de 1986.

Con la adhesión de México en el GATT, nuestro país se hizo partícipe de los derechos y obligaciones que ampara dicho acuerdo para el tránsito de mercancías, y en particular de la aplicación de los Principios de Trato Nacional y de la Nación Más Favorecida (también denominado como Principio de Comercio sin Discriminación).

i. Principio de Trato Nacional.

Este principio establece que una vez que una mercancía o producto proveniente de otro país contratante del GATT, ha pagado sus correspondientes aranceles en la aduana, este producto ahora tiene la denominación de nacional, por lo que no se le podrán imponer cargas adicionales, ni podrá ser sujeto a impuestos especiales.¹²

El principio de Trato Nacional es de tal importancia que se encuentra incluido tanto en el GATT, como en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (APDIC).

ii. Principio de la Nación más Favorecida.

Este principio también es conocido como de *Comercio Sin Discriminación* y se encuentra previsto en el artículo primero del GATT. Saldaña Pérez lo define como el principio mediante el cual “una vez que los productos han entrado en un mercado, deberán recibir un trato no menos favorable que el otorgado a los productos nacionales equivalentes”.¹³

Mediante este principio, cualquier ventaja, favor, privilegio ó inmunidad que una parte contratante otorgue a otra, debe otorgárselos también a terceros países

¹² Artículo III del GATT. Resume el principio de Trato Nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores.

¹³ SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Op. Cit.*, p. 27.

con los cuales el bloque tenga relaciones comerciales; dicho de otra forma, cuando un país miembro del GATT otorga algún beneficio, ventaja o privilegio a favor de otro, tiene la obligación de hacer lo mismo respecto de todos los países integrantes de la organización.

EXCEPCIONES A LOS PRINCIPIOS DE TRATO NACIONAL Y DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA. Cabe señalar que el mismo GATT también establece excepciones para la aplicación de los principios antes referidos, fundamentalmente en dos supuestos: a) Conforme al artículo XXIV del GATT cuando las partes aspiren a la creación de un Área de Libre Comercio o Unión Aduanera, y estén realizando las actividades tendientes a la constitución de alguno de estos proceso de integración, únicamente los países signatarios pueden acceder a los beneficios derivados del referido principio y del acuerdo, y no así terceros países; y b) De acuerdo con el artículo XXXVI, numeral 8 del GATT, cuando se trate de otorgar un acceso más amplio del mercado a los países en desarrollo. Esta excepción es conocida como *Cláusula de Habilitación*, denominada oficialmente “Decisión sobre el trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo”, es el fundamento jurídico del Sistema General de Preferencias, fue resultado de la Ronda Tokio de negociaciones en 1979 y cuya definición se encuentra contenida en el artículo XXXVI, numeral octavo del GATT en los siguientes términos: “Las partes contratantes desarrolladas no esperan reciprocidad por los compromisos contraídos por ellas en negociaciones comerciales de reducir o suprimir los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio de las partes contratantes poco desarrolladas”. La Cláusula de Habilitación también se encuentra contenida en el artículo IV del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, indicando que habrá de tomar en especial consideración la gran dificultad de los países menos adelantados para aceptar compromisos negociados en vista de su especial situación económica y de sus necesidades en materia de desarrollo, comercio y finanzas.

b. El Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos.

Este acuerdo constituye el antecedente inmediato del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, y no solamente encuadra en el supuesto de excepción regulado por el artículo XXIV del GATT, sino que excede sus expectativas, ya que si bien para el comercio de mercancías está basado en los principios fundamentales de aquel ordenamiento, también regula aspectos relativos a servicios, incluyendo servicios financieros, reglas de origen, obstáculos técnicos al comercio, monopolios, prácticas desleales y cuotas compensatorias, propiedad intelectual, sector agropecuario, energéticos, compras gubernamentales y paneles binacionales para la solución de controversias.

Adicionalmente al trato de bienes y servicios, los países signatarios del tratado se otorgaron una reserva jurídica mediante la cual convienen en la aplicación prioritaria y preferente de sus leyes de carácter mandatario, vigentes en la fecha de celebración del tratado, con respecto de las directrices que dicte el mismo acuerdo; a esta reserva se le conocía como “Cláusula del Abuelo”.¹⁴

Esta cláusula implicaba que tanto Canadá como los Estados Unidos de Norteamérica, tenían la prerrogativa de aplicar su propia normatividad en materia fitosanitaria, de seguridad nacional, de salud, etc., previamente a la aplicación de las reglas estipuladas en el tratado, y aún en el caso de que se llegaran a presentar contradicciones entre las leyes internas del Estado y lo regulado por el tratado internacional en cuestión.

Al ingresar México al Tratado de Libre Comercio con América del Norte, y con la creación formal de la Organización Mundial del Comercio, se eliminó la “Cláusula del Abuelo”, considerando que debía existir cierto principio de conformidad de las legislaciones nacionales con la normatividad del GATT.¹⁵ El hecho de haberse eliminado dicha cláusula resultó no solamente en beneficios para la eliminación del proteccionismo mundial, sino que fue el primer acto de

14 PATIÑO MANFER, Ruperto, “Aspectos jurídicos del Acuerdo de Libre Comercio”, en WITKER, Jorge, *Aspectos jurídicos del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992, p.p. 166 y 167.

15 WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura, *Op. Cit.*, p. 80.

la OMC que en realidad la legitimó como órgano rector del comercio internacional.

Sin embargo, los Estados Unidos de Norteamérica, con sus CEAs y con su Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio con América del Norte,¹⁶ al facultar a los Estados independientes norteamericanos para que estos pudieran exceptuarse en la aplicación del Tratado respecto de toda la materia regulada con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, contraviene de manera directa con la política de eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias, y no sólo eso, sino que permite que la referida *cláusula del abuelo* en la práctica siga vigente puesto que en los EUA lo que obliga es el texto de la *implementation act* (que no es otra cosa que la incorporación en forma de ley de las CEAs) y no lo estipulado en el tratado internacional, situación que deja a nuestro país en una desventaja teórica ante nuestros vecinos del Norte considerando que México se apega estrictamente al *pacta sunt servanda* y a lo determinado en el texto de los tratados internacionales.

En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, corrobora para la observancia de los Tratados Internacionales el *pacta sunt servanda* indicando en su artículo 26 que todo tratado en vigor obliga a las partes y tiene que ser cumplido de buena fe. De la misma forma, en su artículo 27, numeral primero, descalifica que los Estados parte de un tratado puedan invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, situación que como ya se mencionó se actualiza con las *implementation acts* norteamericanas y que se constituye como una violación clara a la Convención de Viena.

Saldaña califica a este conflicto entre los Tratados Internacionales firmados por México y los CEAs asumidos por los Estados Unidos de Norteamérica como de

16 *An Act to implement the North American Free Trade Agreement*, enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, begun and held at the city of Washington on Tuesday the fifth day of January of 1993.

carácter sustantivo ya que dice, afecta negativamente a nuestro país por las siguientes razones:

- a) Los CEAs son de aplicación indirecta, por lo que requieren de un acto de transformación mediante el cual el Estado incorpora la norma del CEA a su ley doméstica o nacional mediante una *implementation act*, emitida por el Congreso, el que interpreta y clarifica el texto del tratado. En cambio el tratado firmado por México es autoaplicativo o de aplicación directa, por lo que forma parte del derecho mexicano, conforme a lo previsto en el artículo 133 de la CPEUM. ...
- b) Con base en la llamada “Cláusula del Abuelo”, los CEAs tienen una jerarquía inferior a una ley federal anterior, por lo que en caso de conflicto entre ambos, prevalece la ley federal. En México no existe un criterio obligatorio, sin embargo, la última tesis de la SCJN ha determinado que en caso de conflicto entre un tratado y una ley federal, prevalece el tratado.
- c) A nivel interno, en los Estados Unidos lo que obliga es el texto de la *implementation act* y no el texto del instrumento internacional acordado con los demás Estados. En cambio México cumple sus compromisos internacionales con estricto apego al principio *pacta sunt servanda*...pues a nivel interno obliga el texto del tratado internacional.¹⁷

Si bien el punto de vista de Saldaña es correcto en cuanto a los inconvenientes que presenta contar con modelos distintos de incorporación de una norma de derecho internacional, a mi parecer el problema primordial se basa en el criterio de la SCJN de que los Tratados Internacionales jerárquicamente se encuentran en un estrato superior al de las Leyes Federales, ya que si bien los Tratados Internacionales son de aplicación directa, si se encontraran jerárquicamente por debajo de las Leyes Federales, tendrían que ser congruentes desde su aprobación con las mismas. Es decir, considerando que la eliminación de la Clausula del Abuelo en la práctica comercial con nuestro vecinos del Norte resulta casi imposible, habría que equilibrar el ámbito de aplicación de los

17 SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Op. Cit.*, p.p. 83 y 84.

tratados y de las *implementation acts*, atribuyéndole una mayor jerarquía a las normas de derecho interno para que los tratados internacionales tuvieran que ser acordes con lo estipulado en la Ley.

Esta problemática de aplicatoriedad de las normas internacionales y su incorporación a la normatividad doméstica considerando que se trate de sistemas dualistas y monistas, es un elemento adicional en pro de la creación de un organismo independiente que regule el establecimiento de BNAs, tal y como se explicará en el capítulo IV.

Finalmente es de destacar que desafortunadamente, a la fecha no se tienen registradas en la OMC formalmente querellas en relación a la falta del cumplimiento de los EUA respecto de las obligaciones asumidas en la Convención de Viena, en el acuerdo SPS, o respecto de incumplimientos del TLCAN o de cualquier otro tratado, por aplicar en primera instancia lo establecido en sus *implementation acts*, lo cual de ninguna forma implica que no se haya dado violaciones a los diversos acuerdos internacionales, en particular al TLCAN (Por ejemplo, el caso del chile y tomate mexicanos y el cultivo de salmonelosis).

IV. Características del Área de Libre Comercio con América del Norte.

a. Acuerdo de voluntades.

Desde el punto de vista jurídico, un Área de Libre Comercio implica un acuerdo entre Estados soberanos (dos o más), y con motivo del cual, las partes adquieren ciertas obligaciones y asumen ciertos derechos; dicho acuerdo de voluntades, jurídicamente hablando recibe el nombre de tratado internacional.

Un pacto de esta naturaleza se caracteriza por carecer de medios institucionales por medio de los cuales se pueda hacer efectivo; en tales condiciones, los Estados dependen de su capacidad, dado el caso, de obligar a la contraparte a cumplir sus obligaciones mediante represalias.

Al respecto, Verdross expone que: “Se entiende por represalia una injerencia jurídica de un Estado, lesionado en sus derechos, contra bienes jurídicos particulares del Estado culpable para inducirle a que repare el acto ilícito o a que desista en el futuro de tales acciones. Persiguen, en general, la primera finalidad las represalias pacíficas, y la segunda, las represalias bélicas.”¹⁸

En el comercio multilateral la OMC reconoce la suspensión de beneficios, pero también permite que las partes pacten compensaciones comerciales para resarcir el daño. A esto se le conoce como represalias comerciales.

b. Delimitación geográfica del Área.

La delimitación geográfica, no es otra cosa que el espacio geográfico que se tiene que compartir por razones de vecindad. Dicha característica se volvió virtual o ufanamente teórica, a partir de que se empezaron a celebrar tratados intercontinentales, y por medio de los cuales los Estados contratantes no tienen más que compartir territorios aledaños.

c. Liberalización gradual de barreras comerciales.

Las áreas de libre comercio pueden catalogarse considerando el poder de negociación y estatus económico con el que cuentan las partes contratantes, en simétricas y asimétricas.

Las simétricas son aquellas en las cuales los Estados parte cuentan con una relación de proximidad o hasta de identidad en cuanto a sus economías y por lo tanto los productos que forman parte del intercambio comercial tienen posibilidad de explotar tanto las ventajas comparativas como competitivas con las que cuenta el Estado emisor. En las áreas de libre comercio simétricas la liberalización comercial se da casi de manera inmediata.

En las áreas de libre comercio asimétricas se da una gradual y progresiva eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias al comercio; la eliminación puede darse a corto, mediano y largo plazo, dependiendo de la

18 VERDROSS, Alfredo, *Derecho Internacional Público* (Traducción de Antonio Truyol y Serra), Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974, p. 345.

situación de cada uno de los sectores productivos que se quieran integrar al comercio.

Por ejemplo, para la eliminación de barreras arancelarias en el TLCAN, se establecieron diversas categorías para la desgravación de las mercancías, las cuales van desde la categoría A en que se presentó una exención total de impuestos a partir del 1º de enero de 1994, hasta la C+ en la cual la exención total se realizó a partir del 1º de enero del 2008.¹⁹

Las mercancías contempladas para la eliminación de distorsiones arancelarias en 15 años son considerados como “altamente sensibles”²⁰ a las importaciones, y por lo cual requieren periodos más grandes de ajuste; para el caso de México se incluyeron entre otros el maíz y el trigo.

d. Cláusulas de salvaguarda.

Son medidas de protección aprobadas por el artículo XIX del GATT, sólo en los casos en que productos importados específicos dañen o amenacen dañar a los productores de un país.

Las cláusulas de salvaguarda tienen diversas características: se aplican conforme al principio de la Nación Más Favorecida, es decir al producto y no al país productor; son temporales (por un lapso de tiempo y no indefinidas); determinadas (el TLCAN reconoce únicamente el pago un arancel determinado o ad-valorem, en tanto la OMC contempla ya sea el pago de un arancel, cupo o permiso previo, o una combinación de varios), y proporcionales (la medida es proporcional al daño o amenaza de daño que se hubiera generado a la rama de la producción nacional).

La Ley de Comercio Exterior, en su Título Sexto regula lo relativo a medidas de salvaguarda, y de su contenido podemos señalar que para imponer una

19 WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura, *Op. Cit.*, p.p. 183-184

20 KESSEL, Georgina y SUP KIM, Chong, “Desgravación arancelaria y reglas de origen”, en KESSEL, Georgina, *Lo negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, Mc. Graw Hill, 1994, p.p. 7-8

medida, se debe encontrar previamente un nexo causal entre el aumento de la importación, y el daño o amenaza de daño a la rama de producción nacional.

García Moreno, al expresarse al respecto de las salvaguardas, declara que “es la vía legal mediante la cual una parte contratante del acuerdo puede establecer restricciones cuantitativas al comercio”.²¹

e. Productos originarios.

Las reglas de origen, como ya se señaló con anterioridad, tienen como finalidad evitar que productos elaborados por terceras regiones utilicen al país que cobra el menor arancel, para llegar al mercado de cualquiera de los otros países firmantes; en otras palabras, la reglamentación de origen asegura que las preferencias del tratado comercial se otorguen exclusivamente a los bienes producidos en los países miembros.

Los criterios reconocidos por la Convención de Kyoto, y establecidos en el TLCAN para determinar a los denominados “productos originarios”, se engloban en dos grandes grupos: 1º Los bienes totalmente producidos u originarios, y 2º Los productos que incorporan insumos importados, y que a su vez cumplen con alguno de los siguientes criterios: (a) con la regla de Valor de Contenido Regional, (b) que en su caso realicen el Cambio de Clasificación Arancelaria, también conocido como “Salto” o “Brinco Arancelario”, o (c) que cumplan con el criterio de “minimis”.²²

Bajo el primer supuesto, se considerará que un producto es totalmente producido u originario cuando cumple alguna de las características siguientes:

a) Se trate de un bien de consumo primario, como los productos y subproductos del reino vegetal, animal o mineral extraídos o cosechados en el territorio o en las aguas de alguno de los países miembros, de conformidad con lo especificado en el artículo 415 del TLCAN para los bienes producidos en su

21 GARCÍA, Víctor y HERNÁNDEZ, Cesar, “Hacia un acuerdo de libre comercio México-Estados Unidos. Implicaciones Legales”, en WITKER, Jorge, *Op. Cit.*, p.p. 60 y 61.

22 ESTEVADEORDAL, Antoni and SUOMINEN, Kati, *Rules of Origin in Free Trade Agreements: A World Map*, Pacific Economic Cooperation Council Trade Forum, April 22-23, 2003, Washington DC, EUA, p.p. 3 y 4.

totalidad o producidos enteramente en territorio de una o más de las partes; b) Cuando el cien por ciento de los insumos utilizados en el proceso productivo sean originarios y el bien se produzca en territorio de una o más de las partes, de acuerdo con el inciso (c) del artículo 401 del TLCAN.

En la aplicación de la segunda hipótesis, la reglamentación de origen también se cumple cuando los productos finales incorporan insumos originarios de países externos al acuerdo, pero que en su caso han cumplido con las reglas de Valor de Contenido Regional (a), que han realizado el Cambio de Clasificación Arancelaria (CCA), también denominado como “Salto” o “Brinco Arancelario” (b), o bien que cumplan con el criterio de “minimis” (c).

(a) Las reglas de Valor de Contenido Regional (VCR) se refieren en general a límites porcentuales predeterminados de contenido nacional los cuales podrán obtenerse mediante dos métodos: i) Método de Valor de Transacción (no menor al 60%), y ii) Método de Costo Neto (no menor al 50%).²³

i) Método de Valor de Transacción (MVT).

Las partes signatarias dispondrán que un exportador o productor podrá calcular el valor de contenido regional del un bien, aplicando la siguiente fórmula:

$$VCR = \frac{VT - VMN}{VT} * 100$$

VCR es el valor de contenido regional expresado como porcentaje;

VT es el valor de transacción del bien, ajustado sobre la base FOB (Free on Board), y

VMN es el valor de los materiales no originarios utilizados por el productor en la producción del bien.

ii) Método de Costo Neto (MCN).

23 Último párrafo del Artículo 401 del TLCAN “siempre que el valor del contenido regional del bien determinado de acuerdo con el artículo 402 no sea inferior al 60% cuando se utilice el método de valor de transacción, ni al 50 % cuando se emplee el método de costo neto, y el bien satisfaga los demás requisitos aplicables del presente capítulo”, y en *An Act to implement the North American Free Trade Agreement, Op. Cit.*, Sec. 202. Rules of Origin, (2) Special Rules, (B) Regional Value-Content Requirement, “A good shall be treated as originating in a NAFTA country if the regional value-content of the good, determined in accordance with subsection (b), is not less than 60 percent where the transaction value method is used, or not less than 50 percent where the net cost method is used...”

Cada una de las partes dispondrá que un exportador o productor podrá calcular el valor de contenido regional de un bien, mediante la siguiente fórmula:

$$VCR = \frac{CN - VMN}{CN} * 100$$

VCR es el valor de contenido regional expresado como porcentaje;

VT es el costo neto del bien, y

VMN es el valor de los materiales no originarios utilizados por el productor en la producción del bien.

Lo que diferencia al MVT del MCN, es que en el MVT, el exportador puede considerar como originarios los gastos de promoción de ventas, comercialización, servicios posteriores a la venta, embarque y empaque, los aranceles, impuestos y gastos por los servicios de agencias aduanales relacionados con el material, pagados en territorio de una o más de las partes, y el costo de desechos y desperdicios resultantes del uso del material en la producción del bien, así como las utilidades obtenidas por la venta (estos gastos son parte del valor de transacción), mientras que en el MCN tales gastos no se consideran como originarios, y por lo tanto no se incluyen para efectos de realizar el cálculo del costo neto.²⁴

El artículo 402, numeral quinto del TLCAN por lo que se refiere a determinar cuando utilizar el MVT o el MCN, dispone que un exportador o productor calculará el VCR de un bien exclusivamente con base en el MCN cuando no exista valor de transacción del bien ²⁵, que el valor no fuera admisible conforme al artículo 1º del Código de valoración aduanera, que se tratara de un vehículo automotor, que eligiera acumular el VCR del bien de conformidad con el artículo 404 del TLCAN, o el bien se designara como material intermedio.

(b) El CCA, también conocido como “Brinco” o “Salto Arancelario”, se presenta cuando el producto final se ubica en una posición arancelaria diferente a la de sus insumos intermedios; dicho de otra forma, cuando se

24 HERRERA HOYOS, Héctor, *Preferencias arancelarias en los Tratados de Libre Comercio de México con el Mundo*, Puntos Finos, 2ª quincena de Abril, No. 77, 2005, p.p.32-35.

25 Artículo 415 TLCAN. “Valor de transacción significa el precio efectivamente pagado o pagadero por un bien o material relacionado con una transacción del productor de ese bien...sin considerar si el bien o el material se vende para exportación”

incorporan insumos originarios de uno o más países externos al tratado, y estos insumos sufren un proceso de transformación sustancial suficiente para cambiarlo de una clasificación arancelaria a otra, es cuando un bien ha realizado el “Salto Arancelario”.²⁶

En este sentido, el artículo 401, inciso (b) del TLCAN, especifica que para que se pueda dar el salto arancelario, cada uno de los materiales no originarios que se utilicen en la producción del bien sufra uno de los cambios de clasificación arancelaria que se disponen en el Anexo 401 de tal instrumento, como resultado de que la producción se haya llevado a cabo enteramente en territorio de una o más de las Partes.

El punto de partida para la clasificación arancelaria de mercancías, como ya se señalará con posterioridad, es el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, el cual presenta una clasificación de términos por categorías en el nivel de capítulo (dos dígitos), partidas (cuatro dígitos), subpartidas (seis dígitos) y fracciones arancelarias (de ocho hasta diez dígitos). Al respecto, el criterio de CCA o “Salto Arancelario” es relativamente fácil de aplicar puesto que el “Brinco” puede establecerse al nivel de fracción, subpartida, partida y hasta de capítulo.

(c) El criterio de “minimis” consiste en que un producto será considerado como originario, si el valor de las materias primas no originarias utilizadas en su producción no excede de un porcentaje mínimo, y que para el caso del TLCAN no debe exceder del 7 por ciento del valor de transacción o del costo total del bien, ajustado sobre la base FOB,²⁷ o en caso de que el valor de transacción del bien no fuera admisible conforme al Artículo 1º del Código de Valoración Aduanera, si el valor de todos los materiales originarios antes referidos no excediera del 7 por ciento del costo total del bien (este porcentaje puede variar dependiendo del tratado, p. ej., en el TLC México-Japón, el porcentaje de minimis es del 10%, mayor que el establecido en los demás tratados).

26 STEPHENSON, Sherry y JAMES, William, *Rules of origin and the Asia-Pacific Economic Co-operation*. Journal of World Trade, 1995, Vol. 29, N°2.

27 Artículo 405 TLCAN.

f. Listas Nacionales.

También conocidas como Listas Arancelarias en la jerga de la OMC. Están constituidas por la legislación que tiene cada Estado para regular la entrada y salida de productos, cuales son los productos que se quieren liberar, así como las barreras al comercio que se pretenden imponer.

En México tales “listas nacionales” se encuentran contenidas en la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación.²⁸

V. Objetivos del Área de Libre Comercio con América del Norte.

El objetivo primordial del TLCAN, a partir de lo señalado con anterioridad en el presente capítulo, es el de eliminar las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio principalmente de bienes, y en un segundo plano, de servicios.

Sin embargo, Gerardo Jaramillo va más allá de lo elemental, para señalar que además de propiciar la liberalización del tránsito de bienes y servicios, también se pretende principalmente lo siguiente: a) Homogeneizar y estandarizar dichos bienes y servicios; b) Modernizar tecnológicamente a los países contratantes, mediante el aprovechamiento de sus recursos naturales, energéticos y tecnológicos; c) Aprovechar un mercado de potencialmente quinientos millones de habitantes, especializando la mano de obra, desarrollando una industria vanguardista; y d) Disciplinar el comercio para evitar la proliferación de medidas proteccionistas, mayormente impuestas por nuestros vecinos norteamericanos.²⁹

Adicionalmente, existen también objetivos particulares que espera México del TLCAN, y entre los cuales se encuentran: 1º Fomentar la *competitividad* mediante la creación de empleos y la elevación del nivel salarial del país; 2º Aprovechar las ventajas comparativas que tiene México, mediante la

28 Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2007, última reforma de 24 de diciembre de 2008.

29 JARAMILLO, Gerardo, y WITKER, Jorge, *El Régimen Jurídico del Comercio Exterior: del GATT al Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991, p. 165.

especialización de las ramas de la producción; y 3º Aprovechar el desarrollo tecnológico de nuestros vecinos, que permita el desarrollo de nuevas inversiones productivas.

Es fundamental señalar que los citados objetivos si bien son deseables, no son los objetivos redactados como tales en el TLCAN, pero es en virtud de que no han sido cumplidos objetivos tales como el fomento de competitividad o el de aprovechar las ventajas comparativas que tiene nuestro país en beneficio de los productores, que en general se fomenta la idea que el TLCAN ha fallado o no ha sido cumplimentado a cabalidad.

El TLCAN, en su capítulo Primero, artículo 102, enuncia expresamente que dentro de los objetivos del Acuerdo se encontrarían: a) La eliminación de los obstáculos, restricciones o barreras al comercio, así como facilitar el tránsito de bienes y/o servicios entre los territorios; b) Promover condiciones de *competencia* leal en la zona; c) Aumentar las posibilidades de inversión en los territorios integrantes; d) Proteger y hacer valer los derechos de propiedad intelectual entre las partes; e) Crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del tratado, para la aplicación conjunta y para la solución de controversias, y f) Establecer los lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral.

VI. Conceptos de Competencia y Competitividad.

COMPETENCIA. "It is often said that the modern forms of industrial life are distinguished from the earlier by being more competitive...The strict meaning of competition seems to be the racing of one person against another, with special reference to bidding for the sale or purchase of anything".³⁰ Traducido el párrafo de Marshall, dispone lo siguiente: Se dice generalmente que las expresiones modernas de la industria se distinguen de las antiguas por ser más competitivas...En sentido estricto, el significado de competencia es el de la

30 MARSHALL, Alfred, *Principles of Economics*, London, Macmillan and Co., Ltd, 1920, Eight Edition, Book One, Chapter One, Introduction.

carrera de una persona en contra de otra, con la expectativa final de ganarle en la venta o compra de cualquier cosa.

La competencia entonces implica necesariamente cierto grado de rivalidad y al decir de Vickers,³¹ es un simple proceso en el que predominan los comportamientos estratégicos de las empresas, en un contexto caracterizado por incertidumbre y desequilibrio continuo.

COMPETITIVIDAD. "Competitiveness may be defined as the degree to which, under openmarket conditions, a country can produce goods and services that meet the test of foreign competition while simultaneously maintaining and expanding domestic real income".³² La OCDE incorpora la definición de competitividad bajo la definición citada, y de la cual se entiende que competitividad puede ser definida como el grado bajo el cual, en condiciones libres de mercado, un país puede producir bienes y servicios competitivos en el extranjero, mientras que simultáneamente mantiene y expande su ganancia real en el mercado local.

Dicho de otra forma, competitividad es la capacidad de contender en los mercados internacionales y locales, con el sacrificio mínimo o nulo de calidad, a fin de satisfacer de manera adecuada las necesidades de los consumidores

Al final los conceptos de competencia y competitividad están íntimamente ligados, puesto que si bien la competencia no es un fin en sí mismo, es deseable en todos los casos para acceder a la elaboración de productos competitivos en las diversas ramas de la industria, y mayormente en las que se encuentran incluidas en los acuerdos de libre comercio. Si a fin de obtener una ventaja en la venta o compra de algún producto, tengo que implementar mecanismos más adecuados para hacer más efectivo y eficaz mi método de producción, lo que hago será fomentar la competitividad, circunstancia que al final será en beneficio de los consumidores finales.

31 VICKERS, John, *Concepts of Competition*, Oxford Economic Papers, 1995, No. 47, p. 3.

32 WALSH, Vivien, *Technology and the Economy. The Key Relationships*, OCDE, Paris, 1992, The Technology/Economy Programme, p. 328.

VII. Entorno de las barreras comerciales en los diversos escenarios de la integración.

Las barreras comerciales son crecientemente sofisticadas y coexisten en un marco de tendencia a la baja de las protecciones más evidentes, es decir de los aranceles.

Si bien es cierto que los aranceles fueron el objeto principal de eliminación y regulación durante las primeras rondas de negociaciones del GATT, en la actualidad son las BNAs las que han tomado el lugar principal como instrumento más importante utilizado por los Estados para entorpecer el comercio. Considerando su importancia, las BNAs son a la fecha objeto de escrutinio por parte de los diversos organismos internacionales, con la finalidad tanto de delimitar sus alcances, así como de hacer una clasificación oficial de las mismas; esta tarea se torna cada vez más ardua, considerando la falta de metodologías comunes, la insuficiencia de datos verídicos, así como la carencia de información actualizada.

Se ha definido lacónicamente a las BNAs, como “todo impedimento al libre comercio que no sea un arancel”, y en el decir de Saldaña Pérez su principal desventaja radica en que a diferencia de los aranceles, las BNAs “ofrecen poca transparencia y certidumbre puesto que en ocasiones resulta difícil su identificación y adecuada aplicación”.³³ Los datos sobre las BNAs integrados en el Sistema de Análisis e Información Comercial (TRAINS) de la UNCTAD, arrojan la existencia de distintas categorías de BNAs clasificadas conforme al Sistema de Codificación de las Medidas de Control del Comercio (SCMCC) para productos o grupos de productos.

Este sistema enumera más de 100 tipos distintos de BNAs, y las clasifica en 6 grandes grupos: a) Medidas de control de precio; b) Medidas Financieras; c) Medidas de concesión automática de licencias; d) Medidas de control de calidad; e) Medidas monopolísticas, y f) Medidas técnicas.

33 SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Op. Cit.*, p. 60.

Asimismo, la ALADI (Asociación Latinoamericana de la Integración) también cuenta con una clasificación extraoficial de las BNAs, dividida en dos grandes grupos: a) BNAs cuantitativas, entre las cuales se encuentran los permisos, las cuotas o cupos, las salvaguardias, los precios oficiales, las medidas antidumping, los derechos compensatorios, y las restituciones a la exportación, y b) BNAs no cuantitativas, de las cuales figuran las normas consulares y estadísticas, las regulaciones sanitarias, de toxicidad, fitosanitarias, ecológicas, las normas técnicas y de calidad, el marcado de origen, los requisitos de empaque y los requisitos de etiquetado.

Estas clasificaciones serán expuestas con mayor amplitud en el capítulo segundo del presente estudio, así como se analizarán las metodologías más importantes para clasificar y medir los alcances de las BNAs, incluyendo las de Laird y Yeats, Deardorff y Stern (1998) así como Bora, Kuwahara y Laird (2002).

país en desarrollo, aun cuando puede exportar, no puede competir en un mercado mundial distorsionado en el que los agricultores más ricos de los países más ricos están subsidiados, impidiendo a los más pobres su supervivencia”.

Kofi Annan, entonces Secretario de las Naciones Unidas, durante la Cumbre Mundial sobre el Hambre 2002

CAPÍTULO SEGUNDO.

LAS BARRERAS ARANCELARIAS Y NO ARANCELARIAS AL COMERCIO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS.

Como ya lo comentábamos en el capítulo Primero, el mundo actual se caracteriza por encontrarse cada vez con mayor frecuencia entrelazado por una red de intereses en común. Dichos intereses, generalmente redundan en la satisfacción de necesidades específicas de sus nacionales, y para lo cual los Estados se constituyen en parte de algún nivel de integración, llámesele Área de Libre Comercio, Unión Aduanera, Mercado Común, Unión Económica y Monetaria o Unión Política.

Los Estados signatarios de un tratado internacional mediante el cual se genera alguna de las referidas modalidades de la integración, asumen una relación jurídica para con su contraparte que significa el cumplimiento de obligaciones de diversa índole.

A diferencia del Sistema General de Preferencias, el cual es de carácter unilateral (es decir, que los beneficios se dan para una sola de las partes), cualquiera de los sistemas de integración antes referidos son *bilaterales*, lo cual implica derechos y obligaciones recíprocos para los Estados signatarios.

En el universo de bienes y servicios que son objeto del comercio internacional, los derechos y obligaciones de las partes son distintos dependiendo de si se comercia con unos o con otros.

Por lo que se refiere a los bienes, dentro de las obligaciones que deben de cumplir tanto los exportadores como los importadores, se encuentran el

cumplimiento de la obligación tributaria aduanera,³⁴ es decir, el pago de los impuestos respectivos o aranceles (Barreras Arancelarias o BAs), así como el cumplimiento de requerimientos de diversa índole distintos a los aranceles, y que son calificados como Barreras No Arancelarias (BNAs).

Conforme los Estados evolucionan en su sistema económico, se constituyen en sujetos activos de preferencias arancelarias cada vez mayores (es decir, el que se vayan eliminando los impuestos a la importación y exportación, respectivamente), lo cual para nada implica que estén exentos de cumplir con los demás requerimientos no arancelarios solicitados por los Estados.

Es en esta tesitura que la práctica mundial, si bien se ha encaminado a la eliminación de los aranceles para dar una perspectiva más liberal al comercio, se encuentra estancada en una operatividad ilusoria; es decir, por un lado pregonando en pro de la eliminación de BAs y BNAs al comercio, y por el otro, deslindando su intervención en las políticas proteccionistas de los países desarrollados que implantan *distorsiones* al comercio, disfrazadas de normas sanitarias, reglamentos, cargas y diversos, con el pretexto de ampararse en el derecho de los países a establecer y aplicar normas de seguridad y de calidad a los productos.

Fue a partir de que ésta práctica se volvió verdaderamente perjudicial para el comercio de mercancías, que la Comisión del Comercio de Bienes y Servicios y de los Productos Básicos decidió que la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), convocara a una reunión de expertos que se encargara de elaborar una metodología para la clasificación y análisis de las BNAs; el resultado fue un inventario de BNAs dividido en seis grandes grupos, el cual resulta un poco arbitrario puesto que la mayoría de las BNAs mencionadas, tienen precios y efectos cuantitativos (lo cual se explicará con posterioridad), y en sí no determina qué tan restrictiva resulta ser cada una de las BNAs. Sin embargo este movimiento por parte de la comunidad

34 WITKER, Jorge, *Derecho Tributario Aduanero*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999, p. 74.

internacional arrojó la base de datos más completa a nivel mundial sobre BNAs (TRAINS).

I. Las Barreras Arancelarias como parte del comercio exterior.

Los diversos sistemas de integración tienen como objetivo común la eliminación, o en su caso, el esfuerzo recíproco por parte de los países signatarios para eliminar las BAs al comercio exterior.

Siendo que dichos aranceles representan tan solo una pequeña parte de la materia tributaria del Estado, y que como consecuencia los ingresos obtenidos por la recaudación de este impuesto al comercio exterior no se constituyen en una parte representativa de los ingresos totales del Estado, el resto de la materia tributaria no se incluye en los tratados internacionales en materia comercial.

En este sentido, dicha salvedad se encuentra integrada en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte en su artículo 2013, el cual señala claramente que ninguna de sus disposiciones se aplicará a la materia tributaria de los Estados parte de la zona de libre comercio.

Esta práctica internacional de excluir toda la materia tributaria, con excepción de los aranceles, de los tratados internacionales en materia comercial es justificable, según lo señala Dionisio Kaye, en virtud de que “las necesidades económicas de cada Estado son diferentes y porque su potestad tributaria debe, soberana e independientemente, crear los mecanismos de satisfacción económica que sus necesidades requieren”.³⁵ Es decir, considerando la soberanía en materia tributaria con la que cuentan los distintos Estados, a menos que las necesidades económicas de los particulares fueran equiparables de Estado miembro a Estado miembro, resultaría en la práctica imposible crear una política fiscal de tributación que resultara satisfactoria para

35 KAYE, Dionisio, “Aspectos fiscales en el Tratado de Libre Comercio”, en WITKER, Jorge, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993, p.p. 421 y 422

todas las partes, considerando las condiciones desiguales que se presentan, para el caso de México, respecto de los Estados Unidos, y aun de Canadá.

Cabe señalar que el excluir la materia tributaria de los tratados, no significa que no se presenten controversias relacionadas con el cumplimiento de normas fiscales entre los estados miembros del TLCAN: véase por ejemplo el caso de *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*³⁶, en el cual el demandante señaló ante la CIADI que diversas medidas tomadas por autoridades mexicanas, en especial la SHCP representaban una expropiación indirecta puesto que se constituía en una política continua por parte del Estado mexicano que tenía por objeto privar del control del inversor extranjero sobre su inversión. La acción atribuible al Estado mexicano desde la perspectiva del reclamante, era la negación de devoluciones sobre el IEPS sobre exportaciones de cigarros, ya que la supuesta denegación de justicia (de conformidad con el artículo 1110 del TLCAN) se basaba en que se seguía permitiendo a la SHCP negar las devoluciones de impuestos a compañías que no son contribuyentes del IEPS y que no dispongan de facturas que establezcan ese impuesto de forma expresa y por separado. El Tribunal concluyó que no existía tal denegación de justicia debido a que los tribunales y autoridades mexicanas actuaron de manera congruente con el derecho mexicano y con la respectiva Ley del IEPS.

En tal resolución cabe aclarar que se presenta de nueva cuenta un análisis cuestionable de los *Restatement*³⁷ norteamericanos, puesto que la CIADI al momento de interpretar el sentido del artículo 1110 del TLCAN, en su estudio dictamina que en caso de que los actos gubernamentales fueran discriminatorios o arbitrarios, sería más probable que se les considerara como expropiatorios. De igual forma el Tribunal arbitral extrapola la definición del *Restatement* sobre “expropiación indirecta” definiéndola como aquella en que

36 Caso CIADI No. ARB(AF)/99/01.

37 Interpretación de una norma, ley o tratado elaborada por un órgano privado –Por ejemplo el American Law Institute– que ni los tribunales norteamericanos se encuentran obligados a acatar y que no constituye una manifestación de la costumbre internacional en la materia.

un Estado logra el mismo resultado por medio de medidas fiscales y regulatorias para que un determinado proyecto resulte inviable económicamente y sea abandonado.

Empero, aun cuando tales argumentos integrados en el *Restatement* presentado por Feldman Karpa, fueron considerados para definir los criterios hermenéuticos del propio Tribunal arbitral, de cualquier forma se dictaminó que el actuar de las autoridades mexicanas fue conforme a derecho.

De igual forma, la teoría de Kaye a la luz de la Unión Europea o del Mercosur, resulta arcaica, ya que si bien las necesidades los países son distintas, y por lo tanto también lo son sus políticas fiscales, la unificación de políticas fiscales es necesaria para aspirar a un nivel mayor de integración, y es un paso obligatorio hacia el desarrollo. De hecho, hay quienes opinan que antes de constituir una Unión Aduanera, los países deberían transitar por una Unión Tarifaria en donde se armonicen sus políticas aduaneras arancelarias. Vease el caso de la Unión Europea: aun cuando tiene elementos abismalmente dispares en materia económica (comparemos las economías de Alemania con Polonia), han elaborado un plan de política fiscal que por un lado ha sido de gran ayuda para evitar la evasión fiscal y la doble tributación, lo cual es materia exclusiva de los Estados miembros (fiscalidad directa), y por otro ha permitido regular impositivamente la circulación de mercancías y la libre prestación de servicios, lo cual es competencia de la Unión (fiscalidad indirecta).

II. Naturaleza jurídica de las mercancías objeto de Barreras Arancelarias.

Es primordial, en principio de cuentas, aclarar porqué la naturaleza jurídica de los bienes que se van a destinar al comercio exterior juega un papel tan importante al momento de definir a las BAs.

La naturaleza jurídica de las mercancías, dice Ildefonso Sánchez, está dada a partir de su utilización en un territorio distinto al que se encontraba originalmente: a saber, una mercancía procedente de un país distinto al

territorio aduanero donde tenía el estatus de nacional, se introduce al país con el estatus de extranjera, y adquiere el de nacional mediante el pago de los respectivos impuestos o aranceles (hay que recordar lo señalado previamente respecto del Principio de Trato Nacional).

El pago de los aranceles o impuestos será entonces la condición necesaria para que los bienes extranjeros adquieran el estatus de nacionales, situación que a la vez legitima su comercio en el territorio aduanero respectivo, de acuerdo con los principios del GATT, ratificados por la OMC.

En los sistemas de integración la naturaleza jurídica de las mercancías maximiza su importancia, ya que una vez que se alcance el nivel máximo de exención impositiva aduanera (que para el caso del TLCAN fue el 1º de enero de 2008), la totalidad los bienes destinados al comercio por parte de los países de la región ya no tendrán que pagar impuestos al internarse en el Territorio Aduanero del otro Estado miembro, considerando que gozarían dichos bienes de la naturaleza jurídica de nacionales.

Es en esta calidad de nacionales, en donde radica la importancia de la naturaleza jurídica de las mercancías, ya que en donde tales bienes nacionales tienen libre tránsito comercial (siempre y cuando también cumplan con las restricciones no arancelarias correspondientes), los bienes de terceros países son considerados como extranjeros, no susceptibles para ser internados en la región, ni mucho menos de ser comercializados, sin el previo pago de los aranceles correspondientes.

III. Concepto general de Barreras Arancelarias.

En los foros de la OMC y bajo los criterios utilizados en la OCDE, se han definido a las BAs, como los impuestos a los que se encuentran obligados a pagar tanto los importadores como los exportadores, en las aduanas de entrada y salida de mercancías.

Al respecto, para los procesos de integración regional y mundial, las aduanas tendrán por objeto primordial “controlar estrictamente el origen de las mercancías, pues se trata de apoyar los productos originarios de las zonas, y no estimular el comercio de terceros países que buscan aprovechar los espacios tarifarios comunes a través de las desviaciones de comercio”,³⁸ o como ya lo habíamos señalado en el capítulo Primero, la “triangulación del comercio”. La triangulación puede tipificarse a su vez como fraude aduanero, contrabando técnico (internamiento al país de mercancía mediante amparos otorgados por jueces distritales, quienes fijan fianzas simbólicas, evadiendo así el pago de los aranceles convenidos), o como contrabando “bronco” (introducción de mercancías extranjeras al país, sin pasar por las aduanas), los cuales se constituyen en delitos del comercio internacional.

Para el derecho comparado los aranceles aduaneros son las tarifas oficiales que revisten la forma de ley, y que determinan los derechos que se han de pagar sobre la importación frente a cada producto que puede ser objeto de una operación de carácter comercial.

Para el caso de nuestro país, el concepto legal de aranceles lo otorga el artículo decimosegundo de la Ley de Comercio Exterior que los define como “las cuotas de las tarifas de los impuestos generales de exportación e importación”.³⁹

De lo anterior, en primer lugar podemos señalar que las BAs, tienen por objeto gravar en aduana tanto a las exportaciones como a las importaciones de mercancías, distinguiéndose para tales casos los aranceles de importación y aranceles de exportación.

a. Aranceles de exportación.

La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), de la cual México es parte, y la Secretaría de Economía, los definen como los aranceles que

38 WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura, *Op. Cit.*, p. 310.

39 Artículo 13 LCE, Diario Oficial de la Federación, 27 de julio de 1993, última reforma 21 de diciembre de 2006.

determinan un derecho arancelario para los productos exportados. En general, los aranceles de exportación tienen como presupuesto el envío de mercancías nacionales para su consumo en el exterior, teniendo como resultado la obtención de ingresos.

En materia de exportaciones, la doctrina señala que lo normal es que la mayoría de las mercancías se encuentren exentas de gravámenes y restricciones, considerando que facilita la exportación de la mercancía nacional el hecho de no tener que pagar un impuesto interior; en este sentido, la misma ALADI señala que los aranceles de exportación son uno de los tipos de aranceles menos empleado por la mayor parte de los países, ya que las mercancías exportadas deben quedar exentas de todo derecho arancelario.

No obstante, para el caso de México los contados productos nacionales que efectivamente tienen que pagar un gravamen, de no hacerlo podrían generar un desequilibrio en la economía nacional por tratarse de bienes representativos para las finanzas públicas, dígase por ejemplo el caso del petróleo.

b. Aranceles de importación.

Gerardo Jaramillo y Jorge Witker,⁴⁰ definen a la importación como la operación a través de la cual una mercancía extranjera tiene que someterse a la regulación tributaria nacional, para que con posterioridad pueda ser destinada a una función económica comercial.

De esta forma, los aranceles a la importación son los impuestos que deberán pagar las mercancías al ingresar a un territorio aduanero distinto al del cual son originarias, a fin de ser tratadas como nacionales y destinadas con posterioridad a un fin comercial.

Estos aranceles de importación, señala Witker, forman parte integral de la política de comercio exterior, puesto que “tanto regulan los intercambios de mercancías y productos de origen extranjero, protegiendo o no a la producción interna de artículos idénticos o similares, como conforman ingresos

40 JARAMILLO, Gerardo y WITKER, Jorge, *Op. Cit.*, p. 35.

presupuestarios en la columna del ingreso público captado anualmente por los Estados”,⁴¹ aunque dichos ingresos, como ya lo señalamos previamente, no sean parte representativa de los ingresos totales de la Federación.

Con la liberalización en el tránsito de mercancías mediante cualquiera de los panoramas de integración, dicha columna de ingresos se tiene previsto que sufra pérdidas significativas, sin embargo, tales pérdidas también se tiene planeado sean equilibradas con los beneficios económicos y estructurales derivados de la integración comercial a fin de alcanzar una situación superavitaria.

IV. Elementos de las Barreras Arancelarias.

Retomando la definición provista por la Ley de Comercio Exterior, que a la letra indica que los aranceles son “las cuotas de las tarifas de los impuestos generales de exportación e importación”, si bien ya señalamos cuando se trata de aranceles a la importación y a la exportación, el otro elemento de la definición son las “cuotas”.

Las cuotas son el elemento cuantitativo del arancel, es decir nos permiten cuantificar o medir el monto de la obligación tributaria aduanera, o como ya lo mencionamos anteriormente, el monto del arancel o impuesto. Dicha cantidad a pagar por concepto de arancel o impuesto, se obtiene de la combinación de dos factores: base imponible o de cálculo, y su respectiva alícuota.

La base de cálculo o base gravable, no es otra cosa que el valor en aduana de la mercancía,⁴² y puede representarse de dos maneras: 1º En cantidades físicas, y 2º En forma de valores o precios. A su vez, el valor en aduana será el valor de transacción de las mercancía, el cual a su vez es el precio efectivamente pagado por las mismas (el indicado en la factura comercial).

41 WITKER, Jorge, *Op. Cit.*, p. 143

42 Artículo 64 LA, Diario Oficial de la Federación, 15 de diciembre de 1995, última reforma de fecha 9 de mayo de 2008.

La alícuota a su vez, es la porción de la base de cálculo que el Estado requiere en su calidad de sujeto activo de la obligación tributaria, y puede expresarse también de dos formas: 1º En unidad monetaria, o 2º En forma de porcentaje.

De la combinación de bases de cálculo con alícuotas, resultan los distintos tipos de aranceles en *ad valorem*, específicos o mixtos.

Estos tipos de aranceles, se incluyen en las tarifas de los impuestos generales a la exportación e importación, y constituyen los elementos de las BAs o aranceles del comercio exterior.

a. Tipos de aranceles al comercio exterior.

i. Ad valorem.

Los aranceles *ad valorem* son los derechos de aduana expresados como un porcentaje del valor de la mercancía importada; actúan en función del precio pactado o valor de las mercancías, y en ellos la alícuota se expresa como un porcentaje del precio del bien importado.

Cabe señalar que México en la práctica utiliza mayoritariamente los impuestos *ad valorem*, aún cuando el artículo Decimosegundo de la Ley de Comercio Exterior antes citado, incluye a los aranceles específicos como parte de su clasificación.

ii. Específicos.

Son los derechos de aduana que no tienen relación con el valor de la mercancía, sino con sus atributos materiales, dígase su peso, volumen, cantidad, etc. En estos tributos la alícuota se expresa en términos monetarios, por unidad de bien importado, por ejemplo 10 euros por kilogramo.

iii. Mixtos.

Se trata de derechos de aduana integrados por un derecho *ad valorem*, al que se le agrega, o con menos frecuencia se le disminuye, un derecho específico.

Los aranceles *ad valorem*, específicos y mixtos, a su vez, pueden adoptar, de acuerdo con lo especificado en la Ley de Comercio Exterior,⁴³ diversas modalidades: a) Arancel Cupo: cuando se establezca un nivel arancelario para cierta cantidad o valor de mercancías exportadas o importadas, y una tasa diferente a las exportaciones o importaciones de tales mercancías que excedan dicho monto; b) Arancel Estacional: cuando se establezcan niveles arancelarios distintos para diferentes periodos del año, y c) Las demás que señale el Ejecutivo Federal.

b. Las Tarifas de los Impuestos Generales de Exportación e Importación.

Las Tarifas de los Impuestos Generales de Importación y Exportación, contienen la descripción de la mercancía a importar o exportar, la forma como debe clasificarse dicha mercancía en su entrada o salida del país, y el arancel que deberá pagar por tal concepto.

Ambas tarifas incorporan la misma mecánica que tiene el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías de la OMC, convenio internacional aplicable a todos los mercados externos.

En México las tarifas de exportación e importación se encuentran contenidas en la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación.

V. Concepto general de Barreras No Arancelarias.

La caída de los aranceles con motivo, en principio, de las rondas de negociaciones multilaterales llevadas a cabo en el GATT, y con posterioridad en virtud de los diversos niveles de integración adquiridos por los distintos Estados de la comunidad global, se proyectó como la expresión más característica de liberalización en el flujo de comercio internacional, empero no tuvo éxito en garantizar la seguridad del comercio.

43 Artículo 13 LCE.

Con motivo de la reducción de los impuestos al comercio exterior, las políticas proteccionistas de los Estados, y en particular de los países desarrollados, cobraron nuevas formas; los obstáculos no arancelarios tales como los requisitos cuantitativos y cualitativos de los bienes, evolucionaron hasta pasar a tomar el lugar de los aranceles como el método principal para entorpecer el comercio.

Dichos obstáculos son conocidos como Restricciones o Barreras No Arancelarias (BNAs), y al decir de diversos observadores del comercio internacional, suponen una nueva forma de proteccionismo, más difícil de detectar y de definir.

La razón primordial que hace que las BNAs tengan un efecto proteccionista mayor que las BAs, es que cuando algún miembro establece estas últimas para restringir el comercio, aún es posible aumentar las exportaciones siempre y cuando los productos fueran lo suficientemente competitivos para rebasar los obstáculos impuestos por los aranceles; en cambio, cuando un país establece BNAs al comercio, no importando que tan competitivo fuere el precio del producto, las BNAs restringen el tránsito comercial de las mercancías a un nivel máximo, impidiendo cualquier tipo de flujo comercial.

Robert Baldwin define a las BNAs como “cualquier medida (pública o privada) que causa que los bienes y los servicios objeto de comercio internacional, o los recursos dedicados a la producción de dichos bienes y servicios, sean manipulados a tal grado de reducir el posible ingreso real mundial”.⁴⁴ Esta definición introduce el concepto de “posible ingreso real mundial”, lo cual implica, según Baldwin, que la mayoría de las ocasiones será muy difícil establecer cuáles son las Barreras o Distorsiones No Arancelarias al comercio, sin haber realizado previamente complejos cálculos.

44 BORA Bijit y otros, *Quantification of Non-Tariff Measures*, United Nations Conference on Trade and Development, Policy Issues in International Trade and Commodities, Study Series No. 18, United Nations Publication, New York - Geneva, 2002, p. 2.

Asimismo, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Asociación Latinoamericana de la Integración (ALADI)⁴⁵ definen lacónicamente a las BNAs como cualquier medida distinta a los aranceles, y ya sea de carácter administrativo, financiero o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado parte de una región comercial, impide o dificulta el comercio recíproco.

En la elaboración de un concepto que nos permita delimitar los alcances de las NBAs, las definiremos como todos aquellos obstáculos de cualquier naturaleza, distintos a los aranceles, que entorpecen, dilatan o impiden el libre flujo comercial internacional.

Esto no quiere decir que es contrario a la política liberal el establecer requerimientos mínimos de calidad para los productos importados, o que no se puedan solicitar condiciones de salubridad al país importador, sino que es el establecimiento *arbitrario y discrecional* de requisitos no arancelarios a fin de evitar el flujo de mercancías externas, lo que constituye una BNA contraria al flujo del comercio internacional y a la política liberal de la Organización Mundial del Comercio.

En este sentido, tenemos que distinguir entre las BNAs legítimas, las cuales deberían basarse en el control saludable de las importaciones sin constituir excesos, de las BNAs que constituyen un abuso proteccionista y que generan una discriminación innecesaria a los productos importados.

Sin embargo, en este punto es donde radica el problema toral de la práctica internacional: ¿Cómo determinar cuáles son las BNAs legítimas y como las distinguimos de las Restricciones que solo pretenden generar una discriminación innecesaria en pro de cotos de poder? ¿El clasificador de BNAs determinado por la UNCTAD, o el establecido por la ALADI, es suficiente para sustraer una metodología real a fin de cuantificar las barreos no arancelarias al comercio?

45 DE CLIMENT, Zlata Drnas, *Las Restricciones no arancelarias como instrumentos de preservación ambiental y como instrumento comercial en el marco del Sistema Multilateral de Comercio*, ACADER, República de Argentina, 2001, p. 1.

Responder a estos cuestionamientos resulta en grandes dificultades a nivel global, ya que la principal dificultad de las BNAs reside en el hecho de que varían de un país a otro, no existen fuentes determinadas, pueden ser modificadas con relativa facilidad y cambian con frecuencia, situaciones que no permiten su fácil clasificación y cuantificación.

VI. Barreras No Arancelarias en la Legislación Mexicana.

En nuestro país, la Ley de Comercio Exterior señala en su artículo Decimoséptimo diversas medidas que se considerarán como BNAs, dejando la puerta abierta para todos aquellos instrumentos adecuados para la consecución de los fines de la ley. Las BNAs que se enuncian en la ley son:

a. Permisos Previos.

Son instrumentos mediante los cuales, para el caso mexicano, la Secretaría de Economía regula las importaciones y exportaciones de mercancías que están controladas por motivos de seguridad nacional, sanitarias, fitosanitarias, etc. Se definen como la licencia o autorización para que los interesados puedan importar o exportar mercancías sujetas a este requisito por parte de la misma Dependencia.⁴⁶

El artículo 15 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior los define como el instrumento expedido por la Secretaría de Economía para realizar la entrada o salida de mercancías, al o del territorio nacional.

Sus objetivos principales son: 1º Regular la entrada de productos usados, de desecho, o que carezcan de un mercado sustancial en su país de origen, y que pudieran generar distorsiones al mercado nacional; 2º Mejorar la competitividad de las cadenas productivas para evitar distorsiones en el mercado; y 3º Cumplir con lo especificado en los tratados internacionales en los que México sea parte.

46 Artículo 21 LCE. La Secretaría de Economía, previa opinión favorable de la Comisión de Comercio Exterior, publica en el DOF la lista de productos sujetos al requisito de permiso de importación y exportación.

Hasta diciembre del 2008 la Secretaría de Economía tenía registradas a 168 fracciones arancelarias como obligadas a cumplir con el requisito de permisos previos.

b. Cupos Máximos.

El cupo es definido cuantitativamente como un límite, y cualitativamente como los beneficios que dentro de esos límites se obtienen; en materia de comercio exterior es el monto de determinada mercancía que puede ser importada o exportada en condiciones especiales, con respecto al resto de las importaciones o exportaciones de la misma mercancía que excedan el citado límite. Cada país podrá fijar las cantidades, volúmenes o valores de mercancías que podrán ser ingresadas a su territorio, así como su vigencia y la tasa arancelaria que deberán cubrir las mercancías sujetas a cupo, con el fin de proteger el consumo de productos nacionales.

Una vez que se hubiere excedido de los montos o volúmenes del cupo, se impedirá el acceso de la mercancía sobrante en el territorio correspondiente.

Considerando que la importación o exportación al amparo de un cupo otorga una ventaja comparativa al beneficiario, la Secretaría de Economía los administra mediante procedimientos de concurso, llámeseles Licitaciones Públicas, Privadas o Adjudicaciones Directas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Comercio Exterior, y con lo previsto en el Título III, Capítulo III del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.

El mecanismo de adjudicación de los cupos, lo asigna la Secretaría de Economía y para lo cual consulta a los diferentes eslabones de la cadena productiva de la que es parte la mercancía de que se trate y lo somete a consideración de la Comisión de Comercio Exterior. Asimismo, los cupos se harán efectivos mediante la expedición de un certificado por parte de la Secretaría de Economía, certificado el cual será nominativo y transferible.

Para diciembre de 2008, la Secretaría de Economía tenía negociados 183 cupos vigentes, 129 de importación y 56 de exportación.

Los cupos máximos se distinguen de los aranceles-cupo⁴⁷ en que los primeros son límites cuantitativos a determinada mercancía y pasado tal límite no se admiten bienes adicionales, y los segundos son aranceles que aumentan independientemente de las restricciones cuantitativas cuando se alcanza cierto nivel o niveles de bienes importados; es decir, los aranceles-cupo sí permiten la importación en exceso de bienes pero en una tarifa más alta (para la mercancía excedente) que la que en su momento aplica a las importaciones que entran en el cupo.

c. Marcado de país de origen.

Esta BNA consistirá en marcar con el nombre del país de origen, la mercancía que se pretende exportar a petición del país importador, pudiendo tratarse de etiquetas adhesivas o de presión, marbetes o pintura.

La marca deberá ser susceptible de ser leída con facilidad y lo suficientemente permanente para que el comprador final se entere del origen del producto de manera inequívoca. El comprador final será la última persona que, en territorio de la parte importadora, adquiere un bien en la misma condición en que se importó.

Cuando la naturaleza del producto no permita su marcado físico (Por ejemplo, frutas y verduras), lo apropiado será marcar el envase con el país de origen, o bien, el país importador indicara el método a utilizar para el marcado de origen, por ejemplo para tuberías de acero, se indicará si para tales efectos se utilizará el troquelado, inscripción en el molde, grabado o grabado al aguafuerte.

En el caso mexicano, el artículo 25 de la Ley de Comercio Exterior establece que será la Secretaría de Economía, con la opinión favorable de la Comisión de Comercio Exterior, la que podrá exigir un marcado de país de origen.

47 DEARDORFF, Alan and STERN, Robert, *Measurement of Non Tariff Barriers*, Organization for Economic Co-operation and Development, Economic Department Working Paper No. 179, Paris, p. 68

A su vez, los Estados Unidos de Norteamérica requieren un marcado de país de origen para cualquier mercancía que se pretenda internar para efectos comerciales.

No debemos confundir este marcado de país de origen, con los “Productos distintivos” de un país, los cuales son productos que los Estados conviene reconocer como representativos de alguna de las partes, dígame por ejemplo el Tequila para México, el Champagne para Francia o el Singan para Bolivia.

d. Certificaciones.

Los certificados son pruebas documentales de que oficialmente se cumple con alguna condición, dígame que el producto es originario (certificado de origen), que cuenta con un cupo (certificado de cupo), que los productos cárnicos que fueron procesados en rastros, plantas industriales y frigoríficos, cumplen con las normas sanitarias de infraestructura de estos productos (certificado tipo inspección federal), que el producto a exportarse cumple con los requisitos de fitosanidad (certificado fitosanitario internacional), que los productos pecuarios están libres de enfermedad (certificados zoosanitarios), etc.

Serán las entidades nacionales competentes las facultadas para expedir certificados sanitarios de exportación válidos para la autoridad sanitaria del país de importación. Por ejemplo, en México la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA) es la que se encarga de emitir el *certificado tipo inspección federal*.

e. Cuotas compensatorias por prácticas desleales.

Las cuotas compensatorias son el resultado de una investigación administrativa en la cual se demuestra la existencia de prácticas desleales de comercio internacional, es decir, la importación en condiciones de discriminación de precios (dumping), o bien, de subvenciones en su país de origen.

Tienen que ser pagadas por el importador de la mercancía de que se trate, y conforme a las fechas establecidas en la resolución. Su objetivo es restablecer

las condiciones de libre competencia, y de lealtad, a fin de que las condiciones entre los productores nacionales y las mercancías importadas se equilibren.

Las cuotas compensatorias para el caso de discriminación de precios o dumping, de conformidad con el artículo 62 de la LCE, serán equivalentes a la diferencia entre el valor normal y el precio de exportación; y en el caso de subvenciones, al monto del beneficio, cantidades las cuales podrán ser menores siempre y cuando sean suficientes para desalentar la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios.

Se clasifican a su vez en cuotas compensatorias provisionales y definitivas. Las cuotas compensatorias provisionales serán impuestas mientras se realiza la investigación por prácticas desleales, partir de que hubieran transcurrido por lo menos 45 días posteriores a la publicación de la resolución de inicio de la investigación en el DOF,⁴⁸ y hasta transcurridos 210 días plazo máximo en el cual deberán de revocarse las cuotas compensatorias provisionales.⁴⁹

Las cuotas compensatorias definitivas de acuerdo al artículo 70 de la LCE, tienen una vigencia de 5 años contados a partir de la publicación de la resolución final en el DOF, a menos de que antes de que concluyera tal plazo la Secretaría de Economía hubiera iniciado un procedimiento de revisión anual a solicitud de parte o de oficio, o bien un examen de vigencia de cuota compensatoria de oficio para determinar si la supresión de cuota compensatoria daría lugar a la continuación o repetición de la práctica desleal.

Las cuotas compensatorias podrán ser revocadas en caso de que derivado de una revisión anual, se concluyera que la inversión proyectada no se hubiere realizado. La eliminación de las cuotas compensatorias deberá de ser publicada en el DOF y notificada a las partes.

i. Dumping.

48 Artículo 57, fracción I LCE.

49 Artículo 58, fracción II LCE.

En general el *Dumping* es una práctica desleal privada, es decir realizada y ejecutada por las empresas, consistente en introducir mercancías originarias de cualquier país en el mercado de otro a un precio menor al precio de fábrica, y que daña o amenaza dañar a los productores nacionales de bienes idénticos (los productos que sean iguales en todos sus aspectos al producto investigado) o similares (los productos que, aun cuando no sean iguales en todos los aspectos, tengan características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables con los que se compara).

A nivel de la OMC se emitió el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 (en adelante Acuerdo Antidumping), en el cual se utiliza el término *dumping*, es decir la introducción de un producto en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.⁵⁰

La Ley de Comercio Exterior mexicana, en su artículo 30 no utiliza el término *dumping* (término aceptado a nivel global), sino que define a esta práctica desleal como a la “importación en condiciones de discriminación de precios”, siendo esta última definición la que mejor explica el concepto ya que la traducción literal del anglicismo *dumping* no refleja la finalidad de esta figura en materia de comercio internacional, aun cuando ambos términos tienen los mismos efectos y consecuencias jurídicas.

La importación en condición de discriminación de precios o *dumping* consiste en la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior al de su valor normal, siendo el valor normal el precio de venta de mercancía idéntica o similar en el país de origen en el curso de operaciones comerciales normales. Sin embargo cuando no existan ventas en el país de origen o si las ventas no

50 Artículo 2.1 del *Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994*, Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la OMC, Secretaría del GATT, Ginebra, Suiza, 15 de Abril de 1994.

fueran lo suficientemente representativas para permitir una comparación válida, se considerará como valor normal; a) el precio de exportación de mercancía idéntica o similar del país de origen a un tercer país, o b) el valor reconstruido de mercancía idéntica o similar a la que se está exportando en el país de origen, y que se obtendrá de la suma del costo de producción.

ii. Subvenciones.

Las subvenciones o subsidios son el otro rostro que pueden adquirir las prácticas desleales de comercio internacional, y se definen como una práctica efectuada por los gobiernos, consistente en contribuir financieramente a los productores nacionales para exportar productos a los mercados externos, utilizando precios artificialmente competitivos, y que con ello se otorguen beneficios que dañen o amenacen dañar a productores nacionales de bienes idénticos o similares.

Al respecto, las subvenciones además de otorgar un beneficio, pueden ser específicas o no específicas: son específicas cuando se otorga la ayuda financiera a una empresa exportadora en particular y será no específica cuando sea general y el beneficio de la ayuda financiera se otorgue a una rama entera de producción en general.

El ASMC clasifica a las subvenciones en Prohibidas y Recurribles. El artículo tercero establece como subvenciones prohibidas, a) Aquellas supeditadas de facto a los resultados de exportación como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I, y b) Las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones. Las subvenciones serán recurribles cuando la ayuda financiera o la forma de sostenimiento de ingresos, además de ser específica produce alguno de los siguientes efectos: a) daño a la rama de la producción nacional de otro miembro; b) anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros, directa o indirectamente, del GATT de 1994, en particular de las ventajas de las concesiones consolidadas de conformidad con el artículo II

del GATT de 1994, y c) perjuicio grave a los intereses de otro Miembro. Las subvenciones recurribles no serán aplicables a las mantenidas con respecto a los productos agropecuarios según lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura.

VII. Metodologías para la clasificación y cuantificación de BNAs.

Considerando que la tendencia en el comercio internacional se ha inclinado hacia la eliminación de BAs con motivo de las diversas rondas de negociación del GATT así como los diversos acuerdos regionales, los Estados (en particular los países industrializados) han desarrollado especial interés en la imposición de BNAs que pudieran tomar el lugar de dichas BAs para distorsionar y restringir la introducción de mercancías y servicios en sus respectivos territorios.

En vista de la gran variedad de BNAs formales e informales que pueden existir, diversos doctrinarios⁵¹ del comercio internacional se han dado a la tarea de elaborar una metodología que permita en una primera instancia clasificar a las BNAs, y en segundo lugar cuantificar los efectos y el impacto de las BNAs en los mercados.

Desafortunadamente, considerando la gran cantidad de información que se requiere para desarrollar un estudio de tal magnitud, ninguno de los grupos de trabajo ha logrado elaborar una metodología completa en cuanto a la clasificación y cuantificación de BNAs. Es más, si bien la consecución de tal metodología es de suma importancia, el principal problema de las BNAs en la actualidad sigue radicando en la falta de experiencia empírica para distinguir los usos de BNAs que son discriminatorios de aquellos que por razones de

51 Baldwin 1989, Laird and Yeats 1990, Deardorff and Stern 1998, Bora, Kuwahara and Laird 2002.

legalidad son defendibles⁵², y para el cual no existe estudio ni metodología alguno.

Sin embargo, si bien los estudios para la clasificación y cuantificación de BNAs son perfectibles, se realizará un análisis crítico muy general de las principales metodologías para clasificar y cuantificar a las BNAs, así como se abordará con posterioridad en este capítulo el problema radicado en la legitimidad de su imposición.

Para tales efectos deberemos introducir primero que nada el concepto de *elasticidad-precio en la demanda*, el cual no es más que una medida de la sensibilidad de la cantidad demandada de un bien ante una variación en su precio y se calcula dividiendo la variación porcentual de la cantidad demandada entre la variación porcentual del precio.

$$\text{Elasticidad – precio en la demanda} = \frac{\% \text{ de variación de cantidad demandada}}{\% \text{ de variación del precio}}$$

53

La demanda-precio de un bien será relativa o perfectamente elástica dependiendo de qué tan significativamente responda la cantidad demandada a una variación del precio, y por el contrario será relativa o perfectamente inelástica cuando la cantidad demandada no cambie o lo haga muy poco respecto de las variaciones en precio.

La influencia de la variación del precio de un bien en función de la demanda de otro depende de que ambos sean *sustitutivos*. Los bienes serán sustitutivos si la subida del precio de uno de ellos eleva la cantidad demandada del otro

52 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Metodologías, Clasificaciones y Cuantificación de las Barreras No Arancelarias y sus efectos en el desarrollo*, Comisión del Comercio de Bienes y Servicios y de los Productos Básicos, Ginebra, 23 de junio de 2005, p. 14.

53 Por ejemplo Consideremos la demanda de tequila. Al precio de 100 dólares se demandan 10,000 botellas de tequila. Si el precio sube a 120 dólares, la cantidad demandada baja a 9,000 unidades. La variación porcentual del precio ha sido del 20%, mientras que la variación porcentual de la cantidad demandada ha sido del -10%. La elasticidad de la demanda de botellas de tequila es del -0.5 (-10%/20%; aunque el resultado sea negativo la elasticidad se suele expresar con signo positivo). Esto quiere decir que ante una variación de 20% en el precio, la cantidad demandada varía la mitad en términos porcentuales.

cualquiera que sea el precio. En el caso del pollo y el pescado, se trata de bienes sustitutivos; la carne de vacuno también es un sustitutivo del pescado; las películas son un sustitutivo de la televisión.⁵⁴ Existe un número casi infinito de posibles pares de sustitutivos.

En cambio, para los bienes para los cuales no existen sustitutivos, se entendería que por sus características especiales, el consumidor no importando la variación en la oferta pagaría lo que fuera necesario para obtenerlos, dígame por ejemplo el caso de un antibiótico que por sí solo puede combatir una infección resistente a todos los demás antibióticos: considerando las condiciones únicas de este antibiótico, es probable que su demanda sea constante no importando las variaciones en el precio puesto que los pacientes afectados terminarán pagando lo que sea necesario para combatir tal infección. Tales condiciones en la demanda para este tipo de bienes, en teoría hacen que sea casi perfectamente inelástica.

De tal forma podemos entonces señalar que la elasticidad o inelasticidad-precio de la demanda será directamente proporcional a la existencia de buenos sustitutos; es decir, cuando existan sustitutos de un bien la demanda tenderá a ser elástica, en cambio, cuando no los existan la demanda será tendiente hacia la inelasticidad.

Este principio en el cual la existencia de sustitutivos es determinante de la elasticidad precio de la demanda, se complementa por el hecho de los grupos de productos propenden a ser más inelásticos que las mercancías definidas.⁵⁵ En mi opinión, resulta no solo interesante comparar la elasticidad en la demanda digamos del vestido (0.51), y la elasticidad en la demanda de alimentos (0.63), sino que tales factores podrían ser de gran ayuda al momento de identificar a los productos catalogados como similares, y que desde mi punto de vista cuentan con gran similitud respecto de los sustituibles. La

54 FISCHER, Stanley y otros, *Economía*, Tercera Edición, MacGraw-Hill, Madrid, 2004, p. 61.

55 Por ejemplo, un grupo conformado por los alimentos que constituyen la canasta básica sería altamente inelástico, en cambio una mercancía en particular, dígame una determinada marca de frijol, por ser sustituible tiende a la elasticidad.

inclusión del factor de elasticidad a la definición de productos similares, desde mi perspectiva vendría a enriquecer el texto de ley, y nos otorgaría elementos adicionales al momento de determinar la existencia de dumping o subvenciones.

a. Clasificación y metodología de Deardorff.

Deardorff elabora una tipología de las BNAs y entre las cuales destaca a las cuotas, a las restricciones voluntarias a la exportación (Voluntary Export Restraints o VERs) y en general a una cantidad potencialmente ilimitada de políticas que alteran de manera indirecta las cantidades y los precios, la oferta y la demanda en los tratados. Es considerando la naturaleza tan amplia que abarcan las BNAs que Deardorff indica que no es posible elaborar una clasificación que las contenga a todas, sino que simplemente se puede elaborar una tipología general que distinga a las formales de las informales.

Las BNAs formales serán aquellas que se encuentren explícitamente reguladas en la legislación local de cada uno de los países. Asimismo también pueden distinguirse BNAs informales derivadas de tres fuentes: (a) Procedimientos administrativos así como normas y políticas de gobierno, por ejemplo la discrecionalidad en el licenciamiento, las cuotas, las restricciones voluntarias a la exportación, las cuotas compensatorias y las medidas antidumping, estas dos últimas además de las investigaciones bajo supuestos de prácticas desleales, pueden ser utilizadas para albergar un clima de incertidumbre para las mercancías de competidores extranjeros, y no sólo eso, sino como un verdadero método de acoso para evitar prácticas comerciales de libre competencia (b) La estructura de mercado, la cual puede ir desde perfectamente competitiva hasta concluyentemente monopólica, dígame a manera de ejemplo las diferentes políticas para promover la competencia, la inversión extranjera, o las leyes antimonopolios que varían de país en país y que pudieran constituirse como barreras informales al flujo comercial, y (c) Instituciones políticas, sociales y culturales, que intervienen activa o pasivamente en los gustos y en el comportamiento del consumidor, en sus

hábitos de gasto y hasta en su ambiente cultural y social, a tal grado de fomentar cierto grado de animadversión respecto de la compra de bienes extranjeros por catalogarlos prejuiciosamente como de calidad inferior (véase el papel de la Food and Drug Administration en los EUA). Si bien las BNAs formales se erigen como restricciones importantes a la liberalización comercial, las BNAs informales limitan aún más este flujo de bienes y servicios puesto que dice Deardorff:

“...informal barriers may be the result of conscious effort by government to favor domestic over foreign interests, or they may be the byproduct of practices and policies that are rooted in domestic institutions”,⁵⁶

que las BNAs informales resultan ser tan efectivas puesto que son el resultado de un esfuerzo consciente por parte del gobierno para favorecer intereses domésticos por encima de los intereses de la libre competencia, o bien, que pueden ser el resultado de prácticas y políticas que tengan sus raíces en instituciones nacionales.

b. Método del impacto cuantitativo.

Deardorff introduce el concepto de impacto cuantitativo, suponiendo un modelo (Figura 1) que incluye una curva de demanda DD la cual se da en condiciones de perfecta competitividad en la ausencia de BNAs, una curva de oferta SS asumiendo condiciones competitivas en la importación de bienes, un punto de equilibrio⁵⁷ (p_0 , q_0), y la curva de demanda D'D' que supone la presencia de cualquier BNA.

En la citada figura se modela la tendencia de la curva de demanda D'D', ante la presencia de cualquier BNA, que con respecto de la curva de demanda DD, se inclina hacia la izquierda volviéndose menos elástica.

⁵⁶ DEARDORFF, Alan and STERN, Robert, *Op. Cit.*, p.p. 4 y 5.

⁵⁷ El punto de equilibrio, o equilibrio en el mercado es aquel al que la cantidad demandada es igual a la ofrecida. A este precio no hay ni un exceso en la demanda ni un exceso de oferta; los vendedores pueden encontrar clientes para toda la mercancía que quieran ofrecer y los compradores pueden conseguir todos los bienes que desean adquirir.

Cuantitativamente hablando lo más fácil de observar es la disminución de la cantidad importada en presencia de BNAs, esto es la distancia entre q_0 y q_1 . De igual forma, manteniendo el precio constante en p_0 , se puede medir el efecto cuantitativo de la BNA por la disminución en la demanda de q_0 a q_2 , que representa la cantidad en la demanda que sería reducida con la intervención de BNAs si el precio pagado a los importadores por sus productos se mantuviese sin cambios. Correspondientemente, p_2 representa el precio al cual se induciría a los compradores a reducir la cantidad demandada a q_2 ; la distancia entre p_2 y p_0 mide el efecto de la BNA respectiva cuando la oferta q_2 permanece constante.

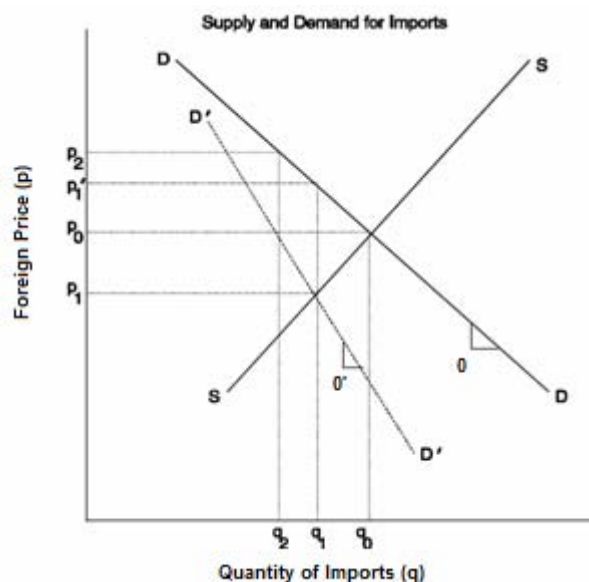


Figura 1

Otra característica expresada en el modelo es el grado al cual la elasticidad en la demanda de las importaciones se reduce ante la presencia de BNAs; de acuerdo al modelo, la elasticidad $0'$ es menor sobre la curva $D'D'$ que sobre la curva DD , es decir que la intervención de BNAs en la importación de mercancías tiende a la inelasticidad en la demanda, y como consecuencia redundando en la falta de bienes sustitutos, tal y como ya se describió previamente.

Este modelo es el predilecto de Jager y Lanjouw⁵⁸ arguyendo que el cómputo en la cantidad demandada es preferible al método de conteo-frecuencia de BNAs o al de cuantificación de precios, puesto que el primero se acerca más a determinar *que tanto* restringen el libre comercio las BNAs. Sus argumentos van más allá señalando que la cuantificación de los precios, tales como los equivalentes tarifarios de las BNAs no proveen de tal información, y que no solo eso sino que el problema primordial de esta metodología radica en que mientras la cantidad que es importada bajo esquemas de BNAs se puede identificar, generalmente este método no provee de otra cantidad base contra la cual se pueda comparar la demanda afectada por BNAs (solamente se cuenta con la curva original DD y con la curva D'D' una vez aplicadas las BNAs, no existiendo una curva “patrón” representativa para la BNA de que se trate).

c. Método conteo-frecuencia de BNAs.

Como ya se señaló en diversas de ocasiones, variedad de investigadores han intentado medir y cuantificar el alcance y los costos de las BNAs, pero la mayoría de estos esfuerzos han sido infructuosos y no gozan de credibilidad en principio por la gran cantidad de BNAs que se presentan en la actualidad en el mundo (muchas de ellas ni si quiera reconocidas como BNAs), así como por el hecho de que los Estados pueden proteger a sus industrias y a sus particulares de cualquier agente externo que resulte una amenaza, mediante cualquier forma que les resulte conveniente.

Medir la frecuencia con la que se presentan las BNAs así como elaborar un catalogo con sus características, es un método que también han adoptado diversos estudiosos en la materia, siendo el catálogo más completo el desarrollado por la UNCTAD, en particular por Bora, Kuwahara y Laird.⁵⁹ Este inventario contiene una breve descripción de cada una de las BNAs, identifica a los países que las imponen, así como a los afectados o excluidos por las

58 DEARDORFF, Alan and STERN, Robert, *Op. Cit.*, p.p. 17 y 18.

59 BORA Bijit y otros, *Op. Cit.*, Annex I.

mismas, además de indicar la fuente oficial de la que se derivó la información sobre las BNAs.

Los registros de la UNCTAD se han expandido a tal grado que contienen estadísticas con equivalentes tarifarios de más de 100 tipos de BNAs aplicadas en países desarrollados, y alrededor de 80 tipos de BNAs de países en desarrollo.

Mientras que el inventario de BNAs tiene diversas aplicaciones en ámbitos políticos y para la investigación, el enfoque metodológico utilizado por la UNCTAD tiene muchas lagunas. Quizá la principal de ellas es que un inventario de BNAs solo registra la existencia de BNAs, pero no nos dice nada al respecto de sus efectos restrictivos. Por ejemplo, en el caso de que un sector de la producción tuviera una gran cantidad de productos que fueran sujetos al cumplimiento de BNAs de fácil cumplimiento, y que otro sector de la producción detentara tan solo un par de productos pero los cuales fueran objeto de BNAs de cumplimiento imposible, el primero sector tendría un radio de incidencia de BNAs mucho mayor que el segundo, pero sería el segundo el que se vería más afectado por las restricciones para la comercialización de sus productos por la imposibilidad de cumplir con las BNAs. Esta situación no se refleja en el registro de BNAs detentado por la UNCTAD.

El hecho de que la información en la cual se basa este inventario provenga de fuentes oficiales tales como registros aduaneros (registro de las operaciones realizadas en aduana) o notificaciones del GATT, implica que las BNAs que no se publican en fuentes oficiales (Por ejemplo las VERs, o restricciones voluntarias a la exportación), no se vean reflejadas en el inventariado, afectando como consecuencia la exactitud de la metodología.

d. Métodos para cuantificar BNAs específicas.

Algunas BNAs tales como los cupos (en inglés quotas), las VILs (Variable Import Levies-Aranceles Variables a la Importación) y las VERs, pueden cuantificarse utilizando metodologías muy específicas relacionadas con estas restricciones. Mientras que estos métodos pueden ser sujetos a las mismas

críticas y lagunas que las metodologías de aplicación general antes descritas, al parecer resultan muy útiles para proveer estimados de magnitud de los cupos, VILs y VERs.

CUPOS-QUOTAS. Los cupos a la importación son catalogados como las BNAs más directas, y como ya se señaló con anterioridad son límites cuantitativos a la importación. Esto es en resumidas cuentas, que cuando un país desea restringir la importación de cierta mercancía determina la cantidad máxima que desea admitir durante un periodo determinado y prohíbe la entrada a la mercancía excedente de tal límite preestablecido. Sin embargo, la escasez forzosa del bien importado inevitablemente impulsa al precio del mismo bien en el mercado nacional en la cantidad necesaria para reducir la demanda, agregándosele sin querer un plus⁶⁰ al precio original.

En la figura 2 nuevamente la curva DD' representa el comportamiento de la demanda, pero en este caso en ausencia de cupos. Ahora supongamos que se impone un cupo a la totalidad de la industria prohibiendo la importación de determinada mercancía excedente de la cantidad $\bar{Q}$. Dada la curva de la oferta SS' para productos importados del mercado mundial, el precio mundial disminuirá a p_1 . Sin embargo, como la demanda doméstica del bien importado no ha cambiado, su precio en el mercado nacional (domestic market) debe aumentar a $\dot{p}$ a fin de reducir la demanda al nivel requerido. En tanto que los consumidores sigan consumiendo el producto al precio $\dot{p}$, la ganancia que llegará a los proveedores extranjeros (foreign supplier's) será solamente p_1 , puesto que la diferencia entre $\dot{p}-p_1$ constituye el plus que será recibido dependiendo del método de administración del cupo. Como ya se mencionó, el método de administración que se ha mostrado más efectivo y que es de preferencia a nivel mundial es el de licitación, y el cual también ha sido adoptado por México.

60 LAIRD, Sam and YEATS, Alexander, *Quantitative Methods for Trade Barrier Analysis*, London and New York, Macmillan Press, Ltd. and New York University Press, 1990, p.p. 38, 40 y 41.

El beneficio es que mediante la licitación, el plus que ya se señaló se obtiene de los cupos es colectado por el gobierno como ingreso. Mediante la licitación el gobierno periódicamente (en general es un periodo anual) imprime licencias para la importación de la cantidad establecida en el cupo, y lo que concurra es la adquisición de estas licencias.⁶¹ Si se permite que estas licencias sean revendidas una vez adjudicadas en un mercado secundario, la competencia debería equiparar su precio con la diferencia anticipada entre el precio de importación del bien en el mercado doméstico y el precio en el mercado mundial ($\hat{p}-p_1$ en la Figura 2). En esta situación, la división del precio de la licencia de importación que contiene el cupo entre el valor de las importaciones autorizadas por el mismo cupo nos provee una medida de la incidencia de la BNA (una medida del número de veces que la restricción ocurre).

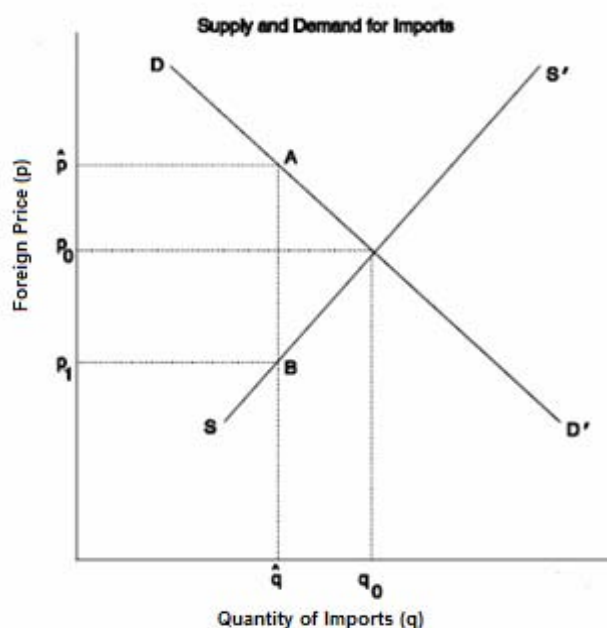


Figura 2

ARANCELES VARIABLES A LA IMPORTACIÓN-VILs. Los aranceles variables son utilizados primordialmente por la Unión Europea y por los Estados Unidos de Norteamérica para proteger su producción agrícola,⁶² y están diseñados

61 Ibidem, p. 40.

62 DEARDORFF, Alan and STERN, Robert, *Op. Cit.*, p. 25.

para otorgar estabilidad al precio de los productos nacionales mediante la imposición de cargas a las importaciones, cargas las cuales varían para mantener constante el costo nacionalizado (incluyendo todos los gastos, dependiendo del INCOTERM utilizado) de los productos de importación.

Se asemejan bastante a los cupos si bien tales limitan la cantidad de importaciones, las VILs limita los precios. Esto se hace mediante el mecanismo de cargar lo que esencialmente es un arancel, cuyo monto varía lo necesario para llegar al precio deseado en la mercancía de importación. La variación del impuesto se da de manera instantánea siendo los oficiales de aduana en la frontera los encargados de colectar la cantidad que resulte de la diferencia entre el precio objetivo (target price o domestic price) y el precio de factura (world price o foreign price) del producto. En los casos en los que el precio objetivo fuera mayor que el precio de factura, los aranceles revierten su signo y se convierten en subsidios a la exportación.

Empíricamente la OMC ha publicado estimados *ad valorem* de las VILs como resultado de la división de la cantidad que hubiere colectado el oficial de aduana durante un periodo específico de tiempo entre el valor total de las importaciones a las cuales se les aplica la VIL.⁶³ Este método de cuantificación resultaría fructífero si los informes que contienen las cantidades colectadas por los oficiales aduaneros estuvieran disponibles para el público en general, pero como la mayoría de los países que imponen esta BNA no hacen pública esta información este método no resulta viable.

RESTRICCIONES VOLUNTARIAS A LA EXPORTACIÓN-VERs. Es una forma de protección que tuvo la cúspide de su importancia durante las dos décadas anteriores a la entrada en vigor de la OMC y se trata de una acción emprendida por el gobierno de un país exportador para restringir las exportaciones de un bien específico destinadas a un país importador en particular, influenciada esta restricción por el gobierno de este último.

63 LAIRD, Sam and YEATS, Alexander, *Op. Cit.*, p.p. 37 y 38.

Siendo que esta BNA se establece como limitante a la cantidad de exportaciones, la hace idéntica a los cupos con excepción de su motivación política, por lo que en la práctica absolutamente todo lo que se dijo anteriormente acerca de los cupos también es aplicable a las VERs,⁶⁴ y derivado de lo cual también podría hacerse una cuantificación del índice de incidencia.

VIII. La Ley Contra el Bioterrorismo de EUA: caso representativo de BNAs como medida ultra-proteccionista.

El Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica aprobó el día 12 de junio de 2002 la “Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002” también conocida como Bioterrorism Act o Ley Contra el Bioterrorismo y que tiene por objeto establecer medidas para prevenir ataques terroristas mediante el suministro de agua, alimentos y fármacos, así como responder a las amenazas en contra de la “seguridad nacional” representadas por el bioterrorismo.

Diseñada con tales fines la Ley Contra el Bioterrorismo promete ser “la primera línea de defensa en contra del bioterrorismo” (first line of defense against bioterrorism)⁶⁵, a expensas de la opinión emitida por la comunidad comercial internacional que ha expresado su preocupación por los efectos potencialmente restrictivos de la ley.

El Título III -Protecting Safety and Security of Food and Drug Supply- representa el principal motivo de preocupación para los exportadores que deseen introducir alimentos, agua o fármacos al territorio norteamericano y en general se debe a que, en palabras de Claire Boisen, “...Title III discriminates between domestic and foreign food manufacturers by imposing increased

⁶⁴ *Ibidem.*, p.p. 41 y 42.

⁶⁵ KEMPER, Ryan, *Responding to Bioterrorism: An Analysis of Title I and II of the Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002*, EUA, Washington University, 2005, p.p. 385 y 403.

transaction costs and procedural burdens solely on foreign facilities”⁶⁶, es decir, el Título III discrimina la comercialización de alimentos extranjeros de los nacionales mediante la imposición, solamente a los establecimientos y comerciantes extranjeros, de costos de transacción y de cargas procedimentales adicionales.

Previamente a la entrada en vigor de la Ley Contra el Bioterrorismo, el gobierno federal de los Estados Unidos Mexicanos presentó ante la FDA una serie de observaciones relacionadas con los alcances del Título III, y manifestó su preocupación ante los Comités de Obstáculos Técnicos al Comercio y de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC por la ostensible posibilidad de que dicha Ley fuera incompatible con los acuerdos suscritos por los EUA en la OMC y con las obligaciones asumidas en el TLCAN. Desgraciadamente el análisis legal elaborado por el grupo intersecretarial ⁶⁷ concluyó que las excepciones de “seguridad nacional” eran aplicables para el caso de la Ley Contra el Bioterrorismo, y no sólo eso, sino que tal normatividad era concordante con los derechos y obligaciones adquiridos por nuestros vecinos del norte en el TLCAN y en el acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, así como determinó como no viable establecer procedimiento alguno de solución de controversias contra los EUA, ya fuera a nivel del TLCAN o de la OMC.

La opinión del grupo intersecretarial desde el punto de vista del presente estudio no podría estar más alejada de la verdad, ya que como se explicará a continuación si bien tanto el TLCAN como los acuerdos de la OMC reconocen el derecho de los países integrantes para promulgar las medidas que consideren necesarias para proteger a sus connacionales en contra de riesgos

66 BOISEN, Claire, *Title III of the Bioterrorism Act: Sacrificing U.S. trade relations in the name of food security*, en *American University Law Review*, January 30 of 2007, p. 671.

67 Cfr., SECRETARÍA DE ECONOMÍA, *Ley Contra el Bioterrorismo de los EE.UU.*, p.p. 3 y 9, Dirección URL: <http://www.economia.gob.mx/work/sncl/negociaciones/tlcan/pdfs/1-1-19-200204leyBioterro.pdf>, [consulta: 30 de octubre de 2008]. Grupo Intersecretarial en el que participan altos funcionarios y técnicos especializados de las Secretarías de Economía, Salud, Agricultura, Comunicaciones y Transportes, Relaciones Exteriores, así como Aduanas y Gobernación

sanitarios y amenazas a la vida, incluyendo la contaminación biológica, también tienen por objeto asegurarse que tales medidas no restrinjan de manera indiscriminada el comercio, así como también se explicará que pueden iniciarse procesos por solución de controversias en contra de la ley contra el bioterrorismo ya sea ante la OMC o ante el TLCAN. El Título III viola los citados ordenamientos porque en primer lugar discrimina a los establecimientos extranjeros que produzcan, procesen, empaquen o almacenen alimentos destinados a internarse en los EUA, y en segundo lugar por mantener dichas políticas sin contar con una evaluación de riesgos (analytical risk assessment) tal y como lo requiere el acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias⁶⁸ (SPS por sus siglas en ingles) de la OMC y el capítulo VII del TLCAN.

La Ley Contra el Bioterrorismo señala sumariamente lo siguiente en sus disposiciones reglamentarias: a) La sección 303 faculta a los funcionarios calificados de la FDA para proceder a la detención administrativa de cualquier producto alimenticio que consideren sospechoso en cualquier puerto de entrada de los EUA, siempre y cuando cuenten con información o evidencia fehaciente al respecto de que tal alimento representa una amenaza seria a la salud humana o animal, o que pudiera provocar su muerte; b) La sección 305 señala que toda empresa, bodega o establecimiento⁶⁹ que produzca, procese, empaque, almacene o importe alimentos destinados para su consumo en los EUA deberá de registrarse ante la Secretaría de Salud y Servicios Humanos (Secretary of Health and Human Services), y en caso de que *solamente los productos importados* no cumplieran con tal registro serán detenidos inmediatamente en el puerto de entrada en el que se encuentren y hasta que se hubiera recibido el registro formal por parte de la FDA.⁷⁰ Los establecimientos extranjeros adicionalmente están obligados a designar un

68 Artículo 5.1 del acuerdo SPS, Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la OMC, Anexo 1A, Secretaría del GATT, Ginebra, Suiza, 15 de Abril de 1994.

69 Federal Food, Drug and Cosmetic Act of 2000, Sec. 415, (b) (El término “establecimiento” no incluye granjas, restaurantes u otros establecimientos en los EUA en los cuales la comida se sirva directamente al consumidor)

70 *Idem*, Sec. 801, (L)(1).

“agente” norteamericano (U.S. agent) durante su registro ante la FDA, cuya única responsabilidad será la de actuar como vínculo entre la agencia gubernamental y el particular durante situaciones de trámite normal y de emergencia; c) La sección 306 tiene que ver con el mantenimiento e inspección de archivos y para lo cual la FDA requiere a los establecimientos que produzcan, procesen, empaquen, almacenen o importen alimentos a los EUA mantengan registros que permitan la identificación tanto de las fuentes como de los receptores inmediatos de estos artículos. La FDA podrá en cualquier momento solicitar tales registros, cuando en su opinión algún producto represente una amenaza seria a la salud o a la vida de las personas o de los animales; d) La sección 307, adicionalmente al requisito de registro ante la FDA, requiere a los establecimientos que pretendan importar productos alimenticios a territorio norteamericano que presenten un “aviso previo” (advance notice)⁷¹ que contenga una descripción de todos los productos, la identidad del agricultor, del fabricante, del transportista, el país del cual proviene y el puerto anticipado de entrada. De manera acorde, la FDA establece que el aviso previo deberá de realizarse vía electrónica cuando menos con dos horas de anticipación cuando los productos arribaran vía terrestre, cuatro horas por tren o avión y ocho horas cuando se trate de vía marítima.

La FDA ha determinado que los simples costos por contratar un agente norteamericano (sección 305) y proveer de aviso previo respecto de cada uno de los envíos destinados a los EUA (sección 307) representaría gastos anuales adicionales estimados de \$228,800,000 USD⁷² por cumplimentar con el registro, \$164,500,000 USD por contratar y mantener un agente y \$260,633,000 USD calculados por proporcionar el aviso previo.

71 Prior Notice of Imported Food Under the Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002.

72 Comparar los \$228,800,000 gastados por el registro de las empresas exportadoras extranjeras, con los \$6,900,000 USD que deberá erogar la industria nacional norteamericana por el mismo registro.

Los miembros de la OMC negociaron el acuerdo SPS a fin de reducir al máximo las normas que inhiben el libre tránsito de productos alimenticios, además de armonizar la regulación utilizando estándares internacionales. Para tales efectos, el acuerdo SPS aplica ampliamente a cualquier normatividad que se considere una medida sanitaria o fitosanitaria y que en su caso represente una traba al flujo comercial, y en virtud de lo cual contiene principios básicos los cuales deberán cumplirse cuando se impongan tales medidas: a) tienen que basarse en principios y en una justificación científica; b) respetar el principio de no discriminación para que los miembros eviten distinciones arbitrarias o injustificadas; c) los miembros deberán aceptar las medidas sanitarias de sus contrapartes como equivalentes; d) deberán establecer, reconocer y aplicar medidas sanitarias y fitosanitarias comunes (armonización), y e) la aplicación de medidas deberá basarse en diversas evaluaciones de riesgos que fundamenten que la aplicación de las normas se realiza considerando que existen graves riesgos a la salud o a la vida humana o animal.

Otra de las obligaciones básicas bajo el acuerdo SPS es la de que los miembros deben asegurarse que las medidas sanitarias se apliquen solamente en la medida necesaria para proteger la vida y la salud, además de conminar a los miembros a no discriminar arbitraria o injustificadamente cuando prevalezcan condiciones similares: en otras palabras, los miembros no podrán imponer reglamentaciones distintas para países distintos, o distinguir entre las empresas nacionales y las extranjeras.

Considerando que todos los miembros de la OMC se han adscrito al cumplimiento del acuerdo SPS, también tienen derecho a tomar acciones en contra de los países cuyas medidas sanitarias o fitosanitarias vayan más allá del acuerdo. El *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (DSU por sus siglas en inglés)⁷³ provee de un foro cuasi judicial en el cual los miembros pueden presentar disputas y resolver conflictos relacionados con la falta de cumplimiento de cualquiera de

73 Anexo 2 del ESD, Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la OMC, Secretaría del GATT, Ginebra, Suiza, 15 de Abril de 1994.

los acuerdos de la OMC. De tal forma, cualquier miembro de la OMC podría iniciar un procedimiento en contra de los EUA alegando legalmente que el Título III de la Ley en Contra del Bioterrorismo viola claramente las obligaciones asumidas mediante el acuerdo SPS, en particular las garantías relativas a la no discriminación, a la imposición fundamentada científicamente de barreras sanitarias, así como el cumplimiento en la elaboración de evaluaciones de riesgo que mediante pruebas fehacientes determinen que es completamente necesaria la imposición de dichas restricciones.

Para la reglamentación de los patrones alimenticios, el acuerdo SPS se basa en lo promulgado en el Código de la Comisión Alimentaria⁷⁴ (Codex Alimentarius Commission). Esto no quiere decir que los miembros de la OMC no puedan imponer medidas sanitarias o fitosanitarias más estrictas aun que las establecidas en los estándares internacionales, sino que para hacerlo el grado mayor de protección debe justificarse a través de evidencia científica o mediante evaluaciones de riesgos que deben ser conducentes a que la medida es necesaria para alcanzar el nivel de protección sanitaria apropiado para el miembro de la OMC de que se trate.

En el siguiente capítulo abordaremos el ejemplo hipotético de cómo se podría atacar la Ley Contra el Bioterrorismo mediante el procedimiento llevado a cabo ante los grupos especiales de la OMC (por considerar que la Ley Contra el Bioterrorismo es violatoria del acuerdo SPS), así como a través de los paneles del TLCAN (puesto que la Bioterrorism Act of 2002 también incurre en violaciones a las obligaciones asumidas mediante tal acuerdo regional, específicamente de lo establecido en el capítulo VII).

IX. Excepciones para el establecimiento de BNAs.

La imposición de BNAs al comercio entre los miembros integrantes de la OMC, en principio está prohibida por el artículo XI, numeral Primero del GATT, el cual

74 Anexo A3 del acuerdo SPS.

establece que “ninguna prohibición o restricción distinta a las obligaciones, impuestos u otras cargas deberán ser establecidas por miembro alguno”.

Sin embargo, el mismo GATT señala excepciones a tal principio al permitir el establecimiento de BNAs aplicables siempre y cuando sean temporales y justificadas en el ámbito de las políticas del GATT, y de conformidad con los artículos que así lo estipulan.

Al respecto, el artículo XI del GATT señala las excepciones específicas para la aplicación de BNAs en los casos siguientes:

- a) Prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar la escasez crítica de alimentos esenciales para la parte contratante exportadora;
- b) Prohibiciones o restricciones a la importación y exportación necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional; y
- c) Restricciones a la importación de cualquier producto agrícola o pesquero, cuando sean necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales que tengan por efecto restringir la producción de cierto producto nacional similar, eliminar el sobrante temporal de un producto nacional similar, o bien restringir la cantidad que pueda ser producida de cualquier producto de origen animal.

El artículo XX del GATT regula las excepciones generales para la aplicación de cualquier medida que sea necesaria para proteger la salud, la moral pública, la vida humana y animal, preservar la vida vegetal, así como para regular diversas circunstancias.

Asimismo, el artículo XXI del GATT señala las excepciones por medio de las cuales los países miembros podrán adoptar todas aquellas medidas que consideren necesarias para la protección de sus intereses esenciales de seguridad. Como ya lo señalamos en la fracción anterior, la aplicación de estas excepciones se condiciona a que se cuente como mínimo con el respectivo

respaldo científico o en su caso la evaluación de riesgos que sustente la amenaza a la salud o a la vida animal o humana.

Los citados artículos XX y XXI del GATT se refieren a excepciones de carácter no económico para adoptar medidas no arancelarias.

A su vez, también el GATT justifica mediante argumentos económicos el establecimiento de BNAs, en los siguientes supuestos:

- a) Para resguardar la Balanza de Pagos ya sea tratándose de países miembros de la OMC, o bien de países en vías de desarrollo;
- b) Para desarrollar una industria en particular de algún país miembro de la OMC en vías de desarrollo;
- c) Para prevenir incrementos repentinos en las importaciones que amenacen causar o causen un daño grave a la producción nacional, o bien para apoyar a los productores que hubieren sufrido ya dicho daño;
- d) Restricciones autorizadas por un panel arbitral como medidas de agravio en caso de que hubiera emitido tal panel recomendaciones o resoluciones y las mismas no hubieran sido implementadas en un periodo razonable de tiempo; y
- e) Restricciones No Arancelarias impuestas en virtud de un instrumento que otorgue obligaciones específicas en circunstancias especiales por parte de la Conferencia Ministerial.

La LCE a su vez determina casos de excepción para la imposición de BNAs, distinguiendo cuando se aplican a bienes de *exportación* e *importación*. Conforme a este criterio, el artículo 15 de la LCE señala que se podrán establecer medidas de regulación no arancelarias a la *exportación* en los siguientes casos:

- a) Para asegurar el abasto de productos de consumo básico y el abastecimiento de materias primas a los productores nacionales, así como para regular o controlar recursos naturales no renovables en el país;
- b) Cuando se trate de productos con restricciones específicas por disposición constitucional o derivadas de tratados internacionales;

- c) Para preservar la fauna y la flora en riesgo o peligro de extinción o de asegurar la conservación o aprovechamiento de especies;
- d) Cuando se requiera conservar los bienes de valor histórico, artístico o arqueológico, y
- e) Cuando se trate de situaciones no previstas en las Normas Oficiales Mexicanas por lo que se refiere a seguridad nacional, salud pública, sanidad fitopecuaria o ecológica.

Por su parte el establecimiento de restricciones y medidas no arancelarias a la *importación, circulación o tránsito* de mercancías se regula en el artículo 16 de la LCE bajo los siguientes supuestos:

- a) Cuando sean medidas temporales para corregir desequilibrios en la balanza de pagos conforme a los tratados internacionales;
- b) Para regular la entrada de productos usados, de desecho o que carezcan de un mercado sustancial en el país de procedencia;
- c) Conforme a lo dispuesto en tratados internacionales en los que México sea parte;
- d) Para impedir la concurrencia en el mercado interno de mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional;
- e) Cuando se trate de situaciones no previstas en las Normas Oficiales Mexicanas por lo que se refiere a seguridad nacional, salud pública, sanidad fitopecuaria o ecológica, y
- f) Como respuesta a las restricciones unilaterales impuestas a exportaciones mexicanas en otros países (retorsión comercial)⁷⁵.

Cabe resaltar que estos supuestos de excepción si bien pretenden reglamentar casos muy específicos en los cuales la imposición de BNAs resulta legal, la mayoría de las BNAs que se aplican a nivel global no respetan los casos de

⁷⁵ “Hay retorsión cuando un Estado aplica a otro la misma medida restrictiva o prohibitiva que este, usando de un derecho, a aplicado a aquel”, en COSTA RUDA, Podesta, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Argentina, Tipografía Editora Argentina, 1996, p. 25.

excepción del GATT ni de la LCE, situación que se ejemplificará a continuación con el caso de la Ley contra el Bioterrorismo del 2002.

“...la mayor esperanza para los países menos avanzados y para los países en desarrollo radica en una nueva ronda de negociaciones destinada a eliminar barreras arancelarias y no arancelarias en los países desarrollados...”

Kofi Annan, entonces Secretario de las Naciones Unidas
Nueva Delhi, 14 de mayo de 2001.

CAPITULO TERCERO.

LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PARA BARRERAS NO ARANCELARIAS.

I. Los paneles y los grupos especiales.

En general los conflictos relacionados con BNAs aplicadas a la comercialización de bienes en la zona de libre comercio de América del Norte, se pueden resolver ya sea acudiendo al entramado institucional de la OMC, o bien mediante los mecanismos de solución de controversias incluidos en el Capítulo XX del TLCAN cuando se trate de medidas incompatibles con las obligaciones asumidas mediante el Tratado, o bien excepcionalmente en los casos relacionados con dumping y subvenciones se utilizará el mecanismo establecido en el Capítulo XIX y en el Capítulo XI relativo a inversiones.

En lo referente a la distinción entre los paneles del Capítulo XIX del TLCAN y los grupos especiales de la OMC, Reyes Díaz⁷⁶ señala lo siguiente:

“Por un lado, los grupos especiales analizarán que la autoridad nacional o la legislación de un Estado, a la luz de un caso concreto, se apeguen a normas y procedimientos de la OMC; mientras que los paneles del TLCAN tiene la encomienda de revisar que la misma autoridad nacional se haya apegado en su investigación, ya no a los acuerdos multilaterales, sino a las normas y procedimientos que le dispone la LCE y su Reglamento, así como el Código Fiscal de la Federación y demás ordenamientos nacionales que regulan el procedimiento contra prácticas desleales de comercio internacional”.

76 REYES DÍAZ, Carlos Humberto, *Op. Cit.*, p.p. 136 y 137.

Al respecto, si bien es cierto que jerárquicamente los Tratados internacionales se encuentran en un estrato superior a las Leyes Federales y por lo tanto también tendrían que ser revisadas las controversias relacionadas con el Capítulo XIX respecto del AA y del ASMC, lo cierto también es que los EUA no supeditan la revisión de las controversias del Capítulo XIX a normatividad distinta a lo establecido en su *implementation act*, situación que como ya describimos con anterioridad nos deja en un estado de visible desventaja. Por tal razón, la interpretación que hace Carlos Reyes de que los paneles del Capítulo XIX del TLCAN deban verificar que las autoridades nacionales se apeguen solamente a lo establecido en sus leyes federales y en sus reglamentos resulta congruente, ya que en caso de tener que verificar el cumplimiento de Tratados internacionales o de los acuerdos de la OMC, de nueva cuenta otorgaríamos una posición de ventaja a los norteamericanos ya que ellos solo se regulan por lo establecido en la *implementation act*, y en caso de existir controversias con los acuerdos de la OMC, aplicarían ellos su propio derecho interno.

Los paneles del Capítulo XIX tienen por objeto primordial verificar que la decisión emitida por la autoridad administrativa nacional encargada de la investigación *antidumping* o *antisubvenciones* se hubiere apegado a sus propias disposiciones nacionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional.

Por lo que se refiere a los paneles del Capítulo XX, tienen como finalidad solucionar las disputas en general relacionadas con la interpretación del TLCAN o relativas a una medida vigente o en proyecto de otra parte que pudiera resultar incompatible con las obligaciones del tratado, incluyéndose en este apartado la diversidad de BNAs que en la cotidianeidad son impuestas por las partes y que con diversos pretextos como los de seguridad nacional o salud pública se establecen sin cumplir con los estándares acordados en el TLCAN.

Así el TLCAN cuenta con dos tipos de paneles para la solución de controversias: los del capítulo XIX para las controversias relacionadas con

dumping y subvenciones, y los del capítulo XX relacionados con la interpretación del TLCAN.

A su vez, los grupos especiales establecidos mediante el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante OSD) de la OMC actúan cuando algún ordenamiento jurídico nacional se aparta de las obligaciones establecidas en cualquiera de los acuerdos de la OMC. De tal forma, los grupos especiales se encargarán de verificar el apego de las autoridades nacionales a las normas y procedimientos de la OMC, incluyendo *dumping*, subvenciones y cuestiones de interpretación.

Asimismo, tanto los paneles del Capítulo XX del TLCAN como los grupos especiales de la OMC requieren haber agotado las vías diplomáticas como requisito formal previo para dar inicio al procedimiento de solución de controversias. Al respecto, el Capítulo XIX del TLCAN no requiere obligatoriamente el agotamiento de tales vías diplomáticas para la conformación de un panel.

El agotamiento de estas vías políticas para los supuestos antes citados tiene su explicación en el hecho de que tanto para las controversias surgidas con motivo de violaciones al Capítulo XX así como infracciones a los diversos acuerdos de la OMC, se sigue el modelo “diplomático político” el cual se fundamenta en los procedimientos tradicionales gobierno a gobierno en los cuales los particulares no tienen la facultad para iniciar o participar en los casos, sino que son los altos funcionarios gubernamentales los que tienen completa discrecionalidad respecto a iniciar o no un procedimiento. Considerando entonces que la decisión para iniciar un procedimiento de esta naturaleza es una decisión política y que la normatividad internacional recomienda que los conflictos se solucionen por la vía pacífica, se requiere obligatoriamente el agotamiento de los procedimientos diplomáticos para la solución de controversias (solamente de las consultas o negociación), cuando se trate de conflictos iniciados por instituciones de gobierno.

II. Selección del foro para dirimir las controversias.

Por lo que se refiere al ámbito de concurrencia, y considerando que los miembros del bloque regional que constituyen México, Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica, son miembros tanto del TLCAN, como de la OMC, y tomando en cuenta que ambas instancias cuentan con mecanismos de solución de controversias basadas en un sistema heterocompositivo, en caso de conflicto, antes de iniciar con cualquier procedimiento las partes en controversia deberán seleccionar el foro ante el cual someterán la controversia.

En el decir de León Steffens, en el bloque regional comercial conformado por los miembros del TLCAN se contempla un mecanismo para la solución de controversias basado en la jurisdicción no exclusiva⁷⁷ de las partes; es decir, considerando que ninguno de los foros reclama tener una jurisdicción exclusiva sobre la materia de controversia y por lo tanto no se da una superposición de jurisdicciones, es dado el caso de que la parte reclamante pueda elegir cualquiera de los dos foros.

En este sentido, el numeral Primero del artículo 2005 del TLCAN señala en lo relativo a la elección de foro que:

“Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, en cualquier otro sucesor (GATT), podrán resolverse en un foro o en otro, *a elección de la parte reclamante.*”

El texto del TLCAN provee a la parte reclamante de un derecho de elección entre el sistema para resolver controversias establecido en el Tratado respectivo, y el procedimiento que sobre el particular dispone la Organización

77 LEÓN STEFFENS, Avelino, “La elección del foro en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y los resultados de la Ronga Uruguay del GATT”, en LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Op. Cit.*, p. 306.

Mundial del Comercio, y que se denomina “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”.⁷⁸

Las razones de conveniencia entre un foro y otro atienden a diversas circunstancias pero en particular a la rapidez de las resoluciones,⁷⁹ lo cual desde la perspectiva de este estudio resultaría muy congruente puesto que las pérdidas derivadas de un procedimiento largo y costoso serían inmensas, y el objeto primordial para las partes es resolver el conflicto de manera económica y expedita.

III. Procedimientos diplomáticos en la solución de diferencias en el marco de la OMC y el TLCAN.

En el ámbito internacional, como ya se mencionó si bien existe la creación de paneles y de grupos especiales para la solución mediante la vía *legal* de disputas internacionales, también se prevé para los conflictos que cuya práctica se realiza gobierno a gobierno (Capítulo XX del TLCAN y diferencias ante el foro de la OMC) el agotamiento previo de las conocidas como vías *políticas* o vías *diplomáticas*, estas últimas a las cuales nos referiremos en seguida, así sea de modo muy somero.

Sobre estas formas de solución pacífica de los conflictos internacionales, Verdross puntualiza que, puesto que en Derecho Internacional no existe ningún órgano competente para la resolución de dichas controversias, ésta solamente puede llevarse a efecto mediante negociaciones entabladas por las partes litigantes mismas, negociaciones que se llevan a cabo entre los órganos diplomáticos de las partes, de palabra o por escrito, y que constituyen la llamada “Vía Diplomática”,⁸⁰ siendo ésta el mejor medio de solución de conflictos, ya que por medio de negociaciones directas entre las partes es posible alcanzar más rápidamente un entendimiento duradero.

78 Anexo 2 del ESD.

79 REYES DÍAZ, Carlos Humberto, *Op. Cit.*, p. 144.

80 VERDROSS, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 334.

Serrano Migallón al respecto de estos mecanismos de solución pacífica de conflictos internacionales, señala que si bien son aplicables a cualesquier tipo de disputas, ya sea entre particulares o entre Estados, su mayor beneficio redunda en el hecho de que el proceso es más flexible en cuanto a sus reglas, es más económico, y es mucho más confidencial que un proceso judicial.⁸¹

Tanto el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, como el Capítulo XX del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, toman especial importancia en el hecho de que las partes deben haber recurrido y agotado primeramente estos mecanismos de arreglo pacífico de los conflictos antes de solicitar la creación de cualquier panel o grupo arbitral.

El método no judicial de solución de disputas internacionales reconocido y que debe agotarse es el de consultas o negociaciones, cuyo concepto se apunta en seguida.

A) CONSULTAS O NEGOCIACIÓN. Se constituye en una solución directa, de Estado a Estado, a través de la cual las partes llegan a un mutuo acuerdo mediante la citada *vía diplomática*. Cuando la Negociación se utiliza como método para *prevenir* el surgimiento de conflictos, entonces recibe el nombre de Consulta, la cual consiste en el intercambio de información y de opiniones sobre una disputa en particular para tratar de llegar a una solución.⁸²

No obstante ser la negociación uno de los medios más eficientes para la superación de conflictos, el Derecho Internacional no regula el procedimiento a seguir, quedando por tanto éste a criterio de las partes, según las especiales modalidades de cada controversia.

Sin embargo, deben cumplirse ciertas condiciones para que el procedimiento atípico pueda realizarse, mismas que Korovin precisa al expresar que las negociaciones: “Deben en todo caso tener lugar sin previa imposición de

81 SERRANO MIGALLÓN, Fernando, “El Capítulo XX: disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias”, en WITKER, Jorge, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1997, p. 78

82 *Ibidem*, p.p. 78 y 79,

condiciones, sin presión ni coerción”, agregando que “no se establece límite temporal alguno, debiendo únicamente las partes buscar sinceramente una solución”.⁸³

La elasticidad de la negociación directa como medio de solución de problemas entre los Estados, le otorga ventaja sobre los demás medios, y de ahí que el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas la acogiera de modo preferente, al preceptuar que:

“Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación...”.

A continuación se describirá el mecanismo de solución de controversias llevado a cabo tanto en la OMC como en el TLCAN, aplicado a casos prácticos de imposición injustificada de BNAs.

IV. Solución de controversias por BNAs en la OMC.

El Consejo General de la OMC otorga potestad al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) - Dispute Settlement Body (DSB), para dar solución a las diferencias que surjan con motivo de los acuerdos del Acta Final de la Ronda Uruguay, y sus subsecuentes modificaciones. Tal cuerpo colegiado se conforma por todos los miembros de la OMC, y es el único encargado de establecer grupos especiales, de aceptar o rechazar los reportes derivados de estos, así como de apelar las resoluciones dictadas por los mismos.

El OSD también se aboca a la tarea de vigilar la ejecución de las resoluciones o recomendaciones dictadas por los grupos especiales y autorizar la adopción de medidas de retorsión cuando las decisiones no fueren respetadas por alguna de las partes.

83 KOROVIN y A., *Derecho Internacional Público*, traducción de Juan Villalva, México, Editorial Grijalva, 1963, p. 378.

A su vez, las apelaciones en contra de los informes emitidos por los grupos especiales serán revisadas por el Órgano de Apelaciones (OA), el cual al igual que los grupos especiales, forma parte del OSD.

El procedimiento ordinario, el de apelación, la adopción del informe, así como en última instancia las medidas de retorsión y sus plazos se resumen en la Figura 3.⁸⁴

Cabe señalar que durante cualesquiera de las fases del procedimiento es posible amigablemente componer el conflicto mediante las negociaciones. De igual forma hay que resaltar el papel que realizan tanto el Director General como el Secretario de la OMC en el procedimiento, ya que en caso de que las partes no hubieran llegado a un acuerdo para designar a los integrantes del grupo especial una vez transcurrido el plazo de 20 días, los funcionarios antes mencionados podrán designar a los miembros del grupo especial de una lista indicativa de personas, funcionarios gubernamentales o no,⁸⁵ que reúnan condiciones específicas conforme al DSU⁸⁶.

a) La Ley Contra el Bioterrorismo norteamericana y su argumentación ante los grupos especiales de la OMC.

El primer punto es identificar a cuál de las normas o procedimientos de la OMC no se apega la Ley o el acto respectivo: en el caso de la Ley Contra el Bioterrorismo y en particular el Título III, se constituye como una barrera sanitaria que contraviene lo establecido en el acuerdo sobre la Aplicación de medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, puesto que ya sea de manera directa o indirecta restringe ilegalmente el comercio internacional. Esta se convierte en la primera hipótesis a comprobar, es decir que el Título III en cuestión es una medida sanitaria de conformidad con el acuerdo SPS, en segundo lugar determinar si tal medida sanitaria impacta de manera negativa el flujo comercial y en un tercer momento argumentar porque tal medida sanitaria se constituye como una restricción ilegal al comercio.

84 REYES DÍAZ, Carlos Humberto, *Op. Cit.*, p.p. 101.

85 Art. 8.4 del DSU.

86 Art. 8.1 del DSU.

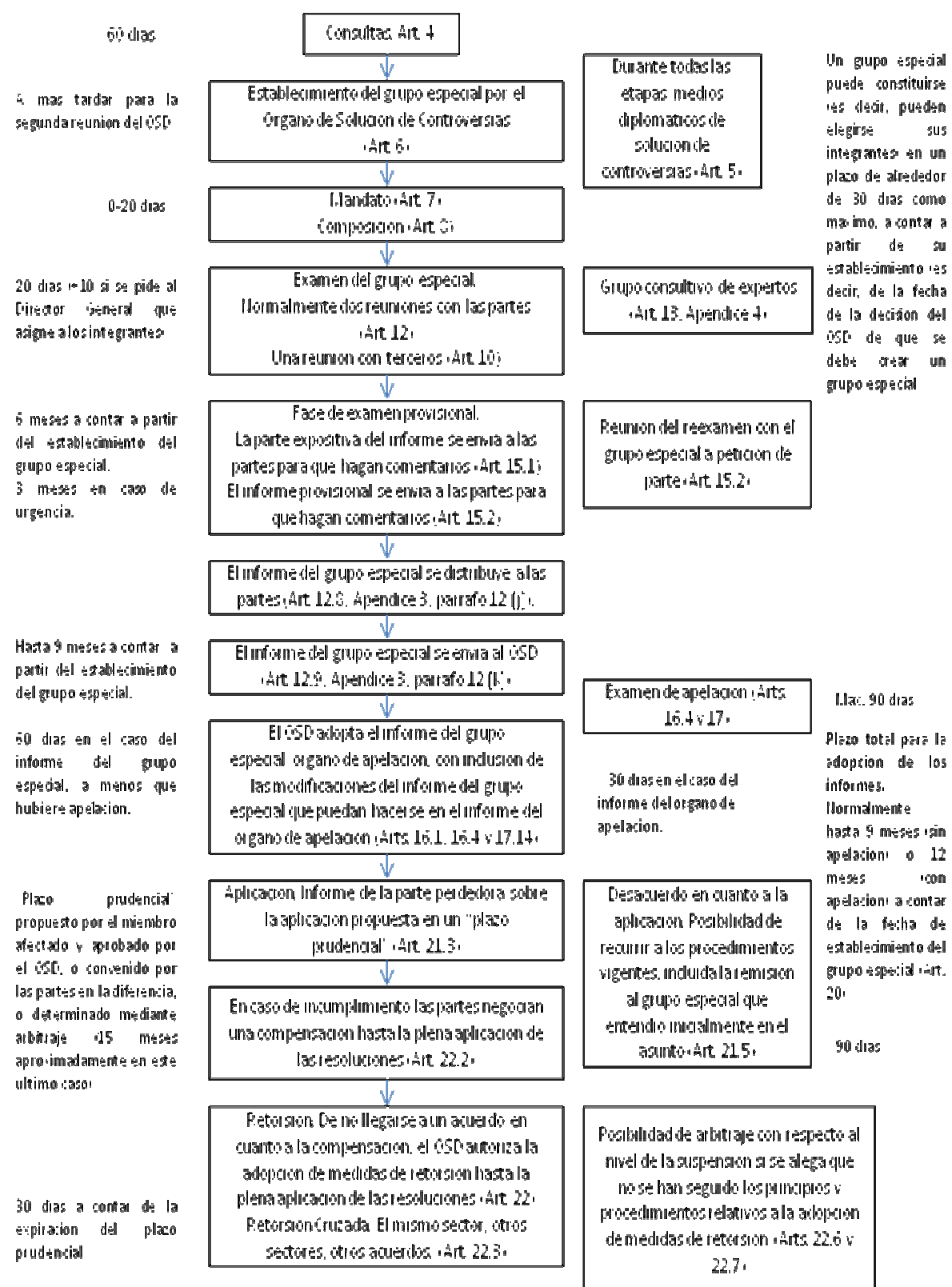


Figura 3

El Título III de la Ley Contra el Bioterrorismo encuadra en la definición de medida sanitaria de conformidad con el acuerdo SPS puesto que se trata de una medida aplicada “para proteger la vida y la salud de las personas...de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.”⁸⁷ El Título III otorga un doble nivel de protección en contra del bioterrorismo, como su nombre lo especifica: (*Preparedness*) prevenir la realización de un ataque a través de agentes biológicos mediante la información provista con las solicitudes de “aviso previo”, y (*Response*) para responder de manera efectiva a limitar la propagación de productos alimenticios infectados utilizando la información de registro y las demás facultades administrativas con las que cuenta la FDA de acuerdo con las secciones 305, 306 y 307.

Aunque el acuerdo SPS tradicionalmente ha sido recurrido cuando se ha tratado de prohibiciones a la importación de productos alimenticios específicos⁸⁸, nada del contexto o de la interpretación del acuerdo obsta de su aplicación a medidas de control a la importación que afectan a todos los productos alimenticios en general.⁸⁹ Siempre y cuando los mecanismos de control sanitario contenidos en el Título III estén dirigidos a proteger el suministro de alimentos de la contaminación deliberada y del uso de toxinas biológicas para su infección, no resulta importante como se llegue al nivel de protección requerido para efectos de definir al Título III como una medida sanitaria. Considerando entonces el objetivo primordial de la Ley Contra el Bioterrorismo -prevenir, preparar y responder en contra de las amenazas del Bioterrorismo-, y el mandato específico del Título III -Protecting Safety and Security of Food and Drug Supply-, se puede concluir que le Título III encuadra

87 Anexo A.1(b) del acuerdo SPS

88 Por ejemplo el caso de EC/Hormones (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R) (la Comunidad Europea aplicó una política de *Cero Riesgo* para importar animales vivos y carnes tratadas con hormona de crecimiento); el caso Australia/Salmon (WT/DS18/AB/R) (Australia determinó que la importación de salmón no cocinado podría poner en riesgo la población de este tipo de pez).

89 Artículo 1.1 del acuerdo SPS (describe de manera general los sujetos a los cuales se les aplicará el acuerdo)

en la definición de medida sanitaria cuya finalidad es proteger la vida humana y la salud de las amenazas del bioterrorismo.

También podría llegarse a tal conclusión al considerar que siendo el cumplimiento de las reglamentaciones señaladas en el Título III un requisito obligatorio para que los productos sean elegibles de entrar legalmente en el territorio norteamericano, se conforma también como un procedimiento para verificar el cumplimiento de medidas sanitarias de conformidad con el acuerdo SPS⁹⁰.

Una vez llegado a la determinación de que el Título III se cimienta como una medida sanitaria, el presente estudio se enfocará en explicar porque tal medida es violatoria del acuerdo SPS de la OMC.

El artículo 2.3 del acuerdo SPS establece claramente que “los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias...no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros entre los que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias...no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta al comercio internacional”, y concordantemente el Anexo C también señala en relación a los procedimientos que “los Miembros deberán asegurarse...que los procedimientos se inicien y se ultimen sin demoras indebidas y de manera que no sea menos favorable para los productos importados que para los productos nacionales similares”. De esta manera tanto el texto general del acuerdo SPS como su Anexo C protegen el principio de no discriminación, y la noción de que un Miembro no debe favorecer a su propia industria nacional por sobre los intereses comerciales de la industria extranjera. Considerando que la contratación de un U.S. agent, el registro de las empresas y el “aviso previo” que describimos previamente resultan en costosas cargas adicionales solamente aplicables a la industria importadora extranjera, resulta evidente el trato desigual que sufren respecto de las empresas nacionales. Simplemente consideremos las siguientes condiciones.

90 Anexo C del acuerdo SPS.

CONDICIONES ECONÓMICAS. Partiendo del supuesto de que los negocios eficientes solo pueden operar en aquellos lugares en los que pueden generar una ganancia, en vez de tener que absorber estos gastos adicionales y cargas administrativas por el ahora “privilegio” de competir en el mercado norteamericano en condiciones desiguales, la FDA tiene previsto que alrededor de 16% de empresas una vez implementada la Bioterrorism Act cesaran totalmente sus exportaciones.

A su vez, la misma FDA ha reconocido que los costos para los exportadores extranjeros de alimentos se han disparado con motivo de los gastos derivados del registro, la contratación de un U.S. agent y el “aviso previo”. De los cerca de \$330,000,000 USD que se tienen proyectados durante el primero año por concepto de registro de conformidad con la sección 305, incluyendo los costos por contratar un U.S. agent, recolección y entrega de informes, actualizaciones periódicas y costos incidentales por no cumplimiento, la FDA estima que alrededor de 93% será originado de empresas extranjeras, incrementando hasta un 97% por cada año subsecuente al primer año de implementación.

Adicionalmente a estas cifras, en donde se refleja mayormente el trato desigual entre la industria productora de alimentos nacional y la extranjera es en los costos derivados del “aviso previo” requerido solamente a las empresas exportadoras foráneas de acuerdo con la sección 307. La FDA tiene estimado que dichos costos durante el primer año redundarán hasta en \$360,000,000 USD, con costos anuales posteriores de hasta \$260,000,000 USD. De tal forma que solamente durante el primer año de implementación, los exportadores de la industria alimenticia foránea que busquen acceso al mercado estadounidense se verán forzados a pagar casi \$670,000,000 USD únicamente para cumplimentar con los requisitos del Título III correspondientes al registro, a la contratación de un U.S. agent y el “aviso previo”.

No obstante que la FDA ha realizado algunas modificaciones a su legislación⁹¹ en un esfuerzo para reducir los referidos costos, tales reformas no son suficientes en virtud de que los establecimientos extranjeros siguen siendo los responsables únicos de contratar a un U.S agent y de cumplir con el “aviso previo” mientras que los establecimientos locales (domestic facilities) movilizan sus mercancías libremente dentro de los EUA sin sufrir el problema de cargas financieras adicionales.

LA EVALUACIÓN DE RIESGOS. El artículo 5.1 del acuerdo SPS requiere a los miembros que pretendan imponer medidas de protección sanitaria que “se basen en una evaluación adecuada a las circunstancias de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas...teniendo en cuenta las técnicas de evaluación de riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes”; a su vez la OMC en relación a la evaluación de riesgos ha señalado lo siguiente: “the articles 2.2 and 5.1 should constantly be read together...article 5.1 may be viewed as a specific application of the basic obligations contained in article 2.2...the elements that define the basic obligation set out in article 2.2 impart meaning to article 5.1”. Por lo que se refiere a la “basic obligation” (obligación general) contenida en el artículo 2.2, se trata de que las medidas sanitarias deberán estar basadas en “principios científicos”, y cuando tales elementos científicos resultaran insuficientes, los miembros podrán adoptar medidas sanitarias provisionales en tanto “obtenen la información necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”⁹² en cuyo caso las medidas impuestas deberán basarse en la información con que al momento se disponga, al igual que en las medidas sanitarias aplicadas por otras partes contratantes.

Así, los artículos 2.2 y 5.5 actúan conjuntamente ya que el primero establece la regla general de que toda medida sanitaria deberá estar fundamentada en “bases científicas” y el segundo es la aplicación específica de la regla general

91 Por ejemplo se tienen documentadas las acciones tomadas por la FDA para reducir los tiempos límite requeridos para someter el “aviso previo”.

92 Artículo 5.7 del acuerdo SPS.

materializada en la evaluación de riesgos, la cual a su vez deberá contar con tres elementos: a) Que efectivamente exista una amenaza real a la salud o vida de los individuos derivada de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios; b) Evaluar que tan probable sería la entrada, adaptación y propagación de la enfermedad o plaga, además de sus posibles consecuencias biológicas y económicas, y c) Que tan efectivas son las medidas propuestas para erradicar o disminuir el riesgo de ingreso de la plaga o enfermedad⁹³.

A pesar de las distintas demandas por parte de la comunidad internacional para que los EUA presenten una evaluación de riesgos que fundamente la Ley Contra el Bioterrorismo⁹⁴, ni la FDA ni ninguna otra agencia del gobierno norteamericano ha puesto a disposición de los miembros de la OMC tal evaluación.⁹⁵

La importancia de contar con una evaluación de riesgos que justifique la aplicación de medidas sanitarias no puede ser sobreestimada, a tal grado que las resoluciones en los casos de EC-Hormonas⁹⁶ y Australia-Salmon⁹⁷, ambas resultaron contrarias a las partes demandadas por no considerar el órgano de apelaciones que la imposición de medidas sanitarias estaba sustancial y suficientemente basada en evaluaciones de riesgos propiamente elaboradas.

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. Como ya se indicó previamente, el artículo 2.2 resume el principio de No discriminación al ordenar que en condiciones similares (en ningún momento establece que las condiciones tengan que ser iguales, supuesto que en un panorama de libre mercado es

93 Anexo A.4 del acuerdo SPS.

94 Por ejemplo los *Comments sent by the European Commission on implementing rule of US Bioterrorism Act*, Registration of Food Facilities, April 4th, 2003. ("The US should provide such a risk assessment as requested by the SPS agreement to both justify the proposed measure and ensure that any potential risks are addressed in an effective and proportionate manner")

95 Artículo 5.8 del acuerdo SPS ("requiring WTO members to respond to requests for justification of trade restrictive measures by providing supportive risk assessments")

96 Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) or EC-Hormones, Complaint by the United States, Appellate Body Repertory, (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R)

97 Australia—Measures Affecting Importation of Salmon, Complaint by Canada, Appellate Body Report, (WT/DS18/AB/R)

prácticamente imposible de alcanzar), las medidas sanitarias deberán aplicarse de manera indiscriminada y general entre todos los miembros, a fin de no erigirse como restricciones encubiertas al comercio internacional. Bajo este argumento, plausibles argumentos pueden elaborarse en cuanto a que el Título III impone distintos niveles preventivos en contra del bioterrorismo cuando se trata de comercializadores y productores de alimentos domésticos y foráneos.

Por ejemplo, el “aviso previo” es requerido a los importadores extranjeros para prevenir la introducción de productos alimenticios que representen un riesgo por existir evidencia creíble (“credible evidencie”) de que están contaminados, sin embargo, no existe un procedimiento de reporte análogo para las empresas domésticas, por lo que estas si pueden comercializar y transportar alimentos en el interior de los EUA sin requerir permisos adicionales ni sujetarse a límites de tiempo. La Ley Contra el Bioterrorismo norteamericana lo señala así al limitar sus restricciones “to an article of food that is being imported or offered for import into the United States”⁹⁸. Esta distinción superficial tiene como corolario asumir que los productos de importación son más adeptos a ser utilizados como medio para el bioterrorismo, o que son más susceptibles de una contaminación deliberada, argumentos que no son del todo justificados ya que de hecho, como lo señala Hodge⁹⁹, parece ocurrir exactamente lo contrario. Incidentes pasados de bioterrorismo en los cuales el pueblo norteamericano ha sido el blanco, han sido perpetrados por individuos que vivían en el país y a través de fuentes domésticas de alimentos, por ejemplo, el intento de infectar con la bacteria que causa la tifoidea el suministro de agua de la región oeste del país, resultando en la detención y arresto de varios ciudadanos de Chicago, o también en 1982 la contaminación de las barras de ensalada en diversos restaurantes de Oregon a fin de boicotear las elecciones locales en el Estado.

Por lo que se refiere al registro a que se refiere la sección 306 de la Ley Contra el Bioterrorismo, si bien la industria doméstica también se encuentra compelida

⁹⁸ Sección 307, Bioterrorism Act of 2002.

⁹⁹ HODGE, James, *Bioterrorism Law and Policy: Critical Choices in Public Health*, Journal of Law, Medicine and Ethics, 2002, Vol. 30, No. 2, p.p. 254-255.

a llevar este control, a diferencia de las empresas extranjeras, no se encuentran obligados a someter dichos registros para poder movilizar sus mercancías entre los estados de la Unión Americana. Adicionalmente, si las empresas importadoras extranjeras de productos alimenticios no cumplen con el registro de la sección 306 la mercancía será detenida y rehusada su introducción al territorio norteamericano hasta contar con el registro en forma, siendo que la falta de registro para la industria local no sufre una pena equiparable.

En lo concerniente a la designación de un U.S agent que sirva como contacto externo en situaciones ordinarias o de emergencia, mientras que las empresas nacionales tienen permitido designar a cualquiera de sus trabajadores de planta como contacto y no solo eso sino que solamente están obligados a proporcionar información general en vez del nombre específico del contacto, las empresas extranjeras por el contrario tiene la obligación de designar un U.S. agent independiente de la empresa, que se encuentre físicamente en los EUA y el cual debe ser expresamente nombrado.

Considerando las citadas circunstancias, argumentos sumamente persuasivos podrían emitirse en el sentido de que el Título III de la Ley Contra el Bioterrorismo resulta violatorio de los artículos 2.3 y 5.5 puesto que es violatorio del principio de no discriminación y se erige en una barrera encubierta al flujo comercial y de los artículos 2.2 y 5.1 ya que no se fundamenta en una evaluación de riesgos formal.

V. La solución de controversias relacionadas con BNAs en el TLCAN.

Previamente se señaló en este capítulo que la solución de conflictos relacionados con BNAs en general se resuelve acudiendo al mecanismo determinado para tales efectos en el capítulo XX, y por excepción cuando se trate de casos de dumping y subvenciones, a través del mecanismo especificado en el capítulo XIX.

Retomando el concepto de Deardorff en el sentido de que potencialmente hablando existe una cantidad ilimitada de BNAs que pudieran alterar las cantidades y los precios, la oferta y la demanda en el comercio internacional, medir la legalidad en la imposición de dichas barreras encuadraría en el supuesto de revisión del capítulo XX; a diferencia del capítulo XIX que se encuentra perfectamente limitado en cuanto a su alcance (dumping y subvenciones), el sistema de solución de diferencias incluido en el capítulo XX se encargaría de determinar la legalidad de prácticamente el 100% de las BNAs. Es por esta razón que el presente estudio se encargara solamente de desarrollar el mecanismo de solución de controversias incluido en el capítulo XX, ya que si bien el capítulo XIX también cuenta con su propio mecanismo, cuantitativamente hablando todos aquellos conflictos relacionados con BNAs distintos a subvenciones y dumping tendrían que ser resueltos mediante los paneles del capítulo XX. Al respecto, el procedimiento ordinario incluyendo la constitución del panel, los informes preliminar y final, los plazos, así como en último término la suspensión de beneficios establecidos en el citado capítulo XX se resumen en la figura 4.

El TLCAN incorpora a dos organismos que auxilian a las partes durante el proceso de solución de controversias: 1º La Comisión de Libre Comercio, y 2º El Secretariado.

La Comisión de Libre Comercio es el órgano primado del TLCAN, y se trata de una institución colegiada integrada por los ministros de comercio de los tres países, o en su caso, por sus secretarios de comercio. La Comisión tiene su sede en México, y tal como lo resume Fernando Serrano Migallón,¹⁰⁰ sus funciones incluyen “supervisar la aplicación del tratado, vigilar el funcionamiento de los comités y grupos de trabajo encargados de dar cumplimiento a las disposiciones del tratado, establecer nuevos comités según se requiera, y en materia de controversias, es particularmente importante su participación debido a la *tarea rectora* que ejerce en la segunda etapa del

100 SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Op. Cit.*, p.p. 84 y 85

procedimiento de solución de controversias”. Al respecto, las etapas del procedimiento de solución de controversias pueden resumirse en tres: la primera, la consulta entre gobiernos (solamente para controversias relativas al Capítulo XX); la segunda, la intervención de la Comisión, y la tercera, la conformación de paneles.

Por su parte, siendo que la Comisión está constituida por los ministros o secretarios de comercio de los países parte, y que se reúnen anualmente en sesiones ordinarias, o mediante sesiones extraordinarias cuando así se requiera, fue necesaria la creación de un organismo de carácter técnico que se encargara de apoyar a la Comisión, y es en esta tesitura que surge la figura del Secretariado.

Para la realización de sus actividades, el Secretariado fue dividido en tres secciones representativas de cada país¹⁰¹, y a su vez cada una de estas secciones nacionales tiene a su vez un secretario; de igual forma, el Secretariado tiene un carácter permanente, y su función principal es la de brindar el soporte administrativo necesario a la Comisión y a los paneles que se conformen, a fin de que los involucrados cuenten con todas las ventajas operativas, ya sea tratándose de servicios de traducción simultánea, agendar las reuniones de los paneles, o bien, la organización de las audiencias.¹⁰² El papel realizado por el Secretariado, en retrospectiva, podría tener mayor utilidad si gozara de facultades similares a las del Secretario en la OMC (el nombramiento de los integrantes del grupo especial en casos específicos), situación que adicionalmente daría mucha mayor celeridad a la solución del conflicto (que representa su mayor defecto) y resultaría también en una ventaja adicional para escoger este medio de solución de conflictos por encima del procedimiento de la OMC.

101 MALPICA DE LA MADRID, Luis, *El sistema mexicano contra practicas desleales de comercio internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993, p. 278.

102 *Idem*.

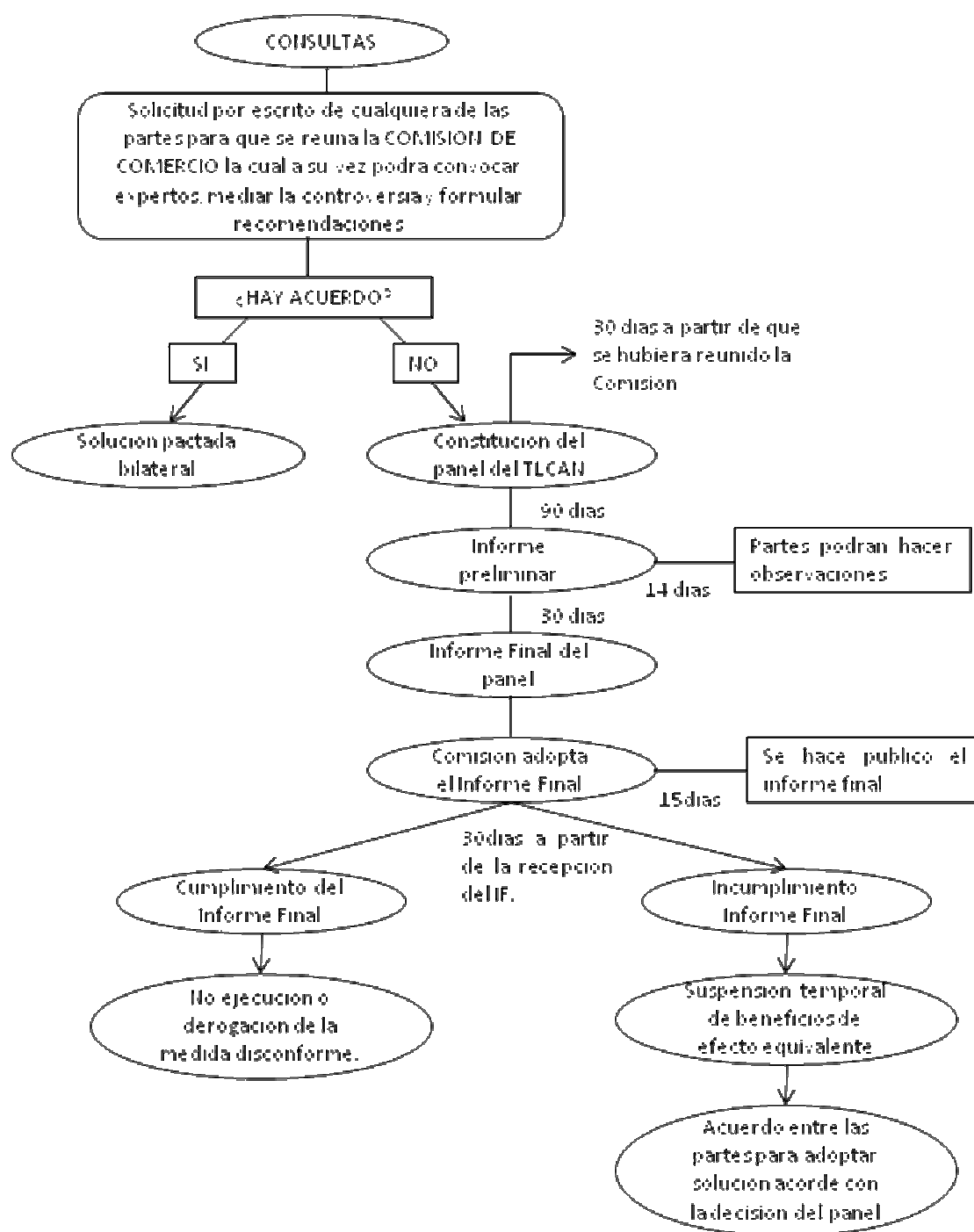


Figura 4

Para la integración del panel arbitral, opera en el TLCAN la “elección cruzada de panelistas”, lo cual implica que cada parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean nacionales de la lista de la otra parte contendiente. El método de elección cruzada está diseñado para efectos de que cuando una

reclamación sea confirmada, esta hubiera sido apoyada por lo menos por un miembro de origen nacional de la parte que hubiere resultado perdedora.

El panel arbitral presentará un informe preliminar a las partes contrincantes, y se les concederá un tiempo razonable (generalmente 14 días) para hacer las recusaciones que consideren necesarias del escrito, tiempo transcurrido, el panel presentará el correspondiente informe final.

El informe final presentado por la Comisión del TLCAN contendrá las recomendaciones que considera necesarias para que las políticas implementadas se ajusten a las obligaciones del TLCAN.

El mayor problema al cual se enfrentan las resoluciones emitidas por los paneles conformados en el TLCAN, sigue siendo la renuencia para adoptar formalmente las recomendaciones mediante bloqueos y rechazos por parte de las partes afectadas.¹⁰³

a) La Ley Contra el Bioterrorismo norteamericana y su argumentación ante los paneles arbitrales del TLCAN.

Al igual que en el ejemplo anterior de procedimiento ante la OMC se tomará el caso específico de la Ley Contra el Bioterrorismo del 2002 y para lo cual existen diversos puntos a identificar ante el panel del TLCAN: 1º Cuál de las medidas tomadas por alguno de los miembros resulta incompatible con las obligaciones asumidas mediante el tratado; 2º Que principios del tratado resultan faltos de cumplimiento, y 3º Los argumentos jurídicos para atacar la ilegalidad en la imposición de medidas.

Considerando que el capítulo VII del TLCAN relativo al sector agropecuario y las medidas sanitarias y fitosanitarias fue elaborado acorde a lo establecido en el acuerdo SPS de la OMC, el Título III de la Ley Contra el Bioterrorismo

103 Por ejemplo, véase el caso del Cemento Portland Gris y Clinker proveniente de México vs la ITC (Internacional Trade Administration) y el DOC (Departement of Commerce); un grupo de expertos integrante del panel del GATT concluyó que no se había aplicado correctamente la misma ley norteamericana, y mucho menos lo dispuesto por el GATT, por lo que se declaraba que no existían condiciones de dumping, emitiéndose la recomendación de devolver a los exportadores mexicanos los depósitos y pagos efectuados; a la fecha, el DOC sigue dando largas al cumplimiento, puesto que se están realizando negociaciones diplomáticas.

también resulta falto de cumplimiento de las obligaciones asumidas mediante le TLCAN ya que se constituye como una medida sanitaria¹⁰⁴, violatoria de los principios de no discriminación, base científica y evaluación de riesgos¹⁰⁵ y en virtud del cual se presentan condiciones económicas y de trato desigual para con la industria extranjera cuando existen condiciones similares entre los estados.

En este sentido se puede resumir el procedimiento ante el TLCAN y los argumentos para justificar la ilegalidad en su imposición respecto del Título III de la Ley Contra el Bioterrorismo de la siguiente manera:

- a) Se trata de una medida sanitaria ya que tiene por objeto “proteger la vida o la salud humana...en su territorio de riesgos provenientes de la presencia de un aditivo, contaminante, toxina o un organismo causante del a enfermedad en un alimento, bebida o forraje”. A su vez el Título III otorga un doble nivel de protección ya que busca preparar, prevenir y responder a un ataque mediante agentes biológicos a la población norteamericana, así como limitar la propagación de productos alimenticios infectados utilizando las facultades administrativas dotadas por el congreso a la FDA.
- b) El artículo 712 del TLCAN claramente regula la imposición de BNAs sanitarias y fitosanitarias a través del respeto indiscriminado por parte de los miembros de los principios de no discriminación, base científica y evaluación de riesgos, tal y como lo requiere en su caso el acuerdo SPS de la OMC. Sin embargo como ya se expuso también en el ejemplo de procedimiento ante la OMC, la FDA no ha logrado o no ha querido entregar a la comunidad internacional una “evaluación de riesgos” básica que contenga las especificaciones mínimas bajo los estándares internacionales (que exista una amenaza real a la salud humana, evaluación de que tan probable sería la entrada y propagación de la

104 Artículo 724 del TLCAN.

105 Artículo 712 del TLCAN.

amenaza biológica, sus consecuencias económicas y biológicas, además de justificar la efectividad de las medidas propuestas para erradicar tal amenaza bioterrorista), ni tampoco ha fundamentado su actuación en pruebas científicas o elementos científicos irrefutables que justifiquen la imposición de tales medidas sanitarias, o siquiera ha querido proveer a sus socios comerciales de argumentos sin tanto fundamento científico pero con bases sólidas que pudieran reflejar una amenaza real a la salud de los ciudadanos norteamericanos que en su caso les permitiera imponer medidas temporales.

- c) Considerando que la contratación de un U.S. agent, el registro de las empresas ante la FDA y el “aviso previo” redundan en costosas cargas adicionales para las empresas comercializadoras foráneas solamente¹⁰⁶, el trato desigual se refleja como evidente, ya que si bien las empresas nacionales si tienen que realizar gastos por conceptos de contratación de un U.S. agent y registro, tales gastos como ya se destacó no son de ninguna manera comparables con las erogaciones que tiene que realizar la industria foránea por los mismos conceptos para poder competir en el mercado norteamericano.
- d) Finalmente el Título III también se presenta como una “restricción encubierta al comercio”¹⁰⁷ ya que basando su actuar en la bandera de “national security” y el libre derecho que tiene los estados para proteger a sus nacionales de las amenazas del bioterrorismo, fallan en proteger a sus connacionales del peligro de una contaminación en sus productos alimenticios mediante el uso del entramado interno de transito y producción de alimentos nacionales. Es decir, aun en el caso de que se llegara a comprobar que efectivamente las medidas tomadas para proteger a la producción alimenticia en contra de las amenazas contra el bioterrorismo del Título III son legales, tales medidas no se aplican a

106 Alrededor de 700 millones de dólares anuales de acuerdo con las cifras otorgadas por la FDA.

107 Artículo 712, numeral 6 del TLCAN.

todas las posibles fuentes de contaminación que pueden surgir para impactar de manera negativa a la salud de los norteamericanos, y que como ya se describió previamente encuentran mayor posibilidad de manifestación a través de los productores internos de alimentos y de los propios ciudadanos norteamericanos.

“...en momentos de crisis asegurar a nuestros productores que les aislaremos de la competencia cerrando nuestras fronteras a los bienes y servicios importados, esto es algo que es preciso evitar. De hecho, lo único que se consiguió con la tristemente célebre Ley arancelaria Smoot Hawley de los años 30...fue una guerra comercial entre las naciones. Como resultado de ellos resultaron empobrecidos todos y cada uno, y se demostró que el proteccionismo y las políticas que perjudican a los demás no conducen a ninguna parte.”

Pascal Lamy, Director General de la OMC en su discurso inaugural ante el Foro Público de la OMC. 24 de septiembre de 2008

CAPITULO CUARTO

LAS AGENCIAS Y SU PAPEL EN LA REGULACIÓN DE BARRERAS NO ARANCELARIAS

En este último capítulo introducimos la figura de las agencias o *agencies* en virtud de sus particularidades, ya que si bien se trata de una figura específica del *common law* y las facultades que se le han otorgado a una agencia anglosajona en particular (la Food and Drug Administration) mediante la Ley Contra el Bioterrorismo del 2002 no tienen paralelo en cuanto al grado de invasión a la soberanía y libertad en el flujo comercial de sus contrapares, también es cierto que una figura de tal calibre a nivel comunitario con facultades cuasi-ejecutivas, cuasi-legislativas y cuasi-judiciales pudiera ser de gran utilidad al momento de medir la legalidad en el establecimiento de medidas calificadas como BNAs, a fin de evitar tal y como lo señala la OMC el establecimiento de restricciones encubiertas al comercio internacional, así como también permitiría simplificar no solo la regulación en el establecimiento de BNAs, sino el procedimiento mismo de solución de controversias.

Tal premisa no debería asaltarnos como inconcebible por tratarse de miembros con sistemas jurídicos distintos (*Derecho anglosajón o Common Law* para el caso de Estados Unidos y Canadá, y Derecho Europeo Continental, Romanista o de *Civil Law* por lo que se refiere a México y gran parte de Sudamérica y

Europa), ya que si bien no se presenta como sencillo compaginar los diversos sistemas a nivel de la OMC, o siquiera del TLCAN, ni tampoco resultaría fácil el hecho de ceder niveles de soberanía en pro de un organismo colegiado de naturaleza multicultural (y menos aún para una Estado que se dice tan nacionalista como el norteamericano), es una medida radical que se ha vuelto necesaria considerando la naturaleza evolutiva de las BNAs, y que en la actualidad han sobrepasado a los aranceles, y están surgiendo como las restricciones más importantes para la comercialización de bienes y servicios.

La intención principal de este capítulo final, será la de proponer la creación de un órgano similar a las *agencies*, ya sea a nivel de la OMC o regional (léase TLCAN), además de sintetizar los beneficios que podrían devenir de la creación de un organismo con tales características.

I. Antecedentes de las *agencies*.

El surgimiento de las *agencies* en Norteamérica se dio con posterioridad al periodo de la Guerra Civil, y tuvo como fin la regulación en la administración, operación y control de los ferrocarriles. Lo que en un principio parecía tarea fácil (la reglamentación de la materia ferrocarrilera), resultó en ley muerta emitida tanto por los juzgados, como por el mismo Congreso Norteamericano. Tal situación derivó en la eventual creación de la *Interstate Commerce Commission of 1887* (Comisión Interestatal de Comercio de 1887)¹⁰⁸, el primer organismo colegiado independiente con facultades diversas para regular los ferrocarriles.

El mayor apogeo en la creación de *agencies* llegó durante el periodo del *New Deal* cuyo promotor fue el ex presidente Franklin D. Roosevelt: las agencias creadas durante este periodo pretendían regular la totalidad de la economía a fin de sacarla de su profunda depresión, basándose en la buena organización.

108 REIGEL, Stanley and OWEN, John, *Administrative Law. The Law of Government Agencies*, United States of America, Ann Arbor Science - The Butterworth Group, 1982, p.p. 2-3

Si algo nos ha enseñado la historia, es que la organización funge un papel esencial en casi cualquier actividad que involucre recursos públicos. Por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial, el ejército alemán habiéndose dado cuenta que su mecánica miliar no había redundado en éxito durante el primer conflicto global, se dio a la tarea de encontrar una forma mediante la cual no importando que hubiese desigualdad de condiciones (*Verbi gratia*, en 1939, el ejército francés contaba con más de 2,342 tanques, y el poder militar proporcionado por la coalición de fuerzas inglesas y belgas, a diferencia del ejército alemán, que tenía 2,171 tanques, y no contaba con el apoyo formal de Estado alguno) el éxito de su campaña dependiera exclusivamente de otro factor: la organización. Las compañías y escuadrones alemanes estaban bien equipados y altamente organizados de tal forma que no solo se permitían acciones independientes, sino que se incentivaban: los oficiales que comandaban dichas unidades gozaban de amplia libertad de acción, a un nivel nunca antes visto durante un conflicto bélico. Fue en tal tesitura que los alemanes, en un periodo de 6 semanas (10 de mayo a 22 de junio de 1940), derrotaron las fuerzas combinadas de Inglaterra, Francia y Bélgica, en una de las victorias más impresionantes de la historia moderna.¹⁰⁹

Otro ejemplo de que la buena organización es esencial, se puede hacer del sistema penitenciario norteamericano, en particular en el estado de Texas durante la década de los setentas. El problema se presentaba como simple: ¿cómo hacer para mantener el orden dentro del perímetro del reclusorio, cuando los guardias son, en cuanto a número y en cuanto a fuerza, sobrepasados por los presos?. En Michigan atacaron el problema utilizando el “*responsability model*” o “modelo de la responsabilidad”, a partir del cual se clasificaba al preso de acuerdo con su peligrosidad y se le otorgaban grados de libertad (llamadas telefónicas, objetos personales en sus celdas, movimiento relativamente libre); el citado modelo tuvo como consecuencia que las prisiones

109 WILSON, James, *Bureaucracy. What Government Agencies Do and Why They Do It*, United States of America, BasicBooks - A Division of HarperCollinsPublishers, 1989, p.p. 4-13.

en el Estado de Michigan en general eran violentas, ineficientes, y en las cuales la moral tanto de los presos como de los guardias era en extremo baja.⁷

En el Estado de Texas se optó por asumir un modelo distinto; “*control model*” o “modelo de control”.¹¹⁰ Este modelo partía del supuesto de que los presos eran individuos impulsivos, peligrosos y los cuales no contaban con un código de disciplina interno, por lo que si se les otorgaba el más mínimo nivel de libertad no regulada, optarían por aprovecharse tanto de sus compañeros como de los guardias. Siendo que los presos no eran tratados como ciudadanos encarcelados con derechos, sino como criminales convictos, las prisiones estaban organizadas de tal manera que el más mínimo detalle de sus vidas diarias era cercanamente regulado. Como bien lo señalaba el Director del Departamento de Correccionales del Estado de Texas, George Beto, las prisiones eran gobernadas como organizaciones paramilitares en las cuales si los presos cumplían con sus tareas, se bañaban diariamente, y respetaban a sus compañeros y a los guardias, ganaban puntos los cuales podían ser cambiados por privilegios adicionales, y lo más importante, por una libertad condicional.

Los anteriores ejemplos permiten concluir lo siguiente: 1º El nivel de éxito en una institución que utiliza recursos públicos es directamente proporcional al nivel de organización en la misma; 2º La descentralización en el ejercicio de actividades, así como el incentivar el pensamiento independiente, resulta en el mejor aprovechamiento de los recursos; y 3º Se requiere un monitoreo constante de los órganos independientes a fin de que cumplan con su finalidad.

II. Concepto de agencia gubernamental.

El estudio de los principios generales que regulan el trabajo de las agencias en el derecho anglosajón es potestad del *Administrative law*, literalmente traducido como Derecho Administrativo. La doctrina del *Administrative Law* se encuentra

¹¹⁰ *Ibidem*, p.p. 18-21

plasmada en la *Administrative Procedure Act of 1946* (APA) ó Ley del Procedimiento Administrativo de 1946, la cual establece las reglas generales bajo las cuales se gobiernan las agencias administrativas en los Estados Unidos de Norteamérica.

La APA define a las agencias por excepción, de la siguiente forma: “agency” means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include: a) the Congress; b) the courts of the United States; c) the governments of the territories or possessions of the United States; d) the government of the District of Columbia; e) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; f) courts martial and military commissions; g) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or h) any other stipulated by this law or its amendments.¹¹¹

La definición de la APA traducida resulta conforme a lo siguiente: se entenderá por agencia toda aquella autoridad del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, ya sea que se encuentre o no sujeta a revisión o escrutinio por parte de cualquier otra agencia, con excepción de: a) el Congreso; b) las cortes de los Estados Unidos; c) los gobiernos de los estados soberanos que conforman los Estados Unidos; d) el gobierno del estado soberano de Columbia; e) agencias compuestas por integrantes de partidos o por representantes de organizaciones de los partidos al respecto de disputas por ellos determinadas; f) cortes marciales y comisiones militares; g) autoridades militares en el ejercicio de sus facultades durante tiempo de guerra o durante ocupaciones militares; h) cualquier otra establecida por esta ley, o sus enmiendas.

De lo anterior se puede interpretar entonces que se entenderán como agencias todas aquellas autoridades o instituciones derivadas del gobierno de los

111 Administrative Procedure Act. Title 5 - United States Code - Chapter 5, Section 551, Number 1.

Estados Unidos de Norteamérica, independientes o no, con excepción de aquellas que por ministerio de ley no sean catalogadas como tales.

Asimismo, el segundo *Restatement* define a las agencias de manera más doctrinal al conceptualizarlas de esta forma: *the fiduciary relationship which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act.*¹¹²

Traducido tal concepto, señala que deberá entenderse por *agencies* a la “relación fiduciaria que resulta de la manifestación del consentimiento de una persona a otra para que esta última actúe en el beneficio, bajo el control y voluntad de la primera, la cual le confió tales facultades”.¹¹³

La definición tomada del segundo *Restatement* introduce la noción de una naturaleza fiduciaria de las *agencies*, lo cual implica facultades del agente para ejecutar actos en beneficio de la persona que lo designó, tal y cual si se tratara de negocios propios. Cabe señalar que si bien las *agencies* son organismos independientes encabezados y dirigidos por una sola persona la cual rinde cuentas al mismo que la designó, el segundo *Restatement* no incluye a las denominadas *commissions* o comisiones,¹¹⁴ los cuales para efectos prácticos cuentan con las mismas facultades de las agencias, pero que se constituyen en órganos colegiados que no están encabezados por una sola persona, sino por un grupo que oscila generalmente entre las cinco y once individuos, y que cuentan con independencia total del ejecutivo para el ejercicio de sus funciones, no bien los comisionados también pueden ser designados por el presidente.

La OCDE también se ha dado a la tarea de definir a las *agencies* indicando lo siguiente: “*the variety of organizations that are outside the core government and*

112 HANBURY and MARTIN, *Modern Equity*, Reino Unido, 14a Edición, Editorial Sweet and Maxwell, 1993, p. 58.

113 SÁNCHEZ ROSALES, David Ricardo, “Incorporación del Trust al Sistema Jurídico Mexicano”, Tesis de Licenciatura No Publicada, 2005, Universidad Nacional Autónoma de México, México, traducción de.

114 REIGEL, Stanley and OWEN, John, *Op. Cit.*, p.p. 5-6

*that do not have a vertically integrated hierarchical relationship with parent ministry or department”.*¹¹⁵

Por *core government* (núcleo de gobierno) la misma OCDE define a todos aquellos departamentos integrantes de la rama ejecutiva del gobierno (*executive branch*). De esta forma, la definición de la OCDE incluye a la variedad de organizaciones que se encuentran fuera del núcleo de gobierno y que no tienen una relación jerárquica de dependencia con departamento alguno del ejecutivo, es decir las agencias se caracterizan por su independencia de actuación fuera del núcleo gubernamental.

Las agencias para la OCDE entonces son todos aquellos organismos que no se encuentran supeditados a dependencia o entidad alguna de la rama del ejecutivo, pero que innegablemente se encuentran bajo influencia del presidente.

Tomando en consideración las anteriores definiciones se puede entonces elaborar una definición de las *agencies* como todos aquellos organismos de gobierno, bien que sean dependientes del ejecutivo, o independientes del mismo, que por ministerio de ley fueren calificadas como tales, y cuya finalidad fuere actuar en beneficio del que les confirió tales facultades. Será esta definición la que, para efectos prácticos de la presente tesis, será de mayor utilidad.

III. Clasificación de las agencias.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico¹¹⁶ (OECD por sus siglas en inglés) sugiere que existen tres modalidades de agencias las cuales no tienen en principio una relación de subordinación jerárquica con dependencia o entidad de gobierno alguna, pero que tienen una relación estrecha con el ejecutivo:

115 LAKING, Bob, *Agencies: Their Benefits and Risks*, OECD Journal of Budgeting , Volume 4, Number 4, OECD, 2005, p. 9.

116 *Ibidem*, p. 10 y 11.

- a) Agencias Departamentales. Sus funciones se regulan por normas de derecho público, forman parte de dependencias o entidades (*ministries*), y no cuentan con una identidad legal distinta a la del Estado.
- b) Administraciones de Derecho Público. Sus funciones se regulan generalmente por normas de derecho público, pero se pueden convertir ya sea parcialmente o totalmente en Corporaciones de Derecho Privado.
- c) Corporaciones de Derecho Privado. Son organismos o cuasi-organismos regulados por normas de derecho privado, y realizan funciones no comerciales.

Para efectos prácticos se presenta como más sencillo diferenciar a los tipos de agencias a partir de sus atribuciones legales, fuentes de derecho, estructura administrativa, reglas del personal, financiamiento público y funciones, por lo que se incluye toda esta información en la conformación de la siguiente tabla.

Atributos	Agencias Departamentales	Administraciones de Derecho Público	Corporaciones de Derecho Privado
Atribuciones legales y Fuentes de Derecho.	Son parte del ejecutivo. No cuentan con una identidad separada del Estado. Se rigen por Normas de Derecho Público.	Se regulan por Normas de Derecho Público, pero pueden llegar a conformar Corporaciones de Derecho Privado.	Son cuasi-empresas y corporaciones no comerciales de Derecho Privado.
Estructura administrativa	No cuentan con Mesa Directiva. El Director General es nombrado por el Ejecutivo. El Ejecutivo tiene control directo de la agencia, mientras que el Director es responsable por la administración de la organización.	Puede estar gobernada por una Mesa Directiva, o bien por un Director, con el apoyo de una Mesa de asesores. El control directo de la agencia lo tiene el Director o la Mesa Directiva, mientras que el Ejecutivo tiene un control indirecto.	Generalmente cuenta con una Mesa Directiva y el Ejecutivo tiene control indirecto.

Financiamiento público y reglas del personal-	El personal es contratado por honorarios, bajo normas de derecho civil, pero no son considerados como servidores públicos. El presupuesto de la agencia se integra al presupuesto anual de egresos. Algunas de las agencias son parcialmente financiadas por tarifas especiales al usuario.	El personal es contratado en parte por honorarios, y en parte trabajadores de base que conforman una plantilla de servidores públicos. Se financia de los ingresos obtenidos de sus actividades, aunque su presupuesto debe ser coherente con el presupuesto de egresos, sin perjuicio de que pudiera ser superavitario.	El personal es de trabajadores de base que constituye una plantilla de servidores públicos. Financiados por los ingresos derivados de sus actividades, así como pueden constituirse como instituciones de crédito y de debito. Sus presupuestos son independientes del presupuesto de egresos.
Funciones	Generalmente prestan servicios sin ánimo de lucro (gratuitos) a ciudadanos y servicios de soporte para las diversas corporaciones del Estado.	Permiten una autonomía en cuanto a su política de administración, por lo que pueden prestar servicios sin fin de lucro u onerosos. Sus funciones varían desde prestación de servicios generales hasta funciones cuasi-judiciales.	Puede prestar servicios con ánimo de lucro, o de naturaleza gratuita.

IV. Facultades de las agencias.

En el Derecho Anglosajón, las agencias son creadas a través del Congreso, el cual se encargará también de especificar el nombre, la materia de su competencia, y los poderes expresos que se le conferirán.

Las agencias federales se encuentran facultadas conforme al *Administrative Law* norteamericano para combinar los poderes ejecutivo, legislativo y judicial bajo un solo mando conforme a lo siguiente: a) Facultades legislativas (*Rulemaking*); b) Facultades ejecutivas (*Aquisition of information*); y c) Facultades Judiciales (*Adjudication*)¹¹⁷. Dichas actividades las realizan

¹¹⁷ REIGEL, Stanley and OWEN, John, *Op. Cit.*, p.p. 6-7

habiéndoseles delegado facultades por parte de los distintos poderes de la federación.

Dichas facultades se constituyen en la conformación del *Administrative Procedure* o Procedimiento Administrativo regulado por la *Administrative Procedure Act* de 1946 y que describiremos a continuación.

a) Facultades Ejecutivas (Aquisition of Information)

Una de las grandes ventajas, sino la principal, que tienen las *agencies* es que mediante la investigación se convierten en expertas en un área particular y definida de gobierno.

Con el objeto de que las agencias puedan hacerse de este conocimiento empírico, es que se les ha facultado para la adquisición de información específica en un área determinada. Si bien la mayoría de la información que obtienen las agencias, es de manera voluntaria, cuanto se necesita también se encuentran facultadas para dictar medias de coacción, a saber: 1. Emitir citatorios; 2. Demandar el depósito de bitácoras y la realización de reportes periódicos, y 3. Conducir inspecciones físicas (Por ejemplo el citado caso de la FDA y la Bioterrorism Act of 2002).

1. Emitir citatorios.

Las agencias a fin de adquirir información pueden emitir citatorios equiparables a los judiciales, es decir que pueden ordenar al emplazado para presentarse en cierto lugar y a cierta hora, a fin de testificar o presentar cierta documentación en su posesión. En caso de no presentarse el emplazado en la fecha y hora, la agencia puede remitir el citatorio a una corte, para que en ejercicio de sus facultades judiciales, gire una orden de presentación judicial, o emita medios coercitivos de presión para la presentación del sujeto.

Cabe señalar que la facultad de emitir citatorios cuasi-judiciales no es inherente a todas las agencias, sino que es una facultad que tiene que ser expresamente otorgada por el Congreso.¹¹⁸

2. Demandar el depósito de bitácoras y la realización de reportes periódicos.

Las *agencias* por regla general solicitan que los particulares interesados lleven bitácoras de procedimiento y que realicen reportes periódicos. Tal actividad es necesaria para que las agencias puedan tener un conocimiento práctico y operativo de las actividades que la industria que en su caso regule.

Tal potestad de requerir las bitácoras y los reportes periódicos, bien puede ser para satisfacer una simple curiosidad o bien para emitir sanciones directas por no haber cumplido con las políticas dictaminadas por la *agency*.

3. Conducir inspecciones físicas.

Esta medida es indispensable para el cumplimiento de las funciones de cualquier *agency*, puesto que no hay forma más efectiva de verificar si se está cumpliendo con la normatividad que el acudir físicamente al negocio respectivo y verificar físicamente el establecimiento.

En los Estados Unidos de Norteamérica, esta facultad por parte de las *agencias* es ante la que se presentan más inconformidades, puesto que, consideran los particulares, viola lo establecido en la Cuarta Enmienda de su Constitución (el derecho de la gente de estar seguras en cuanto a sus personas, posesiones, papeles, y efectos personales, ante revisiones y ataques desproporcionales).

Sin embargo, como ya se señaló esta medida es básica para la realización de las actividades cuasi-ejecutivas de las *agencias* y sin la cual no existiría un grado tan alto de efectividad en las investigaciones iniciadas por estas instituciones.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 18

b) Facultades Legislativas (*Rulemaking*).

La mayoría de las agencias emite “rules and regulations” (leyes y reglamentos) las cuales si bien no son estrictamente leyes, tienen fuerza de ley.

La *Administrative Procedure Act* define a las *rules* de la siguiente forma: “the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency...”¹¹⁹

De tal forma que por *rules* deberá entenderse a “los comunicados emitidos por una agencia, ya sean parciales o totales, que sean de aplicación general o particular y que tengan por efecto implementar, interpretar, o prescribir normas o políticas, o describir la organización, procedimiento o requisitos de una agencia...”.

Las *rules* emitidas por las *agencies* son de carácter sustantivo y no procedimental, y su alcance será tan amplio como lo hubiere delegado el Congreso mediante una Ley. Principios generales de Derecho tales como “la ignorancia de la Ley no excusa su cumplimiento” se aplican también a las *Rules* emitidas por las *agencies*, tal y como si se tratara de una Ley. Las *Rules* son de aplicación general, y definen los derechos y obligaciones de todos los negocios regulados por las *agencies*.

Así como en México las Leyes, Reglamentos, Decretos y demás normas tienen que ser sancionadas por el Ejecutivo y publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el procedimiento correcto en los Estados Unidos de Norteamérica es a través del *Federal Register* ó Registro Federal. Este instrumento es la herramienta oficial para la publicación de *Rules*, *Regulations* y cualquier otro instrumento que pudiera generar consecuencias legales y que fuere de aplicación general.

Existen cuatro tipos de *Rules* emitidos por las *agencies*:

119 Administrative Procedure Act, Number (4).

1. Sustantivo o legislativo.

Los *Rules* sustantivos o legislativos tienen fuerza y efecto de ley, asumiendo que hubieren sido facultados mediante una Ley emanada del Congreso, que no excedieran o contradijeran lo establecido en la misma Ley, y que hubieran sido promulgados conforme al procedimiento correcto (*Federal Register*).

2. De interpretación.

Se trata de declaraciones al respecto de la interpretación de una Ley o de la misma *Rule*. La *Rule* de interpretación asesora al público en general por lo que se refiere a lo que la misma agencia “piensa” o infiere como significado de una Ley o Reglamento, ya seas sustantivo o procedimental.

3. Procedimentales.

Las reglas procedimentales regulan la administración interna de la agencia. Todas las agencias cuentan con poder soberano para determinar su autogobierno, y la forma en que se realizarán sus procedimientos internos. Una vez publicada la *Rule* de procedimientos en la el *Federal Register*, la agencia se verá compelida a cumplirlo.

4. Declaratorios de la política en general de la agencia.

En estricto sentido no se trata de reglas, sino de principios filosóficos que rigen la vida diaria de la agencia. Estos principios también se publican en el Registro Federal.

- c) Facultades Judiciales (*Adjudication*).

Realizan las funciones reservadas a las cortes, y afectan los derechos de individuos específicos. La diferencia principal entre las facultades Legislativa (*Rulemaking*) y Judicial (*Adjudication*) radica en que, mientras que como ya lo señalamos, la facultad Legislativa redunda en la emisión de cuasi-leyes, la facultad judicial resulta en la emisión de órdenes.

Tanto las cortes como las agencias realizan funciones judiciales, pero mientras que las cortes dictan “sentencias” y son autónomas en cuanto a exigir el

cumplimiento de las mismas, las agencias emiten “órdenes” y requieren tanto la confirmación por parte de una corte de su “orden”, como auxilio por parte de esta última para exigir el cumplimiento forzoso. En caso de que la corte no confirmara la “orden”, se considera la misma como nula.

Quizá, la forma en que se presenta más frecuentemente la facultad judicial o cuasi-judicial de las agencias, es para determinar si cierta actividad o giro requiere de un permiso o licencia para su puesta en práctica.

La APA define a las órdenes (*orders*) conforme a lo siguiente: “*the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative injunctive or declaratory in form, of an agency in a matter other than rulemaking but including licensing*”.¹²⁰

De tal definición traducimos que por órdenes entenderemos “las disposiciones finales, parciales o totales, afirmativas, negativas, de hacer o de no hacer, dictaminadas por una agencia en una materia distinta a la legislativa, pero incluyendo cualquier clase de licenciamiento o permiso”.

Antes de que la agencia realice estas funciones de carácter cuasi-judicial, los interesados deberán respetar la garantía de “debido proceso” (*Due Process*) que en su caso tutele y proteja los derechos de los particulares. En el *Administrative Law*, el *Due Process* consiste en las mínimas garantías:

- Notificación de la audiencia ante la agencia.
- Oportunidad de participar y declarar en la audiencia.
- El derecho de las partes de acudir con un abogado.
- El derecho de presentar y desahogar pruebas documentales y testimoniales, así como de repreguntar a los testigos de la contraparte.
- El derecho de someter excepciones, alegatos y conclusiones.

120 Administrative Procedure Act, Number (6).

- Que se les proporcionen el conjunto de argumentos jurídicos y científicos en los cuales se basó la decisión, es decir que se fundamente y motive la orden.

La inclusión de este “*Due Process*” en el ejercicio de las facultades cuasi-judiciales de las agencias, es esencial para la actividad de las agencias, puesto que le da transparencia y habla de una formalidad equiparable a la de las cortes.

V. La figura de las “agencias comunitarias”.

Las agencias gubernamentales norteamericanas y su papel en la regulación de la conducta de los particulares y las instituciones estadounidenses no tiene paralelo: las facultades cuasi ejecutivas, cuasi legislativas y cuasi judiciales les otorgan una libertad de actuación tan amplia, que tal y como si se tratara de un escuadrón alemán de ataque, resulta en acciones independientes que otorgan excelentes resultados una vez iniciada una investigación por parte de cualesquiera de las *agencies*.

Hipotéticamente, si se lograra introducir en la estructura de la OMC o del TLCAN una figura con facultades someramente parecidas a las otorgadas a las *agencies* pero destinada a la regulación en el establecimiento de BNAs, el índice de inconformidades por BNAs impuestas de manera ilegal sería mucho menor, de eso no existe la menor duda.

La manera más efectiva de hacer eficaces a las instituciones, considerando las experiencias del pasado, como ya se ha observado, es otorgándoles libertad independiente de acción; incentivando el procedimiento activo de control; tendiendo un control estricto de las actividades y un monitoreo constante y cercano de la actividad comercial.

Una institución que permitiera controlar la imposición arbitraria de BNAs, volviendo independiente la investigación de las políticas de empresa, así como de las políticas estatales, y que a su vez gozara de total autonomía en cuanto a

su accionar, además de algunos de los atributos con los que cuentan las *agencies* anglosajonas (solicitar registros, inspecciones físicas, retención de mercancías por mencionar algunos) representaría un enorme salto para la evolución en el control de restricciones cualitativas y cuantitativas al comercio.

¿Por qué no estructurar un organismo que se encargara de controlar las barreras al comercio, facilitar la apertura de los mercados al libre intercambio de bienes y servicios, y que contara con estructuras independientes facultadas para realizar las acciones necesarias para evitar conflictos comerciales?

Una *agencia comunitaria* cuya conformación tuviera que ser acordada por los jefes de Estado de los países miembros, la cual contara con facultades cuasi-ejecutivas y cuasi-legislativas, y que se constituyera como un órgano de consulta técnica **obligatoria**, sin poder coactivo, y sin embargo coadyuvante de las autoridades nacionales sería un paso gigante hacia una libre competencia y un libre comercio sin fronteras.

Una *agencia comunitaria* que se encargara de regular con libertad de acción las actividades tanto de particulares, como gubernamentales, para evitar que se presentaran daños o amenazas de daño a la producción nacional del país exportador no resulta nada descabellado. O una *agencie* que se encargara de determinar la base científica y los datos duros utilizados para la imposición de BNAs, calificarla y determinar su legalidad a partir de las condiciones específicas y el momento por el que pasa el país respectivo (los ataques bioterroristas a los EUA mediante cartas que contenían ántrax después del 9/11 por ejemplo) otorgando mayor certeza jurídica a las partes, tampoco resulta ilógico. Si consideramos que estas *agencies*, por su especialización, y profesionalización estarían integradas por verdaderos especialistas en BNAs que aportarían su experiencia empírica para identificar cuando ciertas políticas pretendan entorpecer, dilatar o impedir el comercio, esta opción no resulta solamente viable sino necesaria.

Una *agencia comunitaria* independiente, autónoma y especializada que estuviera facultada para:

1º Ordenar la realización de pruebas científicas a fin de contar con evaluaciones de riesgos que sustenten indubitablemente la imposición de la BNA y que estén integradas como mínimo por tres elementos: 1º Un examen que contenga las conclusiones científicas determinadas en la evaluación de riesgos; 2º Una evaluación que incluya la relación racional (*rational relationship*) que deberá existir entre la imposición de la BNA y la evaluación de riesgos, y 3º Una evaluación de la relación entre el riesgo específico que se presenta y la eliminación de este riesgo a través de la BNA respectiva.

2º Requerir la presentación de documentación o de cualquier otro bien en general que pudiera representar avances en una investigación;

3º Exigir que todos los particulares, nacionales y extranjeros, llevaran bitácoras de procedimiento al respecto de todos los pasos llevados a cabo para la exportación e importación de mercancías, así como entregar informes periódicos a las *agencias* con el objeto de que estas se encarguen de verificar la información vertida en tales instrumentos;

4º Solicitar el registro de todas las empresas comercializadoras de productos, tanto locales como foráneas, para en caso de amenaza fundada, lograr la identificación y localización expedita de la mercancía o bien de los comercializadores, productores y demás eslabones de la cadena productiva; para estos efectos también deberán contar con facultades para conducir inspecciones físicas, y

5º Emitir no solamente Recomendaciones, sino que la misma *agency* tuviera la facultad de solicitar a las autoridades nacionales de los distintos Estados para aplicar medidas de retorsión hasta que las órdenes fueran cumplidas, o por lo menos hasta que se llegara un acuerdo para su cumplimiento.

Finalmente, la cuestión no radica en el hecho de que las *agencias comunitarias* invadan la privacidad, ni los negocios de los involucrados: el objeto sería iniciar los procedimientos de oficio y de tal forma darle un giro activo a la participación de las *agencias*; no permitir que ni los particulares, ni los representantes de los gobiernos, obstaculicen el libre flujo de mercancías mediante meros trámites o

requisitos absurdos. Que el principio de COMERCIO SIN DISCRIMINACIÓN sea básico para la imposición de BNAs y que las mismas se apliquen sin distinción a la industria nacional y extranjera. Se necesitan verdaderos profesionales y expertos en el conocimiento práctico de las BNAs, así como evidencia científica irrefutable para la imposición de las mismas. Estos son los pasos más necesarios a fin de aspirar siquiera a evolucionar como entidad comercial o bien como fin último, a constituirnos como un verdadero bloque regional.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La tendencia que surgió entre los Estados a partir de la conclusión del segundo conflicto bélico global del siglo XX fue que la solución de conflictos comerciales se realizara a través de un sistema multilateral cuyo marco normativo en primera instancia se basara en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Asimismo, conforme fueron evolucionando las relaciones de afinidad entre determinados grupos de Estados, también se constituyeron “bloques regionales” los cuales a su vez cuentan con una estructura legal independiente para la solución de controversias, y cuya naturaleza compositiva se hace extensiva solamente a los integrantes del bloque.

SEGUNDA. El GATT operó provisionalmente a través de diversas rondas de negociación cuyo objeto principal sería en una primera instancia facilitar la liberalización del flujo comercial mediante la estandarización de reglas y normas claras para culminar con una desgravación arancelaria total, y en segundo lugar, la investigación y regulación de barreras no arancelarias las cuales se iban constituyendo, y a la fecha se han afianzado, como el instrumento principal para entorpecer el tráfico comercial, la libre competencia y la competitividad entre los productos.

TERCERA. Los aranceles o BAs son las cuotas que revisten la forma de ley y que determinan los derechos que deberán pagarse sobre la importación y exportación de cada producto que sea objeto de una operación de carácter comercial. El pago de estos impuestos en las aduanas de entrada y salida de mercancías son obligatorios para importadores y exportadores, a fin de que sus mercancías sean tratadas como nacionales una vez internadas al territorio aduanero distinto del cual provienen.

CUARTA. Las BNAs se definen como todos aquellos obstáculos de cualquier naturaleza distintos a los aranceles que buscan entorpecer, dilatar o impedir el libre flujo comercial. Medir la legalidad o ilegalidad en la imposición de BNAs resulta en la práctica sumamente complicado y aún la OMC (la cual se erige

como el sistema multilateral por excelencia) se ha visto imposibilitada en resolver este problema, puesto que las BNAs varían de un país a otro, no cuentan con fuentes determinadas, cambian con relativa frecuencia y se fundamentan generalmente en el libre derecho de los Estados para proteger a sus nacionales de cualquier amenaza, de cualquier índole, que pudiera perpetrar daños a la salud y aún al poder adquisitivo de sus connacionales.

QUINTA. Las metodologías existentes para la clasificación y cuantificación de BNAs no cuentan con la suficiente experiencia empírica como para distinguir el uso indiscriminado y arbitrario de BNAs de aquellos que por razones de legalidad son defendibles, empero, sí proporcionan un bosquejo del comportamiento de la demanda y la oferta de los productos en presencia de BNAs (método de Deardorff), un listado casuístico de las BNAs que se presentan en el mercado global (método de Bora, Kuwahara y Laird), así como estudios caso por caso de BNAs específicas tales como los cupos, las VILs y los VERs (método de Laird y Yeats), metodologías las cuales se establecen como punta de lanza para la cuantificación y clasificación futura de BNAs.

SEXTA. Un elemento que se erige como ineludible para determinar los alcances cuantitativos y cualitativos de las BNAs es la elasticidad-precio en la demanda, ya que no solamente mide la sensibilidad de la cantidad demandada de un bien ante variaciones en el precio, sino que determina el grado de sustitución que tiene un producto a partir de datos duros. De tal forma el comportamiento en la demanda de los productos en presencia de BNAs tiene como resultado una tendencia hacia la inelasticidad, es decir, que no existan bienes sustitutivos para tales mercancías, y por lo tanto que los precios de dichas mercancías, no importando su variación, puedan ser controlados por productores únicos, facilitando el control de precios y la manipulación de los mercados.

SÉPTIMA. El caso más representativo de imposición arbitraria e ilegal de BNAs por parte de un Estado lo provee el ejemplo de los productos alimenticios procedentes del mercado extranjero y las limitantes establecidas por la

Bioterrorism Act of 2002 estadounidense, en particular por el Título III, el cual obliga a los establecimientos extranjeros a cumplir con cargas procedimentales adicionales tales como registro, designación de un U.S. agent y la entrega de un “aviso previo” ante la Food and Drug Administration.

OCTAVA. La imposición de BNAs tiene que basarse fundamentalmente tanto en evidencia empírica, como en principios y justificación científica, derivados de una investigación seria por parte de instituciones calificadas y objetivas las cuales deberán contar con los elementos necesarios para generar convencimiento inequívoco de que las medidas impuestas no infringen los principios de no discriminación, imposición fundamentada científicamente de restricciones, evaluación de riesgos y de equivalencia. Mientras que siga sin reglamentarse la imposición BNAs, la comercialización de los bienes seguirá plagada de restricciones resultantes en la inelasticidad, es decir en la falta de bienes sustitutivos, imposibilitando la competitividad de los productos y la libre competencia en el mercado.

NOVENA. Es necesaria la creación de una figura independiente de los núcleos gubernamentales, a un nivel comunitario, que a través de la descentralización de funciones permita la administración y control de BNAs. La propuesta es crear “agencias comunitarias” que deberán poder combinar facultades cuasi ejecutivas y legislativas, delegadas por parte de los distintos Estados a fin de poder cumplimentar con su objeto. Tal organismo comunitario deberá ser especializado en la investigación de BNAs y su papel deberá ser de consulta técnica obligatoria, creado por los jefes de Estado, pero sin poderes coactivos, solamente como órgano investigador y coadyuvante de las autoridades nacionales.

DÉCIMA. Estas “agencias comunitarias” irían más allá del *pacta sunt servanda* por el cual se regula México, y la *implementación act* y los *Restatements* por los cuales se reglamenta el actuar norteamericano, para determinar solamente cuales son las BNAs legales, y en que situaciones es jurídica y

económicamente viable imponerlas, circunstancia que a la postre y desde mi perspectiva, se constituiría como el principal beneficio para la región.

BIBLIOGRAFÍA

1. BORA Bijit, KUWAHARA Aki y LAIRD Sam, *Quantification of Non-Tariff Measures*, United Nations Conference on Trade and Development, Policy Issues in International Trade and Commodities, Study Series No. 18, United Nations Publication, New York - Geneva, 2002, Dirección URL: http://www.unctad.org/en/docs/itcdtab19_en.pdf [consulta: 10 de octubre de 2007]
2. CENTURIÓN, López A., *Restricciones No Arancelarias en el MERCOSUR, Los Nuevos Desafíos para la Integración Regional*, Argentina, Ed. BID/INTAL, 2002.
3. COSTA RUDA, Podesta, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Argentina, Tipografía Editora Argentina, 1996.
4. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *Las relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM e Universidad Iberoamericana, 2003.
5. DE CLIMENT, Zlata Drnas, *Las Restricciones no arancelarias como instrumentos de preservación ambiental y como instrumento comercial en el marco del Sistema Multilateral de Comercio*, ACADER, República de Argentina, Dirección URL: <http://www.acader.unc.edu.ar>
6. DEARDORFF, Alan and STERN, Robert, *Measurement of Non Tariff Barriers*, Organization for Economic Co-operation and Development, Economic Department Working Paper No. 179, Paris.
7. FISCHER, Stanley y otros, *Economía*, Tercera Edición, MacGraw-Hill, Madrid, 2004.
8. HANBURY and MARTIN, *Modern Equity*, Reino Unido, 14a Edición, Editorial Sweet and Maxwell, 1993
9. JARAMILLO, Gerardo y WITKER, Jorge, *El Régimen Jurídico del Comercio Exterior: del GATT al Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991.

10. KESSEL, Georgina, *Lo negociado del TLC. Un análisis económico sobre el impacto sectorial del Tratado Trilateral de Libre Comercio*, México, Mc.Graw Hill, 1994.
11. KEMPER, Ryan, *Responding to Bioterrorism: An Analysis of Title I and II of the Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002*, EUA, Washington University, 2005
12. KOROVIN y A., *Derecho Internacional Público*, traducción de Juan Villalva, México, Editorial Grijalva, 1963
13. LAIRD, Sam and YEATS, Alexander, *Quantitative Methods for Trade Barrier Analysis*, London and New York, Macmillan Press, Ltd. and New York University Press, 1990.
14. LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *El futuro del libre comercio en el continente Americano. Análisis y perspectivas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1997.
15. LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y VEGA CANOVAS, Gustavo, *Las prácticas desleales de comercio en el proceso de integración comercial en el continente americano: la experiencia de América del Norte y Chile*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y SECOFI, 2001.
16. MARSHALL, Alfred, *Principles of Economics*, London, Macmillan and Co., Ltd, 1920, Eight Edition.
17. MARTÍNEZ, Hugo y RUDIÑO, Lourdes, *Consulta sobre el GATT*, Senado de la República, México, Mayo de 1986.
18. REIGEL, Stanley and OWEN, John, *Administrative Law. The Law of Government Agencies*, United States of America, Ann Arbor Science - The Butterworth Group, 1982.
19. REYES DÍAZ, Carlos Humberto, *Comercio Internacional, Jurisdicción concurrente en materia de Prácticas Desleales*, México, Editorial Porrúa, Facultad de Derecho, UNAM, 2007.
20. SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico*, México, Editorial Porrúa, 2005.

21. SEÁRA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, México, Editorial Porrúa, 2006.
22. VÁZQUEZ, Héctor y VÁZQUEZ, Adrian, *Sistema Antidumping Mexicano, Normatividad y Práctica*, Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional, México, 2002.
23. VERDROSS, Alfredo, *Derecho Internacional Público* (Traducción de Antonio Truyol y Serra), Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974.
24. WILSON, James, *Bureaucracy. What Government Agencies Do and Why They Do It*, United States of America, BasicBooks - A Division of HarperCollinsPublishers, 1989.
25. WITKER, Jorge, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993.
26. -----, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992.
27. -----, *Derecho Tributario Aduanero*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999.
28. WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura, *Regimen Jurídico de Comercio Exterior de México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.

HEMEROGRAFÍA.

1. American University Law Review, January 30 of 2007.
2. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Metodologías, Clasificaciones y Cuantificación de las Barreras No Arancelarias y sus efectos en el desarrollo*, Comisión del Comercio de Bienes y Servicios y de los Productos Básicos, Ginebra, 23 de junio de 2005.
3. Journal of World Trade, 2000, Vol. 34, No. 1.
4. Journal of Budgeting, 2005, Volume 4, Number 4, OECD.
5. Oxford Economic Papers, 1995, No. 47, p. 3.

6. Puntos Finos, 2ª quincena de Abril, No. 77, 2005.

LEYES.

1. *Administrative Procedure Act*. Title 5 - United States Code - Chapter 5, sections 511-599.
2. *An Act to implement the North American Free Trade Agreement*, enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled..
3. *Federal Food, Drug and Cosmetic Act of 2000*.
4. *Ley de Comercio Exterior*. Diario Oficial de la Federación, 27 de julio de 1993, última reforma 21 de diciembre de 2006.
5. *Prior Notice of Imported Food* under the Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002.
6. *Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002* or Bioterrorism Act of 2002.

REGLAMENTOS.

1. *Reglamento de la Ley de Comercio Exterior*, 30 de diciembre de 1993, última reforma de 29 de diciembre de 2000.

TRATADOS INTERNACIONALES.

1. *Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (General Agreement on Tariffs and Trade of 1994-GATT of 1994), 15 de Abril de 1994, Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la OMC.
2. *Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994*, 15 de Abril de 1994, Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la OMC.
3. *Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, 15 de Abril de 1994, Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la OMC.
4. *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*, 15 de Abril de 1994, Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la OMC.

TESIS DE LICENCIATURA

1. SÁNCHEZ ROSALES, D. R., "Incorporación del Trust al Sistema Jurídico Mexicano", Tesis de Licenciatura No Publicada, 2005, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

FUENTES ELECTRÓNICAS.

1. Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Dirección URL: <http://www.aladi.org>.
2. Food and Drug Administration. Dirección URL: <http://www.fda.gov/>
3. Organización Mundial del Comercio – World Trade Organization. Dirección URL: http://www.wto.org/english/thewto_e/thewto_e.htm.
4. Pacific Economic Cooperation Council Trade Forum, April 22-23, 2003, Washington DC, EUA,
Dirección URL: <http://www.pecc.org/publications/papers/trade-papers>
5. Secretaría de Economía. Dirección URL: <http://www.economia.gob.mx>.
6. United Nations Conference About Trade and Development. Dirección URL: <http://www.unctad.org>