

EL PROTOCOLO DE ADHESIÓN DE CHINA A LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC): SU NATURALEZA JURÍDICA

Rodolfo CANCINO GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La racional económica y política*. III. *El origen del concepto “todo único”*. IV. *Significado del “todo único”*. V. *La adopción de decisiones en la OMC*. VI. *El Protocolo de Adhesión de China a la OMC*. VII. *La OMC como un tratado y el “todo único”*. VIII. *El Protocolo de Adhesión de China y su incorporación a la ley mexicana*. IX. *Los tratados autoaplicativos y heteroaplicativos*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Los países miembros reunidos a nivel ministerial en 1986 en Punta del Este, Uruguay se comprometieron a luchar contra el proteccionismo, defender los principios fundamentales del GATT y a promover sus objetivos en pro del crecimiento y el desarrollo. En esos tiempos, se detectó la necesidad de redoblar esfuerzos desde una perspectiva integral para contener la prolongada inestabilidad financiera y monetaria en la economía mundial, y del endeudamiento de gran número de partes contratantes en desarrollo, lo que implicó el establecer un mecanismo para regular la vinculación que existe entre el comercio, la moneda, las finanzas y el desarrollo.

En ese entonces, las negociaciones tuvieron por objeto fortalecer la capacidad de respuesta del sistema del GATT ante los cambios del entorno económico internacional, para proceder a facilitar el reajuste estructural, potenciar la relación del GATT con las organizaciones internacionales, y tomar en consideración los cambios de las estructuras y perspectivas comerciales. Bajo un enfoque integral se pretendió desde entonces desarrollar acciones convergentes de cooperación nacional e internacional entre las po-

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y Jefe de Personal Académico de dicha Facultad..

líticas comerciales y las políticas económicas que afectaron al crecimiento y el desarrollo.

II. LA RACIONAL ECONÓMICA Y POLÍTICA

La revolución de la jurisprudencia de la OMC consistió en ofrecer una nueva interpretación teleológica de dicha organización, la cual reconoció el lugar que ocupa el comercio en el esquema general de las acciones de los Estados y el equilibrio necesario que es preciso mantener entre la política económica y la política como tal. Esta racional económica y política del GATT apareció por primera vez de manera constante para regular todas las negociaciones que son piedra angular para el establecimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Desde ahí ha sido protagonista en las demás reuniones ministeriales hasta su inclusión final en el Programa de Negociaciones de Doha.

Para entender esta racional que desembocó en el establecimiento del concepto del “todo único” de la OMC, se necesita describir el proceso evolutivo que se ha dado a través del tiempo en las negociaciones realizadas desde 1948 hasta llegar al formal establecimiento de la OMC, o sea desde que el GATT tuvo un carácter provisional de aplicación desde el punto de vista jurídico, hasta que adquirió un sentido permanente de sus normas y disposiciones contenidas en un cuerpo único e integral. El proceso tardó casi medio siglo para transformar su carácter jurídico y mantener la flexibilidad necesaria en el ámbito de aplicación doméstica conforme a las formas de incorporación en los sistemas jurídicos nacionales.

III. EL ORIGEN DEL CONCEPTO DEL “TODO ÚNICO”

Si bien en las Rondas de Negociaciones se obtuvieron sendos acuerdos en materia arancelaria y regulaciones sobre medidas no arancelarias, es hasta en la Ronda Uruguay, base esencial y plataforma fundamental de creación de la OMC donde se habló del concepto del “todo único”. En esos tiempos, los principios rectores de las negociaciones de la Ronda Uruguay consistieron en desarrollar de manera transparente las ventajas mutuas y dar beneficios mayores a todos los participantes, buscando el equilibrio de las concesiones dentro de los grandes sectores y temas comerciales. Aparentemente los países desarrollados no esperaban que en el marco de negociaciones comerciales los países en desarrollo aportaran contribuciones incompatibles

con las necesidades de su desarrollo, de sus finanzas y de su comercio. Es en la Ronda de Uruguay donde apareció por primera vez el concepto del “todo único”, derivado de la racional económica-política que se necesita en cualquier foro para empujar y obtener acuerdos sustanciales, bajo la premisa de que si no existe voluntad política en un foro de negociación todos los esfuerzos para alcanzar acuerdos se derrumbarán irremediabilmente. De ahí que para que los esfuerzos políticos fructifiquen, dentro de un esquema de negociación comercial, debe considerarse invariablemente la “racionalidad económica y política”. En consecuencia, la iniciación, el desarrollo de las negociaciones y la aplicación de sus resultados globales y específicos de la Ronda Uruguay, fueron tratados como partes de un “todo único” en apego a ese principio.

No cabe duda que la conclusión de la Ronda Uruguay se trató de un hecho histórico que fortaleció la economía mundial a través de un mayor crecimiento del comercio, las inversiones, el empleo y los ingresos en todo el mundo; y en particular aceptó un marco jurídico más fuerte y más claro del que se había adoptado para el desarrollo del comercio internacional, al crear un mecanismo de solución de diferencias más eficaz y fiable para garantizar la aplicación de las decisiones .

IV. SIGNIFICADO DEL “TODO ÚNICO”

El “todo único” de la Ronda Uruguay significó que todos los Miembros de la OMC aceptaron todos los acuerdos, incluidos los procedentes de anteriores Códigos de la Ronda de Tokio. Muchos países en desarrollo aumentaron considerablemente sus compromisos de acceso a los mercados, especialmente en el sector de la agricultura. Además, se obligaron a respetar los nuevos acuerdos sobre los servicios y los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. En este contexto el Protocolo de Adhesión de China , aunque tenga un carácter especial y *sui generis*, forma parte de este cuerpo de normas.

El “todo único” es un concepto de negociación que implica que todo lo nuevo también se debe cumplir.

Un Protocolo de Adhesión significa, de entrada, “gozar de todo lo que existe y se encuentra negociado” y por consecuencia lógica se adquieren obligaciones. El Protocolo de Adhesión de China a la OMC es un protocolo especial que establece nuevas obligaciones dentro de un nuevo marco jurídico acotado, que sin duda amplía las perspectivas comerciales de los socios de la OMC. En si, la aplicación del “todo único” parte de la premisa de que nada está acordado hasta que todo esté acordado.

El Acuerdo de Marrakech del 15 de abril de 1994 cerró con broche de oro las negociaciones de la Ronda Uruguay; en él se consideraron todos los acuerdos concluidos en lo sustancial el 15 de diciembre de 1993, bajo un enfoque de paquete único y despliegue de esfuerzos políticos únicos para su aplicación en el comercio mundial. Esto sobre la base de políticas únicas integradas aplicables al mercado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la Ronda Uruguay, en las que se buscaron nuevos acuerdos mediante reuniones ministeriales como mínimo una vez cada dos años.

Conforme a los acuerdos alcanzados en la OMC se impusieron obligaciones jurídicas a todos los Miembros a diferencia del marco del GATT. No cabe duda de que se trató de un valor agregado, toda vez que los países en desarrollo tuvieron una participación más activa y constructiva. La consideración de sus intereses en las tomas de decisiones fue como un premio a su participación, por lo que las negociaciones tuvieron un mayor grado de complejidad para la consolidación de acuerdos, su adopción y su consecuente aplicación.

V. LA ADOPCIÓN DE DECISIONES EN LA OMC

La cobertura y alcance de las obligaciones jurídicas de la OMC y el carácter casi automático del mecanismo de solución de diferencias sólo son posibles debido a la participación política que posibilita el principio del consenso. Si desde la Ronda Uruguay existieron intereses en conflicto plenamente identificados, en la Reunión de 1996 en Singapur se hicieron evidentes las tensiones en el proceso de adopción de decisiones en la OMC, así como la dinámica de la racional económica-política que caracterizó los escenarios de solución para llegar a acuerdos. En esta reunión los países en desarrollo pusieron en jaque el funcionamiento del sistema porque muchos países que no habían participado en las consultas, en grupitos expresaron su descontento con la forma en que se elaboró el texto e indicaron que no estaban dispuestos a aceptar esa exclusión y falta de transparencia.

Un problema que ha preocupado a lo largo de los años en el trayecto del GATT/OMC, es la adopción de decisiones. El consenso ha sido un elemento fundamental de la adopción de las resoluciones, recomendaciones y decisiones, considerando la sugerencia de eliminar los procedimientos de votación previstos en el Acuerdo sobre la OMC. Es evidente que el consenso reversible garantiza una mayor participación, toda vez que necesita oponerse la totalidad de los miembros para la no aprobación y/o negación en la toma de decisiones en tiempo y forma, evitando rezagos innecesarios, consultas, cabildeos y demás acciones que se traducen en tiempo y dinero con serios

impactos a los intereses comerciales. Esta figura empujada con talento por México, produce un progreso significativo en el sistema multilateral de comercio, en lo que se refiere a la adopción de decisiones que favorecen su ámbito de aplicación. Esta nueva medida, debe ser también aprovechada para diseñar, estructurar y convocar las bases para las negociaciones futuras, adicionando nuevos enfoques como el de la acumulación progresiva por oposición a los sistemas de exclusión y empujando el “todo único” que tiene un carácter incluyente de las negociaciones dentro de la racional política-económica de la globalización. De todas formas lo que se busca es el punto medio entre la eficiencia de los resultados alcanzados y el carácter aglutinador de las partes en un paquete aparentemente indivisible.

La Reunión Ministerial celebrada en Singapur en diciembre de 1996, representó una oportunidad para iniciar las conversaciones sobre los puntos que se añadirían al programa de la ronda siguiente, estableciendo para ello cuatro áreas conocidas como “Temas de Singapur” : I) uno sobre comercio e inversiones, II) otro sobre comercio y competencia, III) sobre la transparencia de la contratación pública y IV) el de facilitación del comercio; éstos fueron analizados y discutidos en el contexto de las negociaciones de Doha, y de los cuales sólo la facilitación del comercio sobrevivió y se incorporó en el Programa de Doha.

La siguiente Reunión Ministerial se celebró en Ginebra en mayo de 1998 y estuvo dedicada principalmente a la celebración del cincuentenario del sistema multilateral de comercio. Los países en desarrollo opusieron seria resistencia a la instauración de una Ronda de Negociaciones. Liderados por la India, pidieron que se revisaran los resultados de la Ronda Uruguay antes de dar inicio a otras cuestiones, toda vez que aún no se limitaban las condiciones para cumplir las obligaciones asumidas en ella. La situación se puso más tensa cuando el Grupo de Cairns insistió en la eliminación de las subvenciones agrícolas como condición previa para una nueva ronda. Obviamente que la Comunidad Europea se negó a aceptar cualquier compromiso de ese tipo desde el comienzo y, junto con el Japón, insistieron en la celebración de negociaciones sobre comercio e inversiones y, sobre comercio y competencia. Aunque transcurrieron varias semanas de debate en Ginebra no se consiguió llegar a puntos medios con los temas pendientes.

Durante el proceso preparatorio de la Tercera Conferencia Ministerial de la OMC, en Seattle, que se extendió de septiembre de 1998 a noviembre de 1999, algunos países en desarrollo hicieron una amplia gama de propuestas relacionadas con los problemas que, según ellos, tenían para aplicar los Acuerdos de la OMC, donde más de 100 propuestas trataban no sólo aspectos sobre períodos más amplios para la aplicación, sino también de una

mayor flexibilidad en el cumplimiento de obligaciones sustantivas de forma más o menos permanente.

En la Reunión Ministerial de Seattle, a finales de 1999, no fue posible llegar a un acuerdo sobre el Programa, debido a que no se aprobó un nuevo calendario de negociaciones. Algunos consideraron que dicha reunión había sido un fracaso, pero más bien se necesitaba un respiro y esperar una nueva oportunidad para el lanzamiento del nuevo programa.

Finalmente, se iniciaron nuevas negociaciones en Doha en noviembre de 2001. La Ronda de Doha tuvo un menú amplísimo de negociaciones y un programa de trabajo, que incluyó el acceso a los mercados en la agricultura y los productos manufacturados, comercio de servicios, ADPIC (Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), comercio e inversiones, comercio y competencia, transparencia de la contratación pública, facilitación del comercio, normas de la OMC, solución de diferencias, comercio y medio ambiente, comercio electrónico, pequeñas economías, comercio, deuda y finanzas, transferencia de tecnología, trato especial y diferenciado, así como cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación. No todas estas cuestiones estuvieron destinadas a ser tema de negociación, y algunas de ellas se han dejado de lado a medida que han avanzado las negociaciones.

VI. EL PROTOCOLO DE ADHESIÓN DE CHINA (PACH) A LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La aplicación de las disposiciones, normas y acuerdos que cada vez aparecen en el escenario multilateral son de amplio espectro. De ahí la necesidad de establecer una infraestructura a nivel multilateral (OMC) y a nivel nacional de los países miembros, para una debida y correcta instrumentación y con ello un adecuado cumplimiento. Es urgente el establecimiento de mecanismos precisos para atender la creciente aparición de acuerdos. Si no existe la infraestructura suficiente, aunada a una ausencia de voluntad política para respetar los acuerdos establecidos habrá retrasos y un marco de incertidumbre comercial. Para avanzar sustancialmente, no habrá que sectorizar los intereses y agrupar en bloques los compromisos y obligaciones adquiridas. En este orden de ideas, no cabe duda que la adhesión de China a la OMC reviste un carácter especial e importante para el sistema multilateral de comercio, por lo que su adhesión cae dentro del marco jurídico normal, o mejor dicho, como se explica más adelante, dentro del Derecho de la OMC a partir del 11 de diciembre de 2001. El hecho de que el PACH tenga un carácter especial y sui generis, no se interpreta como que se de lugar a un tratamiento dis-

tinto en relación directa con los demás protocolos. Dicho instrumento fue aprobado por las partes interesadas en el Grupo de Trabajo , el cual se ubicó jurídicamente dentro del concepto del “todo único”; donde todos los compromisos, términos y condiciones negociadas y acordadas son compatibles con el marco jurídico de la OMC y por ende no impide la correcta aplicación de todo ese cuerpo de normas.

Aunque China no fue calificada en su adhesión como un país en desarrollo, se le reconoció en algunos aspectos, para que se le otorgaran beneficios específicos, con la flexibilidad concedida para los países en desarrollo respecto a los plazos para cumplir con sus obligaciones. Estas excepciones no pueden interpretarse como una elusión a los compromisos contraídos, o provocar algún retraso en su aplicación, ni significa el establecimiento de niveles en cuanto al carácter de las obligaciones en sí mismas. Afortunadamente, esto no ha sucedido bajo el principio de trato más favorable, el cual se ha aplicado más en el sentido de que los países en desarrollo adoptaran las medidas de ajuste necesarias para hacer frente a las nuevas obligaciones o al incremento de otras. Por eso en Doha se puso en marcha un escenario más atractivo para los países en desarrollo, lo cual formó parte de la Decisión sobre el trato especial y diferenciado y se aprobó en la Declaración Ministerial, centrado expresamente en hacer “más precisas, eficaces y operativas las disposiciones sobre su aplicación por parte de los beneficiarios”.

Tratar de cumplir con las nuevas disciplinas del marco multilateral de comercio, representa esfuerzos gigantescos de todos los países para lograr un cumplimiento en el plano general, aún más en lo específico cuando existen pocos recursos existentes para hacer funcionar la maquinaria comercial. Para lograr resultados en la aplicación de los acuerdos, de entrada se necesitan recursos adicionales, aún más para aquellos países que tienen que hacer frente a ciertos costos de reajuste económico. Otra limitante para esos países, es la insuficiente capacitación y asistencia técnica a que tienen acceso para lograr un adecuado cumplimiento y aprovechar las oportunidades que ofrece el sistema multilateral de comercio.

Estas necesidades han sido abordadas en la iniciativa de Ayuda para el Comercio de Doha , donde han sido consideradas cabalmente, desde las instalaciones de prueba, hasta la infraestructura de los transportes y la logística del comercio. Un importante elemento de la Ayuda para el Comercio es el establecimiento dentro de la OMC de una función de vigilancia y evaluación para que los recursos destinados sean utilizados de manera eficaz.

VII. LA OMC COMO UN TRATADO Y EL “TODO ÚNICO”

En el Acta Final sobre el establecimiento de la OMC los representantes acordaron que el Acuerdo sobre la OMC “estará abierto a la aceptación como un todo, mediante firma o formalidad de otra clase”. En este sentido, la OMC se constituirá en el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos, los cuales son vinculantes para todos los miembros. Se estableció además que la OMC tiene la personalidad y capacidad jurídica, necesarias para el ejercicio de sus funciones, con una dimensión internacional, donde los miembros le confieren privilegios e inmunidades. En consecuencia, la personalidad jurídica de la OMC tiene una dimensión internacional que le permite moverse en el mundo globalizado y una capacidad jurídica que le faculta para concertar contratos que aseguran su buen funcionamiento habitual dentro de una estructura organizacional con 600 funcionarios permanentes.

El concepto del “todo único” nos obliga a discutir y analizar el Derecho de la OMC y su incorporación en el orden jurídico internacional, para concluir que todas sus normas y disposiciones principales y derivadas están interrelacionadas entre sí desde la perspectiva de un tratado comercial. La OMC cuenta con un verdadero ordenamiento jurídico. Si se define este último como “un conjunto de normas jurídicas que constituyen un sistema y rigen una sociedad o un grupo determinado”, conforme a la definición del profesor Jean Salmon, podemos constatar que, dentro del orden jurídico internacional, hay un ordenamiento jurídico especial propio de la OMC.

Se trata de un tratado único, a pesar de que el principio de especialidad limita las competencias de la OMC. Pero, además de sus atribuciones expresas, previstas en el tratado constitutivo, la OMC tiene otras competencias implícitas que le permiten interactuar con los demás actores comerciales del mundo. En consecuencia, se puede afirmar que las normas y Protocolos de Adhesión y demás disposiciones constituyen un sistema integral pleno.

Definitivamente, los Acuerdos de la OMC se vacían dentro de una canasta (“todo único”) que forma un conjunto de derechos y obligaciones que aspira a la coherencia política económica. Varias disposiciones lo recuerdan, entre ellas especialmente el párrafo 2 del artículo II que precisa que los acuerdos comerciales multilaterales “forman parte integrante” del Acuerdo por el que se establece la OMC y “son vinculantes para todos sus Miembros”. En este orden de ideas los Protocolos de Adhesión, particularmente el de China, forman parte de ese “todo único”, a pesar de las características y modalidades que posee desde su negociación, aprobación y aplicación.

El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en algunas ocasiones, ha afirmado que sus Miembros deben ajustarse a todas las disposiciones de la OMC, las cuales deben interpretarse de manera armónica y ser aplicadas

acumulativamente y de forma simultánea. Así pues, el tratado de la OMC es sin duda un “acuerdo único” que ha puesto en vigor un “ordenamiento jurídico organizado”.

El carácter vinculante de las recomendaciones de los Grupos Especiales, considerando el principio de la obligación de arreglar pacíficamente las controversias y de respeto a los sistemas jurídicos nacionales, adopta sus conclusiones para que dichas recomendaciones tengan pertinencia y viabilidad jurídica, a efecto, de que los países perdedores en una controversia comercial tengan altas probabilidades de cumplimiento conforme a sus instancias judiciales internas, tomando como referencia la premisa de “que el derecho internacional general tiene prevalencia sobre las legislaciones domésticas. No obstante lo anterior, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) puede ir más allá del derecho internacional general mediante una comunitarización del derecho de la OMC dentro de una verdadera jurisdicción .

Conforme a la visión del “todo único” se pretende evitar la fragmentación de los mecanismos de solución de diferencias y la dispersión de los acuerdos, dándole un toque de unidad del sistema bajo el OSD. Se trata de un órgano único institucional que conoce y dirige conflictos comerciales que se dan dentro del sistema integrado, con un sólo conjunto de normas y procedimientos, donde el mecanismo de “consenso invertido” impone de forma automática una decisión por el OSD, siempre que el demandante esté decidido a llevar adelante su reclamación.

Si consideramos al concepto del “todo único” como un marco jurídico que engloba todas las normas, y que se dirige de forma sistémica a una comunidad, el cual opera dentro del derecho internacional clásico y el contemporáneo; nos lleva a pensar que se trata de un sistema único y además *sui generis*, a pesar de que los Grupos Especiales se han referido y han emitido resoluciones en el contexto del tratado de la OMC, conforme a los principios de la Convención de Viena. La invocación reiterada de los postulados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confirma claramente que la OMC desea considerarse plenamente integrada, en la medida de lo posible, en el orden jurídico internacional, propiciando un diálogo constructivo entre la doctrina y la práctica con miras a una mejor coherencia normativa e institucional.

Es evidente que la OMC, lejos de tener una posición hegemónica, reconoce sus limitaciones y la especialización de otras organizaciones internacionales cuando su agenda de negociaciones es cada día más grande ante la aparición de nuevos temas comerciales, sin abandonar su función proactiva en los esfuerzos para lograr la coherencia internacional. No cabe duda que

la OMC nació como un “tratado” y así seguirá por siempre, con dos elementos esenciales: normas válidas y mecanismos de aplicación.

VIII. EL PROTOCOLO DE ADHESIÓN DE CHINA Y SU INCORPORACIÓN A LA LEY MEXICANA

China se adhirió al Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la OMC en los términos y condiciones enunciados en su Protocolo . El Acuerdo sobre la OMC al que se adherirá China será el Acuerdo sobre la OMC rectificado, enmendado o modificado de otra forma por los instrumentos jurídicos que hayan entrado en vigor antes de la fecha de la adhesión. Ahí se estipula de manera clara y precisa que los términos y condiciones asumidos en dicho Protocolo formarán parte integrante de la OMC, lo que significa que es parte del “todo único” y por consiguiente, a la luz de la legislación mexicana, dicho Protocolo no necesita ser ratificado por el Senado de la República previa firma del Ejecutivo, aun cuando existen múltiples opiniones que exigen se agote dicha instancia de conformidad con el artículo 133 constitucional, bajo la óptica de que una cosa es el tratado de la OMC y otra los demás instrumentos conexos.

La aplicación de los tratados en México y en particular el Protocolo de Adhesión de China como parte del tratado de la OMC siempre ha estado dentro de la polémica que ha suscitado la interpretación del artículo 131 párrafos primero y segundo, y el 133 constitucionales; en cuanto a que los tratados son Ley Suprema en todo el territorio nacional, baste sólo la firma del Ejecutivo y ratificación por parte del Senado. Esto, en clara contradicción a una serie de artículos constitucionales que conceden facultades para legislar en materia de comercio exterior, específicamente al Congreso y no al Senado, lo que constituye una paradoja jurídica y una figura artificialmente instrumentada para desplazar al Congreso en esta función estratégica del comercio exterior desde 1934.

También prevalecen opiniones antagónicas en cuanto a la jerarquía de las leyes de conformidad al mencionado 133 de la Carta Magna, ya que en la práctica existe la hegemonía de los tratados sobre las leyes nacionales, avalado no sólo por la Convención de Viena sino por la tesis jurisprudencial de la SCJN de 2007, novena época , aún cuando las leyes emitidas por el Congreso hayan cumplimentado la formalidad de los procedimientos tradicionales de elaboración de leyes. La incorporación de los tratados a nuestra legislación nacional es de manera directa y pueden caer dentro de la clasificación de “autoaplicativos”, es decir que no necesitan de la creación de otra ley para la instrumentación y cumplimiento de los compromisos inter-

nacionales, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos en materia de comercio internacional. En este sentido, los tratados internacionales tienen supremacía sobre las leyes nacionales y en caso de una contradicción entre ellas, pueden producirse efectos derogatorios de los tratados sobre las leyes nacionales que se hayan emitido con anterioridad y/o que el Congreso emita leyes nacionales con posterioridad que pueden nacer abrogadas o derogadas. Por tanto, existe un camino en dos sentidos, donde existen riesgos evidentes de un conflicto de leyes producido por este criterio hegemónico de preeminencia y prevalencia de los tratados.

Acerca de los efectos derogatorios que pudiese producir la incorporación directa de los tratados, obliga a seguir el mismo trámite o procedimientos que le dieron origen para su modificación o derogación, conforme al artículo 72 inciso F de la Constitución y al principio *lex posterior deroga priori*. En cuanto al hecho de que nazcan abrogadas o derogadas, representa otro problema de aplicación, lo que obliga en automático a la creación de una ley para adecuar el marco jurídico nacional a esos compromisos internacionales en clara oposición al principio antes referido. En ambos casos, este mecanismo de incorporación podría caer dentro de la visión del “todo único”, en el sentido de que los tratados tienen una aplicación preferente tomando como base la especialidad.

IX. LOS TRATADOS AUTOAPLICATIVOS Y HETEROAPLICATIVOS.

Es un hecho que existen ambos tipos de tratados, pero no existe una teoría generalmente aceptable sobre la incorporación de éstos en la legislación interna. Si bien no existe una doctrina, si existe la experiencia misma sobre este tópico en el caso de México. Respecto al Protocolo de Adhesión de China (PACH) algunos estudiosos lo califican como un tratado, que de conformidad al Artículo 133 constitucional debió ser aprobado por el Senado de la República, acción que se omitió a pesar de que genera derechos y obligaciones específicas, los cuales fueron publicados y dados a conocer cinco años 8 meses después en el Diario Oficial de la Federación.

En este orden de ideas, el PACH podría ser considerado un tratado heteroaplicativo que necesitaba de un acto de recepción, es decir el traslado jurídico de sus normas y disposiciones a una ley nacional, tomando en cuenta que por el sólo hecho de su publicación afectaba intereses específicos e impactaba sectores productivos en lo particular. Como punto de partida, para entender esta problemática relativa a la distinción entre ambos tipos de tratados; hay que asentar en forma tajante que en el caso de los Estados

Unidos Mexicanos, de que cualquier tipo de tratado se incorpora de manera directa y automática.

Las teorías explican la relación entre el derecho interno y el internacional, donde destacan las teorías dualistas y las monistas. Conforme a las teorías dualistas el derecho internacional y el derecho interno tienen fuentes distintas y regulan relaciones diversas. El derecho internacional público regula relaciones entre los Estados en tanto que el derecho interno rige relaciones entre individuos o entre éstos y el Estado. En el sistema dualista, el tratamiento que se le da tanto al derecho interno como al internacional es por separado; la recepción del derecho internacional al derecho interno se realiza a través de la incorporación del tratado a una ley nacional. Ejemplo de ello es el caso de Estados Unidos, en donde es claro que al adoptar un sistema dualista, un tratado debe sufrir una transformación para su incorporación a las leyes internas, y es por eso que éstas permanecen dinámicas en virtud de los proyectos de leyes en espera de resolución de Congreso estadounidense.

En otras palabras, el Ejecutivo estadounidense celebra Acuerdos Ejecutivos y todos los tratados se incorporan al sistema jurídico de una manera indirecta y para su aplicación se necesita de una ley expedida por el Congreso. Mientras esto no suceda una resolución internacional no tendrá forma y validez y por ende será inaplicable. Esta situación nos lleva a lo que pasó con la aplicación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), donde todas las resoluciones de los Grupos Especiales que condenaba en algunas cuestiones comerciales a EUA y se le exigía un nivel de cumplimiento para poner de conformidad su legislación nacional, argumentaban que para ellos el GATT tenía un carácter provisional y de naturaleza ejecutiva hasta en tanto se creará la un organismo internacional del comercio, aduciendo que para el cumplimiento de sus disposiciones se necesitaba la intervención esencial del Congreso. Independientemente de este pretexto a la luz del Derecho Internacional Público, es un instrumento proteccionista parlamentario que le da ventajas ante sus interlocutores comerciales, dándole un margen de operación y aplicación.

Por otro lado, para las teorías monistas todas las normas jurídicas derivan su validez y fuerza en normas superiores hasta llegar a la norma fundamental, entendida como la Constitución para el caso de México. Lo que nos interesa retomar de esta teoría es el reconocimiento y validez de los tratados internacionales, por lo que éstos forman parte del orden jurídico interno o nacional sin que se requiera la existencia de una acción posterior del Estado. El monismo adopta la forma “directa” de incorporación o recepción del derecho internacional al derecho interno.

Los tratados ya incorporados a un orden jurídico nacional, pueden ser autoaplicativos o heteroaplicativos, entendidos los primeros como aquellos

en los que la sola publicación de las disposiciones, reglamentos o normas puede afectar de manera directa intereses y los segundos como áquellos en los que es necesario un acto de recepción o transformación de dicho tratado para incorporarse a la legislación interna y que surte efectos hasta el primer acto de aplicación.

En el caso particular de México, al parecer no ha quedado claro cuál es el tratamiento que se le debe dar a los tratados internacionales, aún menos los responsables de la política de comercio exterior, nuestros legisladores y la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es evidente que la incorporación de los tratados en nuestro país: es monista, directa y automática, con base en la facultad que tiene el Estado de decidir la forma de incorporación directa, fundamentado y motivado en nuestra Carta Magna en el artículo 133, previo cumplimiento de los requisitos: i) que sean celebrados por el presidente de la República y ii) que sean aprobados por el Senado y iii) además de que deben estar conforme a la Constitución y ser publicados en el Diario Oficial de la Federación.

Cuando a los tratados se les da el carácter de tratados heteroaplicativos, emergen teorías ortodoxas sobre la incorporación de un tratado a la ley nacional mexicana. En primer lugar, esto significaría una inconstitucionalidad en relación directa con el artículo 133 constitucional con dos efectos jurídicos contradictorios de serias consecuencias a) echar abajo la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la jerarquía de los tratados y b) devolver al Congreso la obligación de crear una ley para el cumplimiento de las disposiciones de ese tratado.

Este escenario de interpretación, se complica y confunde aún más cuando se emite la tesis de la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación la cual establece que:

EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO A INTERPRETAR LAS LEYES Y REGLAMENTOS EN FORMA ARMÓNICA CON LOS MISMOs. “Los Códigos Antidumping, aprobados en el seno del GATT o de la OMC, son tratados heteroaplicativos y no pueden servir para fundar una resolución de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. En ellos, los Estados Unidos Mexicanos se obligan a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, por lo que son las leyes y reglamentos, que en su caso se expidan, los que directamente establecen derechos y obligaciones a los particulares y otorgan facultades e imponen deberes a las autoridades; sin embargo, los tratados heteroaplicativos son una fuente privilegiada para interpretar las leyes y reglamentos que como consecuencias de las obligaciones internacionales adquiridas por México son promulgados, pues como es evidente ni el legislador mexicano ni el Presidente de la República pretenden, en una ley o reglamento, violar los compromisos internacionales que el país ha contraído, por lo que corresponde a los jueces interpretar las citadas leyes y reglamentos en forma armónica con los tratados heteroaplicativos.”

El resultado de esta tesis, es la afirmación contundente de la existencia de tratados heteroaplicativos, que obliga a fundar las resoluciones sólo en las leyes nacionales, básicamente en la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento, leyes afines y conexas, dejando a un lado las normas multilaterales de la OMC, lo que en la práctica ha sido contraproducente, incrementando el riesgo de que las resoluciones que se emitan sean incompatibles, obligando a México modificarlas o en su caso a eliminarlas, dado esos compromisos internacionales.

Esto nos obliga a pensar, que más bien sería más efectivo y conveniente aplicar las resoluciones de los acuerdos de la OMC en primera instancia como una fuente principal de consulta y parámetro de valoración, en lugar de considerar como base de análisis las leyes nacionales. La perspectiva de la preeminencia y aplicación de éstas no tendrían razón de ser, o lo que es peor serían letra muerta, ante el rezago o dinámica de cambio de las normas a nivel multilateral que podrían calificarlas de obsoletas o inaplicables a un caso concreto.

Este criterio se refuerza con la siguiente tesis de la novena época que a la letra establece: Tratados internacionales, incorporados al derecho nacional. Su análisis de inconstitucionalidad comprende el de la norma interna.

El Estado mexicano tiene un sistema jurídico propio y asimismo forma parte de la comunidad internacional. Ante esta dualidad, derivada de la coexistencia de los sistemas jurídicos locales y de normas de carácter internacional, se genera la distinción entre derecho nacional o interno y el derecho internacional o supranacional, atento a la fuente de la cual emanan y su ámbito espacial de aplicación. Ante ello, el órgano jurisdiccional debe atender en lo sustantivo, a la existencia de normas de carácter internacional que por virtud de mecanismo constitucional han quedado incorporadas al orden jurídico interno y a las normas locales que existan para establecer en un caso dado, cual es la norma aplicable para regir el acto jurídico materia de la controversia, de modo no puede decidirse en forma general y absoluta, que el derecho sustantivo extranjero no pueda aplicarse por el órgano jurisdiccional nacional, puesto que en México existen normas de carácter federal, como es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14 y 133 y el artículo 12 del Código Civil Federal, que dan supuestos concretos de solución que deben ser atendidos para resolver en forma fundada y motivada una cuestión de esta naturaleza y por ende, si en el caso cabe o no la aplicación del derecho sustantivo extranjero. Así se tiene que del contenido del artículo 133 constitucional, se desprende que entre las fuentes internacionales del derecho, se encuentran los tratados o convenciones que constituyen acuerdos entre sujetos del orden jurídico internacional (Estados y organismos internacionales) que se han celebrado y toma en

cuenta asuntos de derecho internacional por lo que con la interpretación gramatical de la primera parte del artículo 133, para considerar que un tratado sea, junto con las leyes emanadas de la Constitución y que sean aprobados por el Congreso de la Unión “la Ley Suprema de toda la Unión” es menester que se satisfagan dos requisitos formales y uno de fondo, los primeros consisten en que el tratado sea celebrado por el presidente de la República y que sea aprobado por el Senado, mientras que el requisito de fondo, consiste en la conformidad de la convención internacional con el texto de la propia Ley Fundamental. En relación con los requisitos formales que hablan de la incorporación del derecho internacional al positivo de nuestro país, se describen dos procedimientos: 1. El ordinario, donde la adaptación se hace por medio de normas internas (constitucionales, legislativas, administrativas, etc.); y 2. El Especial también llamado de remisión, el cual implica que la regla de derecho internacional no se reformula, simplemente los órganos del Estado ordenan su cumplimiento, el cual tiene dos variantes: I. Requisito de orden de ejecución en el caso de tratados y II. El procedimiento automático en tratándose de costumbre internacional. Además de que en el caso del derecho internacional convencional, debe atenderse también a las disposiciones del propio tratado sobre el particular. Por tanto, en materia de adaptación del derecho internacional al interno, el procedimiento especial es el predominante; sin embargo, cuando se esta ante el procedimiento ordinario en el que nuestro país advierte no solo la necesidad de observar el contenido del tratado internacional sino que considera oportuno, dada la importancia de la materia que regula el tratado en cuestión, incorporar dicha norma internacional al derecho nacional a través del procedimiento de incorporación ordinario, esto es al reformar las leyes internas o, en su caso, emitir nuevas leyes que atiendan lo establecido en el tratado. (Subrayado propio).

Para reforzar este criterio debemos citar la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece la jerarquía de las leyes nacionales:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICA JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES.
INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional, dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y pre-

misas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales y, además atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás una responsabilidad de carácter internacional.

En este sentido la existencia de tratados heteroaplicativos no solo contradice a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también a esta tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De acuerdo con lo establecido con antelación, no habría congruencia respecto de la existencia de tratados heteroaplicativos, porque éstos, estando en un rango inmediatamente inferior a la Constitución, no deberían estar sujetos a la existencia de una ley emitida por el Congreso para estar incorporados al derecho interno, dado que éstas se encuentran jerárquicamente por debajo de aquéllos.

En consecuencia, a pesar de este análisis no podemos llegar todavía a una conclusión dada la tesis del Tribunal Fiscal, que por un lado, complica la interpretación de los tratados y su incorporación y otro lado la existencia de la tesis jurisprudencial que nos recuerda que los tratados tienen mayor jerarquía que las leyes nacionales, independientemente de que se traten de tratados autoaplicativos o heteroaplicativos.

La tesis del Tribunal Fiscal y Administrativo, pone en jaque las resoluciones de la Secretaría de Economía, ya que en cada resolución que emite toma en cuenta y valora los elementos que tiene a su alcance conforme a las leyes nacionales y los acuerdos de la OMC. En este sentido, el PACH que forma parte del paquete integral de la OMC, bajo el concepto del “todo único”, recibe el mismo tratamiento que los demás acuerdos internacionales suscritos por México. En otras palabras, se incorporó directamente al orden jurídico nacional de México, y rescatando algunas ideas vertidas en este apartado, podríamos atrevernos a establecer que sus disposiciones podrían tener un carácter autoaplicativo cuando afectó intereses comerciales en el primer acto de aplicación y autoaplicativo cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 15 de agosto del 2007 mediante acuerdo de la Secretaría de Economía.

Dentro de la OMC, específicamente en el proceso de solución de diferencias, México ha argumentado que los acuerdos de la OMC son “autoaplica-

tivos”, se aplican automáticamente en México, y que las leyes internas han de aplicarse de manera que sean compatibles con sus obligaciones internacionales, reiterando que la incorporación de los tratados en nuestro país es monista directa automática. Por consiguiente, los tratados tienen un efecto directo en la legislación mexicana, aunque algunos autores señalan que resulta improcedente que el Ejecutivo con la aprobación del Senado, comprometa mediante un tratado internacional al Congreso de la Unión para llevar a cabo reformas legislativas, en virtud de que se contraviene el principio de división de poderes y en un sistema de incorporación directa de la norma de derecho internacional al derecho interno como en el caso de México, basta con que en el tratado internacional se establezcan los compromisos para que sean obligatorios en territorio nacional. Por otro lado, en el grupo especial que analizó las importaciones del arroz procedentes de Estados Unidos se determinó que varios artículos de la Ley de Comercio Exterior eran incompatibles con el Acuerdo Antidumping (AA) y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC), por lo que se urgió para lograr su armonización. Esto sentó las bases de que la legislación mexicana es susceptible de cualquier examen y modificable por la resolución de un Grupo Especial.

La interpretación que realizó el Grupo Especial fue en el sentido de que “el hecho de que se prevea que los Acuerdos de la OMC tienen un efecto directo no garantiza automática e inevitablemente la interpretación correcta de dichos Acuerdos, por lo menos en una situación en la que existe también una disposición legal interna determinada que está manifiestamente en conflicto con los términos de los Acuerdos.”

La discrecionalidad que tiene el aplicador de la ley, en este caso la Secretaría de Economía, refuerza el criterio que adoptaron los integrantes del Grupo Especial para determinar que la ley estaba en constante conflicto con los compromisos internacionales mexicanos derivados.

Por lo expuesto, se advierte que una recomendación o resolución de los Grupos Especiales de la OMC comprometen los actos del Congreso con una serie de efectos adversos en el contexto internacional.

Algunos expertos han señalado que existe una laguna legal en cuanto a la incorporación de los tratados al orden jurídico nacional, entre ellos los protocolos y particularmente el Protocolo de Adhesión de China a la OMC, debido a que las leyes nacionales no regulan la problemática planteada respecto de su naturaleza jurídica, validez, implementación y obligatoriedad.

En este orden de ideas, podríamos afirmar que la naturaleza jurídica del Protocolo de Adhesión de China, es que forma parte del Tratado de la OMC desde una perspectiva integral, la cual tiene su fundamento en la misma Convención de Viena, en el sentido de que es producto de un acuerdo entre

Estados, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos. En consecuencia, como es sabido existe un cuerpo principal de normas de la OMC contenido en el Acuerdo General y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales y Plurilaterales, protocolos, reglas de interpretación, entendimientos y demás disposiciones que persiguen la culminación de los objetivos de la OMC de regular y acrecentar el comercio reduciendo y eliminando barreras comerciales. Por tanto, el sistema de reglas multilaterales está contenido en varios instrumentos, donde encajaría en este marco jurídico el Protocolo de Adhesión de China (PACH) sin mayores esfuerzos de interpretación, lo que le daría la validez plena para su incorporación a nuestra legislación conforme a los arts. 131 y 133 constitucionales con carácter de Ley Suprema en toda la Nación, sin necesidad de pasarlo nuevamente al Senado para su ratificación.

Respecto a su implementación y obligatoriedad, bastó la emisión de un decreto por la Secretaría de Economía publicado en el Diario Oficial de la Federación para formalizar su validez y aplicación en territorio nacional, como únicos requisitos para su incorporación, sin forzar una reforma a la Ley sobre Celebración de Tratados para definir el nivel de obligatoriedad, siempre y cuando dicha ley no sea incompatible con las disposiciones internacionales; aunque resulta discutible que el PACH haya sido publicado seis años después de su aprobación en seno de la OMC, lo que ha ocasionado una serie de trastornos a nuestra producción nacional y más a nuestras autoridades, que aún no han definido una estrategia comercial para defenderse del embate exportador chino.

Además, derivado del análisis al concepto del “todo único”, el PACH forma parte de todo el cuerpo de normas y disposiciones de la OMC, aunque dicho protocolo haya sido negociado y acordado con posterioridad a la ratificación del Senado de la República del establecimiento por el que México se adhirió formalmente a esa organización. En consecuencia, no es necesaria la ratificación del PACH ante el Senado de la República, debido a que es resultante del tratado de la OMC.

X. BIBLIOGRAFÍA

ABBOT W, Kenneth, “The Trading Nation Dilemma The functions of the Law of Internacional Trade”, en *CASS Ronald A Knoll, International Trade Law*, 2 ed, EUA, Ed, Ashgate, 2003.

GARRIDO RUIZ, Abel, *El Ingreso de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio: GATT*, México, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, 1986.

JACKSON, John H., *World Trade and the Law of GATT (A legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade)*. Charlottesville, Virginia., Ed. The Michie Company Law Publishers.

JACKSON, John H. *International Economic Relations*, 3 Ed., EUA, Ed, West Publishing, 1995.

PATIÑO MANFFER, Ruperto “Algunos problemas derivados de la incorporación del Derecho internacional al Derecho Nacional y la jerarquía de los Tratados”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 3, Núm. 5, julio-diciembre 2007.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelía. *El comercio exterior de México. Marco jurídico, estructura y política*. México, UNAM, Ed, Porrúa, 1989.

SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Comercio Internacional, Régimen Jurídico Económico*, Porrúa, México, 2008.

SALVATORE Dominik. *Economía Internacional*, 6 Ed., Tr. Andrés Lozano, México, Ed. Prentice Hall, 1999.

TORRES GAYTÁN, Ricardo, *Teoría del Comercio Internacional*, 20 Ed., México, Ed. Siglo XXI, 1996.

TUGORES, Juan, *Economía Internacional. Globalización e integración regional*. 4 ed, México, Ed. Mc Graw Hill.

VAN DEN BOSSCHE, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization* (Text and Cases and Materials) Reino Unido, Ed, Cambridge University Press, 2005.

VELÁZQUEZ ELIZARRARAS, Juan Carlos, “La organización internacional como subdisciplina, subsistema y paradigma de las relaciones internacionales contemporáneas. Aproximaciones teóricas, interdisciplinariedad y reestructuración generales en relaciones internacionales”, *Cuarta Época*, Núm. 68, México, octubre-diciembre, 1995.

www.scjn.gob.mx

www.wto.org.

www.economia.gob.mx