

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: antes, durante y después, afectaciones jurídicas en México*

The North American Free Trade Agreement: before, during and after. Legal effects in Mexico

Paulino Ernesto Arellanes Jiménez**

RESUMEN

Actualmente se celebran veinte años de la puesta en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y en pocos foros oficiales y académicos se han realizado evaluaciones tanto desde el punto de vista económico como jurídico; este artículo no pretende hacer una evaluación, tarea basta ardua, pero sí analizar algunos puntos centrales del antes, durante y después, es decir, qué significado tiene un tratado de libre comercio, las condiciones económicas en las que se ubicaba México en la década de los noventa, los nuevos conceptos y tipos jurídicos que se incubaron en el Tratado, particularmente en el capítulo XI de inversiones extranjeras con el trato nacional y el derecho de expropiación y, finalmente, algunas afectaciones jurídicas que persisten en el después.

PALABRAS CLAVE: Tratado de Libre Comercio de América del Norte, conceptos y tipos jurídicos, trato nacional, inversiones extranjeras y afectaciones jurídicas.

ABSTRACT

Currently, the Free Trade Agreement (NAFTA) celebrates 20 years old and few official and academic forums have been made assessments from an economic and legal perspective. This article is not aimed at evaluating but analyzing some key points before, during and after, that is, the meaning of a Free Trade Agreement, economic conditions in Mexico in the nineties, the new concepts and legal types included in the Treaty, particularly in Chapter 11 on foreign investments with the National Treatment and the right to expropriate, and finally some legal effects that persist later.

KEY WORDS: North American Free Trade Agreement, concepts and legal types, national treatment, foreign investment and legal effects.

* Recibido: 1 de abril de 2013. Aceptado: 15 de mayo de 2013.

** Profesor-investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México (parellanes3@hotmail.com).

PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ

Sumario

1. Introducción
2. Lo que define un tratado de libre comercio
3. Lo que se negoció
4. Conceptos jurídicos que forman el contenido del TLCAN
5. Análisis jurídico-político del capítulo XI sobre inversiones extranjeras
6. Las afectaciones jurídicas
7. Conclusiones

1. Introducción

Estados Unidos y México registraron en 1993, un año antes del acuerdo comercial, una balanza comercial de 81.4 mil millones de dólares, con un superávit favorable a la economía estadounidense por 1.6 mil millones de dólares.

En 1993, apenas 1.0% del comercio bilateral México-Estados Unidos se movía por ferrocarril. Actualmente la proporción es del 17%.

Para 2013, luego de dos décadas del TLCAN, y a pesar de algunos altibajos, los dos países alcanzaron una nueva marca histórica en su comercio de más de 506 mil millones de dólares, con un superávit por 54.3 millones de dólares a favor de México.¹

¿Cómo estaba la situación económica del país en el momento de la puesta en vigor del TLCAN? La economía mexicana, con datos de 1994, era prácticamente de la magnitud de la española y superaba a la hindú en 50%. Diez años después, la situación se invirtió: no sólo la economía de la India era más grande que la de México, sino que la de España era mayor 50% y aun la china triplicaba en tamaño a la mexicana, en tanto que al inicio del periodo solamente le aventajaba en 50%. En suma, durante la mayor parte del neoliberalismo, México resultó rebasado en tasa de crecimiento económico por India, España, Rusia y también por Corea del Sur.²

En la primera página de *Economic Report of the President* de febrero de 1990, el presidente Bush se congratulaba de que, en 1989, Estados Unidos recuperó su posición como el primer exportador del mundo. Lo que llama la atención más que el hecho de que Estados Unidos haya sido el primer país exportador en 1989 es que no lo fue para 1986, 1987 y 1988. Después de haber dominado el

¹ Notimex. *Acuerdo Transpacífico, prioridad de Obama en su visita a México: funcionarios de eu. Llegan eu, Canadá y México a reunión Cumbre con récords comerciales*, 16 de febrero de 2014.

² SALINAS DE GORTARI, CARLOS. *La década perdida. 1995-2006. Neoliberalismo y populismo en México*, Debate, México, 2008, p. 35.

comercio mundial ininterrumpidamente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial; Estados Unidos en el lapso mencionado perdió su supremacía exportadora a Alemania, y el hecho de haberla recuperado en 1989 no es garantía de que la pueda mantener de ahora en adelante. Los informes del FMI demuestran incluso que, para el primer trimestre de 1990, Alemania tiene una leve ventaja. En realidad, la posición comercial de Estados Unidos se ha deteriorado marcadamente. Después de aportar alrededor del 20% de las exportaciones mundiales en las primeras épocas de la posguerra, las ventas de Estados Unidos al resto del mundo en los años más recientes significan sólo el 11% o 12 % del comercio mundial. También se manifiesta una disminución en términos relativos de la aportación estadounidense a la producción mundial.

En 1994, Estados Unidos, por primera vez en varias décadas, estaba buscando, como muchos otros países, apuntalar su crecimiento económico interno con base en el incremento de sus exportaciones. Por otra parte, el enorme y persistente déficit comercial que había sostenido el país a lo largo de la década de los ochenta, aunado a su falta de voluntad o capacidad para limitar las crecientes importaciones, exigen el contrapeso de una mayor exportación.³

Pese a la relativa facilidad para modificar las disposiciones constitucionales en México, el presidente Salinas de Gortari ofreció a mediados de abril de 1990, aun antes de reconocer la intención de su gobierno para negociar un tratado de libre comercio con los Estados Unidos, que una de las premisas básicas de su gobierno, para conducir las negociaciones comerciales de México con el mundo, sería el respeto absoluto a nuestra Constitución. Por eso entonces se iniciaban los trabajos del Foro Nacional de Consulta sobre las relaciones de México con el mundo, realizado por el Senado de la República, a sugerencia, del propio Salinas de Gortari.⁴

Dentro de la estrategia del implante autoritario del neoliberalismo, el TLCAN constituye la piedra de toque: será, a decir del propio Salinas, el candado para impedir a posteriores gobiernos revertir el proceso de apertura económica, privatización y desregulación jurídica; a menos de que tales gobiernos quisieran y pudieran entrar en conflicto de intereses con los Estados Unidos. Es decir, a través del Tratado se pretende garantizar la vigencia de las políticas neoliberales, al margen de la situación y necesidades que enfrente el país en el futuro. En ese

³ ELAINE, LEVINE. "El Tratado de Libre Comercio México-Estados Unidos, en la problemática económica y social estadounidense", en BERNAL SAHAGÚN, VÍCTOR M. et al. *La integración comercial de México a Estados Unidos y Canadá ¿alternativa o destino?*, Editorial Siglo XXI editores, México, pp. 27 y 28.

⁴ CONTRERAS, MARCO ANTONIO. "Globalización, derecho de la integración y Tratado de Libre Comercio", en *Dos años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, ¿seguimos cambiando oro por espejos?*, editorial Editores Mexicanos Unidos, 1996, p. 24.

PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ

sentido, el salinismo ejemplifica a la perfección lo que Carlos Fuentes denominó fundamentalismo neoliberal.⁵ Hoy a los veinte años del TLCAN los efectos jurídicos y económicos son evidentes.⁶

El acuerdo prometía impulsar el crecimiento de México y generar nuevos puestos de trabajo, pero no estuvo a la altura de las expectativas, indicó el Center for Economic and Policy Research (CEPR), con sede en Washington.

El Tratado “fue un terrible error” considerando “cualquier indicador económico y social, e incluso comparado con el pasado mismo de México”, dijo el codirector de CEPR, Mark WEISBROT, quien condujo el estudio⁷ titulado “¿Ayudó el TLCAN a México?”; el informe de veintiún páginas, basado en estadísticas oficiales, deja caer sombras sobre la economía de México, desde que ese país firmó el acuerdo con Estados Unidos y Canadá en 1994.

En este artículo se analizarán los siguientes puntos: 1. Lo que define un tratado de libre comercio y su estructura; 2. Lo que se negoció; 3. Conceptos jurídicos que forman el contenido del TLCAN; 4. Los tipos jurídicos con que se establecieron los compromisos; 5. Análisis jurídico-político del capítulo XI sobre inversiones extranjeras, y 6. Las afectaciones jurídicas.

2. Lo que define un tratado de libre comercio

Bela BALASSA (1928-1991, economista húngaro), en su obra clásica *Teoría de la integración económica* (1964), define la integración económica como un proceso y como una situación de actividades económicas.

Como un proceso, ya que se encuentra acompañada de medidas para abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones. Como una situación de los negocios, ya que se caracteriza por la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales.

Debemos distinguir claramente entre integración y cooperación; esta diferencia es tanto de carácter cualitativo como cuantitativo.

260

⁵ *La Jornada*, 26 de noviembre de 1995, citado por *ibidem*, pp. 24 y 25.

⁶ En las dos décadas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el resultado para el campo es devastador: se perdieron 4.9 millones de empleos en la agricultura familiar, 6 millones de habitantes del sector rural migraron, el PIB agropecuario pasó de 5% a 1.5%, y México se convirtió en el tercer importador mundial de alimentos, destacan evaluaciones de 15 agrupaciones nacionales y de Estados Unidos y Canadá.

En el documento *Mitos del TLCAN después de 20 años*, las agrupaciones —entre ellas Red de Comercio Justo, Fronteras Comunes, Alianza Justicia Global, Red Mexicana de Afectados por la Minería (Rema), Asociación Nacional de Empresas Comercializadoras de Productores del Campo y Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio— destacaron que subieron los precios de los alimentos al consumidor y paralelamente aumentó el consumo de comida chatarra. PÉREZ U., MATILDE. “Denuncian que el TLCAN devastó el agro mexicano”, en *La Jornada*, 20 de febrero de 2014.

⁷ AFP. “Pobreza y salarios estancados en México a 20 años del TLCAN: estudio”, en *La Jornada*, 12 de febrero de 2014.

En un área de libre comercio, las tarifas (y las restricciones cuantitativas) entre los países participantes son abolidas, pero cada país mantiene sus propias tarifas frente a los países no pertenecientes al área.⁸

El contexto de libre comercio es tan amplio que en él se emplea terminología de áreas muy diversas: reglas de origen, administración de aduanas, patentes y marcas, medidas sanitarias y fitosanitarias, industria automotriz, textiles, salvaguardas, normas técnicas, aranceles, comercio transfronterizo de productos y servicios, transporte terrestre, telecomunicaciones, servicios financieros, compras del sector público, inversiones extranjeras, propiedad intelectual y solución de controversias, entre otras. Si bien se ha publicado un gran número de obras lexicográficas y terminologías inglés-español relacionadas con estas áreas, es difícil encontrar reunida en un solo volumen la terminología básica de las mismas.⁹

En síntesis, un tratado de libre comercio, como el trilateral pactado entre Canadá, Estados Unidos y México (TLCAN) solamente significa libre tránsito de mercancía y capitales entre los socios; aunque a decir de la realidad, lo supranacional de la institucionalidad de las normatividades de cada uno de los 22 capítulos que lo conforman va más allá de esos factores de la producción.

En palabras del asesor de Salinas de Gortari, se puede resumir el momento económico-jurídico de lo que se negoció:

Efectivamente —dice Córdova— el primer contacto fue en Davos y después de la firma del acuerdo sobre la deuda en México, en febrero de 1990, empezaron las conversaciones [H]abíamos resuelto el problema de la deuda, queríamos desarrollo económico, el acuerdo podía ser algo pequeño o grande, decidimos hacerlos en grande.¹⁰

Con ello se acrecentó el temor igualmente fundado de que en la negociación existiera también un doble discurso por parte del gobierno salinista; por un lado, prometiendo un estricto respeto a la Constitución en el proceso de negociación y, por otra parte, un desapego real por nuestro orden fundamental. Tales dudas propiciaron reiteradas declaraciones por parte del propio Salinas de Gortari y del equipo negociador del Tratado; en el sentido contrario del 5 de febrero de 1991, Salinas señaló: “no será nuestra Constitución la que se vaya a adecuar al tratado; todo lo que se dialogue y se negocie tendrá plena congruencia con su texto y estará fundado en lo que establece nuestra Constitución”.¹¹

⁸ ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, JORGE. *Tratado de Libre Comercio. Análisis desde la perspectiva ideológica y del derecho económica*, Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Derecho, 2006, pp. 2007 y 2008.

⁹ *Diccionario básico de libre comercio*, SECOFI, México, 1993, pp. 7 y 8.

¹⁰ *El Financiero*, 6 de julio de 1994.

¹¹ CONTRERAS, MARCO ANTONIO. “Globalización, derecho de la integración y Tratado de Libre Comercio”, *op. cit.*, p. 27.

PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ

3. Lo que se negoció

El secretario de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI),¹² Jaime Serra Puche, repetirá en forma incansable la cita anterior, y la incluirá en casi todos los documentos que elaboró SECOFI, para venderle la idea del Tratado a los mexicanos. El folletín denominado ABC del TLC, elaborado para difundir masivamente la información básica en ocho páginas y apenas catorce párrafos sobre el Tratado se va todavía más lejos, afirma: “el Tratado respetará íntegramente el texto de nuestra Constitución y nuestras leyes”.

A pesar de que para el secretario de Comercio era clara la necesidad de modificar diversas disposiciones normativas mexicanas, incluido un par de artículos constitucionales, según puede constatarse en el llamado programa de la SECOFI ante el TLCAN:

La unidad negociadora mexicana del Tratado de Libre Comercio de la Comisión de la Cámara de Diputados, así como organizaciones financieras de nuestro país revelaban que, por lo menos, cerca de 30 leyes tendrían que ser reformadas, incluyendo dos artículos constitucionales, y nueve más se crearán con el objeto de preparar el terreno para la llegada de las inversiones extranjeras.¹³

Ya en 1991 existía la sospecha de que por lo menos los tiempos, si no es que el propio contenido de la reforma al artículo 27, pilar del revolucionario Estado social de derecho de corte nacionalista, habían sido determinados por la inminencia del Tratado. Por lo menos entonces se informó de la existencia de un memorándum técnico del gobierno mexicano dirigido al Banco Mundial, en el sentido de continuar con el proceso de liberalización en congruencia con las negociaciones del país en el ámbito multilateral (GATT) y bilateral (TLCAN).

Posteriormente, el 14 de agosto de 1992, concluida la negociación del Tratado, en su primera fase, se atribuyeron declaraciones de Jaime Serra Puche, en el sentido de que: “la posición de México en la negociación del TLCAN se fortaleció mucho con la explicación de las reformas al artículo 27 de la Constitución,¹⁴ declaración de la cual renegó el secretario de Comercio en ocasión de su comparecencia ante las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados.¹⁵

262

¹² Hay que tomar en cuenta que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) fue cambiada por la Secretaría de Economía Federal, a la cual se le añadió una subsecretaría de negociaciones internacionales, que sería de ahí en adelante la encargada de negociar todos los tratados comerciales de los cuales México es parte. Hay que señalar que a la Secretaría de Relaciones Exteriores se le restaron ciertas facultades.

¹³ SECOFI. *Programa legislativo de la SECOFI ante el TLC*.

¹⁴ *La Jornada*, 14 de agosto de 1992; citado por CONTRERAS, MARCO ANTONIO. “Globalización, derecho de la integración y tratado de libre comercio”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵ CONTRERAS, MARCO ANTONIO. *Ibidem*.

Independientemente de que Serra Puche lo haya explicado o no a nuestros socios comerciales, es inconcluso que la reforma al artículo 27 constitucional allanó el camino para el libre comercio con Estados Unidos: por un lado, al establecer las bases jurídicas para privatizar el ejido y, por otra parte, al permitir la apertura a la inversión extranjera en la actividad agropecuaria por medio de sociedades mercantiles. De esa manera se establecían en México las condiciones mínimas que requiere el libre comercio para operar, de otro modo, la tierra como factor de la producción quedaría al margen del comercio y la inversión.¹⁶

El Tratado reconoce, en los plazos de desgravación, las diferencias que existen en el grado de desarrollo de las tres economías. A partir del 1º de enero de 1994, Estados Unidos eliminaría los impuestos con que gravaría el 80% de las exportaciones mexicanas y eliminaría las cuotas existentes para numerosos productos. Gracias a ello México podría exportar de inmediato, sin cuotas y sin impuestos, textiles, automóviles, estufas de gas, ganado, fresas y otros productos. También de inmediato podríamos exportar, a Canadá, cerveza, equipo de cómputo, partes de televisores, entre otros bienes.

México, a su vez, abriría sus fronteras, de inmediato, a solamente el 40% de los productos que importábamos, la mayoría de los cuales no se producían en México, como son fotocopiadoras, videocaseteras, maquinaria, equipo electrónico e instrumentos de precisión.

Esta diferencia en los plazos de desgravación constituye un reconocimiento, en los hechos, a la asimetría existente en las economías de los tres países, y proporcionaría a los empresarios mexicanos un plazo adicional para adaptarse a las nuevas circunstancias del Tratado. Este Tratado formaría parte de otros que México había suscrito con diversos países y regiones, y de los que firmaremos, en un futuro próximo, con Centroamérica, por una parte, y con Colombia y Venezuela, por otra. Todos ellos integrarían la estrategia mexicana para ampliar y diversificar sus vínculos comerciales y económicos. Con ello se perfeccionaba el proceso de apertura de la economía y se preparaba el proceso de apertura de las economías, y preparaba el ingreso de México al siglo XXI sobre las bases sólidas que nos permitan un mejor crecimiento con justicia social,¹⁷ esto es lo que reconocía el texto oficial del TLCAN.

La justificación para sostener la negociación y la forma de TLCAN la encontramos en lo siguiente: si México quiere pertenecer al mundo occidental debe participar en todos sus ámbitos, aunque con las modalidades y los matices que el país adopte, tal y como hicieron otras tantas naciones. En segundo lugar,

¹⁶ *Ibidem*, p. 28.

¹⁷ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, SECOFI, Los Pinos, texto oficial, 8 de diciembre de 1993, pp. IX-XI.

PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ

y mucho más importante, una vez formado y ratificado el Tratado, éste va a implicar límites no sólo para México sino también para Estados Unidos. Ése es precisamente el propósito del Tratado: las dos partes acuerdan limitar su libertad de interferir o afectar al otro.¹⁸

La posibilidad de incluir en el Tratado la posesión y la explotación de recursos naturales como el petróleo fue sin duda uno de los temas que generó mayor debate y polémica entre diversos sectores de la sociedad mexicana. [...] El lineamiento establecido por el gobierno sobre este tema —en el sentido de que el Tratado de Libre Comercio tendría que apegarse a la Constitución y no la Constitución al Tratado— constituía un principio irrevocable en las negociaciones y, como ocurrió, el tema del petróleo quedó fuera del Tratado al que se llegó. Sin embargo, el debate en torno a si el petróleo debería de entrar o no en la negociación comercial escondía un hecho mucho más importante y trascendental, que es el de la necesidad de modernizar y volver mucho más eficiente a Pemex. De hecho, desde la expropiación petrolera esta industria se había constituido en uno de los pilares fundamentales del viejo nacionalismo mexicano, y si bien el petróleo fue una pieza fundamental para el crecimiento económico hacia finales de la década de los setenta, una mala estrategia económica en el aprovechamiento de este recurso también se convirtió en la fuente de muchos problemas que México enfrentaría durante los años ochenta.¹⁹

Los opositores del Tratado buscaron que éste incorporara cuestiones de política interna como una mayor democratización de las instituciones políticas y de los procesos electorales, además de la alternancia de partidos en el gobierno. También discutieron la posibilidad de reformar la Constitución para que el Congreso de la Unión, y en particular la Cámara de Diputados, pudiera asegurar su participación a lo largo de los procesos de deliberación y negociación de los tratados de libre comercio que México llegara a celebrar.²⁰

Sin duda alguna, una mayor claridad en las reglas electorales, además de la aplicación de mecanismos democráticos que se tradujeran en una mayor competencia política y en un sistema de pesos y contrapesos más eficaz entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial sería muy deseable para darle salida a las nuevas formas de expresión y pluralismo que se han gestado en la sociedad mexicana. Sin embargo, tal y como los tres países habían establecido desde el inicio de las negociaciones, “un tratado comercial sólo debería contemplar los

¹⁸ RUBIO, LUIS (con la colaboración de REMES, ALAIN). *¿Cómo va afectar a México el Tratado de Libre Comercio?*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 101.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 103 y 104.

²⁰ RUBIO, LUIS. “El TLC y el Congreso mexicano”, en *La Jornada*, México, 19 de mayo de 1991.

aspectos económicos y comerciales y cada país tendría que resolver internamente sus problemas políticos”.²¹

4. Conceptos jurídicos que forman el contenido del TLCAN

La estrategia legislativa se dio en dos modalidades, instrumentadas en distintos momentos: primero se enviaron al Congreso, a lo largo de las negociaciones del Tratado, varias iniciativas de leyes o reformas que establecían las bases para la implementación del TLCAN, pero sin que el Congreso conociera los términos en que se estaba negociando dicho Tratado; por lo cual tales iniciativas se discutieron y desahogaron como si no tuvieran relación directa con el Tratado. Entre las iniciativas de ley para su aprobación, en este primer momento que se enviaron por parte del Ejecutivo, se cuentan: Ley Federal de Competencia Económica, que viene a representar una antítesis de la rectoría económica del Estado y la planeación estatal de la economía, especialmente lo que tiene que ver con los artículos 25 y 26 de la Constitución mexicana; Ley Federal de Correduría Pública; reformas y adiciones a la Ley de Sociedades de Inversión, según dictamen de la Cámara de Diputados; Ley de Metrología y Normalización; Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, para adecuarla a los criterios de mayor protección en la materia; reformas y adiciones al Código de Comercio para incluir un capítulo sobre arbitraje comercial, y desde luego una nueva Ley de Comercio Exterior.

En el segundo momento, en diciembre de 1993, Salinas de Gortari envió otras iniciativas de nuevas leyes, así como múltiples reformas y adiciones ya existentes expresamente relacionadas con el Tratado, a fin de que fueran aprobadas al vapor unos cuantos días antes de que el TLCAN entrara en vigor; como son la Ley del Banco de México; Ley de Mercado Valores; Ley de Sociedades de Inversión; Ley de Inversiones Extranjeras; reformas y adiciones a diversas disposiciones fiscales relacionadas con el comercio y las transacciones internacionales, que incluían modificaciones a la Ley del Valor Agregado (IVA); la Ley Aduanera; la Ley Federal de Derechos; la Ley de Coordinación Fiscal y al Código Fiscal de la Federación; Ley de Adquisiciones y Obras Públicas; Reglamento de la Ley de Comercio Exterior; reformas y adiciones a la Ley de Comercio Exterior; Ley de Aduanas; Ley de Profesiones del Distrito Federal; Ley de Expropiación; Ley Orgánica de Pemex; Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica; Ley de Derechos de Autor, y otras reformas al Código Fiscal de la Federación.

²¹ RUBIO, LUIS. *¿Cómo va afectar a México...*, op. cit., pp. 108 y 109. El énfasis es nuestro.

Con todas esas nuevas leyes, adiciones y reformas a las ya existentes se comprobaba que la Constitución y las leyes reglamentarias se estaban adaptando al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y no lo contrario, como se propalaba en las negociaciones por parte de los actores involucrados, como ya se mencionó.

Toda estos cambios legislativos de una rapidez inusitada se debieron a dos factores: *a)* el autoritarismo existente en el presidencialismo mexicano que no tenía contrapesos en el órgano legislativo, y *b)* la falta de pluralismo y una auténtica democracia en México, de manera que todos los órganos estaba supeditados al poder presidencial tanto a nivel federal como a nivel estatal. A esto habría que añadir los intereses creados alrededor del TLCAN por parte de los gobiernos de Norteamérica, especialmente de Estados Unidos, apoyado por las empresas trasnacionales e inversionistas estadounidenses.

5. Análisis jurídico-político del capítulo XI sobre inversiones extranjeras

En el aspecto jurídico internacional, que venía justificándose a través del tiempo, aparece un tipo jurídico nuevo: “el trato nacional”, que era el resultado de la imposición de las empresas trasnacionales en el frustrado Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), el cual no prosperó, pero su espíritu se conservó, de manera que en la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) volvió a la realidad y se hizo efectiva de una manera concreta en el TLCAN, en el capítulo de Inversiones Extranjeras, y llegó para quedarse en todos los TLC que de ahí en adelante México firmaría con otros países, o que éstos también lo realizaran. De todas maneras, el trato nacional constituye la esencia de los procesos de integración, cualquiera que sea el caso. En el TLCAN se destaca el artículo 102 como uno de los principios básicos para lograr los objetivos del Tratado, el otro es el trato de nación más favorecida.

266

Hay que mencionar y hacer énfasis en el trato nacional, ya que dicho principio norma y es un inédito compromiso internacional adquirido por parte de los integrantes del TLCAN, específicamente por México, el cual se incluye en los siguientes rubros de los 22 capítulos del TLCAN: acceso de bienes al mercado en el capítulo III, artículo 301; Inversiones en el capítulo XI, artículo 1102; Compras del sector público en el capítulo X, artículo 1003; Comercio transfronterizo de servicios en el capítulo XVII, artículo 1703. En todos los casos se establece, con una redacción idéntica, que cada una de las partes otorgará a los nacionales

de las otras dos un “trato no menos favorable del que conceda a sus propios nacionales”.²²

Este concepto jurídico de “trato no menos favorable” constituye el núcleo del trato nacional²³ dentro del TLCAN y, por lo tanto, es también la esencia del propio Tratado. En consecuencia, los efectos dicho principio en la práctica a través del tiempo, es decir, después de 20 años de la puesta en vigor de dicho TLCAN, han tenido secuelas legales, ya que aunque de entrada significaría igualdad jurídica para extranjeros y nacionales en el TLCAN, sin embargo, en los hechos deja en situación menos favorable al mexicano frente a los extranjeros, pues no se “garantiza la igualdad jurídica para los mexicanos”.

Como bien expresamos líneas arriba, un capítulo digno de analizar jurídicamente es el XI —de Inversiones—, ya que en él se ve con claridad el alcance y los límites del trato nacional y otros principios convertidos en normas del TLCAN.

Para poder profundizar en el análisis de esos alcances y límites, es necesario tomar en cuenta cuál era la situación macroeconómica con respecto al tema: la estrategia de apertura y liberalización comercial y de inversiones que emprendió México en contra de la opinión pública y las voces más autorizadas con lo cual se iniciaba un periodo ominoso, preñado de incertidumbre, con amenazas de depresión en el ámbito de su principal socio comercial y en medio de tendencias proteccionistas y de creación de bloques irreconciliables por su propia naturaleza competitiva, nos referimos al TLCAN como Bloque y el Bloque europeo, especialmente entre Estados Unidos y la potencial Unión Europea.²⁴

Además de lo anterior habría que tomar en cuenta los siguientes puntos:

- 1) Atonía económica y un crecimiento económico inestable de México.
- 2) Diez años de estancamiento productivo en México, gracias al dogmatismo fondomonetarismo, es decir, el ajuste estructural y el Consenso de Washington.
- 3) Desindustrialización y agudización de los desequilibrios estructurales, en parte por la fuga de capitales, en parte por la política de apertura indis-

²² Cfr. ROSAS, MARÍA CRISTINA *et al.* *Dos años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. ¿Seguimos cambiando oro por espejos?*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1996, p. 34. El énfasis es nuestro.

²³ Hoy en día se hace más clara la aplicación de este principio-norma llamado “trato nacional”: “existe una agenda de negocios privados enfocada al establecimiento de facilidades que reclaman las petroleras y mineras estadounidenses y canadienses para conseguir ventajas competitivas al reclamar trato de nación más favorecida en el marco de un acuerdo de integración energética”, advierten organizaciones no gubernamentales”. PÉREZ SILVA, CIRO. “Petroleras y mineras de EU y Canadá buscan ventaja en Cumbre del TLC: ONG”, en *La Jornada*, febrero de 2014.

²⁴ Cfr. BERNAL SAHAGÚN, VÍCTOR M. “La inversión extranjera en el TLC: la integración dentro de la integración”, en BERNAL SAHAGÚN, VÍCTOR M. *et al.* *La Integración comercial de México a Estados Unidos y Canadá. ¿Alternativa o destino?*, Siglo XXI Editores, México, 1991.

PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ

criminada que ha hecho desaparecer a millones de pequeñas y medianas empresas.

- 4) Concentración de la riqueza sin precedentes, con el consiguiente abatimiento del mercado interno producido a su vez por la caída del salario real mayoritario, el desempleo y el subempleo, situaciones que a veinte años todavía continúan a pesar de lo “exitoso” del TLCAN en cuanto a exportaciones y a inversiones, especialmente de Estados Unidos.
- 5) Reanudación del proceso de endeudamiento externo a fin de ser capaces de enfrentar los descensos de excedentes disponibles para inversión y gasto social.
- 6) Reavivamiento del impulso inflacionario cuyos rescoldos son atizados por las presiones empresariales y de los organismos financieros internacionales para liberar y regularizar los precios rezagados, menos el de la fuerza de trabajo como demostraban los pactos cupulares.

Además, en aquel entonces existía ya un grupo dominante más interesado en alianzas transnacionales y los beneficios que éstas les traerían que en la solución de los ingentes problemas y necesidades sociales, en la “agenda secreta”, que al parecer ha regido los acuerdos binacionales con los estadounidenses.²⁵

No se debe olvidar que la privatización de las empresas públicas se convirtió en escenario favorable para la inversión de las empresas transnacionales, como el dato reportado en los informes presidenciales respecto a la desestatización de alrededor de 770 empresas “públicas” entre 1982 y 1989, muchas de ellas con participación extranjera y liquidación en²⁶ condiciones sumamente ventajosas para los compradoras.

Así también debe mencionarse la tendencia de terciarización de los capitales extranjeros que se venía agudizando, primero por los *swaps* de la deuda externa y posteriormente como un acto consumado en el turismo, en los capitales y los servicios financieros.²⁷

Por último, cabe mencionar que cuando se firmó el TLCAN y entró en vigor, las empresas transnacionales grandes y otras medianas y pequeñas firmas extranjeras dominaban la economía nacional entre el 50% y 55% de la producción industrial, el 35% al 40% del comercio, y desde luego algunas ramas estratégicas como la químico-farmacéutica, la procesadora de alimentos, la fabricación de maquinaria, etcétera, y que manifestaban la virtual ausencia de empresas nacionales; de manera que con toda esa ventaja económica en favor de los socios del

²⁵ *Ibidem*, p. 195.

²⁶ *Ibidem*, p. 199.

²⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 197.

TLCAN, más todo el marco jurídico creado, reformado, adicionado —ya mencionado— fue concesionado en favor del TLCAN.²⁸

Así pues, en el artículo 1102 de trato nacional se expresa en lo siguiente:

- 1) Cada una de las Partes brindará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
- 2) Cada una de las Partes brindará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
- 3) El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, en relación con cualquier Estado o provincia, un trato no menos favorable, que el más favorable otorgado por ese Estado o provincia, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.
- 4) Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:
 - a) Imponer a un inversionista de otra Parte un requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades, o
 - b) Requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.²⁹

Hoy en día se puede afirmar que:

Todo contrato que México haga con empresas extranjeras que de alguna manera estén incorporadas en cualquier lugar de Estados Unidos, México o Canadá —hasta

²⁸ Véase con notas recientes a raíz de los 20 años del TLCAN: "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) como un "experimento peligroso" de las empresas transnacionales, que nutrió una desigualdad económica sin precedente en este país, y además destruyó sectores laborales y agrarios tanto en México como en Estados Unidos". BROOKS, DAVID (CORRESPONSAL). "El TLCAN, experimento peligroso de transnacionales, dice ONG", en *La Jornada*, 3 de enero de 2014.

²⁹ "Capítulo XI. Inversión", *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, t. I, SECOFI, México, 1993, p. 223.

PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ

podría ser una firma europea que tenga una subsidiaria en territorio estadounidense— incluye una serie de derechos conforme al TLCAN superiores a los que gozan las industrias mexicanas que estén negociando un contrato por el mismo petróleo o gas [explicó la abogada Lori Wallach, encargada de proyectos sobre comercio internacional de Public Citizen, organización nacional con sede en Washington dedicada a la defensa de derechos ciudadanos y del consumidor].³⁰

6. Las afectaciones jurídicas

Varias de las disposiciones relacionadas con el TLCAN dejan a los mexicanos en situación menos favorable en relación con circunstancias similares de extranjeros provenientes de alguno de los dos socios comerciales, esto es Canadá y Estados Unidos.

Ejemplo de ello es la materia de expropiación, ya que en el TLCAN se establecen, en su artículo 1110, los requisitos para que proceda una expropiación, a saber, que dicha expropiación sea:

- a) Por causa de utilidad pública.
- b) Sobre bases no discriminatorias.
- c) Con apego al principio de legalidad y al artículo 1105 (1).
- d) Mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6 de acuerdo con el inciso *d*, la indemnización deberá ser:
 - Equivalente al valor justo del mercado;
 - No reflejar ninguna afectación en el caso de que el precio haya variado al conocerse la expropiación;
 - El pago se hará sin demora y en forma liquidable;
 - El pago deberá ser en alguna moneda del Grupo de los Siete (en aquel momento se consideraban a siete los países potencia), o en su equivalente, incluyendo intereses a una tasa comercial razonable;
 - Libre transferencia de la indemnización fuera del país.

270

En un análisis jurídico, ¿cuáles son las implicaciones de los requisitos para realizar una expropiación?

³⁰ BROOKS, DAVID (corresponsal). "Blinda el TLCAN inversión foránea en energéticos", en *La Jornada*, 2 de enero de 2014. Véase también: Pese a que funcionarios y empresarios pregonan que México es "una potencia exportadora", también reconocen que esto no ha servido para abatir los bajos salarios y la desigualdad social ya que los beneficios siguen concentrados en 500 empresas trasnacionales "y no en el bolsillo de los mexicanos". GONZÁLEZ, SUSANA. "Desafortunado, ofrecer mano de obra competitiva o barata: Bancomext", en *La Jornada*, 24 de noviembre de 2013.

La potestad estatal para realizar una expropiación se ve severamente restringida, al quedar obligado el Estado a pagar sin demora, en forma liquidable y a precios de mercado. En tales circunstancias se trata más bien de una venta forzosa, impuesta al particular en favor del Estado; pero cuando el Estado carezca de recursos para pagar la indemnización en esos términos, entonces prevalecerá el interés particular del propietario del bien en cuestión sobre cualquier criterio de utilidad pública; máxime que el pago de la indemnización deberá realizarse en una moneda del Grupo de los Siete, que para el caso mexicano, al cual se alude por exclusión, pues tanto Canadá como Estados Unidos pertenecen al Grupo de los Siete, implica contar con divisas extranjeras, y, como es lógico, restringe todavía más la capacidad del Estado para decidir respecto a una expropiación conforme a la utilidad pública y no conforme a las reservas monetarias del país.

Cuando se habla de que la expropiación debe ser sobre bases no discriminatorias, es, en términos del trato nacional, mediante un trato no menos favorable al de los nacionales; lo cual no impide sino más bien propicia un trato más favorable del que gozan los mexicanos.

La Ley de Expropiación para el Distrito Federal en materia común, en su artículo 21, y de alcance nacional y federal, establece que su aplicación será “sin perjuicio de los dispuesto por tratados internacionales de que México sea parte, y en su caso, en los acuerdos bilaterales que se celebren”.

En las condiciones establecidas en el TLCAN, capítulo XI, no son extensivas a los mexicanos de acuerdo con ese artículo mexicano, tales como el pago de la indemnización en una divisa extranjera del Grupo de los Siete, o su equivalente, más el pago de intereses a una tasa comercial razonable desde el momento de la declaración de la expropiación hasta la fecha de pago total.

El artículo 20 de la citada Ley de Expropiación establece que podrá convenirse el pago de la indemnización en especie, lo cual, como es lógico, sólo será aplicable a los mexicanos, acentuando aún más su desventaja con respecto a los extranjeros provenientes de Canadá y Estados Unidos. Esto es más claro si se toma en cuenta que este mismo artículo establece un plazo de un año para cubrir la indemnización; mientras conforme al TLCAN el pago es sin demora y, como ya se mencionó, se deben cubrir los intereses correspondientes.³¹

Profundizando aún más en cuanto a los requisitos de expropiación que establece el TLCAN, encontramos una serie de contradicciones con varias de las disposiciones constitucionales mexicanas, aun a posteriori, por ejemplo, se mencionan las siguientes:

³¹ Véanse artículos 20 y 21 de la Ley mexicana de Expropiación para el Distrito Federal en materia común.

PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ

- 1) Garantía de igualdad jurídica con respecto a los artículos 12 y 13 constitucionales, ya que el TLCAN deja a los mexicanos en situación menos favorable respecto a los extranjeros.
- 2) Garantía de seguridad jurídica, tutelada por los artículos 14 y 16 constitucionales en cuanto que el Ejecutivo nacional no se sujetó, durante la negociación del TLCAN, a lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de expropiación
- 3) En los artículos 25 y 28 constitucionales se hablaba de la rectoría económica del Estado, pero en tanto se sustituye la nacionalización y la expropiación por la venta forzosa, se limitaron las posibilidades reales de que el Estado pudiera disponer de empresas que puedan ser estratégicas, y hoy sobre mayor fuerza esta contradicción con la reforma de dichos artículos.³²
- 4) El artículo 32 de la Constitución nos habla de la igualdad jurídica de los mexicanos frente a los extranjeros, lo que implica “un trato más favorable a los mexicanos y no al contrario”.
- 5) La propiedad originaria de la nación sobre la tierra y aguas que se encuentran en su territorio y por lo tanto el derecho de expropiación es regulado por el segundo párrafo de la fracción vi del artículo 27 constitucional.

7. Conclusiones

Como podemos observar a través de este artículo, antes (negociación), durante, (la firma) y después, es decir, a posteriori (desde la puesta en vigor), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte responde a los intereses estratégicos de Estados Unidos;³³ en un primer momento frente a la integración financiera de la ahora Unión Europea, y hoy, veinte años después, a los intereses estratégicos frente a la potencialidad de China y a otros polos de poder económico del mundo, todo ello responde también a la globalización corporativa, donde los centrales intereses son los de las empresas transnacionales y globales que restringen la injerencia del poder público con el afán de que sea el mercado el que se encargue de distribuir costos y beneficios; los costos para la sociedad, en este caso para la sociedad

272

³² Véase la reforma de los artículos 25 y 28 constitucionales en la Ley de Reforma Energética de enero de 2014. Cámara de Diputados.

³³ BROOKS, DAVID (corresponsal). "Rebelión en AL impidió que los TLC llegaran a segunda fase", en *La Jornada*, Washington, 4 de enero de 2014. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se concibió como primer paso de una estrategia hemisférica que culminaría en el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), pero esa visión fue descarrilada por un nuevo bloque latinoamericano progresista en lo que fue una de las mayores derrotas de la agenda del capital internacional y la política económica de Washington en tiempos recientes.

de menor peso en el desarrollo, México, y los beneficios para los países grandes y fuertes del TLCAN, por la necesidad de su acumulación mediante la ganancia; más cuando la institucionalidad depende de una relación asimétrica y solamente de libre comercio.

Las normas jurídicas derivadas del TLCAN son obligatorias para las Partes y crean institucionalidades que con el paso del tiempo al aplicarlas, y mientras la asimetría continúe, como de hecho ha sucedido en los 20 años de la entrada en vigor del Tratado, implica que los beneficios no sean tan evidentes para los mexicanos; por lo que esas normas jurídicas a través de las cuales se instituyen los procesos de integración, en este caso el TLCAN, traducen las posibilidades de mayor o menor beneficio para las partes contratantes de dicho proceso entre el TLCAN y el derecho interno, por mucho que este derecho haya sido modificado, como quedó asentado. Así, por ejemplo, la cláusula o principio que se convierte en norma del trato nacional del TLCAN, junto con las disposiciones ordinarias establecidas en México rompieron y siguen rompiendo con el orden constitucional, a partir de que es la Constitución la que se ha adaptado al Tratado, y no éste a la Constitución, como las voces oficiales del momento 1992-1994 propalaron.

Por todo lo anterior, además de la nueva formulación que se le otorgó al artículo 133 de la Constitución mexicana con respecto a los tratados internacionales, en donde éstos están al nivel de las leyes federales pero debajo de la Constitución, es necesario e impostergable, ya que se siguen negociando y aceptando nuevos compromisos internacionales con los nuevos tratados: Alianza para el Pacífico y Tratado Transpacífico, y otros de libre comercio; conferirle al Congreso de la Unión, y no sólo a la Cámara de Senadores, la facultad desde un punto de vista técnico jurídico y político de sancionar los tratados y convenios internacionales que celebre el Poder Ejecutivo, restringiendo de este modo un presidencialismo excesivo, lo que significaría democratizar las instituciones políticas en una verdadera división y equilibrio de poderes, que pasa por la reforma del Estado tan esperada, y no la que se reformó constitucionalmente en febrero de 2014.³⁴

Peró mientras esto se concluye en este artículo, en el derecho a la información a la que los mexicanos tienen derecho se toma una decisión contraria y violadora:

Organizaciones no gubernamentales denunciaron la negativa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) para proporcionar información pública relacionada con el Comité de Servicios Financieros instituido en el artículo 1412 del Tratado de

³⁴ Véase *Reforma Política*, Cámara de Diputados, febrero de 2014.

PAULINO ERNESTO ARELLANES JIMÉNEZ

Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), bajo el argumento de “poner en peligro y menoscabar las relaciones con los Estados Unidos y Canadá e incluso con el mundo”.³⁵

La SHCP aduce daño presente, ya que sostiene:

[...] toda vez que las leyes de Estados Unidos y Canadá prevén que la información cuya difusión pudiera menoscabar la conducción de los asuntos internacionales tienen el carácter de confidencial, la divulgación por parte de México de tal información dañaría sensiblemente las relaciones trilaterales con sus socios comerciales en el seno del TLCAN.

Daño probable, ya que en caso de otorgar acceso a la información entregada con motivo del Comité de Servicios Financieros,

[...] la posición en México en el plano internacional y la percepción de potenciales socios comerciales de México podría verse afectada si México no actúa de forma recíproca, en el sentido de que no toma las precauciones para no divulgar información a la que sus homólogos o contrapartes otorgan el carácter de clasificarla, y que entregan con dicho carácter al gobierno mexicano [...] la percepción de México se podría ver afectada en sus actuales negociaciones internacionales en las que se comparte información confidencial [...] las actuales relaciones comerciales de México con otros países, también podrían verse afectadas.³⁶

Todo indica que el TLCAN continuará como simple libre comercio, ya que así conviene a las “Partes”, pero más a Canadá y a Estados Unidos: “No creo que tengamos que reabrir el NAFTA para lograr lo que estamos tratando de lograr”, dijo el secretario de Estado estadounidense, John Kerry, tras celebrar una reunión trilateral con sus pares de México, José Antonio Meade, y el ministro del Exterior canadiense, John Baird, en Washington.³⁷ ■

³⁵ PÉREZ, CIRO. “Denuncian ONG negativa de Hacienda para dar información financiera del TLCAN”, en *La Jornada*, 4 de febrero de 2014.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Dpa. “Descartan EU, México y Canadá reabrir el Tratado de Libre Comercio”, en *La Jornada*, 17 de enero de 2014.