
PIERRE EJARQUE LOPEZ-BREA
Institut d'études Politiques de Grenoble
Centro Investigacion Docencia Economica

El TLCAN y la crisis de los camiones de 2009:
Crónicas de una evolución anunciada.

2009

INTRODUCCION

Al no haber sido negociado entre iguales, la apertura económica inducida por el TLCAN no tuvo los efectos esperados. Efectivamente, al no estar las 3 economías al mismo nivel, las diferencias existentes no se subsanaron, por lo que México no ha podido todavía ponerse a nivel.

Si hiciéramos un estudio comparado con Europa, veríamos que los países menos desarrollados negociaron como tales para obtener compensaciones que les permitiesen alzarse paulatinamente al nivel de desarrollo de Alemania, Francia o el Reino Unido. Los países más beneficiados por esta negociación escalonada fueron por ejemplo España e Irlanda.

Sin embargo, más que centrarnos en las negociaciones, estudiaremos la aplicación del TLCAN en materia de transporte transfronterizo entre Estados Unidos y México (I). A través de este tema particular, intentaremos mostrar que el TLCAN no es aplicado *Pacta sunt Servanda*, y por lo tanto que carece de credibilidad jurídica (II). Finalmente, nos interrogaremos sobre si el TLCAN es jurídicamente pertinente dentro de la racionalidad jurídica, y cuales son las alternativas de futuro para la integración económica de América del Norte del punto de vista Mexicano (III).

I) Cronología reciente de evolución “cross border transportación”.

En 1982, Estados Unidos endureció su legislación fronteriza, limitando a los camiones mexicanos el acceso a su territorio. El acceso quedó restringido a incursiones de 20 millas dentro del territorio Estadounidense, 75 millas en el caso del estado de Arizona.

Habría que esperar 1993 para que inicie un programa de control, implementando medidas como test de drogas y de alcohol, control de seguros y revisión del vehículo. Esto tenía que inscribirse en una lógica de apertura fronteriza, pero tras la presión de los teamsters (sindicato de transportistas), la administración Clinton mantuvo las limitaciones invocando imperativos de seguridad pública, escudándose en las diferencias de legislaciones de seguridad vial entre México y Estados Unidos .

Al entrar en vigor el tratado de libre comercio de América del norte (TLCAN) el 1 de enero de 1994, se implanta teóricamente un mercado común, con obligaciones exigibles a partir de 1995.

Sin embargo, las obligaciones de apertura comercial previstas por el TLCAN no se llegaron a poner en obra en su totalidad. Frente a esto, México decidió actuar, poniendo el asunto en manos del panel arbitral del TLCAN, competente en virtud del acuerdo. En el asunto “**Servicios de Transporte Transfronterizos**”, el panel arbitral estimó el 6 de febrero de 2001 que Estados Unidos estaba efectivamente incumpliendo sus obligaciones conformemente al TLCAN, al violar:

- El anexo I (reservas en relación con medidas existentes)
- El Artículo 1102 (Trato nacional)
- El Artículo 1202 (Trato de nación más favorecida)

A pesar de esta decisión, Estados Unidos mantiene su política, y la precisa a través de una ley que prevé 22 condiciones de seguridad que deben cumplir los camiones mexicanos antes de entrar en territorio estadounidense.

Paralelamente a esta situación, Washington implementa con Canadá en 2002 el Programa FAST, cuyo objetivo es agilizar la circulación de expediciones transfronterizas. Ante la evidencia de tratamiento diferenciado por parte de Estados Unidos, y obligado jurídicamente por el panel arbitral de 2001, la administración Bush pone en marcha en 2004 debates y proyectos para intentar limitar el incumplimiento del TLCAN, normalizando así su situación a nivel internacional. En 2006 se adaptan los textos que crean el programa piloto de Transporte transfronterizo.

Esta iniciativa choca sin embargo con la visión del TLCAN de gran parte de senadores y diputados. El 2 de mayo de 2007 se aprueba de manera casi unánime el “Safe American Roads Act of 2007. Entre otras medidas, limita a 1000 el número de vehículos mexicanos que podrían participar a un eventual programa piloto de cruce transfronterizo. Para evitar el veto presidencial, se adoptó esta ley con una ley destinada a aumentar el presupuesto para la guerra en Irak.

La oposición llegó a tal punto que el 29 de agosto de 2007, los teamsters presentaron ante la novena corte del circuito federal de California una solicitud de suspensión temporal a la implementación del programa demostrativo. La corte admite la demanda basándose únicamente en argumentos procesales. En efecto, el gobierno no respecto las condiciones necesarias para implementar un programa piloto. Esto indica que en ningún momento la corte negó la interpretación del panel arbitral de 2001, por lo que esta jurisprudencia constituye un fuerte argumento para México.

El programa piloto de transporte transfronterizo se inicia oficialmente el 7 de septiembre de 2007. Aunque lógicamente, tras tantas oposiciones y tantas limitaciones, el programa implementado no responde a todas las exigencias de apertura exigidas por el TLCAN. Inmediatamente después el senador Dorgan presentó una enmienda para limitar el uso de fondos federales para financiar este programa. Esta medida es apoyada tanto por los senadores demócratas como por los republicanos. Cabe destacar el apoyo propiciado por los entonces senadores Obama y Biden.

La situación volvió a acaparar los titulares al someter el presidente Obama su primer presupuesto al voto senatorial, en febrero de 2009. Por vez segunda, el senador Dorgan interpone una enmienda con la que pretende suprimir totalmente el uso de fondos para financiar el programa piloto.

Al ver la amenaza de ver el programa cancelado, el embajador de México en Estados Unidos, Arturo Sarukhán recuerda con insistencia las obligaciones de Estados Unidos en virtud del TLCAN. Acto seguido anuncia la posibilidad de que México aplique medidas para forzar el respeto del TLCAN por parte de Estados Unidos. Aun tras estas advertencias se adopta el presupuesto, enmienda incluida, el 5 de marzo de 2009. México replica el 17 de Marzo aplicando aranceles a 90 productos Estadounidenses. Esta medida es legal pues es respuesta a violaciones del TLCAN. Aunque la Casa Blanca anunció que comisiones trabajan en un nuevo programa de transporte transfronterizo "más respetuoso de las condiciones requeridas de seguridad", los aranceles se mantendrán hasta que una solución real sea adaptada.

No ha de ser subestimada la importancia de esta medida, pues ya se manifestaron asociaciones de productores estadounidenses, principalmente californianos. Estimaron que estos aranceles supondrían un sobre-costos importante, ya que estos aranceles oscilan entre 15 y 40 por ciento.

II) La viabilidad jurídica del TLCAN.

Procederemos a un análisis empírico del TLCAN y del GATT centrándonos sobre todo en uno de los puntos que causa distensión entre México y Estados Unidos: el asunto del comercio transfronterizo entre Estados Unidos y México.

Los Objetivos del TLCAN:

El artículo 102 del TLCAN delimita los objetivos de dicho tratado. Si bien esto no tiene valor obligatorio propiamente dicho, es muy importante en la medida que es muy frecuente que se tenga en cuenta la intención de un tratado a la hora de interpretar su contenido. En este caso, el apartado a) del artículo 102 promueve lo siguiente:

“eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes”

Podríamos estimar entonces que el abandono del programa “cross border trucking pilot” constituyó una violación clara de este objetivo. Es mas, podríamos considerar que la implementación del programa piloto era insuficiente a la hora de eliminar obstáculos al comercio. Esto significaría que la violación del NAFTA no data del presupuesto de 2009, sino de 1995 (fecha en la que se volvieron exigibles los derechos y obligaciones previstos en el TLCAN).

El artículo 105 confirma la naturaleza obligatoria y coercitiva del TLCAN, estimando que **“Las Partes procurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado”**. Por ello, sería posible invocarlos ante el panel de arbitraje del TLCAN.

Trato Nacional.

Se podría invocar en este caso el trato diferente que sufre el producto mexicano con respecto al producto canadiense. Lo interesante es que Estados Unidos no incluyó excepciones a este principio en el anexo I, por lo menos no para el transporte terrestre. Tendríamos aquí una violación no solamente del TLCAN sino también del GATT de 1994.

La jurisprudencia del GATT tiende a verificar la similaridad de los productos para luego comparar la manera en la que penetran en el mercado nacional. El test de “similaridad” tendría que ser practicado por el ORD del WTO. Este test fue usado por vez primera en el litigio “WTO EC-Asbestos¹” Comunidad Europea/Amianto y desde entonces fue. Consiste en un análisis comparativo de los productos para ver si por sus componentes y posibles efectos, dos productos son similares. La jurisprudencia del GATT rehúsa sin embargo tener en cuenta los métodos de fabricación, excepto en los casos en los que afecta características esenciales del producto.

¹ Comunidades Europeas- Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. Informe ORGANO APELACIÓN WT/DS135/AB/ Adopción 5/4/01

En el caso de los transportes, en ningún momento los medios de transporte alterarían los productos, por lo que Estados Unidos no podría invocar la diferencia de productos como medio de defensa.

Acto seguido se debería proceder a analizar si los productos similares fueron sometidos a un trato diferenciado (jurisprudencia WTO Estados Unidos/Gasolina²).

En este caso, la existencia de programas con Canadá (los ya citados programas FAST o Smart Border Declaration), y la ahora ausencia de programas con México podría ser suficiente para concluir el trato diferenciado.

Medidas no arancelarias.

El artículo 309³ del TLCAN podría ser interpretado in extenso para apoyar la lógica argumental Mexicana. Efectivamente, podríamos considerar que al desfondar el cross border pilot, Estados Unidos aplicó medidas no arancelarias restringiendo las importaciones y exportaciones. No parece que Estados Unidos pueda invocar las excepciones previstas en el artículo XI del GATT (que se aplican a restricciones cuantitativas, lo que no es el caso aquí).

Ausencia de Excepciones:

¿Podría invocar Estados Unidos alguna excepción en caso de ser perseguido?

b) *necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales*⁴;

En una interpretación in extenso los juristas Estadounidenses podrían invocar, e invocan ya, el hecho de que más tráfico supondría un peligro para la naturaleza. Sin embargo la jurisprudencia del OMC ya no contempla la protección del medio ambiente en este apartado, sino en el g).

También podrían decir que abrir las fronteras sería peligroso para la seguridad pues aumentaría el número de inmigrantes ilegales y abriría las puertas a coyotes y mafias. Esto es lógicamente una interpretación excesiva que seguramente no sería admitida por los jueces.

² Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional” , WT/DS2/R Adopción 20/5/96

³ “Salvo que se disponga otra cosa en este Tratado, ninguna de las Partes podrá adoptar o mantener ninguna prohibición ni restricción a la importación de cualquier bien de otra Parte o a la exportación o venta para exportación de cualquier bien destinado a territorio de otra Parte, excepto lo previsto en el Artículo XI del GATT, incluida sus notas interpretativas. Para tal efecto, el Artículo XI del GATT y sus notas interpretativas o cualquier otra disposición equivalente de un acuerdo sucesor del cual formen parte todas las Partes, se incorporan en este Tratado y son parte integrante del mismo.

⁴ Artículo XX del GATT, que prevé las principales excepciones.

DECISION 2001: Análisis comparativo. justificación jurisprudencial

El panel invoco el artículo 31 de la “Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969” para poder basarse en el preámbulo del TLCAN. Esto permitió analizar los hechos mediante la intención original del tratado. Se puso especial énfasis en el artículo 102(1) del TLCAN, que prevé como ya o hemos visto la liberalización comercial.

Es también esencial destacar la aplicación del principio “pacta sunt Servanda”, que prevé la aplicación de un tratado de buena fe. Dentro de esta visión, el tratado habría de ser aplicado de manera a que se respeten de la mejor manera los objetivos previstos por el artículo 102. Al concluir el panel que las medidas americanas no eran proporcionadas, confirma la tesis de la violación del TLCAN y del GATT.

“Sobre la base del análisis establecido previamente, el Panel por unanimidad determina que **la negativa generalizada por parte de Estados Unidos de revisar y considerar para aprobación cualquier solicitud de transportistas de propiedad mexicana de autorización para prestar servicios de transporte transfronterizo fue y continúa siendo un incumplimiento de las obligaciones de Estados Unidos** conforme al Anexo I (Reservas en relación con medidas existentes y compromisos de liberalización), el artículo 1202 (Trato Nacional en Servicios Transfronterizos) y el artículo 1203 (Trato de Nación Más Favorecida en Servicios Transfronterizos) del TLCAN. No se justifica una excepción a estas obligaciones en la frase “en circunstancias similares” de los artículos 1202 y 1203, o por las excepciones establecidas en el Capítulo Nueve o conforme al artículo 2101”.

Panel Arbitral del TLCAN. Mexico c/ Estados Unidos “Camiones” 5 de Febrero de 2001

Finalmente, es importante destacar que el panel rehúsa tomar en cuenta las legislaciones nacionales, lo que en cierta manera vulnera la argumentación Estadounidense basada en parte sobre las diferentes legislaciones y las consecuencias de esto en la seguridad ciudadana.

Es mas, el panel evoca la jurisprudencia Estados Unidos-Camarones⁵ en la que se estimó lo siguiente:

“No es aceptable en las relaciones internacionales que un miembro de la OMC utilice un embargo económico para *requerir* que otros Miembros adopten esencialmente el mismo y amplio programa normativo, para lograr una política particular, en vigor dentro del territorio del Miembro, *sin* tomar en consideración las condiciones distintas que pueden ocurrir en los territorios de esos otros Miembros”.

Panel Arbitral del TLCAN. México c/ Estados Unidos “Camiones” 5 de Febrero de 2001

⁵ Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos. Informe ORGANO APELACION WT/DS58/AB/R Adopción 6/11/98

Esto podría perfectamente aplicarse al caso de los transportes transfronterizos. Efectivamente, uno de los argumentos principales de Estados Unidos a la hora de diferenciar el trato a los transportistas mexicanos fue invocar la diferencia entre las legislaciones americanas y mexicanas en materia de seguridad vial, condiciones de trabajo y control de los vehículos. Según la jurisprudencia Estados Unidos Camarones, un estado no puede establecer un embargo para imponer a su socio comercial que modifique su legislación. Al contrario sin embargo, Estados Unidos podría haber usado medidas mas proporcionadas para intentar armonizar las legislaciones de América del Norte. De esta manera las consecuencias sobre los socios comerciales no hubiesen sido desproporcionadas, y no se habrían violado ni el GATT ni el TLCAN.

“El Panel recomienda que Estados Unidos lleve a cabo las acciones necesarias para que sus prácticas respecto a servicios e inversiones en materia de transporte transfronterizo cumplan con sus obligaciones conforme a las disposiciones aplicables del TLCAN”.
WTO/Estados Unidos “Camarones”

Sin embargo, a pesar de las recomendaciones del Panel, Estados Unidos mantuvo su política. El programa piloto de transporte transfronterizo fue en su momento interpretado como un esfuerzo de consenso por parte de la Administración Bush. Si bien ese programa no bastaba para corregir las violaciones al TLCAN, si que era una “declaración de buenas intenciones”. Esto explica en parte la reacción de México al ser cancelado el proyecto.

III) Es el TLCAN jurídicamente pertinente dentro de la racionalidad económica?

El TLCAN en su forma actual está perdiendo legitimidad al no ser aplicado “pacta sunt servanda”⁶. La aplicación reciente por México de aranceles sobre productos estadounidenses muestra las distensiones dentro de la misma zona. Este tipo de tensiones no tienen lugar entre aliados comerciales. La pérdida de confianza en el sistema podría tener consecuencias a nivel de inversiones y flujos comerciales. Es más, la reciente irrupción de China arrebató el puesto a México como segundo socio comercial de Estados Unidos⁷. En cierta manera, el TLCAN dejó de ser una ventaja comparativa para México por no haber querido o sabido adaptarse.

⁶ *Pacta Sunt Servanda* es una locución latina, que se traduce como "lo pactado obliga". Constituye un principio básico del derecho internacional. *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*" (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y mismo artículo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986)

⁷ En 2007 China era el país con el que Estados Unidos presentaba el balance más negativo. Esto se debe a que si bien China es el segundo socio Importador hacia Estados Unidos, es el cuarto socio Exportador.

Fuente: US Census Bureau <http://www.census.gov/foreign-trade/Press-Release/2008pr/04/ft900.pdf>

“La Competitividad de México esta decreciendo. A medida que la economía global continuo abriéndose, la debilidad competitiva de la economía mexicana se hizo patente”
Banco Mundial, Report No:AB1158 12 de octubre de 2004

Esto es importante, pues los regimenes y tratados no son perfectos por naturaleza. Tan importante como la creación del régimen es su evolución, su adaptación a las nuevas realidades del sistema internacional⁸. Por lo que podemos concluir que en su forma actual, el TLCAN no ofrece las respuestas necesarias a necesidades crecientes de fluidez comercial en época de crisis.

Podemos por lo tanto interrogarnos acerca del futuro del TLCAN.
Para ello analizaremos brevemente varias hipótesis..

Aplicación “pactasunt Servanda” del tratado actual.

Esto supondría una aplicación del TLCAN que no violase los objetivos inicialmente previstos. Entre otras medidas, Estados Unidos tendría que tomar medidas para disminuir subvenciones y abrir sus fronteras.

Sin embargo, esto es relativamente poco plausible pues Parece poco probable que Estados Unidos decida cambiar radicalmente su política y su interpretación del TLCAN, sobre todo tras las tendencias mostradas por la administración Obama (“Buy American”, voto a favor de los senadores Obama y Biden de la enmienda Dorgan I, presupuesto con enmienda Dorgan II...).

Adopción de un protocolo modificando el tratado. (Renegociación).

Inspirándose del modelo Europeo, sería plausible una evolución del tipo
“CECA” ==> “CEE” ==> “UE”

Esta sería la alternativa “ideal” según el OMC, pues ve en los regionalismos un paso hacia la liberalización del comercio internacional.

Este proceso ha comenzado en cierta manera entre Estados Unidos y Canadá, pues se han multiplicado los programas para agilizar el paso de personas y mercancías en esa frontera. Una moneda común facilitaría los intercambios, y traería estabilidad monetaria a la zona.

El problema sería implementar este tipo de lógicas con México. Es difícil imaginar que Estados Unidos abriría su frontera sur, a menos que México se impermeabilice en su frontera con América Central (aun así, esta visión es lamentablemente muy poco probable.)

⁸ **J Donnelly**, International Human Rights (Boulder, Westview Press 1993)

De igual manera, se podrían mantener los objetivos del TLCAN a la par que se limitarían las subvenciones para adecuarse a las obligaciones del GATT

Para llevar este tipo de proyectos a cabo, se habrían de pactar medidas para asegurar una apertura REAL de las fronteras, por lo menos en lo que transporte comercial se refiere.

Extinción programada o abandono implícito.

En caso de perder confianza en el TLCAN, se podría decidir su abandono tacito o explícito.

Puesto que la tendencia actual es el recurrir a TLC bilaterales, el abandono seria una opción viable.

Cabe destacar que el formato de TLC bilateral facilitaría las negociaciones, y podría centrarse en los problemas que conciernen a las partes contratantes.

Las recientes experiencias de TLC de Estados Unidos con Perú y otros países Latino americanos muestran la inclusión de temas casi ausentes del TLCAN, como pueden ser el medioambiente y los derechos laborales. Desde este punto de vista, los TLC bilaterales son una solución cuanto menos a considerar.

El problema sería que este tipo de tratados autorizaría legalmente un trato favorecido de Estados Unidos y Canadá. Es mas, la situación geográfica de Canadá dificultaría la creación de un TLC bilateral entre Canadá y México (en lo que transporte terrestre se refiere)

En caso de abandono del TLCAN, otra opción a tener en cuenta sería la de un nuevo tratado multilateral. Esta es una de las opciones más interesantes, por lo menos sobre el papel.

En vez de renegociar el TLCAN, seria más sencillo negociar un nuevo tratado multilateral. De esta manera, se podría negociar el conjunto de normas para que el tratado este adaptado al contexto actual, y pueda aprender de los proyectos piloto de cross border, así como de las decisiones arbitrales del panel arbitral del TLCAN.

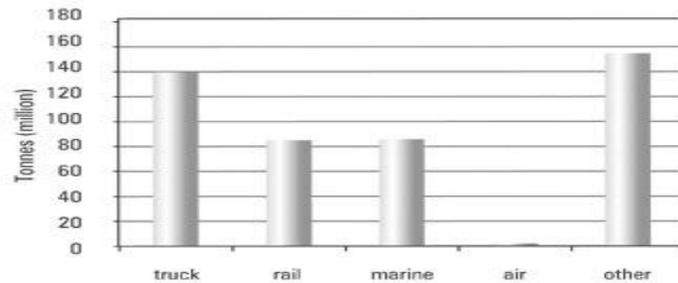
CONCLUSION:

La “crisis de los camiones” es una manifestación de un problema más profundo, la no aplicación del TLCAN. Si bien la identificación del problema no es suficiente para arreglarlo, este caso ha sido suficientemente mediático como para poner énfasis el necesario debate en torno al TLCAN.

Al coincidir con la llegada de Obama a la presidencia, que apoyo en su tiempo la primera enmienda Dorgan, esta crisis ha de ser interpretada como una manifestación necesaria. Al permitir poner en la agenda de negociaciones el tema del TLCAN, esta crisis tiene el merito de abrir el debate.

ANEXO

Canadá-U.S. Volúmenes de Carga, 2001



Fuentes: Statistics Canada.

A nivel de comercio con Estados Unidos, vemos que Canadá privilegia vías alternativas como son los ductos. Esto se debe a que Hydro-Quebec provee energía a toda la zona norte de Estados Unidos, siendo uno de sus principales proveedores de energía. Sin embargo, también podemos observar que el sector de transportes terrestres por camiones es el segundo más importante en términos de millones de toneladas desplazadas.

Domestico vs Cross-border			
	Ingresos (millones)	Toneladas (millones)	Envíos (millones)
Domestico	7,336	204.6	27.7
Cross-border	6,436	73.8	7.9
Trafico Domestico			
	Ingresos	Toneladas	Envíos
<10 toneladas	42%	9%	75%
≥10 toneladas	58%	92%	24%
Tipo de Envíos			
Average Shipping Distance (km)			
Domestic		798	
Cross-border		1,177	
Peso medio por envío (kg)			
Domestico		7,830	
Cross-border		9,360	
Media Ingresos/Tonelada-Km (\$)			
		3.07	

Domestico	
Cross-border	1.36

Observamos que los envíos trans-fronterizos se caracterizan por

- Una distancia superior.
- Un peso medio superior
- Un ingreso menor tonelada/km

Por lo tanto, al aumentar la distancia, se aumenta el peso para aumentar la rentabilidad. El interés de los transportistas esta pues en limitar los costes para aumentar su rentabilidad. Los programas federales que Estados Unidos y Canadá han implementado permiten entre otras cosas limitar la espera en la frontera, y por lo tanto aumentarla rentabilidad de los envíos trans-fronterizos. Esto se inscribe en una lógica librecambista, por lo que obedecería a las obligaciones impuestas por el TLCAN.

Iniciativas Federales para mejorar la eficiencia fronteriza entre Canadá y Estados Unidos.

“Smart Border Accord” de 2001: Pacto entre Canadá y Estados Unidos cuyo objetivo es aumentar el control sobre la circulación de bienes y personas. También se implementa la seguridad de las infraestructuras que podrían tener un impacto en el país vecino, como son las fronteras, pero también los puertos, los generadores de electricidad, los ductos... Se pone también en aplicación la política del “Safe third country”. Esto implica que si un inmigrante se ve denegada la calidad de refugiado en Canadá, no podrá pedirla en Estados Unidos y vice-versa.

Fuentes: Statistics Canada. También prevé que si un individuo entra en uno de esos dos países sin pedir asilo, y que luego lo pide en el otro, inmediatamente deberá ser deportado al país de entrada para ser expulsado a su país de origen.

“Free and Secure Trade Program (FAST)”: Programa conjunto federal entre Canadá y Estados Unidos. Prevé un paso agilizado de la frontera para “bienes de bajo riesgo” y transportistas previamente controlados. Se implementan entre otras cosas criterios de seguridad y de control de horas.

NEXUS: Programa conjunto creado para facilitar el movimiento de individuos identificados como “bajo riesgo” que frecuentemente cruzan la frontera de Canadá con Estados Unidos.

Conclusión: Vemos que la relación fronteriza entre Estados Unidos y Canadá es más fructífera que la relación con México, por lo menos en cuanto a programas se refiere.