

## CAPÍTULO SEXTO

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

I. Desempeño del mecanismo del capítulo 20 . . . . .	296
Recomendaciones . . . . .	300
II. Desempeño del mecanismo del capítulo 19 . . . . .	302
III. Desempeño del mecanismo del capítulo 11 . . . . .	306
Recomendaciones . . . . .	314
IV. Desempeño del ACAAN . . . . .	318
Recomendaciones . . . . .	323
V. Desempeño del ACLAN . . . . .	325

## CAPÍTULO SEXTO

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Del análisis efectuado en este libro resulta claro que el TLCAN y sus dos acuerdos paralelos de cooperación ambiental y laboral incorporan una variedad de mecanismos para resolver las disputas que surjan en torno a la interpretación y/o aplicación de ciertas disposiciones del TLCAN y los acuerdos paralelos a situaciones específicas. Cada mecanismo es esencialmente una forma de arbitraje internacional, pero el proceso mediante el cual operan difiere de mecanismo a mecanismo.

El capítulo 20 del TLCAN provee fórmulas para resolver disputas entre los tres gobiernos relativas a la interpretación y aplicación del TLCAN. Actores privados no tienen capacidad para iniciar el procedimiento, aunque aquellos con influencia política pueden inducir a sus gobiernos a litigar en su representación, como se hizo evidente en los casos analizados en el capítulo 1 de este libro. El capítulo 20 tuvo como modelo el capítulo 18 del ALCCEU, y fue influido por el Entendimiento sobre Reglas y Procedimientos para la Resolución de Disputas de la OMC (DSU) cuyos elementos esenciales se acordaron a finales de 1990, mucho antes de que concluyeran las negociaciones del TLCAN.

El capítulo 20 fue diseñado siguiendo un modelo mixto diplomático político con algunos rasgos del modelo “orientado por reglas”, ya que establece primero un proceso de resolución de disputas que inicia por las consultas entre las partes, continúa por un proceso de conciliación ante la Comisión de Comercio del TLCAN, el cual si falla es seguido por el establecimiento de un panel binacional (arbitraje) y finalmente por la implementación del reporte arbitral, o, en su defecto, la imposición de sanciones comerciales. Sin embargo, en virtud de que el proceso para llegar al panel depende del acuerdo de las partes en nombrar a los panelistas, puede decirse que el modelo diplomático-político prevaleció sobre el orientado por reglas, pues una de las partes puede escoger no nombrar sus panelistas, y por consiguiente ejercer un control sobre el curso y avance de

la disputa, de tal manera que nunca llegue a ser examinada por el panel arbitral, y, por consiguiente, no exista un reporte final que sea vinculatorio para las partes. En otras palabras, existe la posibilidad de que una de las partes use el poder relativo e influencia con que cuenta para influir la conducta de la otra parte. En la medida en que esto es posible y que a final de cuentas no se pueda obligar a la primera a que un tercero decida la controversia y que en efecto no exista una delegación de autoridad efectiva puede afirmarse entonces que el acuerdo resulta blando.

El capítulo 19, por su parte, establece en apariencia un mecanismo que sigue un modelo orientado por reglas, pero inusual y prácticamente único en el sentido de que permite a actores privados participantes en investigaciones *antidumping* o de subvenciones en cualquiera de los tres países solicitar revisiones de las decisiones de las agencias administrativas ante paneles binacionales en lugar de los tribunales domésticos competentes.<sup>394</sup> Estas revisiones (apelaciones) son resueltas con base en el derecho interno del país importador en lugar del derecho internacional, siguiendo procedimientos, los cuales son más parecidos a los que siguen los tribunales domésticos que los tribunales arbitrales. El mecanismo, sin embargo, también mantiene un rasgo del modelo diplomático político, pues como en caso del capítulo 20, el proceso de constitución de paneles también depende del acuerdo de las partes para nombrar a los panelistas, y si una de ellas no lo hace, el proceso se detiene y no avanza, como ha ocurrido en los últimos años.

El procedimiento del capítulo 14 sobre servicios financieros difiere del procedimiento del capítulo 20, principalmente en que los panelistas que se designen para resolver una disputa son elegidos de una lista de expertos en servicios financieros, y no en derecho comercial. A la fecha no se han presentado casos ante este mecanismo, y no se han establecido las listas de expertos panelistas, pero el proceso para resolver disputas en servicios financieros es esencialmente idéntico al establecido en el capítulo 20.<sup>395</sup>

<sup>394</sup> Se debe señalar que en estricto sentido el TLCAN establece que son los Estados parte quienes inician el procedimiento a solicitud de un importador y/o exportador; sin embargo, los Estados parte están obligados a iniciar lo bajo el capítulo 19, y en la práctica ha operado automáticamente ante la solicitud del particular.

<sup>395</sup> Al tiempo que se finalizaba este libro, un tribunal arbitral constituido bajo el capítulo 11 del TLCAN resolvió en un incidente de competencia que la demanda presentada por la empresa Fireman's Fund debía ser resuelta por el mecanismo del capítulo 14 del TLCAN.

El capítulo 11 establece una extensa lista de protecciones a los inversionistas y las inversiones de cualquiera de los países socios del TLCAN que se encuentren ubicadas en el territorio de los otros miembros, incluyendo el trato nacional y de nación más favorecida, trato justo y equitativo y protecciones en contra de las expropiaciones y acciones equivalentes a la expropiación, entre otras.

A diferencia de los capítulos 20 y 19, en donde México, Estados Unidos y el Canadá decidieron establecer listas de panelistas dentro de las cuales escogen los miembros de los paneles de arbitraje, en el caso del capítulo 11 los socios del TLCAN decidieron recurrir a tres mecanismos de arbitraje: a) el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), siempre que tanto la parte contendiente como la parte del inversionista sean Estados parte del mismo; b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte del CIADI, o c) las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). A diferencia de los mecanismos de los capítulos 20, 19 y 14, el mecanismo del capítulo 11 sigue un modelo exclusivamente orientado por reglas, ya que no depende de la voluntad de las partes el que se accionen los mecanismos de creación de tribunales arbitrales y estos pueden ser accionados de manera directa por la acción de los inversores afectados y los tribunales eventualmente establecidos por terceros, como son el secretario del CIADI.

La parte V del ACAAN contiene un mecanismo obligatorio para realizar consultas y resolver disputas con base en un sistema de arbitraje similar al establecido en el capítulo 19. Sin embargo, bajo el ACAAN la lista de panelistas/árbitros se debe integrar de expertos en derecho ambiental. El Secretariado de la CCA creado bajo el ACAAN puede solicitar una respuesta del gobierno afectado si la petición cumple con ciertos requisitos establecidos en el artículo 14(2). El mecanismo formal de resolución de disputas se encuentra disponible sólo para los Estados miembros en situaciones donde se ha alegado “un patrón persistente de omisión de la implementación efectiva de la legislación ambiental por parte de la parte acusada”, y aún así sólo si dos de los tres gobiernos miembros de la CCA concurren. A final de cuentas, si el gobierno infractor rehúsa corregir el problema o pagar una multa se pueden imponer sanciones comerciales para hacer efectiva la multa. Sin embargo, es evidente que el proceso se

diseño para fomentar el cumplimiento voluntario, ya que la suspensión de los beneficios comerciales es un recurso de última instancia, el cual tiene lugar luego de un largo (tres años) y excesivamente complicado procedimiento, el cual a la fecha aún no se ha utilizado.

En cuanto al ACLAN, las violaciones a sus disposiciones se pueden ventilar a través de la Oficina Administrativa Nacional (OAN) de uno de los países socios, pero sólo mediante denuncias presentadas por nacionales de otro de los países miembro. Las denuncias pueden ser seguidas por consultas entre las NAO y los secretarios de Trabajo de los países afectados. Si el asunto no es resuelto a través de estas consultas, el siguiente paso es la sumisión del asunto a un comité de expertos, bajo ciertas limitaciones, y posteriormente al Consejo Ministerial del ACLAN. Si este último fracasa en resolver la controversia, existe referencia a un proceso de arbitraje formal, y sólo en el caso de un voto de las dos terceras partes de dicho Consejo y en caso de que se trate de la violación a tres principios laborales específicos. En otras palabras, la ruta al arbitraje formal es suficientemente tortuosa como para dudar que alguna vez se llegue a utilizar.

Este complejo sistema de procedimientos de resolución de disputas expresa la convicción de los tres gobiernos de que la implementación del TLCAN y sus acuerdos paralelos inevitablemente provocaría disputas y conflictos, y de que era esencial contar con mecanismos para su resolución. Los tribunales nacionales no poseen o no pueden ejercitar jurisdicción efectiva sobre la mayoría de las disputas entre actores privados y gobiernos o entre los gobiernos, debido a la doctrina de inmunidad del soberano, o de acto del Estado o de otras barreras legales (con la posible excepción de la aplicación de las leyes de prácticas desleales). En el área relativa a la inversión extranjera, en particular la resolución de las disputas entre inversionistas y Estado anfitrión a través de los tribunales locales, la experiencia había resultado altamente insatisfactoria. El DSB de la OMC provee en la actualidad una alternativa viable y popular para la resolución de numerosas disputas comerciales, la cual no existía cuando se negoció el TLCAN, pero en cualquier caso está disponible únicamente para los gobiernos, y no para los actores privados. Además, el DSB no se aplica en áreas sustantivas del TLCAN, como es la protección a la inversión extranjera.

¿Qué se puede decir acerca de la lógica y razón de ser de estos diferentes mecanismos de resolución de disputas? Es importante, en primer lugar, re-

cordar que la utilización de mecanismos para la resolución de disputas entre los Estados parte del TLCAN es sumamente reciente, y no contaba con antecedentes claros más allá del ALCCEU. Ni México ni Canadá habían participado en mecanismos arbitrales inversionista-Estado, el capítulo 19 surgió apenas en forma novedosa en el ALCCEU, así como el capítulo 20 y la introducción de la materia ambiental y laboral en forma tan amplia en la relación trinacional no sucedió sino hasta terminada la negociación del TLCAN.

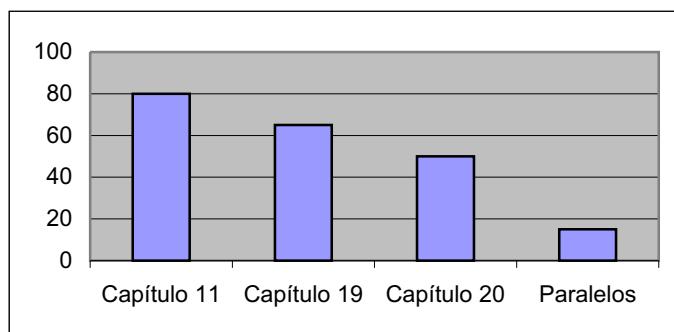
En segundo lugar, y como mostramos cuidadosamente en el libro, el diseño y operación de cada mecanismo responde a una serie de circunstancias de política nacional e internacional, a la necesidad de certidumbre en la resolución de cierto tipo de controversias y a la novedad de ciertas áreas en la agenda trinacional. Los mecanismos de resolución de controversias de los acuerdos ambiental y laboral, por ejemplo, introducen prácticamente por primera vez en el ámbito regional de América del Norte procedimientos internacionales para ventilar y en casos extremos adjudicar medidas y prácticas ambientales y laborales de carácter nacional. Esto fue producto de circunstancias políticas particulares en los Estados Unidos durante el proceso de negociación, firma y aprobación del Tratado, así como de una preocupación pública compartida para que los Estados parte también se hicieran cargo de las implicaciones en materia social, laboral y ambiental del proceso de integración económica regional.

En forma similar, los mecanismos de los capítulos 11 y 19 responden a una necesidad de proveer certidumbre a los inversionistas o exportadores regionales de que no se tomarán medidas que afecten sus inversiones o exportaciones de manera arbitraria por las autoridades del país en que estén invirtiendo o al que estén exportando, por lo que se consideró necesario incluir la posibilidad de que los inversionistas o exportadores u otros afectados pudieran solicitar directamente la revisión de medidas nacionales por parte de paneles o tribunales internacionales.

Como resultado de estas diferentes motivaciones y preocupaciones, se puede sostener que los Estados parte del TLCAN establecieron diferentes mecanismos que van de mayor a menor autonomía funcional y que privilegian algunos más que otros, la operación por reglas, la posibilidad y facilidad de ser accionados y operados por actores distintos a los mismos Estados parte y dejando la opción a los Estados parte de controlar su operación bajo ciertas circunstancias.

El diseño de estos mecanismos puede mostrarse gráficamente sobre una línea de mayor a menor autonomía si tomamos del análisis efectuado en este libro el grado al que se encuentran presentes en el diseño de los mecanismos ciertos elementos, a saber: la utilización de reglas procesales detalladas previamente acordadas o existentes independientes al mecanismo, el accionamiento del mecanismo por actores diversos a los Estados parte, recursos disponibles por los Estados parte para afectar su conducción y la finalidad y forma de implementación de las decisiones resultado de los mecanismos.

### AUTONOMÍA FUNCIONAL



En suma, el énfasis en la autonomía funcional no sólo enriquece la categorización utilizada de mecanismos orientados por reglas y político-diplomáticos, y/o de acuerdos duros o blandos, sino que provee un lente más claro para entender el desarrollo progresivo intentado en cuanto a la resolución de disputas en el marco de la relación económica en América del Norte.

Ahora bien, ¿cómo evaluar el funcionamiento de estos distintos mecanismos? ¿Cuál ha sido su principal utilidad, si la ha habido, para mejorar el manejo y gestión de las relaciones económicas, ambientales y laborales en la región de América del Norte?

Normalmente, en la evaluación de la efectividad del funcionamiento de los mecanismos de resolución de disputas en la literatura especializada se han utilizado dos criterios fundamentales: un primero, que consiste en la capacidad del mecanismo de resolución de disputas de dirimir la con-

troversia y el conflicto que la generó. Un segundo, que se ha denominado “de efectividad sustantiva”, la cual se define como la capacidad del mecanismo de asegurar el cumplimiento de las reglas negociadas por parte de los países miembros a la vez que promover un proceso de cooperación dirigido a avanzar los propósitos generales del acuerdo global.<sup>396</sup>

En nuestro caso, decidimos utilizar estos mismos criterios de evaluación para analizar el funcionamiento de los mecanismos establecidos en los capítulos 11, 19 y 20, en virtud de que los tres países negociaron los respectivos mecanismos con el ánimo y objetivo de que sirvieran como fórmulas efectivas para prevenir, y en caso de que esto no se lograra, dirigir cualquier controversia que surgiera en torno a la interpretación de los compromisos implícitos en el tratado (capítulo 20); de aplicación de la legislación relativa a las prácticas desleales (capítulo 19) o de violación a los compromisos contraídos respecto de los inversionistas extranjeros en el capítulo 11 del TLCAN. Una pronta aclaración del sentido de las disposiciones del TLCAN o de reparación de una acción de menoscabo de beneficios y de reparación de las violaciones a las disposiciones sobre inversión extranjera se consideró de central importancia para alcanzar el mercado integrado a nivel regional.

En cuanto a los mecanismos de resolución de disputas establecidos en el ACAAN y el ACLAN, por el contrario, es importante reconocer que su inclusión en dichos acuerdos fue motivada no tanto por un deseo genuino de los tres países de que sirvieran como fórmulas efectivas y expeditas de resolución de controversias en las materias ambiental y laboral, sino como fórmulas de compromiso para lograr la aprobación del TLCAN en el Congreso de Estados Unidos. Este compromiso llevó a los tres países a incluir mecanismos que más que servir como fórmulas expeditas y efectivas de resolución de controversias se convirtieran en mecanismos de última instancia para solucionarlas, y sólo en el caso de que los mecanismos de cooperación y de mediación no tuvieran éxito y en cuanto se demostrara un “patrón persistente de violación” de la legislación ambiental o de violación de tres principios laborales específicos. En este caso consideramos válido entonces utilizar un criterio de efectividad que mida el grado en que los mecanismos de cooperación han alcanzado sus logros.

<sup>396</sup> Estos criterios se elaboran detalladamente en López, David (1997), pp. 201-202, y Davey, William (1996), capítulo 1.

En otras palabras, en virtud de los diferentes objetivos y motivaciones que guiaron la creación de los mecanismos de resolución de disputas en el TLCAN y en los acuerdos paralelos, creemos que resulta válido separar el análisis de ambos tipos de mecanismos y utilizar diferentes criterios de evaluación para determinar el valor que han tenido para mejorar el manejo de las relaciones entre los tres países. A continuación haremos la evaluación de los mecanismos de resolución de disputas del TLCAN siguiendo el orden en que analizaron estos mecanismos en este libro, a saber: el capítulo 20, el 19 y concluyendo con el 11. En la parte final haremos una evaluación de los mecanismos de cooperación y mediación que se incluyeron en los acuerdos paralelos de cooperación ambiental y laboral.

### I. DESEMPEÑO DEL MECANISMO DEL CAPÍTULO 20

A primera vista, el aspecto que más llama la atención de la historia de los casos del capítulo 20 es los pocos que han sido decididos por un panel de controversias. Para septiembre de 2003, casi diez años después de la entrada en vigor del TLCAN, en realidad sólo tres casos habían sido decididos por este mecanismo; dos de ellos solicitados por México en contra de Estados Unidos (*Escobas de mijo y Servicios de autotransporte*) y uno presentado por Estados Unidos en contra de Canadá (*Aves y leche*). México ha solicitado un panel en otro caso en que Estados Unidos está involucrado (*Azúcar*), pero aquél aún no ha sido establecido. Canadá no ha iniciado ningún caso, contrariamente al historial de casos generales de controversias en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos (ALCCEU), en donde fue la parte iniciadora en tres casos conforme el capítulo 18.

En un sentido más amplio, sin embargo, lo interesante de los casos del capítulo 20 es el hecho mismo de que lleguen a presentarse. El capítulo 20 tiene como finalidad encargarse de situaciones en las que una de las partes no implemente sus responsabilidades derivadas del TLCAN. El número limitado de casos, por lo tanto, se puede interpretar como evidencia del éxito general del acuerdo del TLCAN, y en particular la determinación de todos los tres gobiernos de cumplir con lo dispuesto en este Tratado.

En segundo lugar, las disposiciones del capítulo 20 requieren una decisión política de alto nivel para someter un caso a un panel de controver-

sias. A diferencia del capítulo 11, en el que un inversionista individual tiene la facultad para invocar un procedimiento internacional, y el capítulo 19, en el que un interés económico puede iniciar procedimientos internos de carácter cuasijudicial que determinen si procede la presentación de un caso, el capítulo 20 es un procedimiento altamente discrecional. Por lo tanto, antes de iniciar un caso en los términos del capítulo 20 es de suponer que los gobiernos consideran la totalidad de las implicaciones de semejante acción, incluyéndose en ellas los efectos posibles sobre el apoyo político para el TLC y sobre la relación global de su política exterior.

En la medida en que los gobiernos de los tres países se han interesado en mantener una relación positiva, así como conservar el apoyo público para el TLCAN, uno esperaría de ellos que invocaran el capítulo 20 únicamente como último recurso.

Tercero, incluso si se inicia un caso del capítulo 20, el proceso está diseñado para alentar a las partes a llegar a una solución antes de que un caso llegue a un panel de controversias. La integración de un panel arbitral ocurre únicamente después de que mediante consultas y negociación no se haya logrado resolver el problema. Sería de esperar que siempre que el desenlace de un panel de controversias sea razonablemente predecible, las partes solucionarían su controversia antes de que ésta proceda a ser examinada por un panel. En controversias que involucraron, por ejemplo, al aguacate, el tomate y la papa, aquéllas se solucionaron antes de que se formara un panel.

En suma, es innegable que el número limitado de casos del capítulo 20 hasta la fecha es evidencia, en parte, del grado al que todos los tres países han implementado en gran parte los términos convenidos en el TLCAN. La mayor parte de las controversias se resuelven mucho antes de que lleguen a un panel de disputas. El número reducido de casos refleja, asimismo, la disponibilidad de jurisdicciones alternativas para la solución de controversias; entre ellas destaca la Organización Mundial de Comercio (OMC), y, para el caso, otros de los procedimientos para la solución de controversias que comprende el TLCAN.

Cuarto, con todo, el proceso del capítulo 20 debe cumplir eficazmente una función sustantiva, que es la de permitir la resolución de controversias que surjan de ambigüedades en los términos de alguna de las provisiones del acuerdo, y que conduzcan a interpretaciones diferentes por las partes en disputa, como fue el caso de las aves y leche entre el Canadá y

Estados Unidos, o cuando por razones de política interna, o cualesquiera otras, una de las partes se resista a cumplir con alguna de las obligaciones del acuerdo, como ocurrió en los casos de las escobas de mijo y los servicios de autotransporte entre México y Estados Unidos. Desde esta perspectiva, el capítulo 20 tiene una importancia crucial, pues su función es asegurar el cumplimiento de las reglas negociadas por parte de los países miembros o esclarecer las ambigüedades en los términos del acuerdo.

En la medida en que desempeñe estas funciones eficazmente cumple otra labor fundamental, que es robustecer y fortalecer los acuerdos negociados y crear una certidumbre de que las partes se conducirán de acuerdo con las obligaciones contraídas en el tratado para el futuro. Ésta es la que hemos denominado “efectividad sustantiva”. Esta certidumbre resulta de especial importancia, sobre todo para países como México y Canadá, uno de cuyos objetivos principales al negociar el TLCAN fue que el sistema de resolución de disputas asegurara que Estados Unidos observara sus compromisos en el tratado y que eliminara la posibilidad de acciones unilaterales y violatorias de los compromisos de liberalización. En otras palabras, un acuerdo que aminorara la enorme asimetría en poder político y económico de que goza este último país y su disposición a adoptar medidas unilaterales.

¿Cómo ha cumplido el capítulo 20 esta función sustantiva? Cuando uno analiza con cuidado la experiencia de los casos presentados hasta ahora, no puede dejar de reconocerse que el balance no es enteramente satisfactorio, y, de hecho, que el mecanismo está encontrando problemas para resolver asuntos de gran importancia, lo que nos lleva a sugerir algunas reformas en el diseño del mecanismo a fin de que pueda satisfacer mejor sus propósitos.

En efecto, de los cuatro casos en que las partes han solicitado un panel arbitral a fin de resolver una disputa en la cual una de las partes, ya sea que ha adoptado medidas unilaterales o ha rehusado implementar sus obligaciones en el tratado, en sólo dos la controversia se ha resuelto mediante laudos arbitrales (en los casos de *Aves y leche* y en el de *Escobas de mijo*) y un tercero (el caso de los servicios de transporte) se encuentra, después de seis años, en proceso de solución. En *Escobas de mijo*, un panel dictaminó que la protección de Estados Unidos a sus productores de escobas de mijo era violatoria del TLCAN. Estados Unidos cumplió con la decisión, y se solucionó la controversia.

En *Aves y leche*, nuevamente el proceso funcionó de manera razonablemente bien, en el sentido de que la decisión del panel de confirmar la utilización por parte de Canadá de aranceles para proteger determinados productos agrícolas no requirió de ninguna implementación y solucionó parcialmente una controversia entre Estados Unidos y Canadá.

Sin embargo, en el caso de *Servicios de autotransporte*, el capítulo 20, la controversia tardó más de cinco años antes de que un panel dictaminara que Estados Unidos contravenía sus obligaciones derivadas del TLCAN al negarle permiso a servicios mexicanos de transporte de camión o autobús para operar en Estados Unidos. Ha pasado más de un año después de dicho fallo y Estados Unidos aún no acaba de implementar la decisión del panel. En el caso de azúcar, Estados Unidos se ha negado ya por más de dos años el nombrar panelistas, con lo cual se ha impedido en la práctica la constitución del panel.

Ahora bien, es importante reconocer que los casos en los que se ha solicitado la formación de un panel arbitral dentro de los términos del capítulo 20, todos han tenido que ver con asuntos que fueron muy reñidos en las negociaciones del TLCAN, no tanto porque los asuntos internacionales hayan sido intrínsecamente difíciles, sino, antes bien, porque su sensibilidad política en el ámbito interno hizo complicado el que pudiera llegarase a un acuerdo mutuo en torno a ellos. Esto claramente fue el caso con respecto a las aves y leche en Canadá, y con respecto a los servicios de autotransporte y el azúcar en Estados Unidos. Incluso, las escobas de mijo, por sí solo un asunto muy menor, versó sobre la cuestión sensible de medidas de salvaguarda. La sensibilidad política interna que complicó la negociación en el TLCAN también hizo difícil negociar la resolución de los conflictos que surgieron posteriormente, e hizo necesaria la utilización del capítulo 20. Al respecto, la invocación de un panel dentro de los términos del capítulo 20 puede verse como la consecuencia de un fracaso en la negociación internacional provocado por razones de política interna en cada uno de los países.

Por otra parte, cabe reconocer que el historial tal vez sea demasiado corto para poder evaluar con confianza la eficacia del capítulo 20. En primer lugar, y siendo justos, el historial no es del todo negativo. Como sería de esperar de un panel general de controversias de este tipo, éste examina únicamente casos políticamente difíciles. Se han concluido tres casos, y en dos de los tres la solución de la controversia se ha ajustado a las reco-

mendaciones del panel arbitral. En el caso de los servicios de transporte, la solución se encuentra supuestamente en proceso de solución Y en otras disputas, las posibilidades de un caso del capítulo 20 propiciaron una solución negociada antes de llegar a un panel de controversias. Pero el caso de azúcar demuestra claramente los límites de la eficacia del capítulo 20. El capítulo 20 tiene problemas con los asuntos verdaderamente espinosos y de gran importancia. Desde luego que cuando los asuntos son lo suficientemente reñidos, como en el caso de Helms-Burton, no hay ningún panel internacional para la solución de controversias que tenga peso para encargarse de ellos. Aún es posible que el capítulo 20 del TLCAN evolucione y se convierta en una institución más eficaz de autoridad, pero el primer tramo de su historia sugiere que por ahora sólo cuenta con una capacidad limitada para solucionar disputas importantes entre los tres países miembros del TLCAN.

¿Qué tipo de reformas podrían implementarse al mecanismo para que resultara más eficaz? A continuación intentamos dar respuesta a esta cuestión.

### *Recomendaciones*

Como se puede inferir de la evidencia de más de una veintena de casos hasta la fecha, los países miembros del TLCN han estado dispuestos a plantear diferentes cuestiones que han considerado violatorias del TLCAN, y accionar los mecanismos del capítulo 20, en particular, los procedimientos de consultas ahí establecidos, si bien cabe reconocer que el uso del arbitraje lo ha sido de forma más selectiva e infrecuente. Los procesos de mediación que ejerce la Comisión de Comercio no parecen haber jugado un papel importante para resolver ninguna de las disputas planteadas hasta la fecha. Por supuesto que es imposible determinar si una amenaza de una acción dentro del capítulo 20 expresa o implícita ha propiciado la resolución de otras disputas a través de negociaciones informales, pero es probable que sí lo haya hecho en algunos casos.

Para aquellos casos que han llegado hasta un panel arbitral, si una de las partes tiene la paciencia de llevar a cabo el proceso de selección de panelistas y el inicio de los procedimientos y esperar la decisión del panel, con base en la experiencia a la fecha, puede esperar recibir una decisión bien razonada y fundamentada, la cual puede servir por lo menos como la

base probable de la resolución de la disputa. Lo mínimo que puede recibirse es la decisión en favor de una de las partes, pese a que la otra parte no la cumpla prontamente, como ocurrió con los Estados Unidos en el caso de las escobas de mijo y sigue ocurriendo con el caso de los servicios de transporte. Incluso para la parte perdedora puede haber un beneficio importante si la disputa se resuelve mediante un proceso legal a que la misma se vea sujeta a un proceso interminable de discusión política y diplomática.

En cuanto a la efectividad del proceso, los retrasos excesivos en la constitución de los paneles en todos los casos, pero sobre todo en el de servicios de transporte, y la imposibilidad hasta la fecha de lograr la constitución del panel en el caso de azúcar, sugiere la existencia de imperfecciones procesales muy importantes y significativas en el diseño del mecanismo, particularmente en lo referente a la aparente incapacidad de las partes de acordar la pronta constitución de los paneles y el limitado grado de apoyo secretarial que proveen los tres gobiernos. Hasta que los países miembros del TLCAN seleccionen listas formales de panelistas no puede esperarse una mejora importante del proceso. La selección de estas listas aseguraría la selección rápida de al menos cuatro de los panelistas nacionales de los países, ya que se eliminaría el uso del voto a los panelistas, el cual no se permite cuando los candidatos son seleccionados de las listas.

En virtud de lo anterior, un primer paso que recomendamos tomar para hacer más efectivo el mecanismo del capítulo 20 es que los países miembros del TLCAN lleven a cabo la selección de la lista de 30 o más panelistas que se encuentra contemplada en el TLCAN y acordaran elegir panelistas de esas listas. Pero ¿cómo superar la aparente incapacidad de las partes de nombrar al presidente del panel, que es el primer paso necesario para dar inicio al procedimiento de constitución del panel?

Dada la indisposición que han mostrado las partes de utilizar el mecanismo de sorteo que establece el TLCAN, en nuestra opinión sería necesario que las partes utilizaran una autoridad externa a ellas para que hiciera el nombramiento del presidente, tal como se establece en el caso del capítulo 11, que es el secretario general del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión) a quien se le autoriza nombrar al presidente del tribunal arbitral o los árbitros si las partes no los hubieran nombrado después de un periodo máximo.

En el mecanismo del capítulo 20 podría utilizarse un procedimiento similar o autorizar, por ejemplo, al Secretariado de la OMC para hacer la selección. A la autoridad externa se le tendrían que señalar reglas detalladas y criterios relativos a las cualidades y requisitos que deberían de cumplir los presidentes de los paneles a fin de evitar sorpresas desagradables o candidatos sin calificaciones. Una lista negociada de potenciales candidatos a presidentes de los paneles podría servir de método adicional para facilitar este procedimiento.

## II. DESEMPEÑO DEL MECANISMO DEL CAPÍTULO 19

A fin de evaluar el desempeño de este mecanismo resulta útil tener en cuenta los beneficios que se esperaban obtener de la revisión tipo judicial contemplada en el capítulo 19 del TLCAN.

Un beneficio importante que esperaba obtenerse del proceso era que disminuyera la duración de la revisión judicial en los casos *antidumping* y de cuotas compensatorias. El ahorro de tiempo, a su vez, implicaría un ahorro de dinero para las partes involucradas. Se pagarían menos honorarios a los abogados (quienes cobran por el tiempo dedicado al caso) y se perdería menos dinero por las incertidumbres del proceso de investigación, al saberse que la resolución se emitiría en un determinado periodo de tiempo y que no podría ser apelada. Más aún, los actores privados obtendrían otros ahorros al transferir los costos al gobierno (dado que es este último el que conduce el proceso y asume la mayor parte de sus costos). Esta transferencia se convierte en un subsidio del gobierno, lo que reduce aún más los gastos legales para los individuos y empresas privadas.<sup>397</sup>

Los resultados más importantes de la reducción de tiempo y costos para las personas y empresas privadas sería una mayor oportunidad (en especial para las pequeñas y medianas empresas) de tener acceso a la revisión judicial. Se esperaba que esto desalentaría la presentación de quejas injustas y demandas administrativas injustificadas y frívolas, en los casos

<sup>397</sup> Véase Horlick, Gary N. y Valentine, Debra A., "Improvements in Trade Remedy Law and Procedures under the Canada-United States Free Trade Agreement", en McRae, Donald M. y Steger, Debra P. (comps.), *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, The Institute for Research on Public Policy, 1988, p. 108; Steger, Debra, "The Dispute Settlement Mechanisms of the Canada-US Free Trade Agreement: Comparison with the Existing System", en *ibidem*, p. 49.

de remedios comerciales. En el sistema anterior, los abogados con frecuencia desalentaban a sus clientes de que apelaran una resolución administrativa en los casos *antidumping* y de subvenciones, con el argumento de los elevados costos monetarios que ello implicaba y la inseguridad del resultado.<sup>398</sup> Esto, a su vez, daba lugar a que las autoridades administrativas aplicaran la ley de manera laxa y flexible, dado que era poco probable que sus resoluciones fueran a ser apeladas.<sup>399</sup>

Por otra parte, la ventaja que ofrecía un mejor acceso a la revisión judicial dependería de la equidad y objetividad de las decisiones de los paneles. El resultado de desanimar las demandas frívolas y las resoluciones laxas derivaría de que los actores privados y las autoridades administrativas se darían cuenta de que sus demandas y resoluciones, respectivamente, serían rechazadas o devueltas y enmendadas si no eran acordes con la ley, es decir, que si la decisión de los paneles resultaba ser justa y de alta calidad se obtendrían esos beneficios.<sup>400</sup> En última instancia, esto sería calibrado mediante la aceptación de las resoluciones por parte de los gobiernos y los actores privados.<sup>401</sup>

¿Qué nos muestra la experiencia del capítulo 19 en sus primeros diez años?

El examen del historial de los resultados de las disputas dentro de este mecanismo en los últimos diez años demuestra un compromiso claro por parte de los tres gobiernos a asegurar que sus autoridades administrativas se sujeten en forma estricta a las legislaciones de remedios comerciales en sus actuaciones y a cumplir los compromisos adquiridos en el capítulo 19 del TLCAN.

En efecto, para noviembre del presente año 2003 cada uno de los tres países había iniciado más o menos una tercera parte de los 87 casos dentro del capítulo 19 y había obtenido resultados más o menos balanceados en sus pretensiones. Los tres gobiernos igualmente habían aceptado en forma general las decisiones finales de los paneles e implementado los

<sup>398</sup> Horlick y Valentine, *op. cit.*, p. 103.

<sup>399</sup> Steger, *op. cit.*, p. 49.

<sup>400</sup> Uno de los indicadores que medirían la equidad y objetividad de las resoluciones de los paneles sería el reconocimiento por los gobiernos y las partes involucradas de que el panel había aplicado correctamente la ley, y que la resolución no reflejaba un sesgo a favor o en contra de la legislación de remedios comerciales, o un sesgo nacionalista.

<sup>401</sup> La aceptación de los gobiernos de las decisiones de los paneles podría medirse por la ausencia de impugnaciones extraordinarias por parte de ellos.

cambios y enmiendas de política propuestos por ellos, aunque no siempre con entusiasmo y profesionalismo. En ocasiones ha sido necesaria una presión adicional para resolver los asuntos, y en otras, la resolución de la dimensión de un asunto ha llevado al surgimiento de un conflicto en otro asunto relacionado. Sin embargo, en términos generales, los tres países han mostrado estar preparados para hacer una utilización plena del sistema y admitir los resultados.

En cuanto al desempeño de los paneles en el capítulo 19, los expertos que han revisado cuidadosamente las decisiones de los mismos han estado de acuerdo en que los paneles han desempeñado sus tareas con conocimiento y profesionalismo, y sus decisiones han sido fundamentadas y consistentes, transparentes e imparciales, mostrando los laudos de los paneles una redacción más meticulosa y fundamentada que la que se encuentra en las decisiones de los tribunales nacionales a los cuales sustituyen.<sup>402</sup>

Otro aspecto digno de destacar es que si bien algunos casos que tuvieron lugar entre Canadá y los Estados Unidos durante el periodo de existencia del ALCCEU llevó a algunos críticos a acusar de falta de parcialidad a algunos panelistas con lo que se puso en tela de juicio y se intentó desacreditar el proceso del capítulo 19,<sup>403</sup> a la fecha esta acusación no se ha enderezado respecto de la experiencia del TLCAN, y esto es así, por buenas razones. Hasta la fecha no se ha emitido una decisión dividida por la nacionalidad de los panelistas. Más del 80 por ciento de los casos se han decidido por unanimidad y el restante veinte por ciento han involucrado mayorías compuestas por panelistas de ambas nacionalidades.

Desde cualquier perspectiva, el proceso ha demostrado un alto nivel de profesionalismo e imparcialidad, y pese a que se han presentado algunos casos de gran importancia económica y de alto relieve político, también ha demostrado ser capaz de resolverlos con base en principios de legalidad, y no por presiones o motivaciones políticas.

En suma, el capítulo 19 ha demostrado su utilidad de reducir las tensiones transfronterizas en el área controvertida de las disputas sobre prácticas desleales comerciales. Ha forzado a las autoridades de los tres países a operar dentro del ámbito de la ley y ha reducido la capacidad de las in-

<sup>402</sup> Pan, J. Eric, 1999 and Gantz, David, 1998.

<sup>403</sup> Cabe aclarar que la acusación de falta de parcialidad fue considerada injustificada por la mayoría de los observadores más connotados.

dustrias a favor del proteccionismo de presionar a las autoridades administrativas de favorecer sus intereses.

Sin embargo, pese a estas virtudes, no puede dejar de reconocerse que el mecanismo del capítulo 19 enfrenta un problema serio, que tiene el potencial de constituirse en una grave crisis, especialmente en las relaciones entre México y los Estados Unidos. Este problema tiene que ver con la creciente dificultad que han mostrado ambos países a constituir los paneles que numerosos actores privados han solicitado en los últimos tres años dentro de los tiempos en que marca el capítulo 19. En efecto, a la fecha en que esto se escribe (noviembre de 2003), se encontraban dieciocho paneles pendientes de constitución entre Estados Unidos y México, algunos de los cuales tenían más de dos y hasta tres años en espera de ser establecidos. ¿Cómo se explica este retraso en la constitución de paneles en trece casos?

En nuestra opinión, esta dificultad se explica en función de algunos de los mismos factores por los que los gobiernos han tenido dificultad para constituir paneles en el caso del capítulo 20, a saber: en ambos mecanismos se ha establecido un pago inadecuado,<sup>404</sup> una alta exigencia y compromiso en cuanto a tiempo y recursos para los panelistas y un sistema muy estricto de reglas de conducta sobre potenciales conflictos de interés que están haciendo cada vez más difícil encontrar panelistas calificados, y, aún más, de convencerlos de participar por segunda ocasión. Lo anterior, en nuestra opinión, lleva a una conclusión ineludible: los gobiernos deberían establecer una lista permanente de panelistas a la cual puedan recurrir en forma más automática. Esta lista podría ser constituida siguiendo los mismos parámetros que propusimos para los paneles del capítulo 20.

En el caso particular de México, el país no cuenta con el suficiente número de expertos en la materia que puedan ejercer el papel de panelistas.

<sup>404</sup> Recientemente los tres gobiernos decidieron aumentar al doble los honorarios que se les paga a los panelistas en los casos binacionales que se revisen con arreglo tanto al capítulo 19 como al capítulo 20, reconociendo así el impacto negativo que el escaso incentivo económico tenía sobre la posibilidad de encontrar panelistas calificados. Con el aumento a 800 dólares canadienses por día, la cuota de los panelistas es igual ahora a la cuota que establece la OMC a los panelistas en los casos de resolución de disputas ante dicha organización. Sin embargo, aún esta nueva cuota sigue siendo baja si se la compara a la que reciben los panelistas participantes en casos del capítulo 11 del TLCAN, la cual asciende a la suma de 2,100 dólares americanos por cada ocho horas de servicio.

El gobierno de México, por consiguiente, requeriría iniciar una campaña mediante la cual se prepararan un conjunto de profesionales, especialmente en el área del derecho, a quienes se les entrenara para ejercer esta función. Una manera de facilitar lo anterior sería que el gobierno de México entrara en contacto con una institución universitaria que se encargara de la preparación y ofrecimiento de cursos regulares en la materia de las prácticas desleales de comercio y los propósitos del capítulo 19 del TLCAN. Los cursos tendrían que ser ofrecidos por los funcionarios encargados de la implementación de las leyes de comercio desleal y expertos en la materia de arbitraje internacional y algunos de los expertos que han servido de panelistas en el pasado en los tres países.

### III. DESEMPEÑO DEL MECANISMO DEL CAPÍTULO 11

El mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN no es un instrumento que sirva para proteger la totalidad del régimen de inversión del Tratado. Su propósito es más modesto, aunque no menos importante, a saber: resolver las disputas que surgen cuando un inversionista considera que el gobierno no otorgó a su inversión el trato que corresponde de acuerdo con las obligaciones estipuladas en la sección A del capítulo 11 del TLCAN, y que, como consecuencia de ello, sufrió pérdidas o daños. ¿Ha sido efectivo el mecanismo para resolver este tipo de disputas? Y, más aún, ¿ha sido efectivo para resolver los conflictos originados por dichas disputas?

En términos generales, las evidencias que se desprenden de nuestro análisis señalan que es un mecanismo eficiente y, por tanto, efectivo para resolver las disputas en materia de inversión. La experiencia hasta ahora muestra que los arbitrajes se han iniciado, se han constituido los tribunales y se han comenzado los procedimientos, sin que las partes en disputa hayan pretendido retrasar las cosas o hayan rehusado el arbitraje. Las partes han contado con amplias oportunidades para someter sus alegatos y argumentos, objeciones procedimentales, impugnaciones de competencia, y hasta procedimientos de nulidad de los laudos. A la fecha, lo usual ha sido que los tribunales concedan cuatro rondas de alegatos por escrito, sobre temas sustantivos, además de permitir todas las impugnaciones jurisdiccionales y de competencia.

A diferencia de los otros mecanismos para la resolución de disputas que incluye el TLCAN, el arbitraje en materia de inversión del capítulo 11 utiliza normas de procedimiento que existen y se aplican fuera del Tratado, y que comprenden órganos administrativos independientes —como son el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI—, las cuales establecen formas para resolver los impasses durante la administración de un arbitraje que no depende únicamente de la buena voluntad de las partes en disputa. Esto contribuye a la conducción ágil y eficiente de los procedimientos.

Como hemos mostrado, los tribunales arbitrales sobre inversión del TLCAN no son sumarios, sino que su duración es razonable, y se conducen de manera ágil, sin que ninguna de las partes en disputa retrase el proceso innecesariamente. El promedio de la duración de los arbitrajes concluidos es de 3.1 años, promedio que seguramente se encuentra por debajo del promedio de duración de litigios de complejidad comparable en cualquiera de los sistemas judiciales de los Estados parte del TLCAN. La flexibilidad de las reglas respecto a la forma de conducir el arbitraje hace posible responder a las distintas necesidades de idioma y de otros tipos, y permiten que las partes en disputa presenten claramente sus casos y sean escuchadas. Asimismo, las partes pueden hacer que estas reglas contribuyan al mejoramiento del mecanismo.

El mecanismo no está legalmente cerrado a la publicidad, la difusión pública o el escrutinio, aunque sí ofrece los niveles mínimos de confidencialidad, que son necesarios para la adecuada conducción de cualquier proceso legal. Las partes en disputa están autorizadas para publicar o comentar información muy rápidamente, o bien para darla a conocer a su público o a sus autoridades. En este sentido, cada parte es responsable de la publicidad que propicia, y la opinión pública de cada país es responsable de exigir información a sus autoridades. No obstante, al contrario de lo que muchos detractores insinúan, el diseño institucional del mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN no contiene entre sus rasgos el de la protección del carácter secreto de cierta información. Por otra parte, en caso de fallos adversos a los gobiernos, hasta ahora no se ha informado que alguna de las partes se haya negado o demorado en efectuar el pago de la indemnización ordenado por un laudo.

De esto se desprenden varias consecuencias. El tribunal arbitral en materia de inversión del TLCAN no está diseñado para modificar directamente la política o medida que suscita el conflicto. Facilita el carácter ejecutorio y el cumplimiento de una resolución, dado que para un Estado suele ser más fácil pagar la indemnización que modificar o enmendar una ley o política. Es, o debería ser, una vía de recurso extraordinaria, y no un procedimiento al que deba acudirse en el caso de problemas o medidas menores que sería más efectivo impugnar por las vías de recurso nacional a fin de garantizar la continuidad de la inversión.<sup>405</sup> De hecho, este mecanismo deriva del derecho consuetudinario internacional sobre reclamaciones diplomáticas, y en él se requiere que se agoten las vías de recurso locales antes de presentar una demanda ante un tribunal internacional. Aunque, según los términos del TLCAN, el inversionista, como regla general, no tiene que agotar las vías locales como condición procesal para poder presentar una demanda, algunas de las disposiciones sustantivas sí abren la posibilidad para que un tribunal determine la necesidad de hacerlo en el caso concreto.<sup>406</sup>

Más importante aún, para propósitos de efectividad, se establece que la resolución de disputas por el tribunal arbitral relativo a inversiones del TLCAN es *res judicata*. Por tanto, el inversionista no puede impugnar las mismas medidas a través de otro procedimiento judicial o quasi judicial. En este nivel, la estipulación del monto adjudicado para resolver la disputa también resuelve el conflicto, pues al someter su demanda ante el mecanismo arbitraje, el inversionista acepta que con el pago de una indemnización adecuada quedaría resuelta su demanda.

Ahora bien, algo que resulta muy interesante y que hemos descubierto a partir de nuestros estudios empíricos es que el mecanismo también tiene un efecto preventivo o disuasorio indirecto, y resuelve los conflictos antes de que éstos lleguen a la etapa final del proceso de tribunales arbitrales. En el caso Ethyl, Canadá prefirió pagar para concluir la disputa y revocar la medida, antes que arriesgarse a perder ante el tribunal de

<sup>405</sup> También es extraordinario en el sentido de que no es una vía de recurso nacional, sino un procedimiento de legislación internacional. El punto en cuestión no es si la medida fue legal o legítima de acuerdo con las leyes del país de origen de la parte, sino determinar si fue contraria a las obligaciones contraídas según los términos del TLCAN.

<sup>406</sup> Véase, por ejemplo, el análisis de los méritos de la controversia en el laudo emitido por el tribunal arbitral en el caso Loewen en relación con la determinación de una negación de justicia sustantiva en el plano internacional.

arbitraje del TLCAN. Asimismo, una evidencia del efecto disuasorio del mecanismo es el hecho de que los gobiernos locales y federales de las partes consideren como un factor muy importante para su toma de decisiones el peligro de que, al adoptar medidas que involucran a inversionistas de los países miembros del Tratado o a sus inversiones, se viole alguna disposición del TLCAN en materia de inversión, y el afectado apele al mecanismo de arbitraje del mismo. Con base en las evidencias recabadas durante nuestras entrevistas sabemos que, en lo que respecta a sus decisiones relativas a inversionistas extranjeros, el gobierno mexicano, tanto en el ámbito federal como local, efectivamente considera la posibilidad de incurrir en una violación de las disposiciones del Tratado en materia de inversión que conduzca al arbitraje. Todas estas evidencias sugieren que el mecanismo de arbitraje relativo a inversiones del TLCAN ejerce un efecto disuasivo o preventivo indirecto en la resolución de conflictos que han dado o podrían dar lugar a disputas.

En suma, el mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN es un instrumento eficaz para resolver las disputas sobre inversiones, porque su diseño institucional impide que haya un desequilibrio de poderes, al ofrecer a los inversionistas privados una vía de recurso directa y basada en reglas, y porque el arbitraje entre las partes pública y privada toma elementos de distintas tradiciones legales y brinda referencias y reglas procesales que rebasan el interés último de las partes en disputa.

Sin embargo, existe otro nivel, más complejo, en el que el mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN debe y está siendo sometido a prueba. Nos referimos a su eficacia sustantiva. ¿El mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN está siendo eficazmente aplicado y, por tanto, está desarrollado el régimen legal de inversiones del Tratado? ¿Cómo están resolviendo las disputas los tribunales de arbitraje? ¿Cuál es el alcance de las disposiciones sobre inversión y cuál es el derecho aplicable?

Estas preguntas son importantes, pues las principales preocupaciones y críticas que se expresan actualmente en relación con el mecanismo de arbitraje en materia de inversión del TLCAN se refieren a la sospecha de que las disciplinas sustantivas del capítulo 11 hayan sido diseñadas para interferir con el ejercicio de la autoridad gubernamental. Los artículos 1105 y 1110 del Tratado aparecen al frente de este debate. ¿Qué podemos responder a esas críticas? ¿Qué nos indica hasta ahora el análisis de las disputas?

Como lo discutimos en el capítulo 3, si bien han surgido profundas preocupaciones respecto al manera en que los inversionistas y algunos tribunales han interpretado las disposiciones del capítulo de tal manera que parecen otorgar derechos a los inversionistas que nunca pretendieron los gobiernos concederles, también ha habido otros casos en los que los tribunales desecharon la reclamación en los méritos o denegaron la querella porque el inversionista no cumplió con los requisitos del acuerdo para arbitrar. Si bien ha habido preocupación por el monto de los daños que se ponen en juego en estos arbitrajes y por la posible afectación que esto pueda tener sobre el interés público local y nacional y las medidas gubernamentales en material ambiental y social, el monto de daños otorgados ha sido hasta ahora muy por debajo de los daños solicitados por los demandantes. Adicionalmente, la mayoría de las demandas se han entablado contra medidas tomadas por los gobiernos federales y no han reflejado hasta ahora en el agregado una amenaza reiterada contra decisiones locales en materia social.

En cuanto a la eficacia sustantiva, la pregunta central es ¿en qué medida las disciplinas de la sección A del capítulo 11 interfieren con el ejercicio legítimo de las funciones gubernamentales y especialmente las disposiciones de los artículos 1105 y 1110? Al respecto, es importante resaltar que los acuerdos bilaterales de inversión precursores del capítulo 11 se empezaron a desarrollar en un momento en que las nacionalizaciones y expropiaciones a gran escala eran mucho más frecuentes y muchas veces usadas por países en desarrollo o comunistas como herramientas de legitimación política interna o para obtener recursos económicos no disponibles de otra forma. Las cuestiones más comunes entonces se referían a la forma de valorar la propiedad expropiada. Esto no es lo que prevalece actualmente bajo los procedimientos del TLCAN. Actualmente las preocupaciones sociales y de gobierno giran alrededor de la protección ambiental, los derechos laborales, la participación de la sociedad civil local y transnacional, sobre cuestiones de transparencia, rendición de cuentas del sector público y privado, de gobernabilidad y políticas públicas, entre otras. Este cambio de circunstancias también se ve reflejado en el tipo de cuestiones que se someten al arbitraje del capítulo 11. Sólo en uno de los 23 casos iniciados, el caso GAMI contra México, la medida en cuestión es una expropiación formal. Todas las demás se refieren a medidas gubernamentales regulatorias o de política pública, a controversias sobre el ejercicio de facultades gubernamentales e inclusive a procedimientos judiciales.

De hecho, el análisis de los casos evidencia su complejidad fáctica, inclusive en cuanto a la identificación de las medidas en cuestión. En Ethyl, por ejemplo, se llegó a discutir si la medida en cuestión constituía una medida relacionada con la inversión o se trataba de una medida que afectaba el comercio de bienes. En Metalclad, el demandante no identificó medidas particulares sino hasta la audiencia. En Methanex, se le pidió al demandante que reformulara la demanda, toda vez que la presentada no cubría una medida gubernamental bajo la competencia del tribunal conforme al artículo 1101. En Loewen se ventiló si un procedimiento judicial civil a nivel local podía constituir una violación al artículo 1105 y si la negativa a reducir la fianza para apelar la decisión podía constituir una medida equivalente a la expropiación. De una forma u otra, Ethyl, Metalcad y Methanex involucraron la cuestión de sobre qué bases y qué evidencia gobiernos locales y federales pueden regular y limitar o detener una actividad de inversión sin violentar las disposiciones sustantivas del capítulo 11. Pope & Talbot discutió la cuestión sobre si la implementación de un complejo acuerdo internacional podía constituir una medida equivalente a la expropiación.

La complejidad de las cuestiones presentadas y los hechos de los casos imponen sobre los actores y árbitros retos importantes. Estas cuestiones deben ser tratadas a la luz de una serie de disposiciones sustantivas que no admiten definiciones formalistas o estrictas, sino que contienen estándares con cierto grado de flexibilidad. Así, evaluar si una medida en disputa viola el estándar de medida justa y equitativa bajo el artículo 1105 constituye una medida equivalente a la expropiación es un ejercicio complejo en el que se deben analizar con cuidado y rigor tanto el contenido de estas disposiciones bajo el derecho internacional como la totalidad de las circunstancias del caso. Este análisis debe partir del principio reconocido por el derecho internacional de que los inversionistas deben asumir los riesgos razonables que representan sus inversiones y deben acatar y operar con respeto al derecho de la jurisdicción en la que realizan su inversión. Esto debe incluir el riesgo de invertir en áreas altamente reguladas. Todas las circunstancias de un caso incluyen también, entre otras circunstancias, la complejidad de sistemas federales de gobierno y las preocupaciones legítimas en materia de interés público y social contemporáneas. Por todo esto y por la naturaleza internacional del derecho aplicable, las disposiciones de los artículos 1105 y 1110 son de naturaleza flexible, y exigen

una evaluación razonada y rigurosa de los árbitros para determinar caso por caso la distinción entre el ejercicio legítimo de la autoridad gubernamental en entidades políticas con sistemas democráticos y federales y con sistemas legales distintos, de las acciones arbitrarias y discriminatorias de gobierno en perjuicio de los demandantes.

El arbitraje inversionista-Estado bajo el TLCAN adecuadamente entendido no debe ser un mecanismo para revisar la legalidad o legitimidad de las decisiones nacionales o locales. Como lo estableció apropiadamente el tribunal en Azinian, no es suficiente convencer al tribunal de que debe desaprobar las acciones de gobierno o las soluciones escogidas, sino que es necesario mostrar una violación a la sección A del capítulo 11 conforme al derecho internacional. Este tribunal señaló, y así ha sido citado por otros posteriores, que el mecanismo no constituye un sistema de apelación de decisiones nacionales ni una medida para remediar los problemas o frustraciones que cualquier negocio puede enfrentar en cualquiera de los Estados parte del TLCAN.

En esta perspectiva, consideramos que los tribunales arbitrales, como lo muestra el análisis general de los casos, están en la mejor posición para llevar a cabo su labor si se concentran en este propósito, sin pretender, como lo hizo el tribunal en el caso S. D. Myers, evaluar si existían otras alternativas mejores a disposición del gobierno, o como lo hizo el caso Metalclad, agregar a los objetivos del TLCAN la obligación del gobierno federal de asegurar el éxito de las inversiones de los inversionistas de las otras partes del TLCAN. Creemos, sin embargo, que el análisis de la totalidad de las decisiones refleja un desarrollo progresivo hacia una apreciación más adecuada de los alcances, naturaleza y balance de las disposiciones sustantivas del TLCAN.

Por último, es necesario referirnos a la nota interpretativa emitida por la Comisión de Libre Comercio sobre la disposición de estándar mínimo de trato del artículo 1105. La nota interpretativa respondió a los álgidos debates y decisiones de los tribunales sobre el contenido de la disposición, principalmente en los casos Pope & Talbot y Metalclad. En Metalclad, el tribunal utilizó la determinación de la violación del artículo 1105 para justificar la violación del artículo 1110, e introdujo en su razonamiento ciertas obligaciones de transparencia que no se encuentran en la sección A del capítulo 11. En Pope & Talbot el tribunal concluyó que el lenguaje del artículo 1105 necesariamente significaba que la valoración

sobre si una medida cumplía con los elementos de trato justo bajo el artículo 1105 debía realizarse independientemente de la valoración correspondiente bajo el estándar mínimo de trato del derecho consuetudinario internacional.<sup>407</sup> En contraste, la Comisión de Libre Comercio emitió la siguiente nota interpretativa:

El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.

Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario o que vaya más allá de éste.

Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se ha violado el artículo 1105(1).<sup>408</sup>

Si bien el tribunal en Pope & Talbot en la fase de daños todavía entró en la discusión de los alcances de la interpretación de la Comisión, aunque eventualmente la empleó en su razonamiento, en los casos posteriores de Mondev y Loewen, por ejemplo, los tribunales se concentraron en discernir el contenido del estándar mínimo de trato bajo el derecho consuetudinario internacional y su aplicación a los casos concretos. En nuestra opinión, la nota aclaratoria fortalece el sistema de reglas del mecanismo, además de que potencialmente sienta las bases para un desarrollo jurisprudencial importante en el ámbito del derecho internacional sobre inversión extranjera.

Pese a lo anterior, la experiencia del funcionamiento del capítulo 11 nos ofrece la posibilidad de considerar posibles recomendaciones a fin de contribuir a mejorar su efectividad. A continuación se ofrecen algunas posibles.

<sup>407</sup> Pope & Talbot, at par. 111.

<sup>408</sup> Nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN (31 de julio de 2001), en [http://www.economia-snci.gob.mx/sic\\_php/ls23al.php?s=18&p=1&l=1](http://www.economia-snci.gob.mx/sic_php/ls23al.php?s=18&p=1&l=1) (sept. 11, 2003).

### *Recomendaciones*

#### *A. Transparencia*

No existe una razón de peso por la cual el mecanismo de resolución de disputas entre inversionistas y Estados no pueda estar abierto al escrutinio público y a la rendición de cuentas, en particular, dado que puede darse el caso de que se presenten a litigio ante un tribunal arbitral asuntos de interés público. Tendrían, entonces, que tomarse medidas para abrir el proceso en mayor grado de lo que propuso la Comisión del TLCAN en julio del 2001. Por ejemplo, en el caso del procedimiento de nulidad del caso Metalclad ante la Corte Superior de Columbia Británica, el juez canadiense autorizó a un periodista independiente grabar la sesión y colocarla en un sitio de Internet en el que el público general podía seguir día a día lo que acontecía en las audiencias. La transparencia es una demanda cada vez más importante en los tres países miembros del TLCAN, y puede coadyuvar en forma importante tanto a la mejor comprensión pública del procedimiento como a la calidad de las actuaciones y decisiones arbitrales.

Algunos de los asuntos que habrían de tratarse serían: cómo y en qué medida deben darse a conocer los documentos a la opinión pública; quién está facultado para asistir a los juicios; quién está facultado para intervenir ante un tribunal arbitral, etcétera. Una manera en que podrían resolverse algunos de estos asuntos sería que las partes negociaran los procedimientos que habrán de emplearse para los casos relativos al capítulo 11, siguiendo el modelo de los procedimientos del CIADI y de la CNUDMI, pero adaptados a los requerimientos específicos del capítulo 11. El hecho de que se sigan tres procedimientos de arbitraje distintos —el del CIADI, el “Mecanismo complementario” del CIADI, y el de la CNUDMI— hace aún más confuso para la opinión pública el funcionamiento del capítulo 11.

#### *B. Hacia un futuro sistema de apelación o revisión*

Uno de los temas que ha empezado a discutirse a raíz de la experiencia de los procedimientos arbitrales bajo el capítulo 11 es sobre la pertinencia de un sistema de apelación o revisión de los laudos arbitrales. Cabe señalar que como está estructurado el mecanismo no existe esa posibilidad a corto plazo. Si bien las Reglas de Arbitraje del CIADI contemplan procedimientos de interpretación, revisión y nulidad de laudos,

esta posibilidad está sujeta a la adopción por parte de Canadá y/o México de la Convención. Un primer paso podría ser dicha adopción para propósitos del TLCAN. Debe resaltarse que inclusive si se tomara este paso, la opción de someter la disputa a las reglas de arbitraje del CIADI, al mecanismo complementario o a las reglas de arbitraje de la CNUDMI, seguiría recayendo en el inversionista demandante conforme al artículo 1120 del TLCAN. Sin embargo, abrir dicha posibilidad podría ser valiosa no sólo por el procedimiento de interpretación, revisión y nulidad mencionados, sino porque las reglas de arbitraje del CIADI constituyen un sistema más acabado y completo, incluyendo un rico acervo de precedentes internacionales que las informan, que las reglas bajo las otras dos opciones. Una limitación más que debe reconocerse en el sistema de revisión y nulidad bajo las reglas de arbitraje del CIADI es que remite, en el caso de interpretación y revisión, en principio, al mismo tribunal que escuchó la controversia, y en el caso de nulidad, a otro tribunal *ad hoc*. Sin embargo, creemos que es importante realizar una contribución más para poner el asunto en la discusión, sobre todo a la luz de la exitosa experiencia del mecanismo de solución de controversias de la OMC, que incluye un órgano de apelación permanente. Al momento de negociar la Convención del CIADI existían pocos precedentes de tribunales internacionales permanentes, y la opción más recurrida en el plano internacional había sido la constitución de procedimientos arbitrales *ad hoc*. Hoy, la situación es diferente, y ello podría ameritar mayor discusión de esta posibilidad, si bien no enfocada necesariamente hacia el TLCAN, sí utilizando esa experiencia para discutirse en el contexto del CIADI. Ello podría contribuir al fortalecimiento del papel que juegan las reglas y el debido proceso en el ámbito de la inversión privada internacional. Para ello se podría pensar en la formación de un panel permanente en el CIADI, o ¿por qué no?, la utilización de una cámara de la Corte Internacional de Justicia.

### *C. Alcance del mecanismo de resolución de disputas inversionista-Estado del capítulo 11*

En el texto de este capítulo no está claramente determinado cuál es su alcance, lo que hace que tanto los litigantes como los tribunales arbitrales puedan interpretarlo de manera muy amplia, quizás con más creatividad de la que fue originalmente pensada. Esto no es en sí mismo negativo, pero puede ser contrario a lo que las partes pretendían. De igual forma, algu-

nos conceptos del capítulo 11 —*e. g.*, en el artículo 1105, el “nivel mínimo de trato”— son muy vagos, por lo que litigantes y tribunales arbitrales cuentan con un margen de acción muy amplio para interpretarlos.<sup>409</sup>

Las decisiones de los casos, a medida que vayan conformando precedentes convincentes, tarde o temprano llenarán este vacío, pero tal vez lo hagan de una manera que rebase la intención original de las partes. Uno de los peligros del proceso judicial moderno es la tentación que pueden tener los tribunales arbitrales de legislar, en lugar de sentenciar, sobre todo en aquellas áreas en las que la legislación sustantiva es vaga y sujeta a interpretaciones. La mayoría de las críticas al capítulo 11 provienen, por supuesto, de quienes están más ansiosos de hacer uso de esta tendencia en otros campos, tales como los acuerdos internacionales sobre medio ambiente y derechos humanos. Además, como lo ha señalado Tony van Duzer, no es inusual que las partes —o los gobiernos— redacten en los acuerdos o leyes principios muy amplios, y dejen que sean las sentencias específicas a cada caso las que vayan resolviendo los detalles del alcance que se pretende dar a la ley o acuerdo.

Sin embargo, las partes harían bien en aprovechar la experiencia de los nueve años transcurridos como base para establecer de manera más razonada el alcance y propósito del mecanismo de arbitraje inversionista-Estado. La facultad de interpretar las disposiciones del capítulo XI se utilizó en el caso del artículo 1105 para clarificar su alcance, y dicho ejercicio podría nuevamente utilizarse para clarificar el alcance del término “medidas equivalentes a una expropiación” del artículo 1110.

#### *D. Sanción contra demandas frívolas*

Algunos críticos han expresado su temor de que algunas empresas poderosas puedan valerse de los procedimientos del capítulo 11 para frenar

<sup>409</sup> El profesor sir Robert Jennings, antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, envió una fuerte misiva al tribunal arbitral del caso Methanex, en la que expresaba su decidida objeción a la decisión de la Comisión del TLCAN que presenta la interpretación que hizo dicho tribunal arbitral del artículo 1105. En opinión de sir Jennings, la decisión, más que interpretar la letra del artículo 1105, lo que hace es tergiversarla. Si bien su opinión de experto podría competir persuasivamente en otro contexto contra aquella formulada por la Comisión, para propósitos del mecanismo del capítulo 11, carece de la obligatoriedad de la que sí goza la interpretación de la Comisión. Véase la declaración de sir Jennings en [www.cyberus.ca/~tweiler/naftaclaims.html](http://www.cyberus.ca/~tweiler/naftaclaims.html)

medidas normativas legítimas. Aunque, como mencionamos antes, existen pocas evidencias que sustenten este temor, podría contemplarse un remedio para ello. En algunos casos se ha visto ya que es posible obligar al pago de cierto monto al gobierno ofendido en caso de una demanda mali-ciosa o frívola. Los tribunales arbitrales deben ser exhortados a utilizar esta disposición siempre que sea necesario. Otra opción que también muy recientemente se ha empezado a discutir es la posibilidad de que los tribunales arbitrales desechen en un procedimiento inicial demandas frívolas y a toda luz improcedentes. Sin embargo, la factibilidad y forma de implementar una propuesta como esta requiere de un estudio cuidadoso y particular.

#### *E. Empleo de contribuciones amicus*

Los tribunales arbitrales ya han expresado su voluntad de aceptar contribuciones *amicus*, pero la regla tendría que ser similar a la adoptada por el órgano de apelación de la OMC: las terceras partes pueden presentar libremente sus contribuciones al tribunal arbitral, pero éste no está de ninguna manera obligado a considerar alguna o la totalidad de ellas. Esto sólo funcionaría si el sistema se abriera más, de tal suerte que las terceras partes pudieran estar mejor informadas de los hechos y asuntos en litigio. Por otra parte, esto añade costos y complicaciones para los litigantes, pues ellos se ven en la necesidad de preparar y responder a las contribuciones *amicus*, aun sin saber si serán consideradas. Es un costo que deben estar dispuestos a pagar.

#### *F. La experiencia del mecanismo debe contribuir al fortalecimiento del estado de derecho*

La experiencia de los procedimientos arbitrales bajo el TLCAN puede ser utilizada para revisar y fortalecer procesos de toma de decisiones a nivel gubernamental y adecuarlos a altos estándares de debido proceso. Una de las críticas fuertes que se han vertido contra el mecanismo es en el sentido de que parece otorgar un trato mejor y diferencial a los inversio-nistas extranjeros sobre los nacionales. Esto no debe ser entendido nece-sariamente como un resultado privativo del mecanismo. En realidad, el mecanismo puede ser entendido como una oportunidad para revisar que

las decisiones gubernamentales sean tomadas bajo los más altos estándares de debido proceso y razón de derecho. Ello requiere un esfuerzo de interiorización de las experiencias y decisiones de los arbitrajes. Cada procedimiento arbitral conlleva un ejercicio serio y riguroso de revisión de las interacciones entre gobernantes y gobernados que se realiza *ex post facto*. De aquí se pueden extraer lecciones importantes en beneficio no sólo de inversionistas extranjeros y en su caso nacionales, sino en general de las prácticas y toma de decisiones gubernamentales. Mas debido proceso y mejor estado de derecho es lo que exigen nuestras sociedades actuales, no menos, y si los estándares internacionales en casos específicos elevan la exigibilidad de las actuaciones del sector público, ello debe representar una oportunidad para extenderlos e interiorizarlos como parte de la gobernabilidad democrática por la que transitan los tres países miembros del TLCAN.

En términos más generales, la experiencia parece indicar que ha llegado el momento de empezar a contemplar la forma de lograr un mejor equilibrio entre los derechos y obligaciones privados y públicos, a través de instrumentos internacionales.

#### IV. DESEMPEÑO DEL ACAAN

Como vimos en el capítulo 4, el ACAAN establece un marco normativo para facilitar la cooperación efectiva en torno a la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente. También establece una Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA), la cual promueve actividades de cooperación y sirve de mediador en las disputas ambientales entre las partes.

A fin de asegurar que se cumplieran tanto los objetivos de cooperación como los de protección ambiental, el acuerdo estableció mecanismos sin precedente en otros acuerdos internacionales en materia ambiental. Este novedoso sistema incluye los informes elaborados por el Secretariado de la Comisión, bajo el artículo 13, que no plantean alegatos sobre posibles incumplimientos de la legislación ambiental; las controversias o peticiones presentadas bajos los artículos 14 y 15 por personas u organizaciones sin vinculación gubernamental, en que sí se alega la omisión de la aplicación efectiva de la legislación ambiental (4) y, finalmente, las demandas que presenta una parte en las que se alega la presencia de un patrón persistente de omisión de la aplicación efectiva de la legislación ambiental, por

otra de las partes, con base en los artículos 22 a 36 del Acuerdo. Este último mecanismo establece un largo proceso de revisión de la controversia antes de que un panel arbitral decida en contra de un país, y se apliquen a éste sanciones comerciales.

Como vimos en el capítulo 4, hasta la fecha el mecanismo de resolución de disputas no ha sido utilizado, pero sí ha habido numerosas peticiones presentadas bajo los artículos 14 y 15, y se han emitido tres reportes con base en el artículo 13 del ACCAN.

Es importante destacar que México, Estados Unidos y el Canadá, al firmar el ACAAN, no asumieron obligaciones específicas en términos de protección ambiental. Cada país es libre de determinar los criterios y niveles de protección ambiental y de modificarlos. En otras palabras, esta obligación fundamental fue establecida en forma imprecisa, de tal manera que no se impusieran requisitos específicos que debieran cumplirse. Ninguno de los tres países mostró interés en firmar un acuerdo que impusiera obligaciones estrictas que debieran cumplirse.

Igualmente, el ACAAN no otorga ningún tipo de delegación de autoridad a la Comisión para que ésta adopte decisiones de política ambiental que sean obligatorias para las partes. Las decisiones de política en el ámbito ambiental continúan siendo hechas por las autoridades nacionales de cada país.

Es cierto que el Secretariado está autorizado para preparar y publicar “expedientes de hechos”, y éstos sin duda sirven para cumplir funciones de transparencia y publicidad. Sin embargo, aunque un país llegue a alterar su conducta debido a una publicidad adversa, de la publicación de un informe de hechos adverso no surge ninguna obligación legal para la parte afectada. El mecanismo de resolución de disputas intergubernamental en el contexto del ACAAN se limita a reclamaciones de que una de las partes ha incurrido en un patrón persistente de omisión del cumplimiento de su propia legislación ambiental. Este criterio es difícil, y ha sido difícil de cumplir. Sólo en raras ocasiones los gobiernos hacen cumplir persistentemente sus legislaciones, y más bien confían o descansan en el cumplimiento voluntario por parte de la población. No debe constituir una sorpresa entonces que hasta la fecha no haya habido iniciativas que aleguen una omisión persistente de la legislación ambiental.

En otras palabras, para entender la naturaleza del ACAAN es importante recordar la distinción que establecimos en la introducción de este li-

bro entre los acuerdos duros o blandos. Los acuerdos duros son aquellos que revelan un claro compromiso por parte de los Estados de vincularse por las normas establecidas en ellos, las normas que los componen se expresan a un alto grado de precisión y los gobiernos aceptan la autoridad de terceros en el proceso de implementación de los mismos o para resolver disputas derivadas de conflictos de interpretación o de alegatos de violación de los mismos por las otras partes.

El concepto de acuerdo “blando”, por el contrario, revela características opuestas. El concepto de acuerdo blando surgió hace una treintena de años para caracterizar la creciente práctica de los Estados-nación de negociar acuerdos, los cuales cuidadosamente evitan provisiones o disposiciones que establezcan obligaciones precisas y vinculatorias y no establecen delegaciones de autoridad en terceros para resolver disputas.<sup>410</sup> Los acuerdos “blandos” han proliferado en las áreas del medio ambiente, los derechos humanos y los derechos laborales,<sup>411</sup> y su atractivo principal es que le permiten a los líderes estatales encarar asuntos y presiones domésticas e internacionales sin sacrificar formalmente su autoridad de actuar con libertad en asuntos internos políticamente sensibles,<sup>412</sup> y proporcionar al mismo tiempo a grupos de la sociedad civil un foro en donde se expongan y ventilen públicamente asuntos relacionados con el área regulada, y estas denuncias, junto con otras actividades de cooperación o de acción o coordinación política, lleven a las autoridades estatales a cumplir las metas del acuerdo.

Desde esta perspectiva, la eficacia de los acuerdos blandos debe evaluarse en la medida en que se alcancen los objetivos del acuerdo a través de mecanismos de cooperación y de participación de los grupos sociales a quienes se les conceden derechos de accionar los mecanismos.

Si hacemos esta evaluación del ACAAN, el panorama que obtenemos es mixto.

En primer lugar, respecto a las peticiones públicas iniciadas con base en los artículos 14 y 15, aunque en general no parecen haber llevado a un cambio sustancial de conducta de las autoridades ambientales de las partes, ni probablemente a una mayor protección ambiental, como lo demuestran el caso del muelle de Cozumel, que fue terminado y está en

<sup>410</sup> Wellens and Borchard (1989), Depuy (1988).

<sup>411</sup> Leary (1997), Weiss (1999).

<sup>412</sup> Szasz (1999), Abbott and Snidal (2000).

funcionamiento a pesar del debate que desató, y el de la “British Columbia Hydro and Power Co.”, que también provocó un gran debate en Columbia Británica y reacciones negativas contra el Secretariado y la Comisión de Cooperación Ambiental. El mecanismo del artículo 14 sí ha obligado a los gobiernos de las partes a dar una explicación de su conducta en los casos que el Secretariado lo ha pedido. También es innegable que ha propiciado una mayor participación social, y de manera indirecta ha ayudado a que la autoridad ambiental aplique de manera efectiva su legislación ambiental.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta que el impacto que este mecanismo tiene en la política ambiental de cada país se relaciona también con los recursos que las leyes y autoridades pongan a disposición del público para presentar demandas a las autoridades por incumplimiento de las leyes ambientales. El artículo 14 impide al Secretariado analizar una petición si el asunto que argumenta está pendiente de resolución por un “procedimiento judicial o administrativo”. Es significativo que el caso planteado por la expansión del Fuerte Huachuca y las dos primeras peticiones de Canadá, rechazadas por el Secretariado, hayan tenido una solución diferente a aquellas donde no hay un procedimiento de este tipo (judicial o administrativo) pendiente de resolución. En el caso de México, el éxito que han tenido los peticionarios al lograr que el Secretariado acepte esas peticiones puede deberse a que este tipo de procedimientos son menos accesibles y tienen menos impacto en la conducta de las autoridades ambientales que en el caso de Canadá y Estados Unidos.

Esto daría a estos dos países una ventaja comparativa en la solución de esta clase de controversias, ya que puede ser menor la proporción de casos que se presenten a la CCA al existir procedimientos eficientes de este tipo al interior de estos países. Esta ventaja no se relaciona ni con el poder de un país ni con sus recursos económicos y técnicos que se reflejan en su influencia dentro de la CCA, pero sí puede influir para que México en el largo plazo modifique estos recursos y los *adecue* a los requisitos del Acuerdo; esto es, que imite los recursos y prácticas que se encuentran en Canadá y Estados Unidos. Por otra parte, el modificar o fortalecer estos recursos puede fortalecer la participación pública en la política ambiental mexicana.

Por último, existen acciones de las autoridades que parecen indicar una disposición a reconocer las omisiones y otorgar la protección ambiental en los casos planteados en ciertas peticiones una vez que éstas se

aceptaron y que se solicitó una respuesta de la parte. Por ejemplo, la declaratoria de zona natural de la costa de Cozumel en 1996, las disposiciones que sobre contaminación agrícola aprobó el gobierno de Québec durante el tiempo en que se presentó este caso, y el cambio de la actuación del ejército de Estados Unidos en el Fuerte Huachuca.

En resumen, nuestra evaluación de las peticiones presentadas con base en los artículos 14 y 15 y de la actuación de la CCA dan un panorama mixto. Parece evidente que el mecanismo contencioso del artículo 14 ha promovido la participación pública, ha fortalecido la actuación de los grupos ambientales, particularmente en México, ha respetado los límites establecidos en el ACAAN al no aceptar peticiones que argumenten contra la aprobación legislativa de leyes y reglamentos y no se ha utilizado como un hostigamiento a las actividades económicas de una de las partes.

Más positiva, sin embargo, es la evaluación de los informes elaborados bajo el artículo 13. Estos informes han fortalecido la cooperación ambiental entre las partes, la asistencia técnica y financiera a México, como en el caso de la Presa de Silva, y el trabajo binacional y trinacional en materia ambiental.

Finalmente, hay que señalar que los problemas planteados para elaborar informes bajo el artículo 13, o los casos presentados bajo el artículo 14, son sólo una parte del trabajo de la Comisión de Cooperación Ambiental. La CCA ha establecido con éxito un cúmulo importante de programas de cooperación e investigación relativos al medio ambiente en la región de América del Norte en áreas prioritarias, como: *a*) salud y contaminantes, en donde se han desarrollado proyectos para identificar contaminantes peligrosos y establecer programas de acción para reducir los riesgos asociados a las sustancias tóxicas;<sup>413</sup> programas de entrenamiento para monitorear y mejorar la calidad del aire; *b*) el medio ambiente, el comercio y la economía, en donde se identifican los vínculos entre las variables ambientales y los indicadores económicos y se reporta sobre los efectos ambientales del TLCAN,<sup>414</sup> y *c*) la conservación del medio ambiente, cuyo propósito es

<sup>413</sup> Como resultado de estos programas se establecieron acuerdos para eliminar de la circulación cuatro contaminantes: el clordano, el DDT, el PCB y el mercurio.

<sup>414</sup> La fase uno de este programa identificó cuatro principales vinculaciones entre el TLCAN y cambios ambientales en México, Estados Unidos y el Canadá; la fase II desarrolló un enfoque analítico general para evaluar los impactos ambientales del TLCAN a través del estudio de sectores específicos tales como el de automotores, energía, y la petroquímica y el forestal.

promover la protección y la conservación de la biodiversidad en la región de América del Norte.<sup>415</sup>

### *Recomendaciones*

De los resultados de nuestra investigación pueden sugerirse algunas recomendaciones para mejorar la efectividad de dos de los mecanismos centrales establecidos en el ACAAN para fortalecer la cooperación y la participación pública.

Los expedientes de hechos constituyen la expresión última del Secretariado de la CCA en lo que se refiere a las peticiones ciudadanas que alegan omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental en los países miembros del ACAAN. Al redactar un expediente de hechos, el Secretariado no puede hacer juicios acerca de la conducta de las partes en lo que se refiere a la aplicación de su legislación ambiental, ni tampoco recomendaciones sobre el problema planteado. De hecho, sólo el que se recomienda que se haga un expediente de hechos es indicativo de que existen problemas en la aplicación de la legislación ambiental. Aunque el Secretariado no tenga el poder sobre las partes para emitir juicios o hacer recomendaciones, de alguna manera los expedientes de hechos pueden cambiar en forma indirecta la aplicación de la legislación ambiental, o el contenido mismo de las disposiciones de esta legislación.

Los países miembros del ACCAN han visto con recelo las peticiones ciudadanas y el análisis que el Secretariado hace de ellas. Sin embargo, el mecanismo contemplado en los artículos 14 y 15 del ACAAN puede servir, y es probable que ya esté sirviendo, como un canal institucional para que el público exprese su inconformidad respecto de la aplicación de la legislación ambiental, quitando presiones a las autoridades ambientales y llevando el debate a una discusión más precisa, exacta y basada en hechos. De ahí que este mecanismo, aunque incómodo para las partes, pueda ser un elemento positivo para circunscribir el debate acerca de los problemas de omisiones en la aplicación de la legislación ambiental a lo que verdaderamente se refiera a este tipo de problemas.

<sup>415</sup> Este programa ha desarrollado mapas de ecorregiones para evaluar sus recursos acuíferos y nivel de conservación; también ha identificado lugares de reposo y de establecimiento de nidos de las aves migratorias.

Conviene precisar o fijar tiempos límites a la emisión del voto aprobatorio por parte del Consejo para la elaboración de los expedientes de hechos, una vez que el Secretariado recomienda elaborarlos. Actualmente están fijados 45 días para que, una vez que se presenta el borrador del expediente de hechos por el Secretariado, se hagan comentarios sobre la fielidad de este borrador, lo que podría acortarse para que los casos fueran resueltos en forma más expedita. Otro plazo que demora la resolución de los casos es el tiempo de espera para que la parte proporcione su respuesta al Secretariado. Una resolución oportuna de los casos no sólo proporciona a los peticionarios y al público información oportuna acerca de su resolución, sino que genera menos expectativas y ayuda a las partes a la solución oportuna del problema.

Recomendamos fortalecer y fomentar los informes que se hacen bajo el artículo 13 del ACAAN. Estos informes han tenido resultados benéficos, y tanto es así que en dos peticiones en que la parte demandada es México, se pide la elaboración de un informe bajo el artículo 13 del problema planteado en cada una de las peticiones, a raíz de las experiencias de la Presa de Silva y del río San Pedro. Además, en estos informes el Secretariado sí puede hacer sugerencias y recomendaciones a las partes, cosa que no puede hacer en los expedientes de hechos. Por último, las recomendaciones que se hagan bajo el artículo 13 del ACAAN pueden incluir asistencia técnica y financiera del Secretariado y de otras partes.

La Comisión de Cooperación Ambiental y el Secretariado no se dedican exclusivamente a la solución de las peticiones de los artículos 14 y 15, ni tampoco a elaborar informes bajo el artículo 13. Una parte importante del trabajo de la Comisión y, por tanto, y específicamente del Secretariado, son los proyectos específicos de la CCA: medio ambiente, economía y comercio, conservación de la biodiversidad, contaminantes y salud y legislación y políticas ambientales. Por otra parte, existe el Fondo de América del Norte para la Cooperación Ambiental, el cual proporciona ayuda técnica y financiera a proyectos presentados por personas del público dedicada a la protección de la salud y del medio ambiente, como ha sido el caso del café de sombra, en el cual se ha dado a pequeños productores de café de Chiapas asistencia técnica y financiera para la producción y comercialización de su producto. Todas estas acciones conllevan una estrecha cooperación dentro de la Comisión y con particulares de las partes, que es finalmente uno de los objetivos del Acuerdo. Por lo tanto, a

fin de fortalecer la cooperación ambiental entre las partes, se debe fortalecer el trabajo que haga el Secretariado en este respecto con mayores recursos financieros y mayor apoyo a este tipo de acciones por parte de los países miembros.

El Secretariado, al recomendar la elaboración de un expediente de hechos, o al rechazar un caso, hace una descripción detallada de las razones por las cuales considera que se necesita una respuesta de la parte, que se amerita la elaboración de un expediente de hechos, etcétera. Por el contrario, el Consejo Ministerial, al votar a favor o en contra de que se elabore un expediente de hechos, o al diferir su elaboración no aclara las razones que tiene para ello. Sería conveniente para el conocimiento del caso por parte del público, que el Consejo expusiera, así sea brevemente, las razones que tiene para aprobar un expediente de hechos, o para instruir al Secretariado no hacerlo. Esto fortalecería la transparencia y la rendición de cuentas por parte de las autoridades ambientales.

## V. DESEMPEÑO DEL ACLAN

El ACLAN no fue diseñado como un mecanismo para forzar el cumplimiento de ciertos estándares laborales. El ACLAN sí crea ciertas obligaciones para que las partes garanticen que aplican de manera efectiva su propia legislación laboral, pero a final de cuentas el procedimiento para la solución de controversias en sí mismo es largo y tortuoso, de modo tal que es difícil que alguna vez vaya a utilizarse. La función del ACLAN es proveer un foro de cooperación y un mecanismo limitado para evaluar asuntos laborales. De acuerdo con el ACLAN, situaciones de incumplimiento de ciertos principios laborales o de la legislación laboral de cada país pueden ser investigados luego de una comunicación ciudadana o a petición de una de las partes.

En virtud de que el Secretariado no tiene el poder de preparar expedientes de hechos (a diferencia de la CCA), las comunicaciones tienen que presentarse ante las OAN de cada país. A fin de presentar un caso en contra del propio país, un ciudadano debe presentar la comunicación ante otro país. Y a final de cuentas los funcionarios de la OAN lo que hacen es investigar el desempeño de los funcionarios del otro país, y no las acciones de los empleadores o los sindicatos involucrados en la disputa.

En otras palabras, el ACLAN es un acuerdo más blando que el ACLAAN, pero aún así, las comunicaciones públicas han probado ser un proceso útil e importante en la práctica, pues ha proveído de un foro para denunciar violaciones a los derechos laborales, y estas denuncias, junto con otras actividades y estrategias políticas que han llevado a cabo los grupos u ONGs que han activado el procedimiento, han forzado a las autoridades públicas de los tres países a justificar y explicar sus políticas, han servido para apoyar campañas más amplias de organización y de atracción de miembros de sindicatos en los tres países y, en algunos casos importantes, los gobiernos o las empresas privadas se han visto forzados a modificar sus políticas o conductas. Igualmente, el ACLAN ha propiciado actividades de asistencia técnica entre los funcionarios gubernamentales y ha promovido la interacción entre los sectores obreros en los tres países.

Esta importancia e impacto de las comunicaciones públicas han sido reconocidos de manera creciente por un mayor número de grupos de importancia estratégica en los tres países. Si bien en los primeros años las CP fueron presentadas por un pequeño número de sindicatos independientes o asociaciones promotoras de la defensa de los derechos laborales, o humanos en general, más recientemente se han presentado CP apoyadas por más de cuarenta organizaciones provenientes de los tres países, entre los que se cuentan las más importantes federaciones obreras, como la AFLCIO, el Congreso Laboral Canadiense o la UNT y el FAT de México.

Además, al parejo del incremento en el interés por el procedimiento de las CP, se ha revelado una mayor sofisticación legal y política en el procesamiento de las CP. Si bien al principio las CP se presentaron para denunciar las violaciones de la legislación laboral por parte de empresas transnacionales que operan en México y se dieron a la tarea de apoyar las labores de organización y atracción de nuevos miembros por parte de sindicatos independientes que operan en el sector maquilador, más recientemente las CP se han concentrado en destacar los que se consideran abusos sistemáticos de las leyes laborales por parte de los tres países, tales como el sesgo que se alega existe en las actuaciones de las juntas de conciliación y arbitraje en México en favor del sindicalismo oficial o la propensión en las empresas estadounidenses y canadienses a utilizar la amenaza de cierre de empresas para frenar las campañas de organización y de atracción de nuevos miembros por parte de los sindicatos en ambos países o la falta de cumplimiento de una variedad de derechos laborales de los trabajadores migratorios.

Con todo, cabe señalar que la mayoría de los defensores de los derechos laborales que han iniciado comunicaciones públicas continúan señalando las deficiencias del proceso de revisión contemplado en el ACLAN. Las CP, señalan los críticos, y no puede menos que reconocerse, no han logrado reinstalar más que un número pequeño de trabajadores despedidos ilegalmente, y no han propiciado ninguna mejoría sistemática en las prácticas laborales regionales. Una comisión independiente a los cuatro años de operación del ACLAN también realizó una evaluación y destacó que las instituciones del ACLAN, aunque habían realizado su misión, no habían sido utilizadas a potencial pleno; en particular, la comisión recomendó que las OAN debían iniciar sus propias investigaciones independientes y no esperar a que hubiera comunicaciones públicas para iniciarlas; que el Secretariado debía formular un plan de largo plazo en el que considerara las necesidades de recursos y un plan de trabajo para las actividades de cooperación y que debería existir una mayor uniformidad en los procedimientos de consulta y los procedimientos de evaluación a fin de mejorar las comunicaciones públicas. Cabe mencionar que estas recomendaciones, aunque han sido tomadas en cuenta en un programa a largo plazo que preparó el Secretariado, dicho programa se encuentra en espera de ser aprobado por los tres gobiernos.<sup>416</sup>

¿Qué tipo de reformas podrían sugerirse al ACLAN que sirvieran para mejorar en forma más sistemática las prácticas laborales regionales?

- a) Un primer elemento de reforma para asegurar una mayor efectividad del ACLAN sería proveer a la CCL con un financiamiento adecuado. Las contribuciones raquíáticas de cada uno de los países<sup>417</sup> deberían de incrementarse en forma equilibrada con el tamaño de los flujos comerciales entre los tres países;
- b) Canadá, México y los Estados Unidos deberían de aceptar hacer una revisión completa y permitir procedimientos de arbitraje respecto de los tres principios centrales laborales, a saber: los relativos a trabajos de los menores, las condiciones mínimas de trabajo y los de prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales,

<sup>416</sup> Entrevista con un funcionario del Secretariado del ACLAN (2002). De hecho, una segunda evaluación del ACLAN debió haber sido hecha el año 2002, pero sigue sin ser publicada.

<sup>417</sup> Que en 2002 ascendían a tres cuartos de millón de dólares.

que son los que en la actualidad pueden ser sujetos a una revisión tanto de las OAN como a consultas ministeriales, así como a revisión por parte de un comité de expertos y/o de un panel de arbitraje. La CCL debería de conducir la revisión y dejar que árbitros independientes sean quienes tomen la decisión respecto a la omisión en la aplicación efectiva de la ley laboral. Otros principios laborales, como la libertad de asociación y protección del derecho a organizarse, deberían ser sujetos a reportes de expertos independientes.

- c) Debería de concederse un derecho a los trabajadores a conocer si una fábrica o planta puede llegar a cerrarse y relocalizarse por razones de incrementos en los salarios, impuestos u otras diferencias. Las amenazas de cierre y relocalización cuando surgieran en las negociaciones colectivas de contrato deberían ser sujetas a un informe en el que se dieran a conocer a los sindicatos información detallada de los costos comparativos, informes que serían avalados por las autoridades laborales de los tres países.