

Introducción XXV

 I. Importancia de los mecanismos de resolución de disputas
 en la negociación global del TLCAN XXV

 II. Los modelos de los mecanismos de resolución de con-
 flictos comerciales: el modelo “diplomático político” y el
 modelo “orientado por reglas” XXVI

 III. La juridización de las relaciones comerciales internacio-
 nales. Los acuerdos “duros” y “blandos” XXVII

INTRODUCCIÓN

I. IMPORTANCIA DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LA NEGOCIACIÓN GLOBAL DEL TLCAN

No resulta exagerado afirmar que entre los múltiples y complejos temas que enfrentaron en la negociación del TLCAN México, Estados y el Canadá, uno de los que más importancia tuvieron para los tres países fue el de los mecanismos de resolución de disputas que debían incluirse en el acuerdo global. Esta importancia derivó de la conciencia de que la negociación a final de cuentas daría como resultado un cuerpo complejo de detalladas normas y reglas obligatorias para los tres países, y de que dada la complejidad del mismo, era importante incluir mecanismos institucionales efectivos para la resolución de disputas que surgieran como resultado de la implementación del mismo y que sirvieran además para aclarar cualquier ambigüedad en las normas o reglas negociadas, que forzaran al cumplimiento del marco normativo y que facilitaran la identificación de fórmulas para prevenir o minimizar conflictos, promoviendo los objetivos generales del acuerdo global.

En este libro se analizan en detalle el diseño institucional de cada uno de los mecanismos incluidos en el TLCAN y los acuerdos paralelos de cooperación ambiental y su grado de efectividad para cumplir los objetivos para los que se negociaron. Pero antes de proceder a lo anterior, en esta introducción se discuten los modelos que normalmente utilizan los acuerdos comerciales internacionales en el diseño de mecanismos de resolución de disputas, destacándose las ventajas y limitaciones que en la literatura se les han encontrado a cada uno de ellos. Igualmente, se destaca el nuevo papel que la juridización¹ ha estado desempeñando en el área del comercio multilateral y los acuerdos regionales, y cómo dependiendo

¹ Es decir, la creciente disposición que han mostrado los Estados miembros de la comunidad internacional a sujetar diversos ámbitos de su actuación a constreñimientos normativos.

del nivel de juridización que comprenda un acuerdo internacional se pueden explicar la efectividad o ineffectividad de distintos mecanismos de resolución de disputas y de fomento de la cooperación entre los países socios de dichos acuerdos regionales.

En la segunda sección de esta introducción se analizan los modelos que se han utilizado para diseñar mecanismos de resolución de diferencias y las conveniencias e inconveniencias que se les han encontrado. En la tercera, se destacan los avances que ha tenido la juridización en las relaciones internacionales y cómo puede ayudar a explicar la efectividad de los mecanismos de resolución de disputas y de fomento de la cooperación.

II. LOS MODELOS DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMERCIALES: EL MODELO “DIPLOMÁTICO POLÍTICO” Y EL MODELO “ORIENTADO POR REGLAS”

En la negociación de acuerdos comerciales internacionales normalmente los gobiernos se guían por dos modelos para la resolución de conflictos comerciales. El primero, al que en la literatura especializada se le ha denominado el modelo “diplomático-político”, y un segundo, al que se le describe como el modelo “orientado por reglas”. Ambos modelos normalmente tienden a ser utilizados en diversos grados y combinaciones, y así lo fueron en el TLCAN y sus acuerdos paralelos.

El modelo “diplomático-político” se caracteriza por el uso de técnicas diplomáticas tales como la consulta, mediante la cual las propias partes intentan por sí mismas resolver cualquier controversia que surja; o la mediación y/o conciliación, que consiste en la aceptación por las partes de la acción de terceros a fin de que éstos ayuden a proponer una base de resolución que resulte mutuamente satisfactoria en caso de una controversia. A estas técnicas diplomáticas se les atribuyen diversas ventajas, las cuales derivan de la flexibilidad de los procedimientos, el control que ejercen las partes sobre el curso y avance de la disputa, su libertad de aceptar o rechazar una propuesta de arreglo o solución, la posibilidad de evitar una situación de suma-cero con las repercusiones sobre el prestigio de las partes, la viabilidad de tener en cuenta las sensibilidades e implicaciones políticas más amplias de un asunto, y a final de cuentas la posibilidad de usar el poder relativo e influencia con que cuenta cada una de las partes para influir la conducta de la otra parte.

Este modelo, como ya mencionamos antes, orientó por muchos años los procedimientos de resolución de disputas del GATT, el cual incluyó técnicas “diplomático-políticas” como las de transparencia, las consultas, la mediación, etcétera.

Sin embargo, existe otro segundo modelo, el “orientado por reglas”, que se fundamenta en el empleo del arbitraje o la adjudicación, y cuando las partes quieren obtener decisiones vinculatorias (obligatorias) orientadas por reglas, las cuales se estructuran de conformidad con los intereses y obligaciones de largo plazo de las partes (tal por ejemplo como se definen en acuerdos multilaterales como la OMC). Este método revela claramente una preferencia por evitar el método político diplomático y los que se perciben como sus riesgos, tales como la dependencia en la buena fe y el consentimiento de la otra parte en una disputa o las soluciones *ad hoc*, las cuales posiblemente reflejen el poder relativo de cada una de las partes y no la sustancia y a quién asista la razón. De tal modo, una solución “orientada por reglas” puede ser llevada a cabo mediante: a) la adjudicación, la cual consiste en la aceptación por las partes de que agentes externos e independientes a ellas resuelvan con carácter vinculatorio cualquier asunto sustantivo que no pueda ser resuelto mediante las consultas o la mediación o conciliación, o b) el arbitraje, el cual permite que las partes por sí mismas nombren a los árbitros, definan el alcance, los parámetros del arbitraje y de la jurisdicción del tribunal y de determinar los procedimientos aplicables y reglas sustantivas para la solución de la controversia o serie de controversias.

Este modelo, por cierto, es el que sirvió de fundamento al nuevo mecanismo de resolución de disputas comerciales que se incluyó en la Organización Mundial de Comercio (OMC).

III. LA JURIDIZACIÓN DE LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. LOS ACUERDOS “DUROS” Y “BLANDOS”

Recientemente, a la literatura que analiza las ventajas y desventajas de los modelos diplomático-político y del orientado a reglas como diseños fundamentales de los mecanismos de resolución de disputas se ha añadido una nueva corriente que intenta evaluar la eficacia y valor de los mecanismos de resolución de disputas a la luz de una cuestión más amplia, a saber: el nivel de “juridización” o formalización que contenga el acuerdo

internacional más amplio del cual forman parte dichos mecanismos. Para esta corriente, la juridización, o formalización entendida como una forma particular de institucionalización, “representa la decisión de los gobiernos de imponerse en diferentes áreas temáticas constreñimientos normativos sobre su conducta”.²

De acuerdo con este enfoque, los acuerdos comerciales internacionales varían según el nivel y grado de juridización que contengan. Y este nivel dependerá de tres variables fundamentales; *a*) su nivel de obligatoriedad; *b*) su grado de precisión, y *c*) su nivel de delegación de autoridad. Por obligatoriedad, a su vez, se entiende el grado en que los gobiernos se consideran a sí mismos constreñidos a comportarse de acuerdo con los términos establecidos en el acuerdo. Por precisión se entiende el grado de claridad de las normas contenidas en el acuerdo, y por delegación, el grado de aceptación de los gobiernos a la autoridad de terceros en los procesos de implementación de los acuerdos, la resolución de disputas, y de creación e interpretación de normas.

En otras palabras, de acuerdo con estas variables podemos clasificar a los acuerdos internacionales dentro de un rango de mayor o menor vinculatoriedad. Los acuerdos que establecen el grado más alto de obligatoriedad, que exhiben el nivel más alto de precisión y que revelan la mayor disposición de los gobiernos a la delegación de su autoridad a terceros para la resolución de disputas y la creación e interpretación de normas, podemos clasificarlos como acuerdos “duros”, mientras que aquellos que establecen un nivel débil de obligatoriedad, que contienen normas imprecisas o ambiguas y que establecen un nivel mínimo de delegación de autoridad, se podrían denominar acuerdos “blandos”.

Si aplicamos estos criterios al ámbito del comercio multilateral, es posible aducir que en las últimas dos décadas se ha expresado una tendencia hacia una mayor juridización de las relaciones comerciales multilaterales. En efecto, la transformación del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) hacia la Organización Mundial de Comercio (OMC), la cual regula sus actuaciones con base en un complejo régimen de normas y reglas precisamente establecidas y obligatorias para los países miembros y las cuales pueden ser hechas cumplir por un órgano externo de resolución de disputas con base en

² Goldstein, Judith, Miles Kahler and Robert Keohane (2000).

procedimientos precisos y transparentes, es una muestra patente del avance de esta tendencia en el ámbito comercial multilateral.

Igualmente lo es a nivel de la región europea, en donde hemos visto a la CE transformarse en una nueva organización transnacional, cuya conducta y la de los Estados que la componen es regulada por un complejo y extenso marco normativo de carácter obligatorio, cuyo enforzamiento se deja a órganos distintos de los nacionales, en particular a la Corte Europea de Justicia.

Sin embargo, no en todas las regiones se ha dado un compromiso por avanzar a nivel tan extenso en el nivel de la juridización, y de hecho en algunas regiones, como en la de la APEC, existe un claro rechazo a esta tendencia. En otras palabras, aunque es un hecho que el proceso de juridización ha avanzado enormemente, es innegable que no lo ha hecho de manera regular y sistemática en todos los ámbitos y áreas. ¿Qué podemos decir del TLCAN?

Una de las características principales que distinguió a las relaciones comerciales entre México y Estados Unidos y México y el Canadá fue que por muchas décadas se condujeron de manera informal, es decir, en ausencia de acuerdos formales entre los gobiernos. Esta situación, sin embargo, se transformó en la década de los años ochenta y noventa. En el ámbito económico, en particular, los gobiernos de México y Estados Unidos y México y el Canadá decidieron comenzar a firmar una serie de acuerdos hasta concluir con la firma de un acuerdo sumamente amplio y ambicioso como es el TLCAN.

El TLCAN, desde la perspectiva de la juridización, es un acuerdo que establece niveles relativamente amplios de obligatoriedad y precisión a través de un conjunto de normas incluidas en 22 capítulos, en los cuales se detallan de manera muy clara y precisa una serie de obligaciones y derechos de los tres países en una amplia gama de materias relacionadas con el comercio de bienes, la inversión, la propiedad intelectual, el comercio de servicios, etcétera. Incluye además una serie de anexos que elaboran y detallan las obligaciones de las partes y las excepciones a las mismas.

Mediante el TLCAN y este amplio nivel de obligatoriedad y precisión los tres países decidieron eliminarse entre sí las barreras al comercio y la inversión sobre la base de que ello les produciría ganancias económicas, pero además buscaban alcanzar otros objetivos diplomático-políticos, como fueron disminuir los riesgos de que cualquiera de los tres países

diera una marcha atrás en el proceso de liberación, y aminorar los costos de transacción en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes. También se buscó establecer una barrera de contención a las presiones políticas de las industrias favorables al proteccionismo y crear un clima favorable a la planeación de las empresas regionales a las vez que exponer con transparencia los términos concretos del Acuerdo a fin eliminar las preocupaciones de terceros países y facilitar la coordinación de las actividades entre las distintas entidades gubernamentales de los tres países.

El TLCAN, por otra parte, establece un relativamente moderado nivel de delegación de autoridad, ya que fue diseñado con el propósito específico de evitar cambios en el proceso de toma de decisiones de alto nivel en política económica de cada uno de los tres países. En efecto, la máxima institución política del TLCAN es la Comisión de Comercio (CC), la cual está compuesta por el secretario de comercio de cada país, y su principal responsabilidad es supervisar la implementación del acuerdo, nombrar a los panelistas en el contexto de resolución de controversias y negociar acuerdos de adhesión con otros países. La CC actúa por consenso y no tiene poderes de adoptar medidas legales que sean obligatorias al interior de cada país. El TLCAN y sus acuerdos paralelos, sin embargo, establecen un sistema novedoso y relativamente complejo de mecanismos institucionales de resolución de controversias que imponen un moderado nivel de delegación de autoridad en terceras personas a fin de implementar y hacer cumplir las normas de los tres acuerdos.

¿Cuáles son las ventajas de que los acuerdos comerciales o de cooperación ambiental y laboral expresen un alto o bajo nivel de juridización y en particular que incluyan mecanismos de resolución de disputas que se guíen por el modelo orientado por reglas o por el diplomático político? ¿Cuál de estos modelos resulta más eficiente y eficaz para resolver conflictos y promover la cooperación entre las partes? ¿Por qué en ciertas áreas los gobiernos prefirieron el modelo diplomático y en otras el modelo orientado por reglas? O, desde la perspectiva de la juridización, ¿cuáles son las razones que llevaron a los tres países a delegar autoridad a terceros para interpretar importantes disposiciones del TLCAN y/o resolver controversias en ciertas áreas y no otras? ¿En cuáles de estas áreas estamos ante acuerdos duros y blandos y cuáles son las ventajas de unos y otros?

En este libro se analizan los diseños que los países miembros del TLCAN escogieron para los distintos mecanismos de resolución de disputas que se incluyeron en el TLCAN y los acuerdos paralelos y el nivel de efectividad que han tenido para resolver los conflictos que han surgido ante los mismos y para promover la cooperación entre las partes.

El capítulo primero emprende un análisis del mecanismo más general y más importante de resolución de disputas que se incluyó en el TLCAN, a saber: aquel que fue diseñado para la prevención o solución de controversias derivadas de la interpretación y aplicación del TLCAN o respecto de aquellas circunstancias en que una de las partes considera que una medida vigente o en proyecto de otra parte es o podría ser incompatible con las obligaciones del TLCAN, o pudiera ser causa de anulación o menoscabo de beneficios. Este mecanismo se establece en el capítulo 20 del TLCAN.

El capítulo inicia con una discusión del diseño institucional que se escogió para el mismo. Continúa con un análisis de las controversias que se han presentado ante el mismo, la resolución que se le ha dado a la mayoría de ellas y los factores que explican que algunas se encuentren todavía sin resolver. El capítulo concluye con una evaluación de la efectividad que ha tenido el mecanismo en estos diez años.

El capítulo segundo realiza un análisis de otro mecanismo más específico y más innovador que el del capítulo 20, a saber: aquel dirigido a resolver las disputas relativas a la interpretación y/o aplicación de las legislaciones *antidumping* y de subsidios y cuotas compensatorias, y que se incluye en el capítulo 19 del TLCAN. Éste es un mecanismo al que, como ya vimos, los exportadores canadienses y mexicanos y sus respectivos gobiernos le dieron una importancia fundamental, pero que por sus características y el grado de nivel de delegación de autoridad que concede a los paneles binacionales resultó uno de los más difíciles de negociar. El capítulo inicia con una discusión del origen del mecanismo en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALCCEU) y el desempeño que tuvo durante la vigencia del ALCCEU. Continúa con una discusión de cómo el mecanismo original sufrió algunas modificaciones y ampliaciones en el TLCAN a fin de satisfacer las preocupaciones e intereses de cada uno de los tres países. A esta discusión sigue un análisis del desempeño del mecanismo desde su entrada en vigor para culminar con una

evaluación del desempeño del mecanismo a la luz de nuestros hallazgos y de las críticas que se le han enderezado al mecanismo en los tres países.

El capítulo tercero procede a analizar un segundo mecanismo específico e igualmente innovador: el referente a la resolución de conflictos derivados de supuestas violaciones de los derechos que establece el TLCAN a los inversionistas de alguno de los Estados miembros por parte de otro de los Estados miembros del TLCAN que sirva de anfitrión. A este mecanismo lo denominamos “inversionista-Estado anfitrión”. El capítulo inicia con una exposición de las principales disposiciones sustantivas del capítulo 11, destacándose el carácter innovador de ellas en comparación con otros acuerdos internacionales de inversión. En esta sección también se analiza el diseño institucional del mecanismo de resolución de disputas y sus peculiaridades. En seguida se hace un recuento de los casos que se han presentado ante el mecanismo inversionista-Estado anfitrión y se discuten a detalle los casos que han sido decididos por tribunales arbitrales hasta la fecha. En virtud de que algunas de estas decisiones y las pretensiones que se plantean en otros de los casos pendientes han generado mucha preocupación entre importantes grupos, y de hecho han llevado a la conclusión a algunos de ellos que el mecanismo inversionista-Estado anfitrión vulnera la soberanía de los Estados para promulgar políticas públicas que regulen el medio ambiente o la salud pública, en la parte final del capítulo tercero se analizan con cuidado los argumentos que se han vertido para avalar esta crítica. Este análisis se realiza a la luz de la experiencia de operación del mecanismo desde su entrada en vigor. Este análisis a su vez sirve para obtener algunas conclusiones acerca del valor que ha tenido el mecanismo inversionista-Estado anfitrión para resolver eficazmente los conflictos que se le han planteado y mejorar la gestión de las relaciones de inversión entre los socios del TLCAN.

El capítulo cuarto, por su parte, aborda y analiza tanto el mecanismo de resolución de disputas que se incluyó en el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN) para asegurar el cumplimiento por parte de los gobiernos del TLCAN de sus respectivas legislaciones ambientales, como de los mecanismos para asegurar la participación pública en la vigilancia del cumplimiento de la legislación ambiental y para promover y fortalecer la cooperación entre los tres países en el ámbito ambiental que también incluyó el ACAAN. El capítulo inicia con un recuento de los orígenes del ACAAN. Continúa con un análisis de los dise-

ños institucionales de los mecanismos de resolución de disputas y los relativos a la participación pública y de fomento de la cooperación. En la tercera sección se analizan las comunicaciones públicas que se han presentado denunciando violaciones a las legislaciones ambientales en los tres países y las resoluciones que se les han dado. En esta sección también se analizan los casos en los que la Comisión de Cooperación Ambiental (CCA) inició estudios de problemas ambientales comunes que se presentaron en este periodo y las soluciones que la CCA propuso para resolverlos. En la parte final del capítulo se hace una evaluación de los distintos mecanismos y su utilidad para asegurar el cumplimiento de las legislaciones ambientales y fortalecer la cooperación entre los tres países en el ámbito ambiental.

En el capítulo cinco, a su vez, se realiza un examen similar al del capítulo cuarto en relación con el origen y diseño de los mecanismos institucionales incluidos en el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN), tanto de los dirigidos a resolver disputas como aquellos para facilitar la participación pública en la vigilancia y denuncia de las violaciones a las legislaciones laborales de cada uno de los países miembros del TLCAN. En este capítulo también se hace un análisis de las comunicaciones públicas que distintos grupos de los tres países han presentado denunciando violaciones a las legislaciones laborales de la región y la respuesta que estas denuncias han obtenido. En la parte final se hace una evaluación de estos mecanismos.

En el capítulo sexto se extraen algunas conclusiones acerca de la efectividad de los distintos mecanismos de resolución de disputas y el valor y/o limitaciones que han tenido para mejorar la gestión de las relaciones comerciales y de inversión entre los tres países y para fortalecer la cooperación entre ellos en los ámbitos ambiental y laboral. Asimismo, se hacen algunas recomendaciones para fortalecerlos.