

## PRÓLOGO

Una de las características más importantes del proceso de liberación de los flujos de comercio de bienes y servicios y de inversión que se ha generalizado en la economía internacional desde la década de los años ochenta es el hecho de que este proceso ha tenido lugar a través de un creciente número de acuerdos comerciales regionales, los cuales, en algunos casos, como el del TLCAN, se caracterizan por sus cientos de páginas de detalladas normas y reglas vinculatorias para los países miembros.

En efecto, el TLCAN es uno de los acuerdos comerciales más comprensivos firmados en las últimas dos décadas, compuesto por 22 capítulos, en los cuales se incluyen una serie de principios, normas, reglas y derechos y obligaciones de los países firmantes en materia de comercio de bienes, servicios, inversión, propiedad intelectual, barreras técnicas al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, etcétera. El TLCAN incluye además una serie de anexos que elaboran y detallan las obligaciones y las excepciones a las mismas.

Dada la complejidad del entramado normativo que los compone, los acuerdos comerciales como el TLCAN normalmente incluyen dentro de sus provisiones, mecanismos de resolución de controversias, los cuales se diseñan con el propósito 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.

Los mecanismos de resolución de controversias a su vez juegan un papel esencial en el manejo de las relaciones entre los países signatarios de los mismos, pues facilitan que los acuerdos negociados se robustezcan al asegurar que las conductas de las partes se ajusten a las normas y reglas negociadas mediante una serie de técnicas, como las de: *a) la transparencia*, la cual asegura que todas las reglas y procedimientos aplicables negociados sean conocidos por las compañías y empresas exportadoras e importadoras, los inversionistas y otros gobiernos, con lo cual se reducen

las probabilidades de malentendidos y acciones arbitrarias; *b)* consulta, mediante la cual las propias partes intentan por sí mismas resolver cualquier controversia que surja; *c)* mediación y 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, y *d)* la adjudicación, la cual consiste en la aceptación por las partes de que agentes externos e independientes de ellas resuelvan con carácter vinculatorio cualquier asunto sustantivo que no pueda ser resuelto mediante las consultas o la mediación o conciliación.

A manera de ilustración, cabe mencionar cómo el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), principal instrumento para regular multilateralmente el comercio internacional, el cual estuvo en vigor desde 1948 hasta 1994, establecía un sistema relativamente sencillo de procedimientos para asistir a los gobiernos a resolver sus controversias comerciales. Además de las provisiones sobre transparencia del artículo X y las de consulta impuestas en el artículo XXII —las cuales cabe mencionar buscaban más bien evitar las controversias que resolverlas— establecía en el artículo XXIII, procedimientos que otorgaban a las partes el derecho de presentar quejas y obtener compensación por parte de aquellos miembros que no cumplían con sus compromisos. A través de los años, los miembros del GATT experimentaron con diversas técnicas para hacer estas provisiones más operativas, y para finales de los años 1970 estas técnicas se habían convertido en un patrón establecido de prácticas consuetudinarias aceptadas por la mayoría de los miembros. Estos procedimientos funcionaron relativamente bien, aunque se basaban más bien en prácticas consuetudinarias que en obligaciones claramente establecidas, y requerían del consenso en cada punto del proceso de decisión.

A medida que el papel del comercio internacional y la inversión ha crecido y las reglas comerciales y de inversión han cubierto nuevas áreas y ámbitos de acción, sin embargo, los gobiernos han considerado necesario aceptar o promover la negociación de acuerdos que incluyan provisiones para resolver controversias con base en técnicas más que de simple consulta o mediación y que impongan la adjudicación o el arbitraje como mecanismo principal de solución de conflictos. Además, a fin de agilizar el proceso de resolución de controversias en ciertas áreas que las partes consideran cruciales, los gobiernos han estado dispuestos a permitir que no

sólo sean los gobiernos, sino actores privados, u organismos no gubernamentales, quienes puedan solicitar o accionar el mecanismo de adjudicación o de arbitraje. Los actores privados o particulares, al tener la capacidad de exigir el cumplimiento de los acuerdos y poder hacerlo de manera independiente a sus gobiernos, han visto grandes atractivos en los mismos y han sido un factor central de apoyo político en su proceso de negociación y ratificación a nivel interno.

Éste fue ciertamente el caso de las negociaciones sobre los mecanismos de resolución de disputas en el TLCAN, en donde los gobiernos, así como los sectores privados y diversos actores sociales dieron una gran importancia a estos mecanismos, y tuvieron una gran injerencia sobre su configuración. Así, para los gobiernos de México y el Canadá, un sistema efectivo de resolución de disputas fue esencial para alcanzar diversos objetivos. En primer lugar y el más importante, 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.

Un objetivo adicional importante fue que el sistema de resolución de disputas promoviera la cooperación transnacional por encima de los intereses particulares de cada Estado, entendiéndose éstos como aquellos de órganos gubernamentales, poderes legislativos (o legisladores individuales), o grupos de interés. Este segundo objetivo resultaba crucial para México y Canadá, así como para sus sectores exportadores, pues en ambos países se tenía conciencia de que la política comercial de Estados Unidos se formula y aplica a través de procesos políticos y legales que descentralizan la toma de decisiones y aumentan la influencia política de ciertos órganos gubernamentales como el Congreso (comités o legisladores particulares) o de grupos de interés que son relativamente pequeños y de representatividad limitada, tales como los sindicatos y las cámaras de comercio.

Uno de los ejemplos más notables de esta fragmentación del poder dentro del sistema político estadounidense y la influencia excesiva que han ganado grupos de interés en el manejo de la política comercial es el de las leyes contra las prácticas desleales de comercio, también denominadas

“leyes de remedios comerciales”, las cuales conceden a los productores estadounidenses que enfrentan una fuerte competencia de parte de las importaciones, protección respecto de las mismas mediante la aplicación de impuestos compensatorios, o medidas *antidumping*. La legislación de medios comerciales de Estados Unidos permite a los productores nacionales iniciar costosos procesos judiciales en contra de sus competidores extranjeros, con un riesgo mínimo de pérdidas, aun cuando resulte que su queja sea infundada o, incluso, frívola.

Para el gobierno y los exportadores mexicanos, al igual que para el gobierno canadiense y sus exportadores, la gran preocupación durante la negociación del TLCAN fue que el acceso ganado al mercado estadounidense por un acuerdo de libre comercio se perdiera a través de la concatenación de una serie de acciones *antidumping* y/o de subvenciones y medidas compensatorias o se amenazara por la incertidumbre creada por dichos juicios. Ambos países y sus sectores privados consideraban a las demandas *antidumping* y de medidas compensatorias principalmente como un medio de compensar una pérdida de competitividad de las industrias estadounidenses a través de una costosa batalla judicial conducida totalmente dentro de las agencias administrativas y tribunales estadounidenses.

Dado que tales litigios son iniciados por empresas privadas, no siempre pueden ser previstos y, por tanto, la amenaza de acoso que generan desalentaba inversiones canadienses o mexicanas en nuevas fábricas y equipos cuyas ganancias futuras dependían del acceso seguro e ininterrumpido al mercado estadounidense.

Es por ello que el objetivo original de México en la negociación del TLCAN y anteriormente del Canadá en el ALCCEU fue lograr una exclusión para sus exportaciones de la aplicación de las leyes de remedios comerciales, y al no lograrlo se propusieron alcanzar mecanismos que proporcionaran la certeza de que si surgían conflictos en esta materia sus exportadores no recibieran un tratamiento arbitrario por parte de las autoridades que las administran. Esto, de acuerdo con el gobierno mexicano y los exportadores mexicanos, sólo se logaría mediante la inclusión de mecanismos específicos en el TLCAN que ofrecieran dicha certidumbre y evitaran que se hicieran interpretaciones administrativas arbitrarias que fueran contrarias al espíritu del Tratado. Igualmente, para los sectores exportadores de ambos países era importante que dichos mecanismos pudieran ser utilizados directamente por ellos mismos de manera independiente.

Por su parte, Estados Unidos consideró los mecanismos de resolución de disputas de gran importancia para alcanzar varios objetivos. En primer lugar, para asegurar que sus socios no dieran “marcha atrás” en el proceso de apertura. En el caso particular de México, el gobierno de Estados Unidos apoyó las reformas dirigidas a promover una economía de mercado emprendidas por el gobierno mexicano convencido de que generarían una mayor demanda para sus productos e inversiones, permitiendo a su vez la generación de un mercado integrado a nivel regional con las consecuentes ventajas en ganancias de competitividad y de bienestar. Un crecimiento robusto en México, además, disminuiría la presión para que los trabajadores indocumentados abandonaran el país y buscaran empleos en los Estados Unidos.

En segundo lugar, Estados Unidos había tenido con sus socios al sur y norte un largo historial de conflictos derivados de acciones de estos países en contra de sus inversionistas, por lo que consideró de importancia estratégica alcanzar un régimen sobre inversiones en el TLCAN que eliminara la mayoría de las restricciones que establecían las legislaciones mexicana y canadiense a las mismas y que asegurara la mayor protección posible a sus inversionistas. Los inversionistas o potenciales inversionistas estadounidenses a su vez estuvieron dispuestos a apoyar el tratado en la medida en que las distintas disposiciones creadas para proteger sus intereses pudieran ser hechas cumplir mediante un mecanismo de resolución de disputas efectivo el cual ellos pudieran activar directamente. Para los inversionistas estadounidenses sólo un régimen de este tipo propiciaría la creación de un clima favorable a la planeación de sus empresas a nivel regional y alcanzar el tan buscado mercado integrado. Ante esta demanda estadounidense, tanto Canadá como México reaccionaron de manera positiva, pues la atracción de mayores flujos de inversión extranjera directa fue precisamente uno de los grandes objetivos que tuvieron ambos países para negociar el TLCAN, y en el caso de México uno de los grandes propósitos de las reformas económicas emprendidas por el gobierno en la década de los años ochenta. El gobierno mexicano, a su vez, consideró que la aceptación de un mecanismo de tal naturaleza señalaría claramente su compromiso a proteger las inversiones extranjeras que se ubicaran en su territorio, con lo cual nuestro país se volvería un destino preferido de la inversión extranjera, especialmente la directa.

Análogamente, en los acuerdos paralelos de cooperación laboral y ambiental, y como resultado de las presiones de diversos grupos y organizaciones obreras y ambientalistas, los dos gobiernos incluyeron mecanismos que permiten que organizaciones no gubernamentales o ciudadanos de los tres países puedan denunciar violaciones a la legislación ambiental o laboral. Estos mecanismos resultaron necesarios para obtener el apoyo de dichas organizaciones y de miembros del Congreso estadounidense para promulgar el acuerdo global. También se incluyen mecanismos de resolución de disputas que pueden accionar los gobiernos para sancionar omisiones persistentes y sistemáticas de las legislaciones ambiental y laboral.

A final de cuentas en el TLCAN y en los acuerdos paralelos se establecen distintos regímenes de resolución de disputas que resultaron de un complejo proceso de negociación entre los gobiernos y entre éstos y sus sectores privados y sociales. El sistema de resolución de controversias del TLCAN y los acuerdos paralelos se caracteriza por sus distintos ámbitos de validez, diseños institucionales y variadas técnicas para asegurar el logro de sus objetivos. Este sistema incluye:

- Un mecanismo general 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 (capítulo 20);
- Un segundo mecanismo específico para resolver las disputas relativas a la interpretación y/o aplicación de las legislaciones *anti-dumping* y de subsidios y cuotas compensatorias (capítulo 19),
- Un tercero y cuarto para resolver controversias derivadas del incumplimiento de los capítulos 11 sobre tratamiento a la inversión extranjera y el 14 sobre tratamiento a los proveedores de servicios financieros, respectivamente.\*
- Adicionalmente, los acuerdos paralelos de cooperación en materia ambiental y laboral contienen cada uno su mecanismo propio de

\* El mecanismo del capítulo XIV no se discute en este libro en virtud de que hasta la fecha no ha surgido ninguna controversia que haya llevado a los socios del TLCAN a solicitar la utilización del mecanismo.

resolución de disputas y de promoción de la cooperación, los cuales se constituyen como los primeros de su tipo.

En este libro se analiza el diseño institucional de cada uno de los mecanismos de resolución de disputas incluidos en el TLCAN, así como el grado de efectividad que han mostrado para lograr la resolución de conflictos que han surgido en los primeros diez años en que han estado en operación. Una segunda cuestión que se intenta responder es si estos mecanismos han servido para mejorar el manejo y la administración de las relaciones económicas, comerciales y de inversión entre los tres países y para promover la cooperación entre ellos en los ámbitos ambiental y laboral. También se proponen algunas reformas que en opinión de los autores convendría hacer a dichos mecanismos a fin de incrementar su efectividad.

A fin de responder estas cuestiones centrales, los autores llevaron a cabo una investigación profunda de fuentes secundarias y primarias, como: *a) el entramado institucional de los capítulos del TLCAN correspondientes y los acuerdos paralelos de cooperación ambiental y laboral; b) la bibliografía y reportes (libros, revistas, hemerografía, información en Internet, newsletters, etcétera) existentes sobre las controversias que se han suscitado bajo los diferentes mecanismos; c) las decisiones de los paneles y tribunales arbitrales que resolvieron las controversias analizadas en el presente libro; d) también se realizaron entrevistas a profundidad de funcionarios gubernamentales en agencias de Estados Unidos como la U. S. Trade Representative (USTR); la Environmental Protection Agency, y los Departamentos de Commerce, Agriculture, Justice, Labor, State and Treasury. En Canadá, Department of Foreign Affairs and International Trade, Environment, and Industry. En México, Secretaría de Economía y de la antigua SECOFI, Comunicaciones y Transporte, Pesca y Medio Ambiente y de Agricultura, Relaciones Exteriores, etcétera. También se realizaron entrevistas de funcionarios de la Comisión de Cooperación Ambiental y Laboral y de las Agencias Nacionales Administrativas encargadas de la administración del Acuerdo de Cooperación Laboral y algunos miembros de los Comités Consultivos Públicos establecidos como parte de las instituciones creadas para implementar ambos acuerdos; de expertos analistas y aquellos que han participado como panelistas en casos de cada uno de los mecanismos de resolución de disputas. Final-*

mente, también se entrevistaron algunos de los grupos y organizaciones no gubernamentales que han participado como actores en los diferentes casos presentados ante los mecanismos bajo estudio.

La investigación se benefició igualmente de la retroalimentación que se obtuvo en más de una docena de reuniones académicas, en donde los autores presentaron los resultados parciales y finales de la investigación. En estas reuniones se recibieron observaciones importantes y agudas que ayudaron a identificar aspectos, elementos y dimensiones importantes de la problemática de investigación que permitieron mejorar notablemente los resultados de esta investigación.

El libro fue preparado por los cuatro autores con apoyo del Programa Interinstitucional de Estudios de la Región de América del Norte (PIERAN). El coordinador general de esta investigación, el doctor Gustavo Vega Cánovas, además contó con apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) mediante el proyecto núm. 34312D. El PIERAN, conformado por El Colegio de México (que es también administrador del Programa), el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), El Colegio de la Frontera Norte (COLEF), el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (TEC de Monterrey), la Universidad de las Américas-Puebla (UDLA-P) y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) ha promovido en los últimos diez años investigaciones propuestas por investigadores mexicanos y llevadas a cabo conjuntamente con investigadores académicos de Estados Unidos y Canadá, a fin de realizar trabajos comparativos sobre temas significativos de las relaciones trilaterales. La idea del PIERAN es que los productos de investigación sean preparados por los participantes de los equipos de investigación en forma conjunta para así ofrecer una perspectiva regional, y no la perspectiva de uno de los integrantes del equipo de trabajo. Creemos haber logrado este objetivo en este libro, con una excepción importante, a saber: la de las recomendaciones de reformas que se hacen en este libro para los distintos mecanismos de resolución de disputas.

En virtud de las agendas tan apretadas de cada uno de los participantes y la necesidad de entregar este libro para su publicación, ya no fue posible consultar y acordar entre los cuatro investigadores del equipo las propuestas de reforma que se hacen en el capítulo final de este libro para mejorar el funcionamiento de los mecanismos de resolución de disputas que aquí se estudian. En virtud de lo anterior, las propuestas que aquí se pro-

ponen fueron concebidas y son responsabilidad exclusiva de dos de los autores, a saber: Gustavo Vega Cánovas y Alejandro Posadas. Sobre el primero también recayó la preparación de la versión final y edición del manuscrito en su conjunto.

Es muy importante mencionar, por último, que los autores contaron con el apoyo y participación muy activa e importante de las licenciadas Yolanda Cobos y Claudia Anel Valencia en la investigación y preparación de los capítulos del libro relativos a los Acuerdos de Cooperación Ambiental (ACAAN) y Cooperación Laboral (ACLAN) de América del Norte, respectivamente.\*\*

\*\* Las licenciadas Cobos y Valencia prepararon cada una un trabajo amplio y exhaustivo de los orígenes, evolución y funcionamiento del ACAAN y del ACLAN, respectivamente, los cuales fueron de suma utilidad para preparar los capítulos respectivos de este libro.