



# México, Estados Unidos y Canadá:

resolución  
de controversias  
en la era  
post Tratado de Libre Comercio  
de América del Norte

Gustavo Vega Cánovas  
Alejandro Posadas  
Gilbert R. Winham  
Frederick W. Mayer

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
EL COLEGIO DE MÉXICO  
PROGRAMA INTERINSTITUCIONAL DE ESTUDIOS  
SOBRE LA REGIÓN DE AMÉRICA DEL NORTE

**GUSTAVO VEGA CÁNOVAS.** Doctor en ciencia política por la Universidad de Yale. Desde 1982 es profesor-investigador del Centro de Estudios Internacionales de El Colegio de México, en donde también se ha desempeñado como coordinador del Programa de Estudios de México, Estados Unidos y Canadá y del Programa Interdisciplinario de Estudios de la Región de América del Norte (PIERAN). Es autor de numerosas obras sobre la política económica internacional de México y el proceso de integración económica de América del Norte. Ha sido miembro de cinco paneles binacionales de resolución de controversias del TLCAN.

**ALEJANDRO POSADAS.** Obtuvo los grados de maestría y doctorado en derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de Duke en los Estados Unidos. Es profesor-investigador y director de la División de Estudios Jurídicos del CIDE (México). Ha practicado, enseñado y/o publicado en los ámbitos del derecho económico y penal internacionales en los tres países partes del TLCAN. Actualmente es consultor externo en materia de derecho mexicano e internacional. Ha participado en el equipo de defensa de México en diversos arbitrajes bajo el TLCAN. Trabajó como abogado en la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México.



**MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ: RESOLUCIÓN  
DE CONTROVERSIAS EN LA ERA POST TRATADO DE LIBRE  
COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE**

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

---

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero

Edición: Miguel López Ruiz

Formación en computadora: D. Javier Mendoza Villegas

# MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ: RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA ERA POST TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

GUSTAVO VEGA CÁNOVAS  
ALEJANDRO POSADAS  
GILBERT R. WINHAM  
FREDERICK W. MAYER



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
EL COLEGIO DE MÉXICO  
PROGRAMA INTERINSTITUCIONAL DE ESTUDIOS  
SOBRE LA REGIÓN DE AMÉRICA DEL NORTE

México, 2005

Primera edición: 2005

DR. © 2005. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

DR. © 2005. El Colegio de México

Camino al Ajusco núm. 20, Pedregal de Santa Teresa  
México, 10740, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-1928-4

## CONTENIDO

Prólogo . . . . .	XV
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

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL CAPÍTULO 20 DEL TLCAN: MECANISMO GENERAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

I. Introducción . . . . .	1
II. El diseño institucional del capítulo 20 . . . . .	2
III. Los casos . . . . .	6
1. Helms-Burton . . . . .	10
2. Los casos resueltos por paneles y respecto de los cuales se han solicitado paneles. . . . .	11
IV. Conclusiones . . . . .	32

## CAPÍTULO SEGUNDO

EL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN: MECANISMO  
DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DERIVADAS  
DE LA APLICACIÓN DE CUOTAS *ANTIDUMPING*  
Y COMPENSATORIAS

I. Introducción . . . . .	35
II. El capítulo 19 del ALCCEU . . . . .	36
III. El establecimiento del capítulo 19 en el TLCAN . . . . .	50
IV. Críticas y problemas que ha enfrentado el mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 del TLCAN . . . . .	65
1. El capítulo 19 viola las Constituciones de Estados Unidos y México . . . . .	66
2. Los paneles no aplican adecuadamente las legislacio- nes nacionales . . . . .	67
3. Los paneles no han aplicado adecuadamente el crite- rio de revisión que deben observar . . . . .	68
4. Frecuencia de conflictos de interés de los panelistas, crecientes dificultades para identificar nuevos pane- listas y las dificultades de operación en dos idiomas . .	72
V. ¿Cómo ha funcionado el capítulo 19 del TLCAN? . . . . .	77

## CAPÍTULO TERCERO

EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN:  
MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS  
INVERSIONISTA-ESTADO ANFITRIÓN

I. Introducción . . . . .	81
II. Principales disposiciones del capítulo 11 . . . . .	82
1. Tratamiento que se otorga a los inversionistas de la región . . . . .	83

2. Expropiación e indemnización . . . . .	84
3. Prohibiciones a los gobiernos de coartar la libertad de los inversionistas . . . . .	84
4. Otras disposiciones sobre inversión . . . . .	85
5. El sistema de solución de controversias entre un inversionista y un Estado anfitrión . . . . .	87
6. Principales innovaciones del capítulo 11 del TLCAN . . . . .	88
III. Significado político-institucional del capítulo 11 para las partes . . . . .	89
1. El caso de los Estados Unidos . . . . .	89
2. El caso de México . . . . .	91
3. El caso del Canadá . . . . .	94
IV. Demandas presentadas por inversionistas al amparo del capítulo 11 . . . . .	97
1. Demandas contra México . . . . .	100
2. Demandas contra Canadá . . . . .	109
3. Demandas contra Estados Unidos. . . . .	114
4. El funcionamiento del capítulo 11 . . . . .	120
5. Asuntos que han surgido a raíz de las demandas entabladas al amparo del capítulo 11 . . . . .	128

#### CAPÍTULO CUARTO

### LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS AMBIENTALES DENTRO DEL ACUERDO DE COOPERACIÓN AMBIENTAL DE AMÉRICA DEL NORTE (ACAAN)

I. Introducción . . . . .	137
II. La negociación del ACAAN. . . . .	138
III. El diseño institucional del ACAAN . . . . .	140

IV. Análisis de las controversias presentadas dentro del Acuerdo de Cooperación Ambiental . . . . .	143
V. Controversias o peticiones presentadas ante el Secretario de la Comisión de Cooperación Ambiental bajo los artículos 14 y 15 . . . . .	144
1. Caso SEM-95-001. Búho Manchado . . . . .	146
2. Caso SEM-95-002. Cláusula sobre Silvicultura. Logging Rider . . . . .	148
3. Caso SEM-96-001. Cozumel . . . . .	150
4. Caso SEM-96-002. Aage Tottrup . . . . .	154
5. Caso SEM-96-003. Río Oldman I. . . . .	154
6. Caso SEM-96-004. Fuerte Huachuca . . . . .	156
7. Caso SEM-97-001. B. C. Hydro . . . . .	157
8. Caso SEM-97-002. Río Magdalena . . . . .	160
9. Caso SEM-97-003. Granjas Porcícolas de Québec. . . . .	163
10. Caso SEM-97-004. CEDF. . . . .	168
11. Caso SEM-97-005. Biodiversidad . . . . .	169
12. Caso SEM-97-006. Río Oldman II . . . . .	169
13. Caso SEM-97-007. Lago de Chapala . . . . .	171
14. Caso SEM-98-001. Guadalajara . . . . .	173
15. Caso SEM-98-002. Ortiz Martínez . . . . .	174
16. Caso SEM-98-003. Grandes Lagos . . . . .	175
17. Caso SEM-98-004. B. C. Mining . . . . .	176
18. Caso SEM-98-005. Cytrar I. . . . .	178
19. Caso SEM-98-006. Aquanova . . . . .	179
20. Caso SEM-98-007. Metales y Derivados . . . . .	182
21. Caso SEM-99-01. Methanex . . . . .	184
22. Caso SEM-99-002. Aves Migratorias. . . . .	185

23. Caso. SEM-00-001. Molymex I. . . . .	189
24. Caso SEM-00-002. Neste Canadá . . . . .	191
25. Caso SEM-00-003. Bahía de Jamaica. . . . .	192
26. Caso. SEM-00-004. Tala en B. C. . . . .	193
27. Caso SEM-00-005. Molymex II . . . . .	194
28. Caso SEM-00-006. Tarahumara . . . . .	196
29. Caso SEM-01-001. Cytrar II . . . . .	197
30. Caso SEM-01-002. AAA Packaging . . . . .	199
31. Caso SEM-01-003. Dermet . . . . .	200
32. Caso SEM-02-001. Explotación Forestal en Ontario. .	200
33. Caso SEM-02-002. Aeropuerto de la Ciudad de Mé- xico . . . . .	203
34. Caso SEM-02-003. Pulpa y Papel . . . . .	206
35. Caso SEM-02-004. Proyecto El Boludo . . . . .	206
36. Caso SEM-02-005. ALCA-Iztapalapa . . . . .	207
37. Caso SEM-03-001. Generación de energía en Onta- rio. Ontario Power Generation . . . . .	209
38. SEM-03-002. Home Port Xcaret . . . . .	209
VI. Casos de problemas o controversias ambientales que no se relacionan con omisiones a la aplicación efectiva de la legislación ambiental. Artículo 13 del ACAAN . . . . .	210
1. Presa de Silva . . . . .	210
2. Rutas de contaminantes por aire en América del Norte .	213
3. Iniciativa del alto río San Pedro. . . . .	213
VII. Consultas y solución de controversias bajo el artículo 22 .	217
VIII. Evaluación de los mecanismos de resolución de disputas ambientales. . . . .	219

## CAPÍTULO QUINTO

EL ACUERDO DE COOPERACIÓN LABORAL DE AMÉRICA  
DEL NORTE (ACLAN), RESOLUCIÓN DE DISPUTAS  
Y PROMOCIÓN DE LA COOPERACIÓN  
EN MATERIA LABORAL

I. Introducción . . . . .	235
II. Diferencias entre el acuerdo laboral y el ambiental. . . . .	236
III. El diseño institucional del ACLAN . . . . .	238
IV. Las comunicaciones públicas ante el ACLAN de 1994 a 2003. Evolución y balance. . . . .	242
1. Comunicación pública EUA 940001-Honeywell. . . . .	246
2. Comunicaciones públicas EUA 940002 y EUA 940004-General Electric . . . . .	248
3. Comunicación pública EUA 940003-Sony. . . . .	250
4. Comunicación pública MEX 9501-Sprint . . . . .	254
5. Comunicación pública EUA 9601-Sindicato Único de Trabajadores de la Secretaría de Pesca . . . . .	257
6. Comunicación pública Estados Unidos 9602-Ma- xi-Switch . . . . .	260
7. Comunicación pública EUA 9701-Discriminación en las maquiladoras. . . . .	262
8. Comunicación pública EUA 9702-Han Young. . . . .	263
9. Comunicación pública EUA 9703-Itapsa. . . . .	265
10. Comunicación pública CAN 98-1-Itapsa . . . . .	267
11. Comunicación pública MEX 9801-Solec. . . . .	267
12. Comunicación pública MEX 9802-Manzana . . . . .	270
13. Comunicación pública MEX 9803-DeCoster Egg Farm . . . . .	272
14. Comunicación pública EUA 9801-Aeroméxico . . . . .	274

15. Comunicación pública EUA-9802-Trabajo de menores en el agro . . . . .	275
16. Comunicación pública MEX 9804-Memorándum de Entendimiento (MOU) entre el Servicio de Inmigración y Naturalización (SIN) y el Departamento del Trabajo de Estados Unidos . . . . .	275
17. Comunicación pública CAN 9802-Memorándum de Entendimiento (MOU) entre el Servicio de Inmigración y Naturalización (SIN) y el Departamento del Trabajo de Estados Unidos . . . . .	276
18. Comunicación pública EUA 9803-McDonald's . . . . .	277
19. Comunicación pública EUA 9804-Servicio Postal Canadiense. . . . .	277
20. Comunicación pública CAN 99-1-EFCO-LPA. . . . .	278
21. Comunicación pública EUA 9901-TAESA. . . . .	279
22. Comunicación pública EUA 2000-01-Auto Trim y Custom Trim-Breed Mexicana . . . . .	280
23. Comunicación pública EUA 2001-01-Duro Bag Manufacturing Corp. de Río Bravo, Tamaulipas. . . . .	281
24. Comunicación Pública Mexico 2001-1-Trabajadores inmigrantes de Nueva York. . . . .	281
V. Las comunicaciones públicas del ACLAN de 1994 a 2003 . . . . .	282

## 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
Bibliografía . . . . .	329

## 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 remedios 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 lograría 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.



## 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 jurisdicción<sup>1</sup> ha estado desempeñando en el área del comercio multilateral y los acuerdos regionales, y cómo dependiendo

<sup>1</sup> 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”.<sup>2</sup>

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

<sup>2</sup> 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.



CAPÍTULO PRIMERO

EL CAPÍTULO 20 DEL TLCAN: MECANISMO GENERAL  
DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos para la solución de controversias que están plasmados dentro del TLCAN y sus dos acuerdos paralelos representan una respuesta innovadora —en cuanto a su variedad y alcance— a la necesidad de contar con mecanismos eficientes para la resolución de disputas derivadas de la aplicación o interpretación de los acuerdos regionales de comercio.<sup>1</sup> En este capítulo se discute lo que tal vez constituye el más importante de dichos mecanismos: el procedimiento consignado en el capítulo 20 del TLCAN para la solución de controversias entre las partes, relativas a la interpretación o a la aplicación del Tratado.

Se intenta evaluar la efectividad del capítulo 20 mediante un enfoque centrado en su diseño institucional, así como en la experiencia que se dispone de los casos que se han revisado y controversias que se han resuelto de acuerdo con los procedimientos del mismo, en los diez años que han transcurrido desde la entrada en vigor del Tratado.

En la primera sección de este capítulo se examina la estructura institucional básica del capítulo 20. En la sección II se consideran las varias solicitudes para la realización de consultas bajo el capítulo 20, y las tres decisiones emitidas por los paneles de éste. En la sección III se analiza lo que

<sup>1</sup> Por ejemplo, el Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR) incorpora un mecanismo para la solución por terceros de controversias entre los gobiernos de los países miembros, consistente en negociaciones, un tipo de conciliación por los gobiernos de los países miembros, y el arbitraje obligatorio. Véase Thomas Andrew O'Keefe (1997). De igual manera, el acuerdo bilateral de libre comercio entre Estados Unidos y Jordania en octubre de 2000 incorpora un mecanismo sustancialmente muy similar al capítulo 20 del TLCAN.

los autores consideran las principales deficiencias del proceso. En el último capítulo de este libro se proponen algunas recomendaciones para mejorar el mecanismo del capítulo 20.

## II. EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL CAPÍTULO 20

El capítulo 20 del TLCAN establece un mecanismo general para la solución de controversias comerciales cuya finalidad es encargarse de cualesquier disputas que pudiesen surgir entre las partes relativas a “la aplicación o a la interpretación de este Tratado” o relativas a una medida vigente o en proyecto de otra parte que “es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo” de los beneficios del Tratado.<sup>2</sup> En otras palabras, el capítulo 20 establece el entramado institucional general para implementar el TLCAN. Las únicas excepciones al campo de aplicación del capítulo 20 son los casos de controversias en materia de *antidumping* y de subsidios, los cuales deberán utilizar los procedimientos para la solución de controversias establecidos conforme al capítulo 19.

El mecanismo general de solución de controversias es un procedimiento tradicional de gobierno a gobierno diseñado siguiendo el modelo “diplomático político”, en el que los particulares no tienen la facultad para iniciar o participar en los casos, y en el que los altos funcionarios, representantes de cada parte, tienen completa discrecionalidad respecto a iniciar o no aquellos casos. El capítulo 20 del TLCAN está redactado tomando como modelo el capítulo 18 del Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos (ALCCEU), y es similar a los mecanismos para la solución de controversias establecidos en los artículos 22 y 23 de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Una decisión para iniciar un caso, por lo tanto, es una decisión política para una de las partes, en la cual los intereses demandantes primeramente deberán persuadir a los responsables de formular las políticas nacionales a que tomen dicho paso. De acuerdo con el capítulo 20, la Comisión de Libre Comercio, un órgano trilateral integrado por representantes de cada parte a nivel de gabinete, lleva a cabo consultas sobre cuestiones relacionadas con la implementación o la interpretación de las obligaciones del TLCAN, o resultantes de cambios en las

<sup>2</sup> Artículo 2004 del TLCAN.

reglas nacionales o multilaterales que afecten la operación del TLCAN. En virtud de estos poderes, la Comisión de Libre Comercio es responsable de la supervisión política general del TLCAN.<sup>3</sup>

El procedimiento está diseñado para alentar a que las partes en disputa alcancen una solución negociada antes de llegar al establecimiento de un panel arbitral. Las partes primero deberán demostrar que han realizado un esfuerzo de buena fe para solucionar el asunto por medio de consultas. El artículo 2006 dispone que las partes soliciten por escrito la realización de tales consultas, y que “mediante las consultas [las Partes consultantes] harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto”. En caso de que las consultas no logren resolver el asunto, cualquiera de las partes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión del TLCAN, la cual deberá analizar el asunto que sea objeto de la reclamación dentro de un plazo de los diez días siguientes a la entrega de la solicitud. La Comisión de Comercio puede convocar a expertos, tratar de mediar la controversia, y formular recomendaciones para apoyar la solución de la controversia. Únicamente después de que con lo anterior no se haya logrado resolver el problema podrá cualquiera de las partes solicitar el establecimiento de un panel arbitral mediante la entrega de la solicitud a su sección del Secretariado de la Comisión y a las otras partes. La Comisión tiene la obligación de establecer un panel arbitral, aunque en el Tratado no se especifica un plazo para ello.

La selección del panel arbitral, el cual se compone de un total de cinco panelistas, incluyendo al presidente del panel, ha devenido un proceso muy complicado y lento. En principio, y supuestamente para acelerar el proceso de selección del panel, el TLCAN, al igual que el ALCCEU, contempla el uso de una lista de treinta personas normalmente nacionales de las partes, quienes “deberán tener conocimientos especializados o experiencia en el derecho, comercio internacional, otros asuntos de este trata-

<sup>3</sup> De acuerdo con el artículo 2001, la Comisión de Libre Comercio debe: a) supervisar la puesta en práctica del TLCAN; b) vigilar su ulterior desarrollo; c) resolver las controversias que pudieren surgir respecto a su interpretación o aplicación; d) supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme al TLCAN y que se incluyan en el anexo 2001.2 del mismo, y e) conocer de cualquier asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado. Por su parte, el artículo 2002 establece un secretariado para asistir a la Comisión y brindarle apoyo en la administración de los Paneles de resolución de disputas que establecen los capítulos 20 y 19 del TLCAN, así como para apoyar la labor de los demás comités y grupos establecidos conforme al TLCAN.

do, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales y ser electos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio”.<sup>4</sup> Los miembros de la lista debieron haber sido propuestos por los gobiernos de los cuales son nacionales y escogidos por consenso de los tres países miembros del TLCAN por un periodo de tres años, los cuales pueden extenderse por tres años más.<sup>5</sup> Sin embargo, para el mes de noviembre del 2003 la lista de panelistas de treinta expertos no había sido elegida por los tres gobiernos, presumiblemente en virtud de la dificultad para escoger a los individuos.<sup>6</sup>

Esta práctica contrasta con la experiencia del ALCCEU, en la cual ambos países nombraron su lista de panelistas un poco después de la entrada en vigor del mismo. Como se explicará más adelante en el capítulo final, la falta de una lista formal de panelistas y, quizá de manera más significativa, la renuencia práctica de los tres países de designar panelistas de otra manera que no sea por consenso, han contribuido a retrasos muy largos en el proceso de resolución de disputas, que no han podido ser resueltas mediante las consultas.

En los casos en los que dos partes estén involucradas, el presidente del panel se designará ya sea por acuerdo entre las partes, o, en caso de que no se logre llegar a un acuerdo, una de las partes contendientes, electa por sorteo, deberá designar como presidente a un individuo que no sea ciudadano de la parte que designa.<sup>7</sup> El resto del panel se seleccionará de entre los miembros de las listas. Cada parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean nacionales de la lista de la otra parte contendiente.<sup>8</sup> En casos en los que tres partes estén involucradas, el presidente del panel se designará ya sea por un acuerdo de consenso, o por una de las dos partes

<sup>4</sup> Artículo 2009(2)(a) del TLCAN.

<sup>5</sup> Artículo 2009(1) del TLCAN.

<sup>6</sup> De entrevistas llevadas a cabo con funcionarios de los tres países, los autores deducen que existe una lista informal, tentativa, de cinco panelistas por país acordada por los tres países; pero esta lista no ha sido publicada tal como lo ha sido la lista de panelistas del capítulo 19, la cual está compuesta hacia la fecha mencionada antes por 45 expertos del Canadá, 34 mexicanos y 69 estadounidenses. Véase el portal del Secretariado del TLCAN <http://www.NAFTA-sec-alena.org>. En una entrevista realizada por uno de los autores de este libro en el mes de noviembre del 2003, un alto funcionario del gobierno mexicano comentó que la lista de panelistas del capítulo 20 finalmente había sido intercambiada entre los tres gobiernos, y se esperaba que en un breve plazo fuera acordada.

<sup>7</sup> Artículo 2011(1) del TLCAN.

<sup>8</sup> *Idem*.

del lado de la controversia escogido por sorteo. La parte demandada seleccionará dos panelistas, cada uno de los cuales será nacional de cada una de las partes reclamantes, y las partes reclamantes seleccionarán cada una un panelista de entre los miembros de la lista de la parte contra la que se dirige la reclamación.<sup>9</sup> Dichas reglas, complicadas para la integración de un panel, están diseñadas a fin de asegurar que para que una reclamación sea confirmada ésta deberá ser apoyada por lo menos por un individuo que haya sido seleccionado de entre los miembros de la lista de la parte contra la que se dirige la reclamación.

Por una variedad de razones, entre las que sin duda se incluyen la escasa remuneración que reciben por sus servicios y el potencial de conflicto de interés o apariencia de conflicto de interés en que pueden incurrir los abogados socios de despachos, la mayoría de los panelistas que han servido en paneles del capítulo 20 han sido profesores de derecho u otros profesionales y no abogados postulantes.

Los panelistas, una vez que han sido seleccionados, se les sujeta a un estricto código de conducta diseñado para prevenir los conflictos de interés o la apariencia de conflicto de interés.<sup>10</sup>

Una vez que se haya escogido un panel, el proceso avanza de manera más rápida. La Comisión del TLCAN ha establecido Reglas Modelo de Procedimiento conforme a las cuales se fijan fechas límite, se garantiza a las partes la oportunidad de presentar alegatos y réplicas por escrito, y como mínimo el derecho a una audiencia ante el panel. El panel arbitral entonces presenta a las partes contendientes un informe preliminar, a quienes se les concede un tiempo razonable para que puedan hacer observaciones por escrito sobre el informe preliminar, y luego el panel presenta a las partes contendientes una determinación final. El panel formula recomendaciones respecto a las medidas que son necesarias para que las políticas se ajusten a las obligaciones del TLCAN. Técnicamente, dichas recomendaciones son de carácter consultivo y no son vinculantes para las partes.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Artículo 2011(2). Los paneles pueden ser presididos por algún individuo que no sea ciudadano de ninguno de los países en disputa por acuerdo de las partes. En el caso de Aves y Leche, el presidente del panel fue de nacionalidad británica.

<sup>10</sup> Código de Conducta para los Procedimientos de Resolución de Disputas de los Capítulos 19 y 20 del TLCAN. Éste se puede consultar en la dirección de Internet del Secretariado del TLCAN, *supra*, nota 6.

<sup>11</sup> En el caso del ALCCEU el capítulo 18, artículo 1806, sí estableció el recurso a "arbitraje vinculatorio" para resolver disputas sobre medidas de salvaguarda, así como

## III. LOS CASOS

Desde la entrada en vigor del TLCAN los tres países han resuelto en la etapa de consultas un buen número de asuntos que han surgido respecto de una gran variedad de productos. Dado que los gobiernos no llevan un registro de los asuntos que se han llevado a consultas, es difícil saber a ciencia cierta el número de asuntos que se han resuelto a este nivel, pero gran parte de ellos sí han salido a la luz pública. A continuación analizaremos las solicitudes de consultas que han realizado cada uno de los países a otro de los socios del TLCAN, empezando por México respecto de Estados Unidos.<sup>12</sup>

En el caso de solicitudes por parte de México a Estados Unidos, tenemos:

- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en 1995 por la publicación el 13 de octubre de 1994 de la *Federal Acquisition Streamlining Act*, la cual aumentó unilateralmente los umbrales para las compras de pequeñas empresas, lo que según el gobierno de México constituía una violación del TLCAN.<sup>13</sup>
- La consulta solicitada al gobierno estadounidense el 14 de diciembre de 1995 por la publicación en el *Federal Register* de un aviso anticipado de propuesta de regla mediante la cual el USTR manifestaba su intención de modificar la asignación del arancel cuota estacional para tomates establecido en el artículo 703.3 del TLCAN por una asignación semanal.<sup>14</sup>
- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en julio de 1997 por cambios a la clasificación arancelaria de los limones que México consideró podían ser violatorios del artículo 302 del TLCAN.<sup>15</sup>

para otros temas en la medida en que hubiera acuerdo entre las partes. El TLCAN, sin embargo, no incluyó este recurso a arbitraje vinculatorio.

<sup>12</sup> Para un tratamiento detallado de un buen número de estos casos véase a Leycegui, Beatriz (2000).

<sup>13</sup> El caso se resolvió sin llegar a la constitución de un panel.

<sup>14</sup> El procedimiento se suspendió, en virtud de que dicha iniciativa no fue aprobada. México también inició consultas con Estados Unidos en 1995 y 1996 por los requisitos especiales de empaque, el cambio al arancel y las cuotas *antidumping* que se implantaron al tomate mexicano en Estados Unidos, pero las quejas de México se resolvieron sin necesidad de llegar a un panel arbitral. Véase a Leycegui, *op. cit.*

<sup>15</sup> El caso se resolvió sin llegar a la constitución de un panel.

- La solicitud de parte de México a Estados Unidos en abril de 1997 que reconociera al valle de Mexicali como zona libre de carbón parcial, y que no se mantuviera la cuarentena respecto del trigo de esta zona en los Estados Unidos.<sup>16</sup>
- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en julio de 1998 por la publicación de la sección 765 del Proyecto de Presupuesto Fiscal para las dependencias y agencias relacionadas con la agricultura, desarrollo rural y alimentos y farmacéuticos para el año de 1999 (Agriculture, Rural Development, Food and Drug Administration and Related Agencies Appropriations Bill for the fiscal year 1999). Esta sección estableció que los productos agrícolas perecederos importados a Estados Unidos debían ostentar una marca de país de origen en el punto de venta al menudeo. El gobierno de México consideró que dicha disposición podía ser violatoria del capítulo III, incluido el artículo 311, del TLCAN.<sup>17</sup>

En el caso de solicitudes por parte de Estados Unidos a México tenemos:

- a) La consulta solicitada al gobierno mexicano en abril de 1995 por violaciones al principio de trato nacional que supuestamente cometió México hacia la empresa estadounidense United Parcel Service (UPS);<sup>18</sup>
- b) La consulta solicitada al gobierno mexicano por el aumento de aranceles a ciertos productos estadounidenses establecido por el gobierno de México como respuesta a la salvaguarda adoptada en contra de escobas de mijo mexicanas.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Desde hacía más de dos años México había solicitado el reconocimiento del valle de Mexicali como zona libre de carbón parcial del trigo, de conformidad con el artículo 716(3) del TLCAN, cuyas obligaciones México había cumplido, a la vez que las inspecciones y análisis de Estados Unidos habían sido favorables. Finalmente, el 8 de junio de 1998 el gobierno de Estados Unidos publicó en el *Federal Register* el reglamento mediante cual se reconoció al valle de Mexicali como zona libre de carbón parcial del trigo. En virtud de lo anterior, el trigo proveniente del valle de Mexicali pudo entrar sin ninguna restricción a Estados Unidos.

<sup>17</sup> México no realizó ulteriores gestiones al respecto.

<sup>18</sup> El caso se resolvió sin llegar a la constitución de un panel.

<sup>19</sup> México retiró la medida al eliminar Estados Unidos la salvaguarda como resultado del caso decidido a favor de México.

- c) La consulta solicitada al gobierno mexicano en noviembre del 2000 por la asignación del cupo del frijol estadounidense en México.<sup>20</sup>

En el caso de solicitudes por parte de Estados Unidos a Canadá tenemos:

La consulta solicitada al gobierno canadiense en octubre de 1999 por la prohibición establecida por la provincia de Ontario al turismo que practica pesca deportiva en aguas canadienses de quedarse con la pesca a menos que se encuentren hospedados en el lado canadiense del lago, o que cumplan con otros requisitos, como gastar dinero en la provincia de Canadá;<sup>21</sup>

En el caso de solicitudes por parte de Canadá a Estados Unidos, tenemos:

- a) La consulta solicitada al gobierno estadounidense en 1996 por el Programa de reexportación de productos que contienen azúcar, mediante el cual los refinadores de azúcar estadounidenses podían importar azúcar bajo una fracción arancelaria para ser refinada y vendida (a precios internacionales menores que el precio interno de Estados Unidos) a productores de productos con contenido de azúcar, y éstos debían utilizarla en productos que reexportaran. Canadá sostuvo que este programa constituía un *drawback* y, por lo tanto, debió ser eliminado el 1 de enero de 1996.<sup>22</sup>
- b) La consulta solicitada al gobierno estadounidense en julio de 1998 por la reforma a la Ley Federal de Inspección de Carne (Federal Inspection Act), que estableció requisitos de etiquetado para productos de carne y cordero nacionales e importados. El gobierno de Canadá pretendía que los requisitos establecidos

<sup>20</sup> El TLCAN establecía que México debería otorgar un cupo de 59,703 toneladas para el año 2000 para el frijol. El problema derivaba de que el frijol es un producto muy sensible y con excedentes en el mercado nacional, por lo que en el 2000 México asignó el cupo de manera que las importaciones no coincidieran con las cosechas en México, a fin de garantizar la venta del producto mexicano. El caso se resolvió sin llegar a la constitución de un panel.

<sup>21</sup> Los dos países llegaron a una solución mutuamente satisfactoria a principios de noviembre de 1999.

<sup>22</sup> Con fecha del 4 de septiembre de 1997 ambos gobiernos llegaron a un acuerdo sobre las cuotas al azúcar refinada y a los productos con azúcar que aplicará Estados Unidos para el periodo de 1997-1998 a Canadá. México participó como tercero interesado.

en dicha reforma podían ser violatorios del artículo 311 y su anexo del TLCAN.<sup>23</sup>

- c) La consulta solicitada al gobierno estadounidense en septiembre de 1998 por las negativas de los estados de Dakota del Sur, Dakota del Norte y Montana, de permitir la entrada a camiones canadienses que transportaban ganado y granos, las cuales Canadá consideraba una violación del TLCAN.<sup>24</sup>
- d) En el año 2000, el descubrimiento de una verruga de papa en la papa cultivada en la Isla del Príncipe Eduardo que Estados Unidos importaba procedente de Canadá, obligó a Estados Unidos a prohibir las importaciones de ese producto. Canadá protestó que ésta era meramente una medida que se había tomado para proteger a los intereses de los cultivadores de papa de Maine, quienes durante mucho tiempo se habían quejado de las importaciones procedentes de la Isla del Príncipe Eduardo.<sup>25</sup> Canadá solicitó la realización de consultas sobre el asunto el 17 de enero de 2001.<sup>26</sup>

En todos los casos vistos hasta ahora la resolución de las diferencias entre los países involucrados se ha dado en la etapa de consultas. Ha habido otro caso en el que si bien se solicitaron consultas por parte de México y Canadá, los dos países decidieron no solicitar la integración de un panel, y en cuatro controversias llegaron al punto en que se ha solicitado un panel arbitral del capítulo 20. Tres de ellas han derivado en decisiones de un panel: Aves y Leche, Escobas de Mijo, y Servicios Transfronterizos de Autotransporte.<sup>27</sup> Un cuarto caso, Azúcar, aunque México ha hecho la solicitud e insistido en varias ocasiones que debería integrarse un panel, Estados Unidos se ha negado a integrarlo.

A continuación proporcionamos una breve discusión de la historia de cada uno de estos casos, y para ello aportamos los antecedentes de la controversia, y los resultados de la implementación de las recomendaciones de los paneles.

<sup>23</sup> El caso se resolvió sin llegar a la constitución de un panel.

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> Mary Boyd, (2001) p. 1.

<sup>26</sup> El caso se resolvió sin llegar a la constitución de un panel.

<sup>27</sup> Canadá y Estados Unidos recurrieron en cinco ocasiones a los paneles del ALC-CEU, durante los cinco años en que éste estuvo en vigor: tres veces a petición de Canadá y dos, de Estados Unidos. En los cinco casos, los paneles consiguieron resolver las disputas.

### 1. *Helms-Burton*

En 1995, el Congreso de Estados Unidos aprobó la iniciativa de Ley Helms Burton, un triunfo para las fuerzas políticas de línea dura en contra del régimen de Castro y para Jesse Helms, el presidente conservador del Comité de Finanzas del Senado y un acérrimo enemigo de Cuba. La iniciativa de ley dispuso sanciones contra las empresas extranjeras, y las personas que trabajen para ellas, que de algún modo se beneficien de propiedades de ciudadanos estadounidenses que fueron confiscadas después de la revolución cubana, y dispuso que particulares podrán demandar a aquellas empresas por daños compensatorios. En otra coyuntura, el presidente Clinton quizá hubiera vetado dicha iniciativa, pero después de que un avión privado de propiedad estadounidense fue derribado por Cuba a principios de 1996, el presidente la firmó.

Canadá y México protestaron enérgicamente que esa iniciativa de ley constituía una afrenta a la soberanía nacional y una violación al derecho internacional y al TLCAN. En agosto de 1996, cuando Estados Unidos amenazó a una empresa mexicana llamada Domos, que había invertido en el sector de telecomunicaciones de Cuba, el secretario de Comercio y Fomento Industrial del gobierno de México, Herminio Blanco, anunció un proyecto de ley por el que se habría obligado a las empresas mexicanas a ignorar la Helms-Burton, y prometió impugnar a Estados Unidos a través de los procedimientos para la solución de controversias del TLCAN.<sup>28</sup>

Canadá, asimismo, había amenazado con invocar el capítulo 20 en 1996, pero se abstuvo de hacerlo hasta después de la elección presidencial en Estados Unidos.<sup>29</sup> Pero a principios de 1997, cuando el Departamento de Estado de Estados Unidos prohibió la entrada a ese país a los ejecutivos de la Sherritt Mining Company debido a que esta empresa operaba una mina cubana de níquel que había sido expropiada a una compañía estadounidense, Canadá se puso furiosa.<sup>30</sup>

Sin embargo, antes que someter un caso conforme a los procedimientos para la solución de controversias del capítulo 20 del TLCAN, Canadá y México decidieron apartarse y dejar que la Unión Europea tomara el liderazgo en el cuestionamiento de la ley. La UE, igualmente furiosa con

<sup>28</sup> Cevallos, Diego (1996).

<sup>29</sup> Geddes, John (1996).

<sup>30</sup> Duffy, Andrew (1997).

Estados Unidos, había solicitado que la ley fuera examinada por un panel de la OMC. A finales de 1996 se procedió a la instalación de un panel.

Estados Unidos anunció sin embargo que no participaría en el panel y que ignoraría cualquier decisión que se tomara. Ante esta amenaza, la UE declinó, retiró el caso y buscó resolver el asunto mediante negociaciones. Las conversaciones se prolongaron por más de un año, hasta mayo de 1998, cuando la UE y Estados Unidos anunciaron que se había llegado a un acuerdo mutuo. Estados Unidos no revocaría la Helms-Burton, como Europa (y Canadá y México) habían esperado. Se abstendría, sin embargo, de aplicarla. Desde entonces, cada seis meses el presidente Clinton y, posteriormente, el presidente Bush no han exigido el cumplimiento de la Helms-Burton. No obstante, esto no le ha puesto fin a la disputa. Canadá, en particular, sigue intranquilo con la amenaza de la Helms-Burton, y continúa buscando una resolución, pero todavía fuera del TLCAN.

Sin embargo, la amenaza continúa. En julio de 2001, el ministro de Comercio del gobierno de Canadá, Art Eggleton, nuevamente decidió en contra de plantear la impugnación de su país a un panel arbitral conforme a los términos del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, pero advirtió que "...si no hay un avance, entonces procederemos a una impugnación".<sup>31</sup>

En este caso, la magnitud de la controversia y la intransigencia pública de Estados Unidos constituyeron un impedimento muy difícil para que las instancias internacionales de resolución de disputas se encargaran de él, ya sea en el TLCAN o en la OMC.

## 2. Los casos resueltos por paneles

### A. Aves y leche

El primer caso que finalmente llegó a ser decidido por un panel del capítulo 20 involucró a una reclamación que Estados Unidos inició en contra de la imposición de aranceles por parte de Canadá sobre una serie de productos agrícolas, principalmente aves, leche y huevos (en adelante *Aves-Leche*).<sup>32</sup> Canadá durante mucho tiempo había protegido dichos

<sup>31</sup> *The Vancouver Sun* (1997).

<sup>32</sup> "Aranceles aplicados por Canadá a ciertos productos agrícolas originarios de Estados Unidos" (CDA-95-2008-01).

productos con cuotas como parte de su sistema general de apoyo a la agricultura. Sin embargo, el Acuerdo sobre Agricultura de la OMC dispuso la eliminación de dichas cuotas, pero le permitió a las naciones sustituir aranceles sobre las importaciones por encima de los antiguos niveles de cuota en un proceso denominado “arancelización”. En 1995 Canadá optó por la arancelización de sus antiguas cuotas de importación.

Estados Unidos protestó que dichos aranceles no estaban permitidos conforme al capítulo 3 del TLCAN, el cual excluyó la imposición de cualquier arancel nuevo. Canadá sostuvo que tan sólo estaba cumpliendo con sus obligaciones derivadas de la Ronda Uruguay del GATT, y que el capítulo 7 del TLCAN, que regía el comercio de productos agropecuarios, reconocía tales obligaciones del GATT. La controversia, por lo tanto, hasta cierto punto giró en torno a la relación entre el ALCCEU, el TLCAN y la OMC.

Las negociaciones sobre el comercio agropecuario en el TLCAN habían sido entre las más difíciles. Estados Unidos se había propuesto negociar una apertura del mercado tradicionalmente protegido de Canadá, pero la política interna de este país en materia de agricultura hizo que ello fuera imposible. Como recordó el negociador canadiense John Weekes, “No tuvimos absolutamente ninguna flexibilidad en eso”.<sup>33</sup> Con el tiempo, las partes convinieron en negociar acuerdos bilaterales por separado antes que intentar llegar a un acuerdo integral sobre el sector agropecuario de América del Norte. El acuerdo resultante entre Estados Unidos y Canadá fundamentalmente incorporó las disposiciones que ya existían en el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos al TLCAN y dejó intactos la mayor parte de los apoyos de Canadá a la agricultura.

Simultáneamente, Canadá y Estados Unidos habían venido negociando el tema agrícola en la Ronda Uruguay del GATT. Canadá presionó con mucho empeño para que se le permitiera retener sus cuotas de importación, pero a finales de 1994 se adhirió al acuerdo por el cual se eliminaban las cuotas, y anunció su intención de reemplazar las cuotas con un sistema de aranceles.

Estados Unidos protestó la imposición de aranceles por parte de Canadá, con el argumento de que conforme al TLCAN no era permisible adoptar ningún arancel nuevo. Estados Unidos solicitó la realización de consultas con Canadá sobre el asunto en febrero de 1995, pero éstas

<sup>33</sup> Citado en Mayer, Frederick W. (1998), p. 122.

fracasaron. En junio, Estados Unidos solicitó una reunión de la Comisión de Libre Comercio, la cual se reunió, pero tampoco logró resolver el asunto. Entonces, el 14 de julio de 1995, Estados Unidos solicitó de manera formal el establecimiento de un panel arbitral del capítulo 20. Para finales de 1995 se procedió a integrar un panel con dos miembros de entre la lista de Estados Unidos, con dos de entre la lista de Canadá, y, por acuerdo, se designó como presidente del panel un individuo de nacionalidad británica. Estados Unidos presentó su alegato por escrito el 22 de enero de 1996; Canadá y México (país que ejerció su derecho a asistir como tercera parte) presentaron sus alegatos por escrito el 19 de febrero. Se celebraron audiencias en Ottawa el 12 y 13 de marzo.

Estados Unidos argumentó que la arancelización por parte de Canadá “equivale a un incremento arancelario contrario a lo dispuesto por el artículo 302(1) del TLCAN”.<sup>34</sup> Estados Unidos sostuvo que “le incumbía al Gobierno de Canadá demostrar que los aranceles de Canadá quedaban exentos por una excepción en el TLCAN”.<sup>35</sup>

En la opinión de Canadá, las partes en esencia habían acordado que el comercio de productos agropecuarios que sobrepase el cupo asignado sería determinado por los arreglos que habrían de emanar de las negociaciones de la Ronda Uruguay. Lo que había sido pactado en el TLCAN era un “acceso preferencial al mercado para las importaciones realizadas dentro de la cuota de las mismas, en conjunción con un acuerdo de aplicar el régimen multilateral a las importaciones que sobrepasaren la cuota”.<sup>36</sup> Estados Unidos estaba muy consciente del nivel posible de los equivalentes arancelarios en Canadá si a lo largo de las negociaciones del TLCAN se adoptaran las propuestas de la Ronda Uruguay. El comercio agropecuario entre Estados Unidos y Canadá estaba regido por el artículo 710 del ALCCEU, el cual posteriormente se incorporó en el capítulo 7 del TLCAN. En el artículo 710 del ALCCEU, Canadá y Estados Unidos habían convenido de manera explícita en que conservarían “sus derechos y obligaciones negociados conforme el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y los acuerdos sucesores negociados conforme el GATT...”. Cuando las partes incorporaron el capítulo 7 del

<sup>34</sup> In the Matter of Tariffs..., p. 14.

<sup>35</sup> Alegato oral de Estados Unidos, citado en la determinación final del panel arbitral, p. 15.

<sup>36</sup> Segundo alegato de Canadá, citado en la determinación final del panel arbitral, p. 15.

ALCCEU en el TLCAN, Canadá adujo, también se incorporó esta cláusula. Por lo tanto, los aranceles requeridos para cumplir con las obligaciones de la OMC eran permisibles conforme al capítulo 7 del TLCAN.

Canadá adujo asimismo que los aranceles nuevos no estaban reduciendo el acceso de Estados Unidos al mercado canadiense:

...debido a que estos equivalentes arancelarios tan sólo son conversiones de medidas no arancelarias anteriores, no constituyen restricciones nuevas o adicionales sobre el acceso de Estados Unidos al mercado agropecuario canadiense. El resultado del Acuerdo sobre Agricultura de la OMC es que Estados Unidos no ha perdido ningún acceso al mercado agropecuario canadiense; ya sea que goza del acceso que ya tenía o bien goza de un acceso acrecentado.<sup>37</sup>

Por consiguiente, los aranceles no eran un aumento de la protección, y por lo tanto no eran violatorios del artículo 302 del TLCAN, como Estados Unidos sostenía.

Estados Unidos replicó que no se había señalado ninguna obligación a arancelar en el acuerdo de la OMC; solamente una opción de hacerlo, y que Canadá con anterioridad había aceptado los términos de un acuerdo con Estados Unidos para eliminar todos los aranceles, y sólo posteriormente había aceptado los términos del acuerdo de la OMC por la que se dispuso la eliminación de todas las barreras no arancelarias. Al haber convenido en no adoptar ningún arancel nuevo, Estados Unidos alegó, Canadá entonces no podía utilizar los aranceles como una forma de cumplir con la regla de la OMC en contra de cuotas. Canadá, en la opinión de Estados Unidos, “se arriesgó mucho con sus barreras a las importaciones de bienes agropecuarios, y perdió”.<sup>38</sup>

El panel presentó un informe preliminar el 15 de julio, recibió las observaciones a dicho informe que las partes formularon, y presentó su determinación final el 2 de diciembre de 1996. En una decisión compleja, el panel resolvió a favor de Canadá.

El Panel decide que el Artículo 710 del ALCCEU surte el efecto de implantar en el TLCAN el régimen de reemplazo con respecto a las barreras no arancelarias para el comercio agropecuario que fue establecido

<sup>37</sup> Contraalegato de Canadá, citado en la determinación final, p. 15.

<sup>38</sup> Alegato oral de Estados Unidos, citado en la determinación final, p. 24.

conforme a la OMC. Esto consiste en la obligación a no introducir o mantener tales barreras no arancelarias y en el derecho a aplicar los aranceles que resultaron de la arancelización, de conformidad a lo dispuesto en sus tarifas arancelarias, a las importaciones de productos agropecuarios que excedan la cuota de las mismas, aunado a ello la obligación a reducir aquellos aranceles y a asegurar determinados volúmenes mínimos de importaciones. Estos derechos no están disminuidos por el Artículo 302(1) del TLCAN.

En Estados Unidos hubo muchos que estuvieron descontentos con la decisión del panel, y se quejaron del razonamiento sobre el que se basó, pero como ésta no exigió ningún cambio de la política canadiense, no había ninguna posibilidad de implementación. Si bien no se resolvió el conflicto cabalmente, y las políticas agropecuarias de Canadá siguieron representando un irritante de bajo nivel en las relaciones entre Canadá y Estados Unidos, la decisión del panel le impidió a este último país hacer nada más.

### B. *Escobas de mijo*

El segundo caso del capítulo 20 bajo el TLCAN fue el de *Escobas de mijo procedentes de México* (USA-97-2008-01), en lo sucesivo *Escobas de mijo*, un caso considerablemente más sencillo que el de *Aves y leche*. El caso involucró un número muy reducido de fabricantes de escobas en Estados Unidos, quienes buscaban protegerse de la competencia de México. Históricamente, las escobas de mijo habían sido protegidas con un arancel de 32 %. Conforme a los términos del TLCAN, se eliminaron los aranceles a la importación de escobas de mijo. Los fabricantes estadounidenses de inmediato fueron sometidos a considerables presiones.

En 1996, este ramo de la industria logró persuadir a la Comisión Internacional de Comercio de Estados Unidos (USITC, por sus siglas en inglés) que las importaciones constituían una causa sustancial de daño serio a la industria nacional y que, por lo tanto, deberían aplicarse aranceles como una medida de salvaguarda de emergencia. México consideró que la aplicación de aranceles era claramente violatoria del TLCAN, e invocó el capítulo 20 para solucionar el conflicto. Aunque el caso era de suyo y por sí mismo de una importancia económica trivial, resultaba relevante en el sentido de que venía a sentar precedentes con respecto a la revisión judi-

cial de las decisiones de la USITC por un panel internacional y el alcance de las condiciones en que se podrían tomar medidas de salvaguarda en respuesta a un incremento súbito de importaciones.

En la decisión de Estados Unidos de reaplicar los aranceles se reflejó la notable atención política que este pequeñísimo sector industrial había acaparado para sí a lo largo de las negociaciones del TLCAN y la aprobación de la legislación de implementación del mismo en el Congreso. En el curso de las negociaciones del TLCAN, lo mejor que dicho ramo pudo conseguir fue un acuerdo por el cual habrían de quedar inmediatamente libres de arancel aduanero todas las escobas de mijo valuadas en menos de 96 centavos de dólar, así como todas las escobillas, con un periodo más largo para la desgravación arancelaria sobre las escobas de mijo de valor más elevado. Para este sector, dicho acuerdo fue muy decepcionante. Sin embargo, sus cabilderos no se rindieron, y se las agenciaron para que varios miembros del Congreso aceptaran hacer suyo su caso durante el debate sobre la aprobación del proyecto de ley de implementación del TLCAN.

Después de la entrada en vigor del TLCAN, los fabricantes de escobas llevaron su caso a otro foro. Tanto la OMC como el TLCAN permiten la imposición de medidas temporales de protección cuando las importaciones están causando un daño serio a una industria nacional. Las disposiciones del TLCAN sobre salvaguardas están descritas en el capítulo ocho. Bajo la legislación de Estados Unidos, las industrias nacionales que busquen una medida de salvaguarda deberán elevar una petición a la Comisión Internacional de Comercio de Estados Unidos (USITC), la cual primero determina si las importaciones constituyen una “causa sustancial de daño serio, o una amenaza del mismo a una industria nacional que produzca un bien similar o competidor directo” y entonces, si el dictamen es positivo, determina qué medidas debe recomendarle al presidente.<sup>39</sup> El presidente tiene amplia discrecionalidad para aceptar o rechazar las recomendaciones, o bien para adoptar medidas alternativas.

El 4 de marzo de 1996 el Grupo de Trabajo de Escobas de Mijo de Estados Unidos presentó una petición conforme a la sección 202 de la Ley de Comercio de 1974 de Estados Unidos, la cual rige las medidas globales de salvaguarda, y, por otro lado, otra conforme a la sección 302(b) de la Ley de Implementación del TLCAN, que rige las medidas bi-

<sup>39</sup> Ley de Comercio de 1974, artículo 201, según se modificó, 19 U.S.C., 2251.

laterales de salvaguarda. La USITC examinó ambas peticiones. No había duda de que los fabricantes estadounidenses de escobas de mijo estaban siendo dañados por las importaciones. El asunto clave era si la fabricación de escobas de mijo constituía una industria nacional bien diferenciada o si se trataba de un subsector de una industria escobera más grande que abarcaba a las escobas de plástico.

El 2 de julio de 1996 la USITC dictaminó a favor de la reclamación de daño de los peticionarios en ambos casos. Declaró que “las escobas de mijo representan una línea de producto bien diferenciada y que la industria nacional está conformada por productores nacionales de escobas de mijo”, aduciendo que los materiales utilizados y los procesos de producción propios a la fabricación de escobas de mijo eran con toda claridad diferentes a los que eran intrínsecos para la fabricación de escobas de plástico. El panel le sometió al presidente Clinton la recomendación de adoptar una medida para salvaguardar a la industria. La decisión de Clinton fue que su gobierno aplicaría una medida en el caso de la sección 202 (pero no en el caso de la sección 302 del TLCAN), si bien primero se procuraría buscar una solución negociada. Sin embargo, la realización de consultas con México fracasó, y el 28 de noviembre de 1996 el presidente Clinton emitió la Proclamación 6961, por la cual se impusieron aranceles sobre las escobas (aparte de escobillas) de mijo importadas para cantidades por encima de los límites históricos de cupo de 33 centavos de dólar para escobas valuadas en menos de 96 centavos de dólar y el 33% para escobas valuadas en más de 96 centavos de dólar. Se registró una ligera reducción de las tasas en los años dos y tres y luego volvieron a los niveles acordados en el TLCAN.

México pidió la realización de consultas respecto al caso el 21 de agosto de 1996. Cuando las consultas fracasaron, México solicitó una reunión de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, la cual se reunió el 11 de diciembre, pero asimismo no se logró resolver el asunto. El 14 de enero de 1997 México solicitó formalmente por escrito un panel del capítulo 20 para examinar el caso. Se procedió a la integración del panel el 17 de julio.

En su presentación de alegatos ante el panel, México afirmó que la imposición de aranceles sobre las escobas de mijo importadas era una clara violación a las obligaciones de Estados Unidos conforme al TLCAN. De manera más en particular, aseveró que estaba viciado el fallo que emitió la USITC, *en donde declara que la fabricación de escobas de mijo consti-*

tuía una industria nacional bien diferenciada, y que por lo tanto las disposiciones conforme al capítulo 8 del TLCAN por las que se permiten salvaguardas no podían ser legítimamente invocadas. México argumentó que la USITC debió haber reconocido la intercambiabilidad esencial de las escobas de plástico y las escobas de mijo, y que el ramo pertinente era la industria escobera en un sentido amplio. Durante el periodo en cuestión —señaló— las escobas de plástico habían desplazado a las escobas de mijo en gran parte, independientemente del TLCAN. En su definición estrecha de la industria, la USITC había aumentado las probabilidades de determinar la existencia de un daño. Estados Unidos replicó que la USITC había realizado su análisis de manera adecuada. La investigación de la USITC “buscó y consiguió información sustancial sobre el problema de la ‘industria nacional’, recibió extensa argumentación sobre ese asunto, y constató todas las conclusiones necesarias de hecho requeridas por las disposiciones de salvaguarda pertinentes”.<sup>40</sup>

En su decisión, el panel arbitral resolvió por unanimidad ponerse del lado de México, determinando que la USITC no había justificado de manera adecuada su decisión de estrechar el campo de la industria pertinente a las escobas de mijo, en particular que no había logrado abordar de manera adecuada la cuestión clave de si las escobas de mijo y las escobas de plástico eran “un bien similar o competidor directo”. El panel dictaminó, por lo tanto, que la conclusión de la existencia de daño de la USITC era “no revisable” y que por lo tanto no logró cumplir con los requisitos de revisión en el artículo 803, anexo 803.3(12) del TLCAN. La imposición de salvaguardas constituía “una violación persistente de las obligaciones de Estados Unidos conforme al TLCAN” y el panel “recomienda que Estados Unidos ajuste su comportamiento de conformidad con el TLCAN a la brevedad posible”.<sup>41</sup>

En cumplimiento de la recomendación, Estados Unidos retiró la protección a las escobas de mijo. En este caso, el capítulo 20 parece haber funcionado bien. Una disputa que no se había logrado solucionar de otra manera fue completamente resuelta mediante el proceso para la solución de controversias.

<sup>40</sup> In the Matter of Safeguard Action Taken on..., p. 15.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 29.

### C. *Servicios transfronterizos de autotransporte*

Con mucho, el caso más controvertido del capítulo 20 hasta la fecha involucró la decisión de Estados Unidos de no abrir su frontera a los servicios mexicanos de autotransporte de carga, de conformidad con lo dispuesto por el TLCAN. Desde 1982, Estados Unidos había impuesto una "moratoria" a la operación de camiones y autobuses mexicanos en el territorio de Estados Unidos. En el capítulo 12 del TLCAN, Estados Unidos había aceptado empezar a abrir sus fronteras, de manera inmediata, a la prestación local de servicios de autotransporte de carga, para finales de 1995 a los recorridos más largos de y hacia los estados fronterizos, y por último, para el 1o. de enero de 2000 la autorización para la prestación de servicios de largo trayecto en todo el territorio de Estados Unidos.

Sin embargo, en diciembre de 1995 Estados Unidos se mostró reacio a implementar el acuerdo, alegando motivos de seguridad con respecto al transporte en camión mexicano y a los conductores nacionales mexicanos del transporte en camión. México protestó, y solicitó la realización de consultas con Estados Unidos. Las consultas fracasaron, pero no fue sino hasta el 24 de julio de 1998 cuando México solicitó una reunión de la Comisión del TLCAN. La Comisión no pudo resolver la disputa, y el 22 de septiembre de 1998 México solicitó la integración de un panel. Después de una demora de un año, y después de que Estados Unidos no había cumplido con la apertura total para el 1o. de enero de 2000, finalmente se procedió a constituir un panel el 2 de febrero de 2000 para examinar el caso.

Hay cierta ironía en cuanto a la forma que el asunto tomó en este caso. Históricamente, Estados Unidos fue el país que había presionado para una apertura en los servicios de autotransporte, y México el que se había mostrado reacio. La moratoria de Estados Unidos a los servicios mexicanos de autotransporte de carga empezó en 1982 como una respuesta al hecho de que México se negara a admitir la entrada a su territorio nacional de camiones estadounidenses. En el curso de las negociaciones del TLCAN, Estados Unidos fue el país que insistió en una apertura recíproca, y México el que opuso resistencia. Según los negociadores, México acabó por aceptar, aunque no de muy buena gana, una apertura recíproca.<sup>42</sup> No obstante, el capítulo 12 dispuso que tanto México como Estados Unidos asumían el compromiso de eliminar gradualmente sus barreras al

<sup>42</sup> Mayer (1998).

transporte transfronterizo en camión, incluido lo referente a la inversión en dichos servicios transfronterizos.

La imputación de que el TLCAN permitiría que camiones mexicanos poco seguros podrían operar en el territorio de Estados Unidos revistió una importancia eminente en la oposición política interna al TLCAN a lo largo de las negociaciones y durante el esfuerzo realizado para lograr la aprobación de la ley de implementación del TLCAN en el Congreso, y siguió siendo un tema de debate muy acalorado después de la entrada en vigor del Tratado. El Teamsters Union, la organización activista Public Citizen, y muchos otros grupos (así como el ex candidato presidencial, Ross Perot, en su campaña en contra del TLCAN), enfocaron sus argumentos en cuestiones de seguridad, advirtiendo sobre los riesgos de abrir los caminos en territorio estadounidense al autotransporte mexicano y a los conductores nacionales mexicanos del mismo que, según ellos afirmaban, era poco seguro el primero, y carecían de la debida capacitación los segundos.

Otro aspecto menos enfatizado, pero desde luego un tema importante para el *Teamsters*, fue la gran diferencia de jornal por trabajo igual entre los conductores nacionales estadounidenses y los conductores nacionales mexicanos, aproximadamente una razón de siete a uno, lo cual los conductores nacionales estadounidenses veían como una amenaza clara a su empleo. Conforme se fue acercando la fecha para la apertura de los estados fronterizos al autotransporte transfronterizo, se acrecentó la oposición de dichos grupos. Aún así, en septiembre de 1995, Peña, el secretario del Transporte de Estados Unidos, anunció las medidas que habían sido propuestas para implementar el Tratado. En diciembre, la Comisión Interestatal de Comercio publicó avisos en el *Federal Register*, en el sentido de que las regulaciones propuestas se convertirían en regla consagrada por la ley el 18 de diciembre.

Sin embargo, poco antes de que la regla entrara en vigor, la Oficina General de Contabilidad de Estados Unidos emitió un informe sobre asuntos de seguridad relacionados con la operación del autotransporte mexicano en ese país. El informe dio considerables argumentos que se oponían a la apertura. Se señaló que el número de inspectores y la calidad de las instalaciones de inspección en la frontera eran totalmente inadecuados para asegurar que el autotransporte mexicano cumpliera con las normas regulatorias de Estados Unidos. Se estaba inspeccionando menos

de uno por ciento de todas las unidades de autotransporte. Se criticó al Departamento de Transporte su falta de preparación para implementar las nuevas regulaciones.

La esperanza de la administración del presidente Clinton era que México no objetaría demasiado enérgicamente la extensión de la moratoria, sobre todo en virtud de que México había peleado con empeño durante las negociaciones para evitar la apertura al transporte en camión. Desafortunadamente para esta estrategia, el gobierno de México estaba resuelto para este punto a no hacer ningunas excepciones a la implementación del TLCAN. Desde su punto de vista, el hecho de hacer excepciones resultaría en abrir una caja de pandora.

Si se empezaban a aceptar desviaciones de las fechas acordadas de implementación, pensaban ellos, otras industrias amenazadas por las disposiciones del TLCAN reclamarían con insistencia que también a ellas se les debiera conceder extensiones similares. Tal vez debido a este error de cálculo por parte de la administración del presidente Clinton fue menos lo que se hizo en cuanto a prepararse para implementar los cambios que podrían haberse realizado, de modo que cuando ya estaba por llegar la fecha límite, aquélla se encontró en una posición muy difícil.

El 18 de diciembre de 1995 el secretario Peña anunció que si bien Estados Unidos aceptaría solicitudes de empresas mexicanas para obtener una autorización para prestar servicios de autotransporte de carga, éstas quedarían sin concretarse, por lo cual de hecho seguía aplicándose la moratoria. De igual manera, Estados Unidos siguió prohibiendo la inversión por personas físicas de nacionalidad mexicana en empresas estadounidenses de autotransporte. México protestó inmediatamente, denunciando que el gobierno de Estados Unidos había cedido a la presión política ejercida por los sindicatos obreros, muy en particular la ejercida por el Teamsters Union, y solicitó la realización de consultas con Estados Unidos.

Las consultas fracasaron, pero México optó por el momento no llevar el asunto a un panel de solución de controversias. Pasaron dos años, durante los cuales las partes trataron de llegar a una solución negociada, pero en julio de 1998, al hacerse evidente que la administración del presidente Clinton no se mostraba muy dispuesta a implementar la apertura, México solicitó una reunión de la Comisión del TLCAN, y, cuando ésta no logró resolver el asunto, en septiembre solicitó de manera formal el establecimiento de un panel. El procedimiento se aplazó más tiempo, mien-

tras Estados Unidos decidía si respetaría las disposiciones que obligaban a la apertura de todo su territorio nacional a la operación de servicios mexicanos de autotransporte para el 1o. de enero de 2000. No fue sino hasta después de que pasó dicha fecha, y aun no había ninguna resolución del asunto, cuando finalmente se procedió a la integración de un panel el 2 de febrero de 2000.

En su alegato ante el panel del capítulo 20, México señaló que en el TLCAN “Estados Unidos aceptó liberalizar gradualmente su moratoria a los servicios de transporte transfronterizo en autobús o camión, y a la inversión en empresas establecidas en Estados Unidos, que proporcionan tales servicios”.<sup>43</sup> Argumentó que en la exposición de razones para negar el acceso a su mercado, Estados Unidos en esencia estaba requiriendo que México adoptara las normas regulatorias de ese país, una violación de la soberanía nacional y un requisito de armonización regulatoria no exigida por el TLCAN. “...No hay ninguna justificación válida para la negativa de permitir los servicios de transporte transfronterizo aduciendo que en México no se ha adoptado un sistema nacional de normas de seguridad para las empresas de autotransporte que sea compatible con el de Estados Unidos”.<sup>44</sup>

En el alegato presentado por México se sostuvo que el gobierno de Estados Unidos “había demostrado que no cree que las empresas mexicanas de autotransporte, los camiones mexicanos o los conductores mexicanos sean intrínsecamente poco seguros o de otra manera incompetentes para operar dentro de Estados”.<sup>45</sup> Particularmente se quejó de la negativa global a considerar las solicitudes mexicanas, una práctica denominada “trato discriminatorio” (en inglés, *flagging*), lo cual constituía, según sostuvo México, una denegación del trato nacional.

A los solicitantes estadounidenses y canadienses se les permite autoevaluar su cumplimiento, se les considera individualmente con base en sus propios méritos, y se les concede el derecho de apelar la denegación de sus solicitudes. En contraste, a todos los solicitantes mexicanos se les ha calificado de no confiables e incompetentes, conforme a una me-

<sup>43</sup> Alegato mexicano presentado ante el panel del capítulo 20, citado en la determinación final del panel, 6 de febrero de 2001.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 25.

todología desconocida de evaluación que nunca ha sido formalmente adoptada.<sup>46</sup>

En su réplica, Estados Unidos alegó que no se había implementado un esquema regulatorio adecuado para garantizar que los camiones mexicanos podrían operar sin peligro en Estados Unidos, y que por lo tanto tenía motivos para seguir prohibiendo el paso del autotransporte mexicano de carga. Entre otras cosas, a los camiones mexicanos se les inspeccionaba con menos frecuencia que a los camiones estadounidenses, y los conductores mexicanos de camiones tenían menores restricciones respecto a las horas que podían conducir y ningún requisito de llevar una bitácora de su tiempo de conducir. “El régimen mexicano de seguridad carece de componentes básicos, tales como normas de aplicación general para el equipo de autotransporte y puntos de inspección en la carretera o sistemas de revisión en el terreno que funcionen con plenitud”.<sup>47</sup>

En la opinión de Estados Unidos, el TLCAN no le obligaba al

otorgamiento de autorizaciones para la operación de empresas mexicanas de autotransporte en circunstancias en que: 1) persisten preocupaciones serias referentes al historial general de seguridad de las mismas; 2) México aún se encuentra en vías de elaborar medidas de regulación y coercitivas de primera línea que son necesarias para encargarse de las normas de seguridad aplicables a los vehículos de autotransporte; y 3) no se han implementado plenamente arreglos esenciales en materia de cooperación bilateral.<sup>48</sup>

Sin embargo, Estados Unidos no invocó el artículo 904(2) del TLCAN, según el cual cada una de las partes “podrá fijar el nivel de protección que considere apropiado para lograr sus objetivos legítimos en materia de seguridad o de protección de la vida y la salud humana, animal o vegetal, así como del medio ambiente o de los consumidores”.

Canadá, invocando su derecho a comentar como una tercera parte, participó y apoyó a México. Argumentó que las acciones de Estados Unidos eran violatorias tanto del artículo 1202, que impone la obligación de otorgar un trato nacional a proveedores de servicios transfronterizos, como

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> Alegato de Estados Unidos presentado ante el panel, citado en la determinación final del panel, p. 35.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 37 y 38.

del artículo 1102, que impone la obligación de otorgar un trato nacional a la inversión. “La negativa indiscriminada a que una persona de México pueda obtener una autorización para prestar servicios de autotransporte transfronterizos... sería, por sí misma, menos favorable que el trato que se otorgue a prestadores estadounidenses de servicios de autotransporte, en circunstancias similares”.<sup>49</sup>

El 6 de febrero de 2000 el panel emitió su determinación final, pronunciándose por unanimidad a favor de México.

Según se afirmó en el laudo arbitral<sup>50</sup>

El Panel encuentra que no son convincentes varios de los argumentos referentes a las dificultades y posibles preocupaciones de seguridad que Estados Unidos plantea como obstáculos a la implementación de sus obligaciones derivadas del Anexo I en el sentido de permitir la prestación de servicios de transporte transfronterizo de carga hacia los estados fronterizos de EUA a partir del 17 de diciembre de 1995.

Sobre la cuestión de denegarle a los inversionistas mexicanos el acceso al mercado de Estados Unidos, el panel señaló que Estados Unidos casi no había realizado ningún intento de justificar la barrera por razones de seguridad. “Estados Unidos efectivamente ha concedido que las preocupaciones de seguridad, que constituyen la base de los fundamentos esgrimidos en apoyo de la negativa de Estados Unidos a implementar sus obligaciones relacionadas con los servicios transfronterizos, no son aplicables a la inversión”.<sup>51</sup>

Sobre la cuestión de permitirle a los operadores de México la posibilidad de proporcionar servicios en Estados Unidos, el panel determinó que la negativa indiscriminada de Estados Unidos a analizar solicitudes de una autorización para operar que sean presentadas por prestadores mexicanos de servicios de autotransporte de manera individual sugiere que la acción contraviene la obligación de Estados Unidos de otorgar un trato nacional (y se encuentra en discordancia con el trato de la nación más favorecida, dado que a las empresas canadienses de autotransporte también se les otorga un trato de manera individual).<sup>52</sup> Se formuló la recomenda-

<sup>49</sup> Alegato canadiense presentado ante el panel, citado en la determinación final del panel, p. 48.

<sup>50</sup> Determinación final del panel, p. 81.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 72.

ción en el sentido de que Estados Unidos “tome las medidas apropiadas para ajustar sus prácticas con respecto a los servicios de autotransporte transfronterizo de carga y la inversión en los mismos de conformidad con sus obligaciones derivadas de las disposiciones aplicables del TLCAN”.<sup>53</sup>

En virtud de lo anterior, el gobierno de Estados Unidos anunció en febrero de 2001 que cumpliría con la decisión del panel, y tres meses después el Departamento de Transporte de Estados Unidos emitió nuevas regulaciones que supuestamente cumplieran con las determinaciones del panel. En éstas se establecieron las medidas de seguridad necesarias que los transportistas y autobuses de pasajeros deben cumplir para operar en los Estados Unidos.<sup>54</sup>

Mientras tanto, el Congreso empezó a discutir un proyecto de ley presentado por los senadores Shelby (repblicano del estado de Alabama) y Murray (demócrata del estado de Washington), que impondría nuevas restricciones a la operación del transporte transfronterizo de carga y de pasajeros de México, pero confrontado con un posible veto por parte del Ejecutivo estadounidense. En noviembre del 2001 el Congreso adoptó un compromiso sobre las medidas de seguridad que deben cumplir los transportistas mexicanos, el cual rechazó las propuestas originales de realizar verificaciones electrónicas de las licencias de conducir de todos los transportistas mexicanos. En esta ley se incluyeron regulaciones que de acuerdo con voceros de los transportistas mexicanos pocas empresas mexicanas podrían cumplir.

Finalmente, en noviembre del año 2002 el presidente Bush anunció una terminación de la moratoria para que los autobuses mexicanos circularan más allá de la zona comercial fronteriza y dentro de los estados fronterizos, y a la vez levantó la prohibición para que haya inversión mexicana en empresas de transporte de carga y de pasajeros establecidas en Estados Unidos.

Sin embargo, a finales del 2002 una serie de grupos opositores a la apertura de la frontera a los transportistas mexicanos presentaron un juicio ante los tribunales de circuito estadounidenses alegando violaciones a

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>54</sup> Ejemplos de medidas que los transportistas y autobuses de pasajeros mexicanos debían cumplir eran, entre otras, un requisito de presentar una autorización provisional inicial que indicara que todas las condiciones necesarias de seguridad se habían cumplido y una inspección de instalaciones de los transportes dentro de los 18 meses siguientes a la recepción de un permiso provisional. México arguyó que estas medidas eran discriminatorias.

las regulaciones del medio ambiente, y en enero del 2003 un tribunal del noveno circuito decidió que antes de que los transportistas mexicanos puedan ser autorizados a cruzar la frontera el Departamento de Transporte deberá realizar un estudio acerca del impacto ambiental de este tráfico. Mientras tanto, otros grupos opositores siguen manifestando preocupaciones acerca de la seguridad de los transportes mexicanos.

Las preocupaciones se centran en las fallas en seguridad que supuestamente han mostrado los camiones de carga mexicanos; sin embargo, un estudio del Departamento de Transporte (DT) de Estados Unidos hecho el año 2001 encontró que los camiones de carga mexicanos que operan en la zonas comerciales fronterizas estadounidenses no son significativamente menos seguros que los estadounidenses, ya que la tasa de fallas es únicamente cinco por ciento superior a la estadounidense.<sup>55</sup> Por otra parte, las predicciones pesimistas de que la autorización a circular a los transportes mexicanos llevará a una oleada de camiones mexicanos en los Estados Unidos es probablemente infundada. El propio DT estima que la falta de financiamiento en México para los operadores de transporte impedirá un incremento significativo de la flota mexicana en los Estados Unidos.<sup>56</sup>

Todo lo anterior ha obligado al gobierno mexicano a buscar otras medias, y el 12 de marzo de 2003 solicitó consultas al gobierno estadounidense amenazando que en ausencia de cumplimiento por parte de Estados Unidos de la recomendación del panel buscará compensación por los daños y perjuicios que la disputa ha ocasionado. Mientras tanto, México decidió bloquear el ingreso de camiones estadounidenses al territorio mexicano.<sup>57</sup>

Dada la situación en que se encuentra esta disputa, resulta difícil argumentar que el capítulo 20 ha sido eficaz en la solución de este conflicto.

#### D. *Azúcar*

El cuarto caso para el cual se solicitó un panel del capítulo 20 del TLCAN, pero no se ha procedido a la integración del mismo, involucró un asunto aún más polémico que el relativo al autotransporte. El caso, so-

<sup>55</sup> Sheppard (2002).

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> Corporate Mexico (2003).

bre la interpretación de las disposiciones que rigen las importaciones de Estados Unidos de azúcar de México, se pudiera pensar mejor como meramente una continuación en otro foro de una lucha política intensa, una que empezó durante la negociación del TLCAN, siguió durante el esfuerzo por aprobar el acuerdo en el Congreso de Estados Unidos y se desbordó durante los primeros años de la implementación del TLCAN.

Para comprender la disputa es necesario entender la compleja economía política del azúcar, y su sustituto cercano, el jarabe de maíz de alta fructuosa (JMAF). Los productores estadounidenses de azúcar por mucho tiempo han figurado entre las industrias más subsidiadas y protegidas, reflejándose en ello la fuerza política concentrada de los agricultores de caña de azúcar en Florida y en Luisiana, y, en menor grado, la de los cultivadores de remolacha azucarera en los estados nortños. Como resultado de dicha protección, los precios del azúcar en Estados Unidos son considerablemente más elevados que en otras partes del mundo. En parte debido a su precio elevado, el azúcar ha perdido mucha de su participación en el mercado a los edulcorantes de maíz, que son más baratos y un sustituto lo suficientemente cercano para la mayor parte de los propósitos, entre los cuales destaca el endulzamiento de los refrescos azucarados.

Con anterioridad al TLCAN, Estados Unidos restringía varias importaciones de azúcar mediante un sistema de cuotas. La cuota anual de México ascendía a sólo 7,200 toneladas por año, una cantidad muy pequeña. Dado que México consumía mucho más azúcar que lo que producía, pese a ser un productor importante del mismo, la cuota pequeña históricamente no había significado mucho. En el TLCAN, Estados Unidos aceptó una fórmula complicada, según la cual las importaciones de México a Estados Unidos crecerían de 7,200 toneladas por año a 25,000 toneladas por año en el curso de los primeros seis años del acuerdo, pasarían a incrementarse fuertemente a 150,000 en el año 2000, y a partir de entonces registrarían un aumento adicional del 10% anual.

Sin embargo, si México se convirtiera en un exportador neto de azúcar en el curso de dos años consecutivos, medido como la producción de azúcar menos el consumo del mismo, sus exportaciones a Estados Unidos podrían exceder los máximos hasta una cantidad que fuera igual al excedente neto.

Obviamente, la cuestión versaba sobre si acaso México permanecería como un importador neto o si habría de convertirse en un exportador neto

después del TLCAN. La complicación estribaba en que conforme a los términos del TLCAN, México estaría abriendo, por primera vez, sus mercados a los edulcorantes de maíz. Concretamente, si en México los productores nacionales de refrescos cambiaran a los edulcorantes de maíz importados de precio más barato, México podría repentinamente registrar un excedente sustancial de azúcar. En ese caso, México tendría el derecho a exportar virtualmente cantidades ilimitadas de azúcar libre de arancel aduanero hacia Estados Unidos.

Esta posibilidad la tuvieron muy presente los negociadores, quienes en general pensaban que la idea de un intercambio del edulcorante de maíz por el azúcar era justamente el tipo de beneficio comercial que se buscaba obtener de los acuerdos de libre comercio. Dijo un asesor de alto nivel del gobierno de México: “Cada lado estuvo utilizando al otro para hacer lo que de todos modos deberían estar haciendo”.<sup>58</sup>

Sin embargo, el cabildo azucarero de Estados Unidos correctamente consideró que el acuerdo representaba una amenaza significativa, y se movilizó para que se revisaran los términos del mismo. A principios de 1993, en los primeros meses de la administración del presidente Clinton, encontraron que el nuevo representante comercial de Estados Unidos, Mickey Kantor, estaba dispuesto a escuchar. Kantor expresó la opinión de que la posibilidad de que se diera una sustitución del azúcar por el edulcorante de maíz fue un descuido en las negociaciones que había que remediar. Los mexicanos objetaron enérgicamente, rechazando la idea de que hubo algún tipo de descuido. “Por supuesto que pensamos en la fructuosa”, recordó el entonces titular de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial del gobierno de México, Jaime Serra.<sup>59</sup> México insistió en que el acuerdo debía quedar como fue originalmente negociado.

Conforme se fue acercando la fecha de votación del TLCAN en el otoño de 1993, se hizo cada vez más evidente que la votación en la Cámara de Representantes de Estados Unidos iba a ser muy reñida y que cada voto iba a contar. En este contexto, la votación de las delegaciones de Florida y de Luisiana resultaría de crucial importancia. Los legisladores de ambos estados productores de azúcar explicaron claramente que el precio de su voto consistía en una modificación de la disposición sobre el azúcar. Los asesores políticos de México en Washington, muy atentos al

<sup>58</sup> Mayer, Frederick, *op cit.*, p. 138.

<sup>59</sup> *Idem.*

conteo de votos, transmitieron su evaluación de que iba a ser necesario el aceptar alguna concesión en los términos relativos al azúcar a fin de ganar dichos votos y así asegurar la aprobación del TLCAN.

Bajo estas fuertes presiones políticas, los negociadores de México discretamente aceptaron un nuevo entendimiento, expresado en la forma de un intercambio de cartas-convenio entre el representante comercial de Estados Unidos, Mickey Kantor, y el secretario de Comercio y Fomento Industrial del gobierno de México, Jaime Serra, según las cuales se incluyó el consumo mexicano de jarabe de maíz de alta fructuosa (JMAF) para fines del cálculo de la situación del excedente neto de producción de México, reduciéndose así considerablemente las probabilidades de que éste pudiera ser clasificado como un exportador neto de azúcar.<sup>60</sup>

Con ello, era mucho más posible que resultarían vinculantes los topes de 25,000 toneladas por año para los primeros seis años y de 150,000 toneladas por año a partir del año 2000. La carta-convenio paralela estableció asimismo un tope global de 250,000 toneladas por año sobre el volumen de acceso libre de aranceles aduaneros en caso de que México alcanzara un nivel de excedente neto en su producción.

A raíz de la entrada en vigor del TLCAN se registró un aumento acelerado de las exportaciones de Estados Unidos del edulcorante de maíz a México en la medida en que las empresas embotelladoras de refrescos y otras industrias elaboradoras de alimentos sustituyeron la sacarosa por la fructuosa. El alejamiento rápido del azúcar, aunado a ello los límites sobre la capacidad de los productores mexicanos de azúcar para exportar a Estados Unidos, provocó una crisis en la industria azucarera de México. Los ingenios azucareros de México, acostumbrados a vender su producto a precios elevados y a un mercado protegido, se encontraron agobiados de deudas. Los agricultores mexicanos de caña de azúcar se dirigieron a la ciudad de México.

Ante las presiones ejercidas tanto por los agricultores como por los ingenios, el gobierno del presidente Ernesto Zedillo trabajó en dos frentes. Primero, buscó negociar una cuota mayor para sus exportaciones de azúcar mediante la amenaza de impugnar la legitimidad de las cartas en un procedimiento del capítulo 20. Argumentó que como no habían formado parte del expediente formal sobre el cual ninguna de las legislaturas, ni la

<sup>60</sup> La nueva medida fue: producción de azúcar – (consumo de azúcar + consumo de JMAF).

de México ni la de Estados Unidos, había negociado, y que eran compromisos que habían sido contraídos de forma un tanto en secreto por el ex presidente de México (ahora desacreditado), no tenían vigencia, e insistió en que debería aplicarse el acuerdo original sobre el azúcar. El 12 de marzo de 1998 México invocó el capítulo 20 y pidió la realización de consultas con Estados Unidos. Sin embargo, no se logró llegar a un acuerdo mediante consultas, y el 15 de noviembre, con la anuencia de México, se canceló la reunión de la Comisión en tanto México y Estados trataban de llegar a una solución negociada.<sup>61</sup>

En un segundo frente, México buscó limitar las importaciones del JMAF procedentes de Estados Unidos. En enero de 1998, luego de que una dependencia mexicana concluyó que el edulcorante de maíz de Estados Unidos se estaba vendiendo en México a precios inferiores a los del mercado, México impuso derechos *antidumping* a las importaciones de JMAF originarias de Estados Unidos. La Asociación de Refinadores de Maíz de Estados Unidos interpuso una queja a la Oficina del Representante Comercial del Gobierno de ese país, la cual inició un caso *antidumping* en contra de México en el marco del capítulo 19 del TLCAN, y, poco tiempo después, inició un procedimiento similar en contra de México en el marco de la OMC.

No han tenido mucho éxito los esfuerzos realizados por México orientados a limitar las importaciones de JMAF. Después de muchas demoras, el panel de la OMC emitió un fallo en contra de México en junio de 2000. El panel determinó que los derechos *antidumping* que México impuso a las importaciones de JMAF originarias de Estados Unidos no eran aceptables en virtud de la insuficiente consideración que México dio a los efectos de las importaciones de JMAF sobre la industria azucarera. La decisión del panel fue confirmada por la OMC el 22 de octubre de 2000 después de que México la apeló. La decisión de la OMC posteriormente fue reforzada por la decisión del panel del capítulo 19 del TLCAN, el cual dictaminó el 10 de octubre de 2001 que la SECOFI no había demostrado adecuadamente la existencia de daño respecto a las importaciones. En diciembre, el Congreso de México, frustrado por las determinaciones emitidas en contra de los derechos *antidumping*, aprobó la legislación que impuso un nuevo impuesto sobre todos los refrescos que utilicen JMAF. Presionado por Estados Unidos, el presidente Vicente Fox, del gobierno

<sup>61</sup> USDA (1999), pp. 17 y 18.

de México, rescindió el impuesto, una medida que posteriormente fue declarada ilegal por la Suprema Corte de Justicia.<sup>62</sup>

De igual manera, no prosperó el esfuerzo realizado por México orientado a negociar una mayor cuota de azúcar con Estados Unidos. Años de negociaciones arrojaron pocos resultados. Guillermo Beltrán, el director general de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica de México, resumió la perspectiva mexicana: “Lo que Estados Unidos está ofreciendo es esencialmente que ellos pueden enviar más fructuosa a nuestro país pero que nosotros debemos exportar lo menos posible de azúcar”, dijo.<sup>63</sup> En agosto de 2000, México solicitó formalmente por escrito el establecimiento de un panel arbitral del TLCAN. Estados Unidos se mostró reacio a aceptar la solicitud, y México retrocedió. En diciembre de 2001, México amenazó con buscar una mediación internacional si Estados Unidos no aceptaba el establecimiento de un panel arbitral en concordancia con las disposiciones del TLCAN dentro de los 180 días siguientes a la entrega de su solicitud. “El TLCAN afirma claramente que tenemos el derecho a exportar nuestro sobrante de azúcar después de haber registrado dos años, y en este caso tres años, un excedente en la producción del mismo, razón por la cual nuestra postura va a ser de que es necesario que se instituya un panel para solucionar esto”, dijo Luis Ernesto Derbez, el secretario de Economía del gobierno de México.<sup>64</sup>

Al momento de concluir la redacción de este capítulo en noviembre 2003 aún no se había procedido a la integración de un panel, y el caso distaba mucho de quedar resuelto. Obviamente, no es posible decir si, a la postre, el capítulo 20 solucionará la disputa. Pero la pauta hasta la fecha es bastante similar a la del caso del autotransporte de carga, en donde la intensidad de las presiones políticas internas hizo que los gobiernos se cuidaran mucho de efectivamente llevar el caso a un panel del TLCAN. Y al igual que el autotransporte de carga, no sería de extrañarse, si el caso a la larga llegara a ser examinado y se emite una decisión en contra de Estados Unidos, y que ésta no se acate. En este caso, las presiones políticas que complicaron las negociaciones en primer lugar continúan frustrando la resolución de este conflicto ahora, y demuestran los límites del proceso legal internacional establecido por el TLCAN.

62 USDA, *op. cit.*, p. 7.

63 Wallengreen, Maja (2000).

64 EFE News Service (2001).

#### IV. CONCLUSIONES

El capítulo 20 del TLCAN establece procedimientos para encargarse de controversias generales entre las partes de ese Tratado. Este proceso general puede abordar los desacuerdos que pudiesen surgir sobre la interpretación o la implementación de prácticamente cualquier disposición que comprende el Tratado, incluyéndose en ello el desenlace final de otros procedimientos para la solución de controversias, salvo las controversias en materia de *dumping* y subsidios, de las cuales se ocupa el capítulo 19. Al igual que en el capítulo 18 del ALCCEU y los artículos 22 y 23 de la OMC, los cuales han sido tomados como modelos, el capítulo 20 constituye un procedimiento tradicional para la solución de controversias comerciales internacionales en donde los casos pueden ser iniciados únicamente por los gobiernos nacionales.

Considerándolo todo, 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 menores se resuelven mucho antes de que lleguen a un panel de disputas. El número reducido de casos refleja, asimismo, en parte, la disponibilidad de jurisdicciones alternativas para la solución de controversias; entre ellas destaca la OMC (y por cierto otros de los procedimientos para la solución de controversias que comprende el TLCAN).

Todos los casos en los que se ha recurrido a paneles arbitrales dentro del capítulo 20 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 llegarse a un acuerdo mutuo en torno a ellos. Esto fue el caso con respecto a las aves y leche en Canadá, y con respecto a los servicios de autotransporte y con el azúcar en Estados Unidos. Incluso las escobas de mijo, por sí solo un asunto muy menor, versó sobre la cuestión sensible de las 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 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.

El historial tal vez sea demasiado corto para poder evaluar con confianza la eficacia del capítulo 20. No obstante, la evidencia hasta la fecha indica que el capítulo 20 es en el mejor de los casos una institución débil, y que sólo ha tenido un éxito parcial en resolver los conflictos para los cuales se le ha pedido encargarse. Para ser 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 recomendaciones del panel arbitral. Y en otras disputas, las posibilidades de un caso del capítulo 20 quizá hayan propiciado una solución negociada antes de llegar a un panel de controversias.

Pero tanto el caso de los servicios de autotransporte como el caso del azúcar demuestran claramente los límites de la eficacia del capítulo 20. Ante el hecho de que Estados Unidos durante mucho tiempo rechazó abrir sus fronteras a los servicios mexicanos de autotransporte tal y como había aceptado hacerlo en el TLCAN, el capítulo 20 estuvo cerca de pasar a la irrelevancia. Es cierto que, al final, un panel decidió en contra de Estados Unidos, y que, a regañadientes, Estados Unidos ahora está en proceso de implementar sus obligaciones. Pero resulta difícil aducir argumentos en el sentido de que dicha resolución fue más rápida o sustancialmente diferente de lo que hubiera sido sin el capítulo 20. De un modo parecido, hasta ahora el capítulo 20 no ha logrado resolver una ya antigua disputa sobre el azúcar entre Estados Unidos y México. De nueva cuenta, el verdadero foro para examinar este asunto se encuentra fuera del proceso formal para la solución de controversias establecido en el TLCAN.

La evidencia es clara: 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 la Ley Helms-Burton, no hay ningún panel internacional para la solución de controversias que tenga peso para encargarse de ellos. Con todo, aún es posible que el capítulo 20 del TLCAN evolucione y se convierta en una institución más eficaz de autoridad internacional, 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. En el capítulo final, sin embargo, hacemos una serie de propuestas que pueden servir para hacer el mecanismo del capítulo 20 más efectivo.



CAPÍTULO SEGUNDO  
EL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN:  
MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS  
DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE CUOTAS *ANTIDUMPING*  
Y COMPENSATORIAS

I. INTRODUCCIÓN

En virtud del interés que los exportadores mexicanos mostraron por asegurar un acceso seguro y estable al mercado estadounidense y canadiense que no pudiera ser puesto en entredicho por la aplicación arbitraria o frívola de las legislaciones *antidumping* y la de cuotas compensatorias, el gobierno mexicano propuso en la negociación del TLCAN contar con un mecanismo similar de resolución de disputas al que Estados Unidos y Canadá habían negociado en el ALCCEU. Tanto Canadá como Estados Unidos se resistieron a incluir a México en dicho mecanismo, pero a final de cuentas se convencieron de las ventajas de hacerlo, y aceptaron. El mecanismo resultante incluido en el capítulo 19 del TLCAN es diferente al del capítulo 20, el cual se estructuró siguiendo fundamentalmente un modelo “diplomático político”, mientras que el primero se estructuró por uno “orientado por reglas”, aunque de manera peculiar y muy innovadora. Este mecanismo, por otra parte, ha sido utilizado de manera más frecuente que el del capítulo 20, y de hecho —como ya dijimos antes— es una continuación del capítulo del mismo número en el ALCCEU.

En la primera parte de este capítulo recordaremos los orígenes del capítulo 19 en el ALCCEU y la experiencia de Estados Unidos y el Canadá con este mecanismo. En la segunda parte examinaremos cómo se dio el proceso de establecimiento del capítulo 19 en el TLCAN y cómo ha operado el mismo en sus primeros diez años de existencia. En la tercera parte se verá cuáles han sido las principales críticas y problemas que ha enfrentado el capítulo 19 y en qué medida éste ha sido efectivo. En la parte final

del libro presentaremos algunas recomendaciones tendientes a hacer más eficiente el mecanismo del capítulo 19.

## II. EL CAPÍTULO 19 DEL ALCCEU

Durante la negociación del ALCCEU una de las principales preocupaciones que expresó Canadá fue el ritmo de crecimiento con que el gobierno de Estados Unidos empezó a aplicar cuotas *antidumping* y cuotas compensatorias a sus productos en la década de los años 1980.<sup>65</sup> Desde principios del siglo XX Estados Unidos había aplicado dichas cuotas de manera regular como parte de su sistema de remedios contra el comercio desleal. Sin embargo, tras la aprobación de la Ley sobre Acuerdos Comerciales de 1979 (LAC), que incorporó los Acuerdos de la Ronda de Tokio en la legislación estadounidense, el Congreso de este país reformó los procedimientos para aplicar las cuotas *antidumping* y compensatorias: la mayor transparencia en las reglas y reglamentos, así como los nuevos requisitos de procedimiento que se incorporaron en la LAC, facilitaron que los productores estadounidenses utilizaran con mayor frecuencia tanto la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias como la revisión de dichas acciones por medio del sistema judicial.<sup>66</sup>

Por ejemplo, desde 1954 hasta la promulgación de la LAC, la responsabilidad para administrar el sistema de remedios contra el comercio desleal se dividió entre el Departamento del Tesoro, que resolvía en los casos de *dumping* o subsidios, y la Comisión Internacional de Comercio (CIC), que manejaba las determinaciones de daño. En 1979, la responsabilidad del primero se trasladó a la agencia denominada Administración del Comercio Internacional dentro del Departamento de Comercio. Dado que se

<sup>65</sup> El ALCCEU entró en vigor el 1o. de enero de 1989. Un recuento detallado de las preocupaciones del Canadá respecto a la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias por parte de Estados Unidos se encuentra en Winham, Gilbert R. (1988).

<sup>66</sup> Véase Marks, Matthew J. (1980), p. 427. Entre los cambios a los procedimientos relativos a las cuotas compensatorias que observa Marks se encuentran la mayor brevedad de los plazos para que las autoridades lleguen a un fallo, y las disposiciones sobre el uso de la "mejor información disponible", lo cual, como señala Marks, "siempre ha sido un eufemismo para avalar las pretensiones del demandante" (p. 432). Asimismo, añade el autor: "Dadas las fuertes críticas del Congreso a la forma en que el Departamento del Tesoro ha administrado las leyes sobre comercio desleal... es de esperarse que, en los casos en los que no se disponga de todos los hechos, la duda se resolverá a favor del demandante" (p. 433).

percibía que el Departamento de Comercio tenía una actitud más receptiva hacia los productores nacionales que la del Departamento del Tesoro, este cambio fue visto por lo general como un subterfugio para facilitar a los productores estadounidenses el acceso a los remedios comerciales. El resultado fue que el número de acciones petitorias de cuotas *antidumping* y compensatorias se incrementó notablemente: mientras que entre 1934 y 1974 se expidieron alrededor de 41 determinaciones de cuotas compensatorias (aproximadamente una por año), Estados Unidos emprendió once investigaciones de cuotas compensatorias contra Canadá tan sólo entre 1980 y 1986.<sup>67</sup>

En vista de la frecuencia con que Estados Unidos recurrió a los remedios contra el comercio desleal durante los años ochenta, Canadá concluyó que le era necesario conseguir un acceso más seguro al mercado estadounidense, pues dependía en gran medida del comercio con dicho país, y era probable que en el futuro aumentara esa dependencia. Por tanto, la seguridad del acceso se convirtió en uno de los principales objetivos de Canadá durante las negociaciones del ALCCEU. En un principio, el propósito de Canadá fue conseguir que Estados Unidos le excluyera totalmente de sus leyes de remedio contra el comercio desleal. A Estados Unidos, sin embargo, tal opción nunca le pareció siquiera pensable, por lo cual Canadá sugirió entonces que las leyes *antidumping* se sustituyeran por las de competencia y se estableciera un nuevo régimen en el que se definiera una lista de subsidios “acceptables” e “inacceptables”. No obstante, esta propuesta fue igualmente rechazada.

Ante esta negativa estadounidense, Canadá aceptó una propuesta de un prominente congresista estadounidense de establecer un mecanismo transitorio para la resolución de disputas, el cual se basara en la revisión de las determinaciones *antidumping* y compensatorias emitidas por las autoridades administrativas competentes por parte de paneles binacionales integrados por expertos de ambos países.<sup>68</sup> Canadá consideró que este me-

<sup>67</sup> Las cifras se tomaron de Hart, Michael (1989), p. 97, y Finger, J. Michael (1987), p. 155.

<sup>68</sup> El primero en proponer la idea de la revisión binacional fue el congresista Sam Gibbons, presidente del Subcomité de Comercio del Comité de Medios y Medidas de la Casa de Representantes de Estados Unidos. El Comité de Finanzas del Senado, que rechazara enérgicamente la concesión de cualquier tipo de excepción a Canadá de las leyes de remedio comercial estadounidenses, la aceptó con entusiasmo. Véase Winham, Gilbert R., *op. cit.*, p. 42.

canismo controlaría indirectamente la aplicación de Estados Unidos de sus leyes de remedio comercial contra los productos canadienses, y lo defendió como una concesión indispensable para cerrar el trato. Sólo unas cuantas horas antes de la fecha límite, el Ejecutivo de Estados Unidos propuso el mecanismo para la resolución de disputas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias con efectos vinculatorios para ambas partes.

De esta manera, se incluyó este mecanismo en el capítulo 19 del ALCCEU, el cual contiene tres partes. En primer lugar, las partes acordaron seguir negociando para alcanzar un régimen regional alternativo para manejar el *antidumping* y las políticas de subsidios sobre los temas del *dumping* y los subsidios, de ser posible en el término de siete años.<sup>69</sup> Aunque las partes crearon un grupo de trabajo para esta tarea, también convinieron negociar tanto los asuntos del *dumping* y los subsidios como las acciones de cuotas compensatorias en la Ronda Uruguay, en lugar de hacerlo bilateralmente.

En segundo lugar, las partes acordaron que antes de promulgarse enmiendas a las leyes sobre cuotas *antidumping* o cuotas compensatorias de cualquiera de los dos países tendría que darse notificación previa al otro país y realizarse consultas, y que dichas enmiendas tendrían que ser congruentes con las disposiciones en la materia del GATT, de otros acuerdos multilaterales y del propio ALCCEU. Asimismo, las partes aceptaron presentar los cambios legislativos propuestos a un panel binacional para que éste diera su opinión experta sobre la consistencia de dichos cambios con las obligaciones existentes según los términos del derecho internacional.

En tercer lugar, las partes crearon la figura de los paneles binacionales para reemplazar a los tribunales nacionales en la revisión judicial de las determinaciones finales sobre cuotas *antidumping* o cuotas compensato-

<sup>69</sup> El artículo 1906 del ALCCEU establece: "Las disposiciones de este Capítulo estarán en vigor durante cinco años, en tanto se elabora un sistema sustituto de reglas en ambos países sobre cuotas *antidumping* y compensatorias, que habrá de ser aplicado a su comercio bilateral. Si al final del periodo de cinco años no se ha acordado e implementado dicho sistema de reglas, las disposiciones de este capítulo se prorrogarán por dos años adicionales. Si al cabo de esta extensión de dos años no se ha implementado un nuevo régimen, cualquiera de las partes podrá cancelar el Acuerdo, previo aviso con seis meses de anticipación".

rias emitidas por las autoridades administrativas competentes.<sup>70</sup> Cualquiera de las partes puede solicitar que un panel revise la resolución final sobre cuotas *antidumping* o cuotas compensatorias emitida por la autoridad investigadora competente de la otra parte a fin de determinar si dicha resolución se apega a la legislación en la materia del país importador. Ambas partes acordaron mantener sus prácticas administrativas en las investigaciones sobre *antidumping* y cuotas compensatorias,<sup>71</sup> y se reservaron el derecho de aplicar sus leyes en esa materia a los productos importados del territorio de la otra parte.<sup>72</sup> Pero admitieron la posibilidad de que toda persona que estuviera facultada para solicitar una revisión judicial según las leyes de cada país pudiera recurrir a un panel binacional. El mandato del panel era examinar el expediente administrativo del caso impugnado y decidir si el fallo final había sido tomado de acuerdo con la legislación nacional pertinente al caso.

Los paneles se integraban de cinco miembros, elegidos de entre una lista de expertos en comercio —principalmente abogados— y radicados en alguno de los dos países. Cada país elegía dos panelistas, y el quinto era designado de manera conjunta o, si no se llegaba a un acuerdo sobre el miembro final, por sorteo. En la práctica, la nacionalidad del quinto miembro se elegía en forma alterna de un panel al siguiente. El criterio de revisión que aplicaban los paneles debía ser el del país en el que se había llevado la investigación *antidumping* o de cuota compensatoria.<sup>73</sup> En el artículo 1991, el ALCCEU hace referencia explícita al criterio de revisión estipulado en la Ley de Tribunales Federales de Canadá y en la Ley de Aranceles de 1930, enmendada, de Estados Unidos.

Es importante señalar que los paneles no estaban facultados para crear leyes sustantivas, sino que, por el contrario, sus decisiones debían ser consistentes con la legislación del país importador o, como lo estipulaba la fracción 2 del artículo 1904 del ALCCEU: “acorde con las leyes sobre

<sup>70</sup> Véase la fracción 2 del artículo 1904 del ALCCEU.

<sup>71</sup> Véase la fracción 1 del artículo 1902 del ALCCEU.

<sup>72</sup> Las legislaciones sobre cuotas *antidumping* y compensatorias comprenden los estatutos relevantes, la historia legislativa, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales —que, a fin de cuentas, eran muy similares en ambos países.

<sup>73</sup> El ALCCEU estipula que: “...el Panel aplicará el criterio de revisión descrito en el Artículo 1911 y los principios legales generales que en otro caso aplicaría un tribunal de la parte importadora a la revisión de un fallo emitido por la autoridad investigadora competente”.

cuotas *antidumping* o cuotas compensatorias de la parte importadora”. En consecuencia, las autoridades administrativas podrían llegar a determinaciones de *dumping* o de existencia de subsidios prohibidos en forma distinta en cada país, pero dichas determinaciones serían válidas e inamovibles en la medida en que se hubieran adoptado de acuerdo con las leyes nacionales.

Las decisiones de los paneles resultaban prácticamente definitivas, pues el ALCCEU no incluía un mecanismo para apelar estas decisiones con fundamento en errores legales o factuales. Sin embargo, sí había una disposición relativa a impugnaciones extraordinarias de las decisiones de los paneles, la cual podría invocarse ante comités especiales solamente: 1) cuando se acusara a un panelista de faltas graves, parcialidad, conflictos de intereses u otra violación material de las reglas, cuando el panel se apartara gravemente de una regla de procedimiento fundamental, o cuanto la acción de un panel excediera de manera evidente sus facultades, autoridad o jurisdicción, y 2) cuando cualquiera de las acciones antes mencionadas afectaran la decisión del panel o amenazaran la integridad del proceso de revisión.

En pocas palabras, el mecanismo de resolución de disputas incorporado en el capítulo 19 del ALCCEU estipulaba que las investigaciones y determinaciones relativas a cuotas *antidumping* y compensatorias emitidas por las autoridades nacionales competentes podrían ser objeto de una revisión cuasi judicial por parte de paneles binacionales. En particular, ofrecía a los exportadores e importadores la opción de someter una determinación controvertida de *antidumping* o cuotas compensatorias a la revisión de un panel binacional cuya decisión resultaba obligatoria para los dos gobiernos en lugar de recurrir a la revisión judicial realizada por los tribunales nacionales (aunque éstos siguieron estando a disposición de los exportadores e importadores luego de la creación del ALCCEU). Dado que los paneles estaban compuestos por nacionales tanto de Estados Unidos como de Canadá, se consideraba en general que los paneles binacionales promovían una mayor congruencia y objetividad en la administración de las legislaciones de *antidumping* y cuotas compensatorias. Debido a esta serie de características, el capítulo 19 del ALCCEU se lo consideró uno de los mecanismos de resolución de disputas más peculiares e innovadores que se hayan elaborado en los últimos años.

*La experiencia de Canadá y Estados Unidos  
con el capítulo 19 del ALCCEU*

Se ha considerado al capítulo 19 como un “mecanismo arbitral”,<sup>74</sup> y no cabe duda que lo es en el sentido de que las partes designaban a los juristas en forma *ad hoc* para que éstos tomaran una decisión con carácter obligatorio sobre las cuestiones planteadas en un caso particular y sin que dicha decisión tuviera repercusiones legales para otros casos o disputas subsecuentes. Sin embargo, el capítulo 19 resultaba más que un mecanismo de arbitraje internacional, por dos razones fundamentales.

En primer lugar, el capítulo 19 facultaba a los paneles para que condujeran revisiones de tipo judicial de las acciones tomadas por autoridades administrativas nacionales, revisiones que en el pasado sólo las realizaban los tribunales nacionales. El énfasis se ponía en la revisión judicial,<sup>75</sup> y la legislación que habría de aplicarse era la ley administrativa nacional del país importador. Dado que la revisión por parte de un panel binacional habría de conducirla éste en su carácter de órgano internacional *ad hoc* respecto de las decisiones de autoridades administrativas nacionales, podría decirse que el capítulo 19 constituía una forma limitada de derecho administrativo internacional.

En segundo lugar, el capítulo 19 ofrecía la posibilidad de recurrir a los paneles binacionales a cualquier persona interesada y con capacidad legal de cuestionar y solicitar la revisión de una determinación *antidumping* o de cuotas compensatorias emitida por las autoridades nacionales ante el Poder Judicial nacional. Con esto se facultaba a los productores nacionales a iniciar el proceso de revisión ante paneles binacionales a través de los gobiernos, y a representarse a sí mismos en dicho proceso de revisión ante paneles, lo cual significaba otorgar capacidad legal a los

<sup>74</sup> Gantz, David A. (1998), pp. 297-363, esp. 304.

<sup>75</sup> Por ejemplo, el congresista Sam Gibbons, presidente del Subcomité de Comercio de la Casa de Representantes y uno de los arquitectos del ALCCEU, destacaba la importancia de la revisión binacional, de la siguiente manera: “Soy un gran creyente en la revisión judicial y no pretendo restarle importancia... [El Capítulo 19] ofrece muchas ventajas a los canadienses, pero también a nosotros. Garantiza que en el Canadá haya una revisión judicial más extensa. Su revisión judicial no es tan amplia como la nuestra, no tan comprehensiva como la nuestra, y este acuerdo, con su mecanismo para la resolución de disputas, incrementará el derecho de los productores estadounidenses en el sistema judicial canadiense a una revisión judicial más amplia”. Hearing before the Subcommittee on Court (1988), p. 99.

particulares de participar en la resolución de disputas internacionales, lo que normalmente está reservado a los gobiernos nacionales que representan a su Estado-nación. Dado el nivel de politización que habían adquirido las cuestiones relativas a la aplicación de la leyes sobre prácticas de comercio desleal en las relaciones económicas entre Canadá y Estados Unidos, y en virtud de que fueran los propios productores quienes pudieran iniciar paneles, era previsible que el mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 sería utilizado con mucha frecuencia.

El ALCCEU entró en vigor el 1o. de enero de 1989, y a éste siguió el TLCAN, el 1o. de enero de 1994. Durante sus cinco años de existencia, ambas partes presentaron formalmente 47 casos, cifra que no comprende las disputas que se solucionaron mediante consultas, antes de que se integrara un panel binacional. De los 47 casos, 28 fueron constituidos para revisar decisiones de autoridades estadounidenses (*i. e.*, determinaciones sobre *antidumping* o cuotas compensatorias emitidas por el Departamento de Comercio, o determinaciones sobre daño de la Comisión Internacional de Comercio), y 19 fueron en contra de autoridades canadienses (*i. e.*, contra la Oficina de Hacienda de Canadá [Revenue Canada] —actualmente llamada Agencia de Aduanas e Ingresos de Canadá—, por determinaciones emitidas sobre *antidumping* o cuotas compensatorias; o contra el Tribunal Internacional de Comercio de Canadá, por sus determinaciones sobre daño) (véase el cuadro 1).

## CUADRO 1

PANELES BINACIONALES DE REVISIÓN INTEGRADOS  
DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19  
DEL ALCCEU, 1989-1993

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Canadá</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Estados Unidos</i>
Autoridades de Estados Unidos	28	28	6
Autoridades de Canadá	19	3	17
<i>Total</i>	47	31	23

FUENTE: *FTA, Decision and Reports* (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>)

Los casos contra las autoridades administrativas de una de las partes por lo general eran iniciados por los exportadores de la otra parte; sin embargo, los importadores rivales que podrían haber ganado una orden sobre cuotas *antidumping* o compensatorias en primera instancia también podían solicitar la revisión binacional a fin de elevar el nivel de la cuota.

Las cifras muestran que los productores o gobiernos canadienses recurrieron casi el doble de veces al capítulo 19 que sus contrapartes estadounidenses, y que las autoridades administrativas de Estados Unidos fueron demandadas casi el doble de veces que las autoridades canadienses. Más aún, como lo muestra el cuadro 2, el número de solicitudes de revisión contra las resoluciones de las autoridades administrativas estadounidenses fue muy abundante desde la entrada en vigor del ALCCEU, y no fue sino hasta el último año del Acuerdo (1993) cuando las solicitudes de revisión de decisiones de autoridades administrativas canadienses fueron considerables.

## CUADRO 2

INCIDENCIA POR AÑO DE LOS PANELES BINACIONALES  
DE REVISIÓN INTEGRADOS DE ACUERDO  
CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19  
DEL ALCCEU, 1989-1993

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>1989</i>	<i>1990</i>	<i>1991</i>	<i>1992</i>	<i>1993</i>
Autoridades administrativas de Estados Unidos	28	10	3	5	5	5
Autoridades administrativas de Canadá	19	1	1	2	2	13
<i>Total</i>	47	11	4	7	7	18

FUENTE: *FTA, Decision and Reports* (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>).

Estas cifras traslucen los orígenes del capítulo 19, el cual fue propuesto por Canadá como un medio para regular el manejo en Estados Unidos de las medidas *antidumping* y compensatorias, y, en gran medida, como un sustituto del régimen alternativo sobre *antidumping* y cuotas compensatorias, el cual los socios del ALCCEU nunca lograron negociar. Dadas las preocupaciones que Canadá expresara durante la negociación del ALCCEU, no es de sorprender que los canadienses recurrieran con mayor frecuencia al capítulo 19, sobre todo en los primeros tiempos del Acuerdo.

La revisión por parte de los paneles binacionales puede resultar en que la determinación de la autoridad administrativa en cuestión sea ratificada, o le devuelva a ella misma, o concluida (generalmente, por la acción de las partes en disputa). Los paneles no tienen facultades legales para anular la cuota que haya aplicado una autoridad administrativa. En el caso de que no puedan confirmar o ratificar la determinación de una autoridad administrativa, tienen el mandato de “devolverla a la misma autoridad administrativa con el fin de que adopte medidas no incompatibles con su decisión”.<sup>76</sup> Este

<sup>76</sup> ALCCEU, artículo 1904, frac. 8.

procedimiento hace posible que se dé más de una devolución por panel. Más aún, los paneles pueden devolver la determinación de una autoridad administrativa de manera total o parcial, lo que da por resultado que la devolución concierna al aspecto central del caso en cuestión o sólo a aspectos periféricos o menos importantes, mientras que el resto del caso sea ratificado. En el caso de determinaciones de autoridades canadienses, los paneles ratificaron casi el doble de ellas, mientras que en el caso de determinaciones de autoridades administrativas estadounidenses, los paneles devolvieron casi el doble de resoluciones para que las revisaran. Por los motivos que fueren, los paneles binacionales al parecer tuvieron una actitud más intervencionista frente a las autoridades administrativas estadounidenses que frente a las canadienses.<sup>77</sup>

CUADRO 3

DISTRIBUCIÓN DE LOS PANELES BINACIONALES DE REVISIÓN INTEGRADOS DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19 DEL ALCCEU, 1989-1993

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Ratificadas</i>	<i>Devueltas</i>	<i>Concluidas</i>
Autoridades administrativas de Estados Unidos	28	7	12	9
Autoridades administrativas de Canadá	19	7	4	8
<i>Total</i>	47	14	16	17

FUENTE: FTA, Decision and Reports (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>).

<sup>77</sup> En Estados Unidos, la Corte de Comercio Internacional (CCI), en Nueva York, es la autoridad competente para conocer de apelaciones sobre las determinaciones emitidas por las autoridades administrativas en materia de cuotas *antidumping* y cuotas compensatorias, y antes del ALCCEU, era el único recurso existente para esos casos. De acuerdo con un estudio del gobierno estadounidense: "La CCI emitió devoluciones en alrededor de un tercio de los casos". Esta cifra puede compararse con la proporción aproximada de 43% de devolución de casos estadounidenses bajo el ALCCEU. Véase GAO (1995), p. 74.

El cuadro 4 muestra en resumen los temas tratados por los paneles binacionales (cuotas *antidumping*, cuotas compensatorias y daño). Tanto en Canadá como en Estados Unidos la aplicación de cuotas *antidumping* representaron más de la mitad de los casos iniciados al amparo del capítulo 19, lo que era natural, considerando el gran número de resoluciones sobre *antidumping* que hubo en ambos países.

CUADRO 4

TEMA DE REVISIÓN DE LOS PANELES BINACIONALES  
INTEGRADOS DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS  
DEL CAPÍTULO 19 DEL ALCCEU, 1989-1993

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Cuotas antidumping</i>	<i>Cuotas compensatorias</i>	<i>Daño</i>	<i>Otro</i>
Autoridades administrativas de Estados Unidos	28	14	7	5	2
Autoridades administrativas de Canadá	19	10	0	9	0
<i>Total</i>	47	24	7	14	2

FUENTE: FTA, *Decision and Reports* (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>)

En lo que se refiere a las cuotas compensatorias, Estados Unidos aplicó estas medidas con mucha mayor frecuencia que Canadá, con el resultado de que las revisiones de paneles relacionadas con estas cuotas sumaron 25% del total de los casos estadounidenses, mientras que no hubo ninguna que apelara ese tipo de acciones por parte de las autoridades administrativas canadienses. La aplicación de cuotas compensatorias por parte de un país conlleva el revisar las políticas de subsidios del país exportador, lo que hace que esta medida resulte por lo general más polémica que las medidas *antidumping*, las cuales involucran principalmente las prácticas de precios de las empresas en lo individual. Este carácter polémico de la aplicación de cuotas compensatorias se refleja en el hecho de que de los

doce casos que devolvieron los paneles a las autoridades administrativas estadounidenses, el mayor número de ellos (5) se refirió a casos de cuotas compensatorias. Más aún, como puede verse en el cuadro 5, Estados Unidos presentó impugnaciones extraordinarias ante los Comités de Impugnación Extraordinaria (CIE) en tres ocasiones, dos de las cuales se referían a la aplicación de cuotas compensatorias.<sup>78</sup>

CUADRO 5

TIPO DE IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA PRESENTADA  
DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO  
19 DEL ALCCEU, 1989-1993

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de casos presentados ante el CIE</i>	<i>Cuotas antidumping</i>	<i>Cuotas compensatorias</i>	<i>Daño</i>
Autoridades administrativas de Estados Unidos	3	0	2	1
Autoridades administrativas de Canadá	0	0	0	0

FUENTE: *FTA, Decision and Reports* (<http://www.nafta-sec-alena.org/english/decisions/fta/index.htm>).

En la práctica, la operación del capítulo 19 era muy sencilla. Cada país elaboraba una lista de alrededor de 25 profesionales y abogados especiali-

<sup>78</sup> Los fallos emitidos por los paneles del capítulo 19 eran, en primera instancia, de carácter vinculatorio, y no podían ser modificados por las acciones de los gobiernos nacionales. Sin embargo, el ALCCEU contenía un mecanismo de revisión, llamado Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE) (artículo 1904, fracc. 13), según el cual cualquier parte del Acuerdo (es decir, un gobierno nacional) podía requerir que se integrara un panel *ad hoc* de tres jueces para que revisara el fallo del panel binacional, de acuerdo con un examen en tres partes, detallado en el Acuerdo, examen que resultaba oneroso y no fácil de cumplir. Se presentaron tres casos al CIE según los términos del ALCCEU, pero ninguno tuvo éxito en anular el fallo del panel que se revisaba.

zados en comercio, de la cual se elegiría a los panelistas. Cuando se solicitaba una revisión binacional, se integraba un panel de cinco personas, elegidas de las listas de ambos países. Más adelante se agregaron nombres a las listas, y, cuando era necesario, se seleccionaban personas no incluidas en ellas. Todos los paneles se componían de dos miembros originarios de cada país, y el quinto se elegía de una u otra nacionalidad, de manera alternada. El plazo para que el panel emitiera su decisión final era de 315 días. Los paneles recibían toda la documentación y evidencias, es decir, el expediente administrativo compilado por la autoridad administrativa durante la investigación administrativa, expediente que solía ser muy voluminoso. Los panelistas también recibían las reclamaciones, promociones, memoriales, memoriales de contestación y de réplica de los representantes legales de las partes interesadas. Éstas consistían, por lo general, de las empresas o asociaciones industriales involucradas en el caso, y, en los casos de cuotas compensatorias, las autoridades administrativas gubernamentales (por ejemplo, federales, estatales o provinciales) que estuviesen implicadas en la asignación de subsidios. El proceso de revisión incluía una audiencia pública para la presentación de los hechos y el cuestionamiento por los panelistas a los representantes legales de las partes involucradas. Al concluir la audiencia, los panelistas por lo general intentaban llegar a una decisión sobre los principales elementos del caso. Cuando así ocurría, el presidente dividía la tarea de redactar la decisión final entre los miembros del panel, incluyéndose a sí mismo.

Los paneles del capítulo 19 aplicaban la legislación del país importador. Por ejemplo, si lo que se revisaba era una determinación de cuotas compensatorias del Departamento de Comercio de Estados Unidos, el secretario estadounidense del Secretariado del ALCCEU era quien tenía la responsabilidad administrativa por el panel, la audiencia del panel se realizaba en Washington, y los panelistas, incluidos los canadienses, estaban obligados a basarse en la legislación de Estados Unidos para determinar si el Departamento de Comercio había actuado conforme a la ley y de acuerdo con las evidencias en el expediente. Obviamente, la situación era la inversa si lo que se revisaba era una resolución emitida por una autoridad administrativa canadiense. Esto hacía que los panelistas canadienses y estadounidenses debieran estudiar las leyes y prácticas jurídicas del otro país a fin de cumplir debidamente con sus responsabilidades.

Los asuntos que se sometían a los paneles del capítulo 19 eran numerosos y muy diversos, abarcando desde la interpretación de los estatutos y

de la normatividad a la que debían sujetarse las autoridades administrativas, hasta cuestiones sumamente técnicas, como las metodologías para determinar el cálculo de los márgenes de *dumping*, o la aplicación de los principios legales.<sup>79</sup> Además, a menudo se presentaban peticiones incidentales relativas al manejo de las pruebas u otras cuestiones de procedimiento.<sup>80</sup> Las experiencias con el capítulo 19 mostraron que los casos podían tomar rumbos inesperados, por lo que los panelistas debían prepararse para comprender cada caso hasta en sus más mínimos detalles.

En suma, el capítulo 19 del ALCCEU vino a sustituir al régimen bilateral sobre subsidios y prácticas de precios que las partes no pudieron acordar. Fue legalmente novedoso en cuanto dio facultades a un panel binacional (de hecho, un tribunal internacional) para que revisara y devolviera las resoluciones sobre cuotas *antidumping* y compensatorias de las autoridades administrativas nacionales, facultades que hasta entonces habían sido competencia exclusiva de los tribunales nacionales. Las negociaciones para el establecimiento del capítulo 19 fueron muy arduas, pero una vez que entró en operación, la opinión general fue que los paneles binacionales funcionaban correctamente y que sus fallos eran razonablemente afines a los que emitían los tribunales antes de la entrada en vigor del Acuerdo.

Dado que el capítulo 19 representaba una forma sumamente novedosa de resolución de disputas, había incertidumbre respecto a si podría responder a las diversas demandas que llevaron a crearlo. La conclusión es que efectivamente respondió a las expectativas de las partes. No es de sorprender que el gobierno de Canadá, que había presionado para que se incluyera un mecanismo de resolución de disputas durante la negociación del libre comercio, haya quedado satisfecho con la experiencia del capítulo 19. Lo sorprendente es que también Estados Unidos lo encontrara ventajoso, considerando que el capítulo 19 afectó en mayor medida las

<sup>79</sup> Por ejemplo, en el caso *Cerdos vivos provenientes de Canadá* (USA-91-1904-04) se tuvo que revisar la interpretación de la legislación estadounidense y las normas del Departamento de Comercio con respecto a la "especificidad" en las resoluciones de cuotas compensatorias; en el caso *Rieles de acero nuevos, excepto rieles ligeros, provenientes de Canadá* (USA-89-1904-06) se suscitó la cuestión de los beneficios compensatorios no recurrentes, y en el caso *Chapas laminadas en caliente de acero duro provenientes de Estados Unidos* (CDA-93-1904-06-Injury) se tuvo que revisar la aplicación de una enmienda estatutaria a las investigaciones de la agencia administrativa.

<sup>80</sup> Por ejemplo, en el caso *Magnesio puro y aleaciones de magnesio provenientes de Canadá* (USA-92-1904-04) el panel consideró la petición incidental de agregar nueva información que se había presentado luego del cierre del expediente administrativo.

resoluciones emitidas por las autoridades administrativas estadounidenses que las de las autoridades administrativas canadienses. El informe de la GAO antes mencionado, sobre los paneles binacionales del capítulo 19, señalaba que: “los funcionarios de Estados Unidos y Canadá consideraban que el proceso de revisión funcionaba bien, en términos generales [y que] algunos procedimientos de los paneles representaban mejoras con respecto a los procedimientos judiciales de Estados Unidos”.<sup>81</sup> En particular, el informe mencionaba que el proceso binacional era más ágil que la revisión judicial tradicional, que los panelistas habían dado muestra de sus amplios conocimientos y habían realizado revisiones a fondo y bien fundamentadas, y que los procedimientos de los secretariados en Estados Unidos y Canadá operaban con eficiencia. No se había dado el caso (salvo en una ocasión) de que los paneles se dividieran sus decisiones con base en la nacionalidad de los panelistas, lo cual, de haber ocurrido, habría amenazado gravemente y quizá puesto fin al proceso de resolución de disputas del capítulo 19.

### III. EL ESTABLECIMIENTO DEL CAPÍTULO 19 EN EL TLCAN

Las negociaciones en torno al capítulo 19 del TLCAN fueron muy difíciles, tanto como en el ALCCEU, por lo que no fue sino hasta una etapa avanzada cuando se llegó a un acuerdo. En Estados Unidos, el Congreso presionó para que se redujera el alcance del capítulo 19 o incluso para que se desmantelara el mecanismo en su totalidad. A la vez, se intentó ampliar las funciones de los Comités de Impugnación Extraordinaria, lo que habría reducido la capacidad de los paneles binacionales para emitir opiniones definitivas. A Estados Unidos y Canadá les preocupaba que el mecanismo se ampliara a México, un país que contaba con un sistema legal distinto, por lo que hubo varios intentos por incluir complejas garantías de debido proceso en el TLCAN, así como un mecanismo de revisión para vigilar el cumplimiento por parte de México.

Un aspecto importante para el gobierno mexicano fue la consideración de hasta qué punto podría tolerar un mecanismo que funcionaba con base en procedimientos legales extranjeros, y esencialmente inquisitivos, a cambio de disponer del mecanismo de escrutinio binacional de la aplica-

<sup>81</sup> GAO, *op. cit.*, p. 60.

ción de cuotas *antidumping* y compensatorias por parte de Canadá y Estados Unidos. Para Canadá, la preocupación respecto del capítulo 19 se limitaba a mantener el *statu quo* del ALCCEU.

México, a final de cuentas, decidió que era muy importante contar con este mecanismo, y se propuso obtenerlo; pero cabe reconocer que la inclusión del mecanismo del capítulo 19 en el TLCAN no fue una tarea fácil para México, dada las preocupaciones que al inicio de la negociación expresaron los grupos de negociadores de Canadá y Estados Unidos acerca de las características del marco legal mexicano, el cual, de acuerdo con ellos, presentaba diferencias sustanciales y procesales con sus sistemas jurídicos, de modo tal que harían imposible el funcionamiento del sistema del capítulo 19 del ALCCEU en el TLCAN.<sup>82</sup>

En lo referente a las diferencias sustanciales del marco legal mexicano, la más importante preocupación de Estados Unidos y Canadá era la existencia en la Constitución mexicana del derecho de amparo, que constituye para todos efectos un mecanismo de revisión judicial de todos los procedimientos judiciales o administrativos mexicanos. Esta característica tan especial del juicio de amparo hacía concebible que una empresa mexicana o extranjera lo pudiera utilizar como recurso de protección ante una decisión adversa de un panel, y por consiguiente hacer nugatoria la capacidad de un panel de dictar decisiones obligatorias e inapelables. De igual manera, existía el temor de que la Suprema Corte de México (o para el caso la de los Estados Unidos) pudiera algún día dictar una decisión que declarara inconstitucional al capítulo 19 del TLCAN.<sup>83</sup>

Por otra parte, aunque a primera vista la legislación de remedios comerciales de México era similar a la de Estados Unidos y Canadá, en realidad existían un número importante de diferencias que hicieron que los últimos países se negaran en un principio a negociar la extensión del capítulo a México. Algunas de estas diferencias eran específicas, tal como la disposición en la Ley de Comercio Exterior mexicana, que permitía a la Secofi aplicar cuotas compensatorias provisionales a un exportador extranjero en un periodo de tiempo tan corto (cinco días), sin que prácticamente un exportador tuviera conocimiento de estar sujeto a una investigación. En realidad,

<sup>82</sup> Winham, Gilbert R. y Grant, Heather A. (1994) y Horlick, Gary N. & Debusk, F. Amanda (1993).

<sup>83</sup> Véase especialmente a Winham, Gilbert R. y Grant, Heather A., *op. cit.* También véase Thomas, J. C. & López-Ayllón, Sergio (1995).

los plazos concedidos por SECOFI tendían a ser más generosos, pero eso a su vez creaba un problema de incertidumbre.<sup>84</sup>

En lo referente al procedimiento, se pensaba que los juristas de Canadá o Estados Unidos no serían capaces de aplicar la ley civil mexicana de manera correcta, ni tampoco podrían los abogados de México adaptarse a las prácticas jurídicas de Canadá y Estados Unidos. Por ejemplo, el derecho anglosajón (*common law*) otorga a los jueces una amplia autoridad de interpretar la legislación en combinación con precedentes judiciales previamente establecidos en casos específicos, mientras que el derecho civil, el cual se basa en normas codificadas, le concede a los jueces menor libertad de interpretar la legislación.<sup>85</sup>

Otras diferencias eran más generales, y se referían a lo que a los ojos de los negociadores canadienses y estadounidenses constituía un nivel de transparencia de la legislación mexicana menor al de sus legislaciones, tales como la ausencia de una obligación para la autoridad investigadora de compilar un expediente administrativo o de otorgar a las partes audiencias técnicas de discusión y evaluación. Esta menor transparencia se tendía a interpretar por los juristas sajones como un estándar menor de garantía de debido proceso y de audiencia.<sup>86</sup>

Parecía, por consiguiente, que resultaría imposible incorporar a México en el capítulo 19 y su proceso de paneles en virtud de las diferencias sustanciales de los sistemas legales. Sin embargo, esta situación cambió durante la negociación del TLCAN.

En primer lugar, para calmar las inquietudes de Canadá y Estados Unidos en el sentido de que las restricciones constitucionales de México podrían interferir con el proceso de paneles, se incorporó un nuevo mecanismo para “salvaguardar el sistema de revisión ante el panel”.<sup>87</sup> Básicamente, el mecanismo consiste en lo siguiente: si uno de los gobiernos alega interferencia en el proceso de paneles, dicho gobierno puede solicitar una consulta. Si ésta no es satisfactoria, el quejoso puede solicitar la integración de un comité especial. Éste emitirá un fallo respecto del cargo de interferencia inapropiada con el proceso del panel, después de lo cual las partes

<sup>84</sup> Winham, Gilbert R., y Grant, Heather A., *op. cit.*

<sup>85</sup> *Idem.*

<sup>86</sup> *Idem.*

<sup>87</sup> Artículo 1905 del TLCAN. Véase Horlick, Gary y Debusk, Amanda, *op. cit.*, pp. 21-41.

tratarán de llegar a una solución mutuamente satisfactoria, en un plazo de sesenta días. Si no se alcanza una solución, el gobierno querellante podrá suspender la operación del sistema de paneles dentro del capítulo 19 con respecto al otro gobierno o suspender cualquier otro beneficio otorgado de acuerdo con los términos del TLCAN.<sup>88</sup>

En segundo lugar, México aceptó enmendar su legislación comercial y reglamentos relativos como un *quid pro quo* para obtener acceso al capítulo 19.<sup>89</sup> México hubiera tenido que modificar su legislación para adaptarla al TLCAN de todas formas. Con todo, las enmiendas y modificaciones aceptadas fueron probablemente de mayor profundidad y magnitud de lo que hubieran resultado sin la presión de la negociación del TLCAN y particularmente del capítulo 19. Los compromisos de enmienda específicos de México se incorporaron en el Anexo 1905.15 del TLCAN, Lista de México, el cual constituye una lista de principios de debido proceso y transparencia que deben observarse en los procedimientos sobre remedios comerciales.<sup>90</sup> Por ejemplo, México aceptó establecer itinerarios claros y plazos perentorios para las investigaciones *antidumping* y de subvenciones y medidas compensatorias, y de asegurar que las partes interesadas estén adecuadamente informadas de los procedimientos, así como de concederles el derecho de comentarlos.<sup>91</sup>

Pero aún de mayor importancia fue la aceptación por parte de México de la obligación de que su autoridad administradora: la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI) de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), actualmente la Secretaría de Economía, en las investigaciones de prácticas desleales compile un expediente administrativo, el cual se debe componer de toda la información preparada o recibida por ella durante las investigaciones *antidumping* o de subvenciones e medidas compensatorias y más aún de basar su decisión final exclusivamente en el expediente administrativo.<sup>92</sup> Estas provi-

<sup>88</sup> Artículo 1905 del TLCAN.

<sup>89</sup> Véase Anexo 1904.15, Lista de México, del TLCAN.

<sup>90</sup> *Idem*.

<sup>91</sup> Artículo 1907(3) del TLCAN y los artículos 142 a 145 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, que establecen la obligación para la autoridad de notificar oportunamente a las partes interesadas, inclusive mediante el *Diario Oficial*, de las resoluciones dictadas en los procedimientos respectivos. *Diario Oficial de la Federación*, del 30 de diciembre de 1993.

<sup>92</sup> Esta obligación se materializó en el artículo 138 del Reglamento arriba mencionado.

siones resultaron de gran importancia, pues tienen el mérito de dar mayor transparencia a los procedimientos *antidumping* y de medidas compensatorias y hacen más estricta la presentación y uso de la evidencia, reduciéndose por consiguiente las posibilidades de que la autoridad administrativa actúe en forma arbitraria.

En tercer lugar, los tres países acordaron incluir nuevas reglas sobre consultas y otras con el propósito de incrementar aún más el nivel de transparencia en la administración de las leyes de remedios comerciales. Éstas se incorporaron en el artículo 1907.3 del TLCAN.

No obstante, todos esos problemas se superaron durante la negociación del TLCAN, y en el acuerdo resultante, las disposiciones del capítulo 19 para la resolución de disputas debidas a la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias fueron esencialmente iguales que las del ALCEEU.

Primero, cada país mantiene su derecho irrestricto a aplicar su propia legislación de remedios comerciales y mantener sus prácticas normales de administración de las mismas respecto de los productos de los otros países.<sup>93</sup> Los tres países acordaron, sin embargo, que cualquier enmienda que cualquiera de ellos quiera hacer a las mismas debe sujetarse a una notificación previa a las otras partes.<sup>94</sup> También se comprometen a celebrar consultas si una parte las solicita antes de llevar a cabo cualquier cambio a su legislación en la materia y finalmente a someter los cambios deseados a revisión de un panel de expertos para obtener una opinión de si dichos cambios son consistentes con sus obligaciones dentro del TLCAN o el GATT o ( la OMC).<sup>95</sup>

Segundo, los socios del TLCAN acordaron establecer paneles *ad hoc* para realizar una revisión tipo judicial —como una alternativa a los tribunales internos—, de las resoluciones definitivas *antidumping* y de medidas compensatorias dictadas por las agencias administrativas competentes.<sup>96</sup> Además, se establece que cualquier persona que tenga derecho de

<sup>93</sup> Artículo 1902(1) del TLCAN.

<sup>94</sup> Artículo 1902(2) del TLCAN.

<sup>95</sup> Artículo 1903 del TLCAN.

<sup>96</sup> Artículo 1904 del TLCAN. Los paneles del capítulo 19 del TLCAN se componen de cinco miembros o árbitros escogidos dentro de una lista de expertos en materia de derecho comercial que establece cada gobierno, los cuales en su mayoría son abogados practicantes, aunque el TLCAN, a diferencia del ALCEEU, también promueve la participación de jueces o ex jueces. En caso de una revisión, dos panelistas son escogidos por cada gobierno, mientras que el quinto es escogido por acuerdo de los dos gobiernos o por sorteo. En este

invocar la revisión judicial en el derecho interno tiene derecho a invocar la revisión ante los paneles.<sup>97</sup> Esto incluye a las industrias afectadas tanto internas como extranjeras. A los paneles se les encarga examinar el expediente administrativo del caso sujeto a revisión a fin de decidir si la acción tomada por la agencia administrativa se encuentra sustentada en la evidencia contenida en el mismo y se ha dictado con apego a la legislación interna del país en cuya jurisdicción se inicia la acción.<sup>98</sup>

Es importante señalar que México y Canadá aceptaron esta disposición convencidos de que aunque el mecanismo no constreñía la aplicación autónoma de la legislación interna por parte de las autoridades nacionales, la participación de cinco expertos independientes de los gobiernos en un panel encargado de ejercer una función de revisión cuasijudicial aseguraría la aplicación más rigurosa de la ley y evitaría interpretaciones motivadas por presiones políticas, a la vez que ayudaría a restaurar la confianza en la objetividad de la aplicación de la legislación de remedios comerciales.<sup>99</sup> Por su parte, los negociadores de Estados Unidos aceptaron el capítulo bajo la creencia de que los paneles tendrían que actuar de la misma manera que los tribunales domésticos a los cuales sustituían, y por lo tanto no significaban un cambio radical en el manejo de la legislación *antidumping* tal como se venía practicando.<sup>100</sup>

En tercer lugar, los tres países acordaron establecer un grupo de trabajo que se propondría desarrollar un sistema sustituto de reglas para lidiar con el *dumping* y las subvenciones gubernamentales.<sup>101</sup>

En resumen, el TLCAN preservó intacto el mecanismo del capítulo 19 del ALCCEU e hizo de éste un rasgo permanente de las relaciones comerciales en Norteamérica. Ello dio legitimidad al mecanismo y reafirmó la idea de que constituye un nuevo punto de partida, importante e interesan-

caso no opera la selección cruzada. En caso de que un participante en una revisión alegue una conducta dolosa o abuso de autoridad por parte de un panelista, el caso se envía a un comité de impugnación extraordinaria para que resuelva. De otro modo, una resolución de un panel es inapelable. Las revisiones de los paneles deben adoptarse en un periodo de 315 días.

<sup>97</sup> Artículo 1904(5) del TLCAN.

<sup>98</sup> Artículo 1904(2) del TLCAN.

<sup>99</sup> Thomas, J. C. & López Ayllón, Sergio, *op. cit.*

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 93 y 94.

<sup>101</sup> Vega Cánovas, Gustavo (1997), pp. 479 y 480. Este grupo de trabajo, sin embargo, no ha hecho grandes avances, lo que nos lleva a la conclusión de que el mecanismo del capítulo 19 seguirá en funcionamiento por muchos años más.

te, para la resolución de disputas en materia de prácticas desleales en el derecho internacional. En el caso de México, el capítulo 19 sin duda contribuyó a crear un sistema contra las prácticas de comercio desleal más reglamentado y transparente que el anterior, lo cual era acorde con el objetivo del gobierno mexicano de utilizar el TLCAN como una herramienta para promover el desarrollo institucional nacional. Asimismo, el capítulo 19 incrementó la seguridad de las relaciones comerciales para los tres países, al brindar a los exportadores una vía para impugnar la aplicación inapropiada de cuotas *antidumping* y compensatorias.

### *El funcionamiento del capítulo 19 del TLCAN*

Como era de esperarse, dadas las preocupaciones de México y el Canadá acerca de las leyes de remedios comerciales de los Estados Unidos, en los ocho años desde que entró en vigor el TLCAN ha habido un gran número de decisiones de las autoridades nacionales de aquel país que han llevado a ambos países y sus sectores privados a solicitar la integración de paneles binacionales para revisarlas y decidir sobre su legalidad. Los paneles que se han conformado no se han limitado a revisar decisiones de las autoridades estadounidenses, sino también de autoridades canadienses y mexicanas, pero la gran mayoría se ha referido a investigaciones de los Estados Unidos.

La frecuencia de casos ha sido tal, que luego de ocho años de operación del TLCAN, el proceso de paneles binacionales del capítulo 19 ha resultado ser un mecanismo tan utilizado y efectivo para la resolución de disputas como lo fue en el ALCCEU.<sup>102</sup> Como se muestra en el cuadro 6, hasta noviembre de 2003 se habían iniciado 87 casos, incluidos los casos concluidos, desistidos o en proceso.

<sup>102</sup> Véase la sección relativa a los casos presentados ante el capítulo 19 del ALCCEU, *supra*.

## CUADRO 6

PANELES BINACIONALES DE REVISIÓN INTEGRADOS  
DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO  
19 DEL TLCAN, 1994-2003\*

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Canadá</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de Estados Unidos</i>	<i>Solicitados por productores y/o gobiernos de México</i>
Autoridades de Estados Unidos	56	27	—	29
Autoridades de Canadá	19	—	17	2
Autoridades de México	12	3	7	2
<i>Total</i>	87	30	24	33

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN

<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

\* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

El cuadro 6 también revela que Estados Unidos es el país contra quien más paneles de resolución de disputas se han solicitado, al representar casi dos terceras partes de los paneles iniciados. Estas cifras no son de sorprender, dado el tamaño relativo de la economía estadounidense y la dependencia exportadora tanto de México como de Canadá en ese país. En cuanto a los dos socios menores, Canadá y México han recurrido prácticamente con la misma frecuencia a los paneles binacionales del capítulo 19. La frecuencia anual de casos presentados por cada país se muestra en el cuadro 7.

CUADRO 7

INCIDENCIA POR AÑO DE LOS PANELES BINACIONALES  
DE REVISIÓN INTEGRADOS DE ACUERDO  
CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN, 1994-2003\*

<i>Revisión de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Autoridades de Estados Unidos	56	2	5	1	8	5	7	11	6	10	1
Autoridades de Canadá	19	4	4	1	2	3	1	4	0	0	
Autoridades de México	12	3	1	3	1	1	0	2	0	1	
<i>Total</i>	87	9	10	5	11	9	8	17	6	11	1

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN. <http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

\* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

En 2000 se iniciaron alrededor de 17 casos, incluidos once de Canadá y México contra Estados Unidos. Durante el resto del periodo de ocho años, la presentación de casos se distribuye en forma bastante equilibrada, alrededor del promedio de nueve casos por año.

El cuadro 7 muestra la distribución de los casos. Es claro, a primera vista, que Estados Unidos reúne el mayor número de casos terminados y en proceso, con el resultado de que los casos concluidos en el periodo examinado son casi iguales en número que los de Canadá y casi el doble que los de México.

CUADRO 8

**DISTRIBUCIÓN DE LOS PANELES BINACIONALES DE REVISIÓN INTEGRADOS DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN, 1994-2003\***

<i>Revisiones de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Desistido</i>	<i>Con decisión emitida</i>	<i>Pendientes</i>
Autoridades de Estados Unidos	56	20	17**	19
Autoridades de Canadá	19	4	14	1
Autoridades de México	12	4	6	2
<i>Total</i>	87	28	37	22

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN

<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

\* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

\*\* Una de estas decisiones se presentó ante el Comité de Impugnación Extraordinaria, el cual está en proceso de integración. También es importante mencionar que cuatro de estos paneles tienen la decisión del panel ya emitida, pero todavía no han sido debidamente finiquitados.

La revisión por paneles binacionales puede resultar en que la determinación de la autoridad en cuestión sea ratificada, o le sea devuelta para su

modificación o terminada (generalmente, por la acción de las partes en disputa). Los paneles no tienen facultades legales para anular la determinación que haya emitido una autoridad. En el caso de que no puedan confirmar o ratificar la determinación de una autoridad, tienen el mandato de “devolverla a la autoridad con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”.<sup>103</sup>

En cuanto a los casos concluidos, la gran mayoría de las decisiones de paneles contra autoridades estadounidenses (casi dos terceras partes) terminan en la devolución de la determinación a la autoridad, mientras que en el caso de autoridades canadienses, la mayoría de las decisiones de los paneles (60%) han ratificado la determinación de la autoridad.<sup>104</sup>

En lo que toca a México, la tasa de devoluciones es muy alta, y un gran porcentaje (más de dos terceras partes) han terminado en devolución para la autoridad, lo que sin duda expresa las dificultades que ha tenido el país para adaptarse a los sistemas de *antidumping* e impuestos compensatorios de sus dos socios (véase cuadro 9).

<sup>103</sup> TLCAN, artículo 1904, fracción 8.

<sup>104</sup> De acuerdo con la fracción 8 del artículo 1904 del TLCAN, los paneles están facultados para devolver la resolución de una instancia “con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”. La devolución puede ir desde la simple solicitud de información sobre la resolución de la agencia, hasta una impugnación sustantiva de dicha resolución. En los datos agregados que aquí presentamos, la devolución puede interpretarse como un cierto grado de injerencia en la resolución de la autoridad, pero no podemos deducir la magnitud de dicha injerencia. Más aún, en ciertos casos los paneles dispusieron más de una devolución; sin embargo, en los datos que presentamos sólo se registra la primera devolución.

## CUADRO 9

## PORCENTAJE DE PANELES CONFIRMADOS, DEVUELTOS Y DESISTIDOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN, 1994-2003\*

<i>Revisiones de decisiones de</i>	<i>Desistidos</i>	<i>Confirmados</i>	<i>Devueltos</i>	<i>Pendientes</i>	<i>Total</i>
Autoridades de Estados Unidos	20 35,7%	9 16.1%	13♣ 23.21%	19 33.93%	56 100%
Autoridades de Canadá	6♦ 31.56%	11 57.9%	2♥ 10.5%	1 5.2%	19 100%
Autoridades de México	4 33.33%	1 8.3%	6 50%	1 8.3%	12 100%
<i>Total</i>	30 34.45%	21 24.13%	21 17.24%	21 24.13%	87 100%

Fuente: Decisiones e Informes del TLCAN

<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

\* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

♣ De estos 13 casos, 5 de ellos también fueron confirmados, por lo que si restamos estos 5 casos nos quedarían 8, que sumados a 20+9+19 nos da 56.

♦ En esta columna se incluyen dos casos que no fueron propiamente desistidos, pero se declinó emitir una declaración y/o no procedió.

♥ Aquí se incluye un caso que todavía está pendiente, por lo que si se resta de este total quedaría  $1+6+11+1 = 19$ .

Las acciones que revisan los paneles binacionales son la determinación sobre los márgenes de *dumping* o de subsidio, o la determinación sobre daño. En el ALCCEU, las determinaciones sobre *dumping* fueron las que con más frecuencia constituyeron el objeto de revisión de los paneles, mientras que las determinaciones sobre subsidios (que llevan a la aplicación de impuestos compensatorios) y las relativas a daños, fueron menos numerosas. En el TLCAN, esta proporción ha continuado e incluso se ha intensificado, pues las determinaciones sobre *dumping* representan más de las tres cuartas partes del total de los casos (véase cuadro 10).

CUADRO 10

TEMA DE REVISIÓN DE LOS PANELES BINACIONALES  
INTEGRADOS DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS  
DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN, 1994-2003\*

<i>Revisiones de decisiones de</i>	<i>Total de paneles</i>	<i>Dumping</i>	<i>Impuestos compensatorios</i>	<i>Daño</i>
Autoridades de Estados Unidos	56	51**	6*	3*
Autoridades de Canadá	19	10	0	9
Autoridades de México	12	10	2	—
<i>Total</i>	87	71	8	12

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN

<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

\* Algunos paneles presentan reclamaciones múltiples de *dumping*, cuotas compensatorias y/o daño, por lo que su suma excede el total de paneles integrados.

\*\* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

En cuanto a las resoluciones sobre subsidios y cuotas compensatorias, dado que tanto el gobierno canadiense como el mexicano han desmantelado sus tradicionales políticas de subsidios, las revisiones binacionales en las que se ha impugnado la aplicación de cuotas compensatorias se han dirigido casi en su totalidad contra autoridades estadounidenses. En lo que se refiere a las resoluciones sobre daño, Canadá ha sido el país que sin duda ha recibido el mayor número de revisiones al respecto, aunque la razón de ello no es clara. Es poco probable que se deba a que la parte deseosa de revocar una orden de aplicación de cuotas *antidumping* o impuestos compensatorios considerara que el camino de la determinación de daño era el más sencillo, dado que de las ocho revisiones concluidas de resoluciones de daño, la autoridad en cuestión —el Tribunal Internacional de Comercio de Canadá— sólo recibió una devolución en dos de los casos, es decir, 25% de los ocho casos.

CUADRO 11

INDUSTRIAS QUE HAN SOLICITADO LA INTEGRACIÓN DE PANELES  
BINACIONALES DE REVISIÓN DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS DEL CAPÍTULO  
DEL TLCAN, 1994-2003\*

Revisión de decisiones de	Total de paneles	Alimentos elaborados	Animales vivos	Ropa	Productos domésticos	Minerales	Productos electrónicos	Productos semimanufacturados	Productos agrícolas	Bebidas alcohólicas	Textiles	Productos farmacéuticos	Productos químicos
Autoridades de Estados Unidos	56	0	3	1	8	16	1	24	3	0	0	0	0
Autoridades de Canadá	19	2	0	0	2	0	0	9	2	1	0	0	3
Autoridades de México	12	3	0	0	0	0	0	7	0	0	0	0	2
<i>Total</i>	87	5	3	1	10	16	1	40	5	1	0	0	5

FUENTE: Decisiones e Informes del TLCAN  
<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/decisions/fta/index.htm>

\* Actualizado con datos de noviembre del 2003.

El cuadro 11 muestra las industrias que solicitaron la integración de paneles binacionales de revisión según el capítulo 19, y se observa que sólo algunas industrias recurren con frecuencia al mecanismo de resolución de disputas, las cuales representan una gran proporción del total de los casos. Los productos semimanufacturados comprenden la categoría más grande en los tres países, y dentro de esta categoría la industria siderúrgica es la que predomina. Por ejemplo, de los 24 casos estadounidenses comprendidos bajo el rubro de las semimanufacturas, 13 casos se refieren a productos de acero. De igual forma, en la categoría de minerales, el producto “cemento Pórtland” comprende doce de los dieciséis casos dirigidos contra autoridades de Estados Unidos. En general, los productos que aparecen en el cuadro 11 no son de alta tecnología y en rubros en los que los tres países quisieran establecer una ventaja comparativa. Por el contrario, quienes recurren con más frecuencia al mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 son las mismas industrias importadoras rivales, que echan mano de las políticas *antidumping* para enfrentar la competencia de precios en el mercado internacional.

Estos datos revelan que, en el TLCAN, el mecanismo de disputas del capítulo 19 ha sido utilizado con tanta frecuencia como lo fue en el ALCCEU. Esto tiene no poca importancia, dado que México debía ser integrado en un sistema de resolución de disputas originalmente diseñado para servir a dos países norteamericanos anglófonos, con sistemas legales muy parecidos. El primer obstáculo fueron las diferencias procedimentales entre los sistemas de derecho consuetudinario de Canadá y Estados Unidos y el sistema de derecho civil de México.

Contra lo que podría esperarse, los paneles del capítulo 19 no han tenido hasta ahora dificultad alguna en su toma de decisiones que pueda atribuirse a las diferencias entre los sistemas de derecho civil y consuetudinario. Esto se debe, en parte, a que los panelistas se han empeñado en cumplir seriamente con su obligación de aplicar las leyes nacionales del país importador.<sup>105</sup> Sin embargo, como lo señala Ángel Oquendo, ello también puede deberse a otro motivo, a saber: que el capítulo 19 se diseñó en gran medida con base en la práctica anglosajona sobre la revisión en apelación (*appellate review*), y, por tanto, no constituye en su base una amalgama de sistemas legales diferentes.<sup>106</sup>

<sup>105</sup> Pan, Eric J. (1999), p. 421.

<sup>106</sup> Oquendo, Ángel R. (1995), p. 61.

Oquendo sostiene que los elementos del derecho consuetudinario que se encuentran en el capítulo 19 son: en primer lugar, la idea de que los procesos se basan en el expediente de demandas y defensas procesales registradas, no siendo posible presentar nuevas evidencias durante el proceso de revisión; en segundo lugar, los paneles no pueden emitir una evaluación propia del caso, sino que deben limitarse a ratificar la resolución final de la autoridad administrativa o devolverla para que se adopte una medida no incompatible con la decisión del panel, y en tercer lugar, los paneles deben presentar su decisión por escrito, lo que refleja la idea que tiene el derecho consuetudinario de las opiniones de los jueces, en particular al nivel de la apelación, al constituirse en el vehículo mediante el cual el derecho consuetudinario nace y evoluciona. El resultado último es que los juristas mexicanos se ven en la obligación de trabajar dentro de un contexto esencialmente de derecho consuetudinario, lo cual quizá reduce el conflicto que de otra manera se daría entre las distintas concepciones que del proceso legal tienen el derecho civil y el derecho consuetudinario.

#### IV. CRÍTICAS Y PROBLEMAS QUE HA ENFRENTADO EL MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN

El mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 opera en un área sumamente controvertida del derecho comercial internacional, y, por tanto, no es de sorprender que haya sido objeto de muchas críticas desde su inicio y haya enfrentado algunos importantes problemas. De entre éstos examinaremos cinco, que comprenden las críticas relativas a la naturaleza del propio sistema y las críticas que enfatizan el modo de operación del mismo. Las críticas relativas a la naturaleza del sistema que revisaremos se refieren en primer lugar a la supuesta inconstitucionalidad del capítulo 19 tanto en México como en Estados Unidos, y en segundo, a que los paneles, tal como están constituidos, no pueden aplicar adecuadamente la legislación nacional, mientras que las críticas enderezadas al modo de operación se refieren a la tendencia en que los panelistas han incurrido de caer en conflicto de intereses, los problemas de operar en dos idiomas y la creciente dificultad de identificar panelistas calificados.

### 1. *El capítulo 19 viola las Constituciones de Estados Unidos y México*

La acusación de inconstitucionalidad en Estados Unidos surge de la tesis de que la existencia de paneles viola los derechos de las personas de solicitar una revisión judicial ante un tribunal debidamente constituido de acuerdo con el artículo III de la Constitución, y no ante un panel binacional. Un segundo argumento sostiene que el capítulo 19 es inconstitucional porque los panelistas no son nombrados por el presidente y ratificados por el Senado, como se exige para los jueces federales, según el artículo II, fracción 2, la denominada “Cláusula sobre nombramientos”. La imputación de que el capítulo 19 es inconstitucional ya se había planteado desde el establecimiento del ALCCEU, pero no ha sido resuelta de manera definitiva ante los tribunales estadounidenses.

En cuanto a México, se ha alegado que el capítulo 19 es contrario a la Constitución mexicana, en virtud de que ésta brinda el recurso del “derecho de amparo”, mediante el cual puede impugnarse la constitucionalidad de una acción administrativa ante los tribunales federales de justicia. El amparo es un instrumento legal que proscribe la realización de un juicio y la aplicación de una reparación para subsanar la violación a los derechos individuales previstos en la Constitución que haya sido cometido por una autoridad en el curso de un procedimiento administrativo. Podría ocurrir que las revisiones administrativas que hiciera un panel binacional de las resoluciones finales de la Secofi fueran sometidas a una nueva revisión por los tribunales federales de justicia, dando por resultado la anulación de las decisiones del panel por medio de los procedimientos judiciales internos. De esta forma, el juicio de amparo podría contrariar el propósito de las decisiones de los paneles. Dado que el derecho a solicitar la revisión de una resolución administrativa mediante amparo se encuentra constitucionalmente establecido, a la parte que cumpliera con los requisitos básicos para invocar el amparo no podría negársele dicha salvaguarda. De ser así, uno de los objetivos primarios del panel binacional, a saber: el ser el árbitro final en una disputa en torno a la aplicación de cuotas *antidumping* o compensatorias, se vería entorpecido.

Para el caso de que los procedimientos constitucionales de alguna de las partes del TLCAN interfieran con las obligaciones que a la misma le impone el capítulo 19, sin embargo, el Tratado prevé el remedio, que ya

discutimos, denominado “Salvaguarda del sistema de revisión ante el panel”.<sup>107</sup> De esta manera, el TLCAN inhibe de manera importante la posibilidad de que las partes quieran estorbar el proceso del capítulo 19, aunque no puede afirmarse de manera definitiva que no surgirá algún problema en el futuro.

## *2. Los paneles no aplican adecuadamente las legislaciones nacionales*

La segunda crítica que se ha enderezado al sistema de paneles es por su propia naturaleza: no pueden aplicar adecuadamente las leyes nacionales. El TLCAN estipula que la revisión por los paneles binacionales de las resoluciones de una determinada autoridad administrativa habrá de ser conducida de acuerdo con “la legislación sobre cuotas *antidumping* y compensatorias de la parte importadora”, la cual equivale a la legislación nacional del país que emitió la resolución que está siendo revisada por el panel. Aun suponiendo que los asuntos que hayan de resolverse sean del todo evidentes, este requisito presenta la dificultad de que la mayoría de los panelistas, o cuando menos dos de cinco, posiblemente no sean expertos o ni siquiera estén familiarizados con las leyes y reglamentos que tendrán que aplicarse para emitir la decisión del panel. James Cannon comenta y resume esta dificultad de la siguiente manera:

El requerir a un panel internacional que aplique una legislación nacional es algo completamente diferente del empleo que hace un tribunal de resolución de disputas del derecho internacional o de las disposiciones de un tratado. Sin duda, todo panelista ajeno a la parte importadora pasará por un periodo de aprendizaje que afectará la calidad de los decisiones y pondrá en entredicho la tesis de que los paneles binacionales constituyen un adecuado sustituto de los tribunales nacionales. Dado que las leyes [sobre *antidumping* y de cuotas compensatorias] son extremadamente complejas, y que las leyes de los tres países son muy diferentes, este solo hecho tendrá repercusiones muy importantes en las decisiones de los paneles.<sup>108</sup> Esta dificultad ha sido subsanada gracias al esfuerzo diligente de los panelistas y sus asistentes; sin embargo, sigue siendo una inquietud que no puede ser completamente eliminada del proceso.

<sup>107</sup> Véase *supra* nota 24 y el TLCAN, artículo 1905.

<sup>108</sup> Cannon, James R. Jr. (1994), p. 9.

En el caso de que los asuntos no sean tan evidentes o que el análisis legal sea más complicado, la dificultad para los panelistas extranjeros se incrementa. En el artículo 1904, fracción 2, que obliga a los paneles integrados de acuerdo con los términos del capítulo 19 a aplicar las disposiciones jurídicas nacionales, éstas se definen como las “leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y los precedentes judiciales, pertinentes en la medida en que un tribunal de la parte importadora podría basarse en tales documentos”. El seguir este precepto podría significar que el panel se viera llevado a revisar principios legales generales, que aparentemente no tuvieran relación con las leyes *antidumping* y de cuotas compensatorias del país, y el decidir hasta dónde seguir por esa vía sería una decisión delicada para los panelistas.

Por ejemplo, las determinaciones de las autoridades administrativas sobre la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias puede suscitar asuntos relativos al debido proceso, la interpretación de la ley, las prácticas administrativas y los principios generales de derecho. La actitud de los panelistas ha sido, generalmente, el abordar las cuestiones legales que se presentan y son relevantes para el caso o, como lo comenta Pérez de Acha: “En consecuencia, [para los paneles] se hace necesario aplicar otras normas legales, distintas de las disposiciones jurídicas directamente relacionadas con las cuotas [*antidumping* y compensatorias] que, de hecho, constituyen una solución general para dichos problemas”.<sup>109</sup>

El hecho de que los paneles binacionales sólo obliguen a las participantes en el caso particular, pero no creen jurisprudencia, hace que los panelistas se sientan en cierta medida con libertad para extender los argumentos legales relativos a un caso comercial hacia principios legales más generales, cuando ello es necesario.

### *3. Los paneles no han aplicado adecuadamente el criterio de revisión que deben observar*

La tercera crítica se refiere al criterio de revisión que los paneles deben observar al revisar la resolución de una autoridad administrativa. El criterio de revisión que observan los paneles binacionales entre los tres paí-

<sup>109</sup> Pérez de Acha, Luis Manuel (1996), pp. 431-457, esp. 440.

ses debería ser equivalente a fin de garantizar que los exportadores reciban un trato similar. La descripción más breve sobre el criterio de revisión para los casos de cuotas *antidumping* y compensatorias se encuentra en la legislación estadounidense, que estipula: "El tribunal juzgará ilegítima toda resolución, fallo o conclusión... que no esté fundamentada en pruebas sustanciales contenidas en el expediente o que de otra manera no sea acorde a la ley".<sup>110</sup> La definición del criterio de revisión es más extensa y complicada en México y, ciertamente, en Canadá, pero la terminología estatutaria y, lo que es más importante, la aplicación del criterio de revisión, es equivalente al de Estados Unidos.

El criterio de revisión marca los límites a la capacidad o jurisdicción del tribunal (o panel) para interferir con la resolución de una autoridad administrativa. Particularmente en Estados Unidos y Canadá, el criterio de revisión establecido en la legislación se complementa con la jurisprudencia, que delimita aún más las facultades del tribunal. En términos generales, los tribunales (o paneles) pueden exigir que la autoridad administrativa demuestre que en el expediente administrativo se encuentran las evidencias adecuadas que sustentan su resolución, pero no se espera que coloquen su razonamiento por encima del de la autoridad ni que reevalúen las pruebas. Respecto de la interpretación de la ley, los tribunales deben examinar si la resolución de la autoridad administrativa se basó en una interpretación razonable de los estatutos y otros fundamentos legales, y no deben contravenir una interpretación razonable por parte de la autoridad administrativa. En suma, los tribunales deben mostrar una deferencia considerable a las resoluciones de las autoridades administrativas y no interferir sino cuando aquéllas no estén sustentadas en evidencias o la autoridad administrativa carezca de la competencia adecuada para llevar a cabo una interpretación razonable de las mismas.

El criterio de revisión ha suscitado problemas, sobre todo en Estados Unidos y en México. En el caso del primero, tres decisiones de paneles establecidos bajo el ALCCEU fueron apeladas ante un Comité de Impugnaciones Extraordinarias (CIE). En los tres casos, el gobierno de Estados Unidos alegó, *inter alia*, que el panel había excedido el criterio de revisión según las leyes estadounidenses, al no mostrar la deferencia debida a la autoridad administrativa en cuestión.<sup>111</sup> La norma para que un CIE in-

<sup>110</sup> 19 U.S.C., 1516a(b)(1)(B)(i), (1994).

<sup>111</sup> Para un resumen de estos tres casos véase Davey, William J. (1996) cap. 11.

valide el fallo de un panel es muy estricta,<sup>112</sup> por lo que ninguno de los tres comités modificó alguna de las decisiones de los paneles.

El gobierno de Estados Unidos criticó severamente las acciones de los panelistas en estos tres casos, críticas que se reflejaron en un amplio estudio realizado por la General Accounting Office, al que ya nos referimos anteriormente.<sup>113</sup> El estudio reconocía que durante los procedimientos del CIE los funcionarios estadounidenses habían alegado que los paneles habían sustituido sus propios juicios por los de las autoridades administrativas. Sin embargo, en el estudio se hicieron amplias entrevistas a quienes tomaron parte en el proceso, encontrando que “algunos participantes comentaron que los paneles... no mostraron la debida ‘deferencia’... mientras que otros afirmaron que los paneles interpretaron correctamente la legislación de Estados Unidos”.<sup>114</sup> Las causas de estas diferencias de opinión son que los tribunales estadounidenses siempre han sido intervencionistas, y que la ley no es tan clara como podría pensarse, como lo han señalado varios académicos. Así, por ejemplo, Davey sostiene que:

simplemente no puede decirse que los tribunales de Estados Unidos hayan mostrado mucha deferencia hacia el Departamento de Comercio, en su interpretación de la especificidad y otros requisitos de las leyes estadounidenses en materia de cuotas compensatorias. Por tanto, la revisión un tanto intrusiva de los paneles no debería causar sorpresa.<sup>115</sup>

Pan, por su parte, en el análisis más reciente y completo de las revisiones de los paneles del capítulo 19 respecto de determinaciones de las autoridades estadounidenses, ha observado:

...si los paneles binacionales emiten fallos inconsistentes, a menudo no es culpa del capítulo 19, sino de las ambigüedades e inconsistencias inherentes al sistema judicial de Estados Unidos... si los paneles no pueden ver a los paneles anteriores como precedentes, entonces la única alternativa que les queda es tratar de interpretar la jurisprudencia de la CIC

<sup>112</sup> En general, el CIE puede anular el fallo de un panel en caso de una falta grave, una desviación fundamental de las reglas de procedimiento, o cuando el panel exceda sus facultades, y en el caso de que dichas acciones afecten el fallo del panel y amenacen la integridad del proceso de paneles binacionales (ALCCEU, artículo 1904, frac. 13b).

<sup>113</sup> GAO, *op. cit.*

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>115</sup> Davey, William J., *op. cit.*, p. 247.

[Corte Internacional de Comercio] y de la CACF [Corte de Apelaciones del Circuito Federal]. Por desgracia, la CIC no resuelve los casos de manera consistente... Por desgracia, la CACF no ha sido la fuerza unificadora que debía haber sido.<sup>116</sup>

En suma, podemos ver que la interpretación de las leyes de Estados Unidos sobre cuotas *antidumping* y compensatorias no es simple y llana, y por desgracia, a menudo en aquellas áreas o sectores de mayor interés económico es donde la ley es menos clara.<sup>117</sup> El resultado de esto es que algunos participantes estadounidenses siguen teniendo cierto recelo y mala voluntad hacia el proceso del capítulo 19.<sup>118</sup>

En México también se han presentado problemas con el criterio de revisión, pero éstos no han conducido a una impugnación extraordinaria. El asunto más problemático giró en torno a las facultades de un panel para interferir con la resolución de una autoridad administrativa (por ejemplo, SECOFI). El artículo 1904, fracción 8, del TLCAN, al definir los poderes de un panel binacional, estipula que el panel “podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la autoridad administrativa anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”. Esto significa que el panel no puede rechazar o anular la resolución de una autoridad administrativa directamente en una primera decisión, sino que debe emitir un fallo congruente con el criterio de revisión sobre los particulares del caso y dar la oportunidad a la autoridad administrativa a que tome las medidas necesarias para poner en práctica las instrucciones del panel.

En efecto, esto puede dar lugar a un proceso de negociación legal entre el panel y la autoridad administrativa, que resulte en que pueda requerirse de más de una devolución para que el caso se resuelva.

Esta disposición del TLCAN se tornó compleja en varios casos mexicanos, pues la legislación aplicable de México —que los paneles encar-

<sup>116</sup> Pan, Eric J., *op. cit.*, p. 19.

<sup>117</sup> Por ejemplo, el informe citado de la GAO (p. 68) señala que los tres casos que se sometieron ante el CIE estuvieron involucradas las industrias con el valor de importaciones más alto de todos los casos de paneles binacionales.

<sup>118</sup> En parte, este recelo es el que llevó a agregar la frase: “por ejemplo por no haber aplicado el criterio de revisión adecuado” en el artículo 1904, frac. 13, del TLCAN, en el que se especifican las condiciones para acudir al procedimiento de impugnación extraordinaria. Sin embargo, sólo se ha presentado un caso de éstos bajo el TLCAN.

gados de las resoluciones de Secofi debían haber aplicado— permite, en ciertas circunstancias, que el Tribunal Fiscal de la Federación anule la resolución de la Secofi, tras la revisión de la misma.<sup>119</sup> En el primer caso mexicano del capítulo 19, “Productos de placa de acero en hoja”, el panel, en un fallo dividido, concluyó que la legislación mexicana le facultaba a declarar nula la resolución emitida por la autoridad que había fijado una cuota *antidumping*, y así procedió a hacerlo. En el segundo caso, “Aceros planos recubiertos”, que no se resolvió sino hasta casi un año después, debido a la renuncia de algunos panelistas, el panel adoptó de manera unánime la posición contraria y determinó que la norma de revisión del panel estaba limitada por el artículo 1904, fracción 8, del TLCAN. Entretanto, un tercer panel mexicano, “Poliestireno”, emitió un fallo que indicaba que su interpretación de la legislación mexicana le había dado más facultades, las cuales sin duda excedían las previstas por el TLCAN.<sup>120</sup>

El punto es que el criterio de revisión ha provocado en México problemas similares a los de Estados Unidos sobre análisis legal e interpretación de estatutos y jurisprudencias contradictorios, problemas que no atañen tanto a la legislación comercial, sino a las leyes administrativas nacionales, y la solución legal de este asunto tardará un poco.

#### 4. *Frecuencia de conflictos de interés de los panelistas, crecientes dificultades para identificar nuevos panelistas y las dificultades de operación en dos idiomas*

La cuarta y quinta críticas se refieren a la frecuencia en que incurren en conflictos de intereses los panelistas, y la creciente dificultad que han experimentado los tres países de identificar individuos calificados para actuar como panelistas, respectivamente, y la sexta se refiere a los problemas de operación administrativa de los paneles en la práctica cuando involucran panelistas que hablan dos idiomas distintos. Estos tres tipos de críticas están relacionadas y pueden examinarse al mismo tiempo. Las tres repercuten en la conclusión oportuna de las revisiones del capítulo 19, sobre lo cual se presentan algunos datos en los cuadros 11 y 12.

<sup>119</sup> Para una mayor elaboración de esta cuestión véase Vega Cánovas, Gustavo, *op. cit.*, p. 494.

<sup>120</sup> Un análisis de estos casos se encuentra en Vega Cánovas, Gustavo, *op. cit.*, y Gantz, David A., *op. cit.*

Conviene recordar que un beneficio importante que esperaba obtenerse del proceso del capítulo 19 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.<sup>121</sup>

En estos cuadros se muestran las fechas de inicio de las revisiones ante los paneles, definidas como la fecha en que la parte con derecho a solicitar la revisión administrativa de una determinación de aplicación de cuotas *antidumping* o compensatorias solicita la integración de un panel del capítulo 19 para tal efecto. Los cuadros también presentan la fecha de conclusión de los casos (cuando así ha ocurrido), así como las etapas importantes durante el desarrollo del caso. En comparación con la fechas de los casos reales, el TLCAN prescribe un periodo de 315 días (10.5 meses) para llevar a término un caso del capítulo 19.

El TLCAN investiga rigurosamente las posibilidades de que los panelistas se vean sujetos a conflictos de intereses. Esto es necesario, porque el sistema elige a sus panelistas de entre abogados cuya práctica se refiere básicamente al derecho comercial internacional. Por tanto, los panelistas deben someterse a un detallado código de conducta, que les exige revelar “toda relación financiera, de negocios, profesional, familiar o social, pasada o presente, con cualquiera de las partes interesadas en el procedimiento, o sus representantes, o cualquier relación semejante en la que esté involucrado un empleado, socio, socio comercial o familiar de alguno de los candidatos”.<sup>122</sup>

Esta disposición es excepcionalmente amplia, y para cumplimentarla se requiere de un prolongado proceso de presentación y revisión de información, durante la selección del panel para cada caso. En parte debido a los requerimientos para evitar los conflictos de intereses, la selección del panel, que según el cronograma del TLCAN debe cumplirse en 55 días, en la práctica se toma dos o veces más ese tiempo. Además, después de

<sup>121</sup> Véase Steger, Debra y McRae, Donald M. (1988), p. 49 y artículo de Horlick, Gary N. y Valentine, Debra A. en Steger, Debra y McRae, Donald M., *op. cit.*, p. 108.

<sup>122</sup> TLCAN, Código de Conducta, párr. II, A, 3.

elegidos los paneles se han llegado a descubrir conflictos de intereses que han obligado a los panelistas involucrados a renunciar, provocando así más retrasos, pues el proceso de selección debe reiniciarse para sustituir al panelista faltante. En suma, los problemas de conflictos de intereses destacan las dificultades que entraña el depender de abogados privados para que sirvan como panelistas para cumplir funciones judiciales, en casos que surgen en los mismos ámbitos en los que dichos abogados ejercen su práctica profesional. La ventaja del sistema del capítulo 19 del TLCAN es que reúne panelistas expertos en las áreas de los casos que habrán de revisar. La desventaja, por otro lado, es que el espectro de posibles panelistas se reduce considerablemente debido a las reglas para evitar conflictos de intereses.

Pero además de los problemas relacionados con el conflicto de intereses, otra variable importante que ha afectado el funcionamiento adecuado de los paneles binacionales es la creciente dificultad que han experimentado los tres países para encontrar individuos calificados y disponibles que puedan fungir como panelistas.<sup>123</sup> La labor de un panel del capítulo 19 en ocasiones es muy prolongada y ardua, y la remuneración que se les otorga a los panelistas es muy inferior a lo que un abogado especializado en comercio puede obtener en su práctica privada. Lo que generalmente ha ocurrido es que los juristas aceptan la responsabilidad como panelistas por la fructífera experiencia que esto les ofrece, pero a menos que sus circunstancias personales se los permitan, no continúan, ya que no suelen estar dispuestos a participar un segundo o tercer panel, ni tampoco están o pueden sus socios en virtud de las reglas de conducta. En consecuencia, el repertorio de panelistas experimentados y disponibles se ha reducido de manera significativa, hecho que ha contribuido, desde 1997, a que se suspendan un número creciente de casos, por la imposibilidad de los países de constituir un panel en el plazo que exigen las reglas de procedimiento.

<sup>123</sup> Vega Cánovas, Gustavo, *op. cit.*, p. 494.

## CUADRO 12

CASOS CONCLUIDOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN  
EN QUE SE REVISARON DECISIONES DE AUTORIDADES  
ADMINISTRATIVAS DE ESTADOS UNIDOS

<i>Núm. de caso**</i>	<i>Fecha de inicio (FI)</i>	<i>Selección del panel (SP)</i>	<i>Fecha de la au- diencia (FA)</i>	<i>Fecha del fallo (FF)</i>	<i>Fecha de con- clusión (FC)</i>	<i>FI* a SP</i>	<i>FI* a FF</i>	<i>FI* a FC</i>
98-03	7/15/98	1/12/99	4/16/99	7/16/99	11/16/99	6	12	16
98-01	4/10/98	1/12/99	6/12/00	3/20/01	9/4/01	9	23.5	29
97-07	9/2/97	3/17/98	1/15/99	4/30/99	7/20/99	6.5	16.5	20
97-03	5/12/97	9/16/97	3/27/98	6/4/98	1/20/98	4	12.5	20
97-02	5/8/97	3/17/98	8/6/98	12/3/98	12/18/98	10	18.5	19
95-05	10/26/95	1/18/96	8/15/96	12/16/96	4/14/96	3	11	16
95-04	7/26/95	1/12/95	4/15/96	7/31/96	1/21/96	4.5	12.5	18
95-03	6/26/95	9/25/95	2/26/96	5/6/96	6/18/96	3	10	11.5
95-02	6/16/95	10/18/95	5/2/96	9/13/96	10/28/96	4	15	16.5
95-01	2/18/95	5/19/95	1/13/96	4/30/96	9/3/96	3.5	15	19
94-02	9/26/94	12/12/94	3/3/95	7/19/95	12/1/95	2.5	7	11.5
94-01	3/30/94	6/29/94	2/27/95	5/30/95	11/13/95	3	14	19.5

FUENTE: Secretariado del TLCAN, Sección Estados Unidos.

\* Las cifras de las últimas tres columnas con los números de meses.

\*\* El formato normal del número de caso es USA-XX-1904-XX, por lo que el primero sería: USA-98-1904-03.

## CUADRO 13

CASOS ACTIVOS DEL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN  
QUE REVISAN DECISIONES DE AUTORIDADES  
ADMINISTRATIVAS DE ESTADOS UNIDOS

<i>Núm. de caso**</i>	<i>Fecha de inicio (FI)</i>	<i>Selección del panel (SP)</i>	<i>Fecha de la audiencia (FA)</i>	<i>Fecha del fallo (FF)</i>	<i>Fecha de conclusión (FC)</i>	<i>FI* a SP</i>	<i>FI* a FF</i>	<i>FI* a FC</i>
01-06	8/9/01	—	—	—	—	—	—	—
01-05	4/20/01	—	—	—	—	—	—	—
01-04	4/6/01	—	—	—	—	—	—	—
01-03	4/6/01	—	—	—	—	—	—	—
01-02	3/9/01	—	—	—	—	—	—	—
00-11	1/2/00	—	—	—	—	—	—	—
00-10	11/21/00	—	—	—	—	—	—	—
00-9	8/25/00	4/2/01	—	—	—	6	—	—
00-7	8/4/00	4/2/01	12/3/01	—	—	7	—	—
00-6	8/4/01	4/2/01	12/3/01	—	—	7	—	—
00-5	7/7/00	—	—	—	—	—	—	—
00-4	6/8/00	—	—	—	—	—	—	—
00-03	4/10/00	—	—	—	—	—	—	—
99-05	5/18/99	—	—	—	—	—	—	—
99-03	4/12/99	—	—	—	—	—	—	—
98-05	1/27/98	9/27/00	—	—	—	8	—	—
98-04	8/17/98	—	—	—	—	—	—	—
98-02	4/14/98	—	—	—	—	—	—	—

FUENTE: Secretariado del TLCAN, Sección Estados Unidos.

\* Las cifras de las últimas tres columnas con los números de meses.

\*\* El formato normal del número de caso es USA-XX-1904-XX, por lo que el primero sería: USA-01-1904-06.

En el caso de los paneles que sí han iniciado, se reconoce de manera generalizada que el proceso ha sido eficiente. La principal excepción a esta regla es el manejo de los casos bilingües inglés-español —sobre todo a la carencia de una obligación de que los secretariados produzcan traducción simultánea de los documentos principales del caso—, en los que participan México y los otros dos miembros del TLCAN. En estos casos, la solución ha sido básicamente recurrir a panelistas bilingües, particularmente del lado mexicano, pero esta práctica resulta incierta y reduce aún más la posible lista de candidatos para panelistas en Canadá y Estados Unidos. Sería aconsejable, cuando mínimo, brindar el mismo apoyo a los panelistas del capítulo 19 que el que se dio a los del capítulo 20, en cuyo caso el TLCAN prevé la contratación de los servicios de “traducción e interpretación” que requieran las partes.

#### V. ¿CÓMO HA FUNCIONADO EL CAPÍTULO 19 DEL TLCAN?

El capítulo 19 del TLCAN ha tenido detractores. En Estados Unidos, particularmente, causó muchas polémicas en sus inicios y sigue considerándose que constituye un medio para vigilar la forma en que una nación administra sus propias leyes y, por tanto, una intromisión innecesaria en la soberanía nacional.<sup>124</sup> Otro motivo de inquietud, expresado también sobre todo en Estados Unidos, es la inquietud de que los paneles del capítulo 19 establezcan una jurisprudencia independiente sobre remedios comerciales, aplicable sólo a los miembros del TLCAN, lo que crearía inconsistencias con la aplicación de los estatutos y reglamentaciones en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias. Estos argumentos constituyen objeciones importantes al capítulo 19 desde la perspectiva de la política interna, pero no responden a la pregunta sobre si el capítulo 19 ha sido un modelo eficaz de resolución de disputas en la política internacional.

Lo que haremos ahora es examinar algunas de las evaluaciones que sobre el mismo se encuentran en la literatura y que se refieren a su eficacia como un medio para resolver controversias. Para empezar, debemos señalar que el mecanismo del capítulo 19 ha sido, en general, bien recibido en Estados Unidos, aunque también ha sido objeto de las más severas críticas. Por ejemplo, el estudio de la GAO sobre el capítulo 19 a que ya nos referimos antes señalaba que: “los funcionarios de Estados Unidos y Ca-

<sup>124</sup> Entrevistas personales.

nadá consideraban que el proceso funcionaba bien".<sup>125</sup> Un apoyo similar ha mostrado la barra de abogados comerciales en Estados Unidos; en una encuesta entre abogados y otros particulares involucrados en el comercio internacional, publicada en 1988, alrededor de 75% de la muestra respondió que el mecanismo de resolución de disputas del TLCAN era sólido, y nadie expresó la opinión contraria.<sup>126</sup>

Una evaluación que equivale a la definición *de facto* de la eficacia consiste en saber si las disputas se resuelven y si los gobiernos cumplen con los fallos de los órganos responsables de esa tarea. En un trabajo de 1996, López comparó el mecanismo de resolución de disputas del capítulo 19 con el del capítulo 20 del TLCAN, y encontró que el primero era más eficaz.<sup>127</sup> El autor señala: "De las 24 controversias sobre *antidumping* que se iniciaron según los términos del Capítulo 19, a diciembre de 1996 se habían resuelto 22". En comparación, de los ocho casos de resolución de disputas que se presentaron bajo el capítulo 20 por las mismas fechas, sólo tres se resolvieron. Por otra parte, los fallos emitidos por los paneles del capítulo 19 fueron cumplimentados por los gobiernos, en particular los diez casos que concluyeron con fallos total o parcialmente en contra de ellos. Lo que López encontró para el primer periodo del TLCAN es igualmente válido para la experiencia con el ALCCEU. Sin embargo, quizá debamos matizar esta opinión dada la dificultad para instalar paneles del capítulo 19 en Estados Unidos desde 1997, como lo indica el cuadro 12.

William Davey ha presentado otra pauta para evaluar la eficacia del mecanismo de resolución de disputas. En su libro de 1996, *Pine and Swine*, Davey sugiere que un sistema, para que sea eficaz, debe manejar las desavenencias entre las partes con base en las reglas contenidas en el acuerdo, y debe también dirimir aquellas disputas que no puedan resolverse mediante la aplicación de esas reglas comunes.<sup>128</sup> Respecto del primer criterio, seguramente todos estarán de acuerdo en que los panelistas del capítulo 19 son cuidadosamente instruidos sobre sus deberes por el TLCAN y otras leyes y reglamentos internos que competen a la revisión de la aplicación de cuotas *antidumping* y compensatorias, y que dichos panelistas por lo general han seguido con éxito dichas instrucciones. En

<sup>125</sup> GAO, *op. cit.*, p. 60.

<sup>126</sup> *Latin America Advisor* (1998), pp. 1 y 2.

<sup>127</sup> López, David (1997), pp. 201 y 202.

<sup>128</sup> Davey, William J., *op. cit.*, pp. 7 y 8.

efecto, el procedimiento de la impugnación extraordinaria establece un mecanismo que garantiza que los paneles hayan seguido las reglas convenidas. Sin embargo, con respecto al segundo criterio, ha habido tres disputas entre Canadá y Estados Unidos (carne de cerdo, ganado porcino vivo, y madera de coníferas) que no se resolvieron mediante el proceso de paneles, sino que se llevaron al ámbito político, fuera del régimen de resolución de disputas. Éste es, sin duda, el caso de la controversia en torno a la madera de coníferas, que a la fecha en que escribimos esto sigue en curso. Debido, básicamente, a estos tres casos es por lo que Davey no da al capítulo 19 una calificación plenamente positiva a su capacidad para reducir los conflictos comerciales. Dice el autor: “En última instancia, resulta difícil determinar si el procedimiento de paneles ha disminuido las disputas comerciales”.<sup>129</sup>

Otro medio para evaluar la eficacia del mecanismo de resolución de disputas es el que ha sugerido Pan, quien señala: “En términos generales, el capítulo 19 ha sido un éxito”.<sup>130</sup> El criterio de Pan es, primero, que los paneles aplicaron correctamente las leyes de Estados Unidos y de los otros miembros del TLCAN durante sus revisiones de las acciones de las diferentes autoridades administrativas. Es posible que esta cuestión sea idiosincrática al capítulo 19, dados los elementos de revisión judicial que son inherentes a esta forma de resolución de disputas; sin embargo, refleja la idea más general de que los paneles del capítulo 19 han procedido con base en el respeto del régimen legal en el que trabajan, lo cual sin duda constituye una inquietud común en las prácticas de resolución de disputas. En segundo lugar, Pan afirma que los paneles han emitido fallos adecuadamente razonados y a menudo voluminosos y bien documentados. Dichos fallos se han sustentado correctamente en la legislación interna, lo cual es requerido por el TLCAN, e incluso en el caso de los tres fallos polémicos que se presentaron ante los Comités de Impugnaciones Extraordinarias, Pan sostiene que los paneles se apegaron a la ley cuando ésta era clara, y cuando no lo era hicieron una interpretación prudente de las leyes nacionales. Por último, el hecho de que la mayoría de los fallos hayan sido unánimes muestra que los propios panelistas intentaron reconciliar sus diferencias con el fin de garantizar la aceptación general de las decisiones de los paneles del capítulo 19.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>130</sup> Pan, Eric J., *op. cit.*, pp. 379 y 421.

En resumen, el capítulo 19 parecería estar cumpliendo los objetivos para los que se negoció. 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.

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 suspendidos o 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 o restablecidos.

¿Qué tipo de reformas podrían hacerse al capítulo para superar esta crisis? En el capítulo final nos referiremos a ellas.

CAPÍTULO TERCERO  
EL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN:  
MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS  
INVERSIONISTA-ESTADO ANFITRIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En las negociaciones del TLCAN los tres países se propusieron asegurar un mercado regional unificado en el que fluyeran sin restricciones las inversiones directas y de portafolio provenientes de la región de América del Norte. Con el objetivo de establecer un clima de certeza y seguridad para las inversiones se incluyó en el TLCAN un capítulo especial, el número 11, en el que se establecen los derechos y protecciones que los tres Estados se comprometen a conceder a las inversiones e inversionistas a futuro. Con el fin de asegurar el cumplimiento de dichos compromisos, también se incluye un mecanismo especial de resolución de disputas, el cual denominaremos inversionista-Estado anfitrión. El mecanismo resultante resultó similar al del capítulo 19 en cuanto a que son los particulares, en este caso los inversionistas, quienes pueden accionar directamente el mecanismo, y no los gobiernos de los Estados. Igualmente, el mecanismo del capítulo 11 fue diseñado con base en un modelo orientado por reglas, pero también en forma muy novedosa y peculiar.

En la primera sección de este capítulo se examinan 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 la segunda sección se destaca el significado político-institucional que el capítulo 11 tuvo para los tres países, en especial para México y Canadá. En particular, se señala cómo mientras que para el primero significó un cambio radical en su política tradicional hacia la inversión extranjera directa (IED),

para Canadá significó un cambio evolutivo, más que revolucionario. La tercera parte hace un resumen y breve descripción de los casos que se han presentado ante el mecanismo inversionista-Estado anfitrión, analizándose a detalle los casos que han sido decididos por tribunales arbitrales hasta la fecha. La cuarta parte evalúa las principales críticas que se han enderezado en contra de algunas de las decisiones que han emitido los tribunales arbitrales y respecto de algunas de las pretensiones que se han planteado en otros de los casos pendientes. En particular, se discute la tesis que han planteado algunos detractores del mecanismo de 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 el apartado final se llega a 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.

## II. PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL CAPÍTULO 11

La sección A del capítulo 11 del TLCAN dispone el tipo de tratamiento que los países miembros del TLCAN han acordado dar a los inversionistas y a las inversiones extranjeras de los otros miembros del TLCAN. En otras palabras, estas disposiciones son la protección sustantiva a la inversión dentro del TLCAN.

Las disposiciones de la sección se han organizado en cuatro diferentes grupos. El primer grupo lo constituyen las disposiciones que definen el tipo de tratamiento que da el TLCAN a los inversionistas y a la inversión extranjera. En el segundo grupo se encuentran las disposiciones que se refieren a la expropiación de una inversión extranjera dentro del TLCAN. El tercer grupo consiste en las prohibiciones a los gobiernos de coartar la libertad de los inversionistas y de sus inversiones. En el cuarto grupo se encuentran todas las otras disposiciones que forman parte del régimen legal de inversión del TLCAN. Adicionalmente, el capítulo 11 establece un sistema de resolución de controversias para dirimir los conflictos que surjan entre los inversionistas de cualquiera de los tres países y los Estados anfitriones.

### 1. Tratamiento que se otorga a los inversionistas de la región

- Trato nacional. El artículo 1102.1 del TLCAN establece que el trato que cada parte dará, de acuerdo con el TLCAN, a los inversionistas e inversiones de las partes será: “no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”. Esta disposición también se aplica a gobiernos estatales o locales, a menos que se haya especificado una excepción particular.<sup>131</sup>
- Trato de nación más favorecida. Los artículos 1103, 1203, 1406 del TLCAN disponen que el trato que cada parte dará a los inversionistas y a sus inversiones dentro del TLCAN será: “no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”.
- Nivel mínimo de trato. El artículo 1105 (1) dispone que cada parte dará, a los inversionistas del TLCAN o a sus inversiones, un nivel mínimo de trato, que será el “trato acorde con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo,<sup>132</sup> así como protección y seguridad plenas”.<sup>133</sup>

<sup>131</sup> Los países miembros del TLCAN hicieron algunas excepciones generales y reservas específicas por país a la aplicación del nivel de trato nacional. Estas excepciones se encuentran, entre otras, en el artículo 1108 y Anexos I, II y III del TLCAN, e incluyen excepciones generales relacionadas con la concesión de subsidios o la concesión de excepciones requeridas, entre otras, de acuerdo con las obligaciones sobre propiedad intelectual del artículo 1703.

<sup>132</sup> El trato justo y equitativo se usa en relación con el trato directo que da un Estado al inversionista o a la inversión en las acciones normales de gobierno. Véase International Court of Justice, *Case Concerning Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), juicio del 20 de julio, 1989, párrafos 120-130; Rankin, Jack, *The United States of America v. The Islamic Republic of Iran*, case No. 10913 (3 de noviembre de 1987).

<sup>133</sup> El nivel de protección y seguridad plenas se ha desarrollado en relación con la obligación de un Estado de ejercer las acciones debidas para proteger a un inversionista o una inversión de una probable amenaza de daño que provenga de una tercera parte. Se ha invocado y discutido en demandas que han planteado pérdidas o daños resultado de conflictos armados, motines, o conflictos públicos en general. Véase International Court of

## 2. Expropiación e indemnización

Las partes acordaron no expropiar las inversiones extranjeras de los socios del TLCAN excepto por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego a la legalidad y a lo que señala el artículo 1105(1) y mediante una indemnización. Esta obligación se aplica en casos de nacionalización, expropiaciones directas o indirectas, y a medidas que se equiparan a la expropiación o nacionalización.<sup>134</sup>

Para determinar el valor justo de mercado, un tribunal puede elegir el criterio de valoración que mejor se ajuste al valor justo en el mercado de esa inversión, incluyendo cuando se aplique, el valor corriente, el valor del activo que incluya el valor fiscal declarado de los bienes tangibles, u otros criterios. La indemnización debe estar basada en el valor justo de mercado que tenga la inversión inmediatamente antes de la expropiación, lo que se conoce como fecha de la expropiación. Además, la expropiación debe ser pagada sin demora en alguna divisa del Grupo de los 7 (G7), o en una divisa que pueda cambiarse a divisas del G7, y comprenderá los intereses que se hayan generado a partir de la fecha de la expropiación.<sup>135</sup>

## 3. Prohibiciones a los gobiernos de coartar la libertad de los inversionistas

a) *Requisitos de desempeño*. El artículo 1106 prohíbe la imposición de las medidas conocidas generalmente como requisitos de desempeño, ya sea directamente o por otros medios, “en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión” de un inversionista extranjero. Se considera requisito de desempeño un requisito que se impone a un inversionista para producir,

Justice, *Case Concerning Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), juicio del 20 de julio de 1989, párrafos 102-112, Decisión, *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka* (junio 27 de 1990), 30 I.L.M. 577 (1991).

<sup>134</sup> Las disposiciones sobre indemnización del TLCAN, en general, aseguran que las expropiaciones sean pagadas de acuerdo con el valor justo que la inversión tenga en el mercado y que los pagos sean totales. Estos dos principios son reconocidos generalmente en el derecho internacional.

<sup>135</sup> Los intereses serán fijados en la moneda de un país del Grupo de los Siete, o a una tasa comercial razonable equivalente para dicha divisa. Véase artículo 1110(4) y (5) del TLCAN.

comprar, exportar, vender o transferir tecnología en forma restringida en relación con la conducción de su inversión. Los requisitos de desempeño típicos, por ejemplo, se refieren a la necesidad de comprar insumos de los productores locales o exportar cierto volumen de bienes por cada monto de bienes vendido en el mercado nacional. La lista en el TLCAN que comprende los requisitos de desempeño eliminados es exhaustiva.<sup>136</sup>

b) *Altos ejecutivos y consejos de administración.* De acuerdo con el artículo 1107 del TLCAN, las partes no pueden exigir a los inversionistas extranjeros que al elegir a los altos ejecutivos para sus empresas éstos sean de cierta nacionalidad. Sin embargo, los países socios del TLCAN pueden exigir que la mayoría de los miembros de los consejos de administración de esas empresas sean de la nacionalidad de la parte donde se encuentra la inversión, siempre que este requisito no reduzca la capacidad del inversionista para controlar su inversión.

c) *Transferencias.* De acuerdo con el artículo 1109 del TLCAN, las partes del TLCAN no pueden restringir que las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista extranjero se hagan libremente y sin demoras, ya sea fuera del país anfitrión o de regreso al país del inversionista. Las partes no pueden imponer sanciones a los inversionistas en caso de que éstos no puedan regresar el capital invertido en otro de los países miembros del TLCAN. Las restricciones a los movimientos de capital sólo serán permitidas por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de las leyes relativas a quiebra, emisión y operaciones de valores, infracciones penales, o disposiciones relacionadas con el cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

#### 4. *Otras disposiciones sobre inversión*

- El capítulo 11 establece una amplia definición de inversión, que incluye virtualmente cualquier inversión (todo tipo de propiedad, directa e indirecta, contingente y actual);<sup>137</sup>
- Considera a cualquier inversionista de un país miembro del TLCAN como si fuera uno propio, o uno de sus empresas estatales u originario del país.<sup>138</sup> La inversión de un inversionista se define

<sup>136</sup> Véase artículo 1106(5) del TLCAN.

<sup>137</sup> Artículo 1139 del TLCAN.

<sup>138</sup> *Idem.*

como una inversión que pertenece a un inversionista del TLCAN que la controla directa o indirectamente.<sup>139</sup> Sin embargo, si un inversionista fuera de América del Norte, con “importantes actividades de negocios” se constituye y organiza bajo las leyes de uno de los países de la región, se le brindan todos los derechos del TLCAN;<sup>140</sup>

- Los países miembros del TLCAN pueden adoptar medidas para asegurarse de que las inversiones que se lleven a cabo en sus territorios tengan en cuenta consideraciones ambientales;<sup>141</sup>
- Se incluyen listas *negativas* (comprendidas en cuatro anexos) que excluyen industrias sensibles de las principales disposiciones del capítulo de inversión del TLCAN.<sup>142</sup> Los anexos describen las medidas que cada país ha escogido para proteger tales industrias. Las listas de México son mucho más largas que las de Canadá y los Estados Unidos.<sup>143</sup> También hay “excepciones de todo un sector”, las cuales se aplican a ciertos grupos, regiones o procedimientos. Éstas incluyen el proceso canadiense y el mexicano de revisión de procedimiento de adquisición de firmas domésticas de cierto tamaño.<sup>144</sup> Para México, el tope de 25 millones de dólares en bienes totales, y se incrementará a 150 millones de dólares después del décimo año de comenzar el TLCAN (2004).<sup>145</sup> Para Canadá, el tope se mantiene en 150 millones de dólares, que es el nivel establecido en el ALCCEU.<sup>146</sup> Los Estados Unidos mantienen un amplio

<sup>139</sup> *Idem.*

<sup>140</sup> Artículo 1113(2) del TLCAN.

<sup>141</sup> Artículo 1114 del TLCAN.

<sup>142</sup> Véase *supra* nota 132.

<sup>143</sup> Véase Anexo 3 del TLCAN. En dicho anexo se señalan las industrias reservadas, de acuerdo con la Constitución mexicana, al control exclusivo del Estado. Entre ellas se encuentra el petróleo y productos derivados, la electricidad, la energía y los materiales nucleares, las comunicaciones satelitales, los servicios telegráficos, radiotelegráficos y postales, los ferrocarriles, la emisión de moneda, el control de puertos marítimos y terrestres, y el control de los aeropuertos y helipuertos. Las industrias canadienses reservadas se relacionan con ciertos sectores de los recursos naturales, los servicios sociales —incluidas las políticas relativas a los pueblos aborígenes—, y el transporte. La protección de las industrias culturales, en el caso de Canadá, sigue contemplándose en el TLCAN, aunque no está incluido en los anexos.

<sup>144</sup> Véase Anexo 1 del TLCAN.

<sup>145</sup> *Idem.*

<sup>146</sup> *Idem.*

derecho de prohibir compras de empresas que les represente una amenaza a su seguridad nacional.<sup>147</sup>

- El enfoque de listas *negativas* se complementó con la “cláusula automática de liberación” (*Ratchet clause*), la cual establece que si un país decide liberalizar su régimen de inversiones en rubros no cubiertos por el TLCAN, el nuevo nivel de liberalización se registrará por el TLCAN.<sup>148</sup>

##### 5. *El sistema de solución de controversias entre un inversionista y un Estado anfitrión.*

EL capítulo 11 del TLCAN establece un sistema mediante el cual los inversionistas individuales o en representación de una empresa pueden reclamar ante un tribunal de arbitraje internacional violaciones por parte de un gobierno, empresas o monopolios estatales a las disposiciones del capítulo.<sup>149</sup> Antes de recurrir a un tribunal de arbitraje las partes deben primero intentar resolver la disputa a través de las consultas o la negociación.<sup>150</sup> El inversionista que tenga una queja o pretensión debe notificar a la parte en contra de quien se tenga la queja o pretensión al menos noventa días antes de que la queja se someta a arbitraje.<sup>151</sup> La notificación debe identificar al quejoso, la naturaleza de la queja, la base en la que se fundamenta la demanda y el remedio que se solicita. Una vez que un inversionista ha iniciado el procedimiento de arbitraje, no puede presentar la misma queja ante otro tribunal en cualquiera de los países miembros del TLCAN o ante cualquier otro mecanismo de resolución de disputas.<sup>152</sup> La expresión del sometimiento al arbitraje y la renuncia a otros foros de resolución de disputas debe hacerse por escrito.<sup>153</sup> Se establece un plazo de tres años como límite para presentar quejas con base en el capítulo, el cual se mide a partir de la fecha en la cual el inversionista obtuvo o debió de obtener conocimiento de la violación y de los daños y perjuicios en que incurrió.<sup>154</sup>

<sup>147</sup> *Idem.*

<sup>148</sup> Artículo 1101(1)(C) del TLCAN.

<sup>149</sup> Véase los artículos 1116 y 1117 del TLCAN.

<sup>150</sup> Artículo 1118 del TLCAN.

<sup>151</sup> Artículo 1119 del TLCAN.

<sup>152</sup> Artículo 1121 del TLCAN.

<sup>153</sup> Artículo 1121(3) del TLCAN.

<sup>154</sup> Artículos 1116(2), 1117(2).

Los tribunales de arbitraje se componen de tres árbitros; uno nombrado por cada parte en conflicto y el tercero, el cual asume la presidencia, es seleccionado por acuerdo de las partes involucradas.<sup>155</sup> Si uno de los litigantes rehúsa nombrar uno de los árbitros, al secretario general del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI) se le autoriza nombrar a los árbitros faltantes.<sup>156</sup>

## 6. Principales innovaciones del capítulo 11 del TLCAN

Aunque se ha argüido que la mayoría de las disposiciones del capítulo 11 del TLCAN se basan en tratados de inversión bilateral (BIT), que han sido negociados por los Estados Unidos y otros países industrializados con países no miembros del TLCAN desde mediados de los ochenta y el ALCCEU, en realidad es posible demostrar que algunas disposiciones del capítulo 11 sobre inversiones son innovadoras al comparárselas con otros acuerdos internacionales sobre inversión. Esto explica por qué el TLCAN se ha convertido en modelo a seguir por otras iniciativas de acuerdos multilaterales de inversión, como el que se estaba siguiendo para crear el fallido Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI).<sup>157</sup>

Aunque el trato nacional es la piedra conceptual tanto del ALCCEU, de los BIT's y del TLCAN, varias cláusulas de inversión en el capítulo 11 van más allá de las que establecen trato nacional, expropiación y compensación, creando de esta manera normas comunes en América del Norte para el manejo de la inversión extranjera. Por ejemplo, al compararlo con el ALCCEU, el TLCAN es innovador en su cláusula que establece que inversionistas extranjeros que residan en América del Norte obtengan el mejor trato posible en relación con otros inversionistas extranjeros cuando alguno de los países miembros tenga establecido una limitante en contra de la cláusula del trato nacional. Otra cláusula establece una amplia definición de inversión, que incluye no sólo inversiones con mayoría, sino también intereses minoritarios, inversiones en portafolios y propiedad de inmuebles. También, y a diferencia del ALCCEU, el TLCAN prohíbe el establecimiento de requisitos de nacionalidad para los directores

<sup>155</sup> Artículo 1123 del TLCAN.

<sup>156</sup> Artículo 1124 del TLCAN.

<sup>157</sup> Véase De Mateo (1997), p. 9.

ejecutivos o de negocios propiedad de inversionistas de los otros países miembros del TLCAN.

Otro elemento innovador del capítulo 11 es sin duda el mecanismo de resolución de controversias que establece para solucionar disputas entre un inversionista y el Estado anfitrión. La innovación consiste en que el TLCAN concede a los inversionistas el derecho de iniciar un juicio arbitral internacional en contra de un Estado, derecho que tradicionalmente le correspondía únicamente a los Estados. Con este mecanismo se crea un sistema de adjudicación en el que las partes depositan en los particulares el control del inicio de un arbitraje en el que se dirimirá la posible responsabilidad internacional del Estado anfitrión por violaciones a las obligaciones establecidas en el capítulo 11. Con ello se fortalece el papel de reglas transnacionales y de estructuras administrativas internacionales en la implementación de los regímenes de inversión de América del Norte.

Otra innovación del TLCAN fue la adopción de medidas basadas en la reciprocidad y el enfoque de “lista negativa”, que identifica las industrias más sensibles en cada país. Como observan Gestrin y Rugman, “una de las ventajas de esta lista es que hace mucho más transparente la discriminación en los regímenes de inversión de los signatarios”.<sup>158</sup> México tiene la lista más larga de industrias reservadas.<sup>159</sup>

Tal vez la innovación más importante en este ámbito es la inclusión misma de obligaciones sobre trato a inversionistas extranjeros y liberación del régimen de inversiones como parte integral de un tratado comprehensivo de libre comercio. Hasta antes del TLCAN estos aspectos se habían manejado en forma separada e independiente a las relaciones comerciales entre países (Vandeveldt, 1998).

### III. SIGNIFICADO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DEL CAPÍTULO 11 PARA LAS PARTES

#### 1. *El caso de los Estados Unidos*

Iniciamos esta sección con el caso de los Estados Unidos, porque sin lugar a dudas fue ese país el que colocó en la mesa de negociación un capítulo de protección de las inversiones con recurso a un mecanismo de re-

<sup>158</sup> Gestrin, Michael y Rugman, Alan M. (1996), p. 84.

<sup>159</sup> Véase *supra* nota 144.

solución de conflictos y lo convirtió en un requisito indispensable para la celebración del TLCAN. El tema era importante para los Estados Unidos tanto desde la perspectiva de la tradición de su agenda política internacional como desde el contexto histórico de su agenda bilateral con México y el Canadá.

Si algo ha caracterizado a la diplomacia de los Estados Unidos desde la segunda mitad del siglo XIX es su activa defensa y protección de los intereses e integridad física de sus nacionales en el extranjero. Esta actividad tomó forma y se desarrolló tanto a través de tratados bilaterales como en el ejercicio activo del derecho de representación y reclamación diplomáticas. El Tratado Jay, celebrado entre los Estados Unidos e Inglaterra en 1795, es el acuerdo moderno precursor de los tratados de amistad, comercio y navegación que proliferaron durante el siglo XIX. De ahí evolucionaron los tratados bilaterales de inversión (BITs, por sus siglas en inglés), de los cuales existen hoy más de dos mil firmados a nivel internacional. Los Estados Unidos se encuentran dentro de los treinta países más activos en la celebración de acuerdos bilaterales con 43 BITs (UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*). Adicionalmente, los Estados Unidos fueron uno de los países que impulsaron la negociación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966, que entró en vigor para los Estados Unidos el 14 de octubre de 1966.

En cuanto a representación y reclamaciones diplomáticas, el historial de los Estados Unidos también es abundante. Como ningún otro país, los Estados Unidos han participado en comisiones mixtas de reclamaciones y otros mecanismos similares para dirimir reclamaciones por violaciones al trato que los Estados deben otorgar a los nacionales extranjeros bajo el derecho consuetudinario internacional. El historial en el campo de las reclamaciones internacionales no siempre ha sido positivo, y en ello encontramos múltiples ejemplos, especialmente en América Latina, de lo que se ha denominado *gunboat diplomacy*, intervenciones militares o cuasi militares sobre la base de reclamaciones diplomáticas. Esto sobre todo durante la última mitad del siglo XIX y las dos primeras décadas del XX.

Lo cierto es que la protección de los intereses de sus nacionales en el extranjero bajo su más moderna expresión, la protección de sus inversionistas en el extranjero, constituía una pieza esencial de la diplomacia y política internacional de los Estados Unidos al momento de la negocia-

ción del TLCAN. Ésta es también seguramente parte de la razón por la cual sus dos vecinos al norte y al sur habían sido cautelosos en el caso del primero y reticentes en el caso del segundo en cuanto al tema de las protecciones internacionales de la inversión. Tanto Canadá como México se habían mantenido al margen del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversión (CIADI) y de su Convención. La presencia de la inversión estadounidense en Canadá había sido un tema político principal en la historia moderna de ese país, y en el caso de México había sido no sólo un tema político relevante, sino la causa de diversos conflictos importantes en la relación bilateral. Tanto Canadá como México, en mayor o menor medida, venían transitando de un sistema de control y restrictivo de la inversión extranjera, prevaleciente en los años setenta, a una apertura en ese sector iniciada en los años ochenta. Ése era el contexto en el cual los Estados Unidos, el principal exportador e importador de capital en el mundo, colocó en la agenda de la negociación lo que llegaría a ser el capítulo 11 del TLCAN.

## 2. *El caso de México*

El nuevo régimen norteamericano de inversión, que estableció el capítulo 11 del TLCAN, marcó un cambio radical en la postura de México frente a la regulación de la IED. El hecho de que México se haya comprometido a acatar las reglas de inversión del TLCAN da muestra de la enorme importancia que tenía para el gobierno del país el atraer IED por medio de la negociación del Tratado.<sup>160</sup>

Desde la perspectiva de México, las reglas contenidas en el capítulo 11, en particular, las disposiciones relativas al trato nacional, la norma mínima de trato, las prohibiciones a los requisitos de desempeño, la expropiación y la resolución de disputas entre inversionistas y Estados, implicaban un cambio radical de su postura tradicional con respecto a la inversión extranjera. Durante la mayor parte del siglo pasado la piedra angular de las normas mexicanas en materia de inversión extranjera fue la Doctrina Calvo, la cual estipulaba que los inversionistas extranjeros quedaban sujetos a las leyes nacionales y que, por tanto, las disputas sólo podían resolverse en los tribunales nacionales.

<sup>160</sup> De Mateo, Venturini, Fernando (1998).

De hecho, "México siempre ha [bía] sobresalido entre los países en vías de desarrollo por el fuerte control que ejerce sobre la inversión extranjera... Su rigurosa vigilancia... lo colocó casi a la cabeza de un reducido grupo de países anfitriones que aplicaban normas muy estrictas a las empresas multinacionales".<sup>161</sup> Durante más de treinta años, que inician con la Constitución de 1917, en México se vio con recelo a la IED.<sup>162</sup> El gobierno instituyó diversas medidas cuyo fin era disuadir a la inversión extranjera, particularmente en las áreas reservadas a los mexicanos. El artículo 27 de la Constitución, emblema del nacionalismo mexicano, estipula que la propiedad de las tierras y aguas pertenece originalmente a la nación, y que todos los minerales o sustancias hallados bajo el suelo mexicano (petróleo, hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, y metales) son propiedad de la "nación". En conjunción con el artículo 28, el 27 permitió justificar diversas expropiaciones en los sectores de la energía, el transporte y la agricultura realizadas en los primeros cincuenta años del periodo posrevolucionario.

Dos factores explican el hecho de que México mantuviera durante todo el siglo pasado una actitud nacionalista en las reglas aplicadas a la IED y su desmesurada preocupación por proteger la soberanía del país, a saber: el papel prominente que desempeñó el capital extranjero en la dictadura prerrevolucionaria de Porfirio Díaz y la historia de intervención estadounidense en México.<sup>163</sup>

Un ejemplo de lo último es la forma en que el gobierno de Estados Unidos manejó su reconocimiento de los gobiernos revolucionarios mexicanos como una herramienta para intervenir en los asuntos internos del país. Así, Estados Unidos condicionó el reconocimiento del nuevo gobierno revolucionario de Álvaro Obregón (1920-1924) a que éste aceptara que el artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917 no tenía carácter retroactivo. Luego de que el presidente Calles fracasara en convertir la propiedad estadounidense de diversos campos petroleros en contratos de arrendamiento por periodos de cincuenta años, Lázaro Cárdenas decidió expropiar todas las posesiones estadounidenses en 1938.<sup>164</sup>

<sup>161</sup> Jenkins, Barbara (1992), p. 159.

<sup>162</sup> Véase Meyer, Lorenzo (1967).

<sup>163</sup> *Idem.*

<sup>164</sup> *Idem.*

Como afirma J. Heath: “es por ello que la industria petrolera se convirtió en icono nacional, representante de su soberanía e independencia, y un símbolo que para la mayoría de los mexicanos es más importante que los beneficios que podrían obtener si se privatizara”.<sup>165</sup>

Aunque a partir de la Segunda Guerra Mundial México mantuvo una actitud pragmática frente a la IED, particularmente en el sector manufacturero, la Doctrina Calvo siguió siendo el fundamento legal para resolver las disputas entre el gobierno mexicano y los inversionistas extranjeros. De hecho, esta doctrina quedó plasmada en el mismo artículo 27 constitucional, y se reglamentó a través del artículo 3 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, de 1973. Esta última no se reformó sino hasta que se promulgó la muy liberal Ley de Inversión Extranjera, de 1993.

En suma, antes del TLCAN, las empresas extranjeras tenían muy pocas posibilidades de adjudicar sus derechos frente al gobierno mexicano por otras vías que no fueran los tribunales mexicanos. Ahora bien, mientras que éstos se habían mostrado dispuestos a aplicar los fallos arbitrales extranjeros en las disputas entre particulares, el gobierno mexicano, por las razones antes descritas, siempre rehusó aceptar los procedimientos de arbitraje internacional en sus disputas con inversionistas privados. Como es obvio, a los inversionistas estadounidenses en disputa con el gobierno mexicano no les era posible querellarse en Estados Unidos, al amparo de la Ley de Inmidades Soberanas para Extranjeros (Foreign Sovereign Immunities Act). Como lo señaló Johnson: “La adhesión de México a la Doctrina Calvo en lo relativo a las propiedades que en México tienen los ciudadanos estadounidenses siempre ha causado fricciones entre ambos países. De igual forma, debido a que la mayoría de los países latinoamericanos siempre se habían guiado por los principios de la Doctrina Calvo, no fue sino hasta la firma del TLCAN cuando Estados Unidos pudo negociar TBI con las naciones de América Latina”.<sup>166</sup>

Por tales motivos, el mecanismo para la resolución de disputas entre inversionistas y gobiernos marca un hito y se le considera, en general, como el recurso más importante de que dispone el gobierno mexicano para brindar al inversionista un entorno atractivo para invertir.<sup>167</sup>

<sup>165</sup> Heath, Jonathan (1994), pp. 92 y 93.

<sup>166</sup> Johnson, Jon R. (1994), p. 281.

<sup>167</sup> *Idem*.

### 3. *El caso del Canadá*

A diferencia de México, la relación de Canadá con el capítulo 11 del TLCAN representa un cambio evolutivo, más que revolucionario, en la postura del país hacia la inversión extranjera. Al igual que México, Canadá siempre se mostró receloso de la influencia económica de Estados Unidos y de la presencia de un monto importante de inversión extranjera estadounidense en su país. Canadá intentó resolver este problema con la Ley para la Revisión de la Inversión Extranjera (Foreign Investment Review Act) de 1973, por la cual se creó una autoridad encargada de revisar las inversiones que entraban, y evaluar si aportaban un “beneficio sustancial” al país. Un panel del artículo XXIII del GATT estudió los efectos comerciales de esa Ley, y concluyó que Canadá debía modificar algunos requisitos de desempeño que contenía dicha legislación. La Ley se reformó en 1985 y Canadá negoció después un capítulo sobre inversión (el capítulo 16) del ALCCEU de 1989. Los efectos de ese capítulo fueron limitados, pero en él se desarrollaron conceptos que desde entonces son esenciales en todo acuerdo internacional sobre inversión, como es el trato nacional, los requisitos de desempeño y la expropiación.

A partir de los años ochenta, los funcionarios canadienses empezaron a darse cuenta de la estrecha relación que había entre inversión y comercio, así como de la necesidad de liberalizar las reglas sobre inversión extranjera a fin de que ésta se mantuviera al paso de la apertura comercial. De ahí que se negociara un número importante de acuerdos para la protección de la inversión extranjera, mejor conocidos como tratados bilaterales de inversión (TBI). El proceso de los TBI dio lugar a una multitud de acuerdos con un trasfondo complejo y heterogéneo de normas para los inversionistas extranjeros. El gobierno canadiense vio la necesidad de establecer reglas más uniformes en cuatro áreas generales, reglas que más tarde se hicieron operativas en varias cláusulas del capítulo 11. Las áreas en cuestión fueron el acceso al mercado, la discriminación, la transparencia y la seguridad para la inversión.

i) El acceso al mercado se refiere a las leyes, reglamentos o políticas nacionales que dificultan que los inversionistas se establezcan (es decir, restringen su derecho a establecerse) en un país determinado, como resultado de preceptos contrarios a la inversión extranjera. Por ejemplo, un país anfitrión puede restringir el acceso de los inversionistas extranjeros

a ciertos sectores de la economía, como serían aquellos en los que el gobierno tiene derechos adquiridos (por ejemplo, monopolios estatales o áreas protegidos por la Constitución nacional de la competencia de los inversionistas extranjeros). En la mayoría de los países se aplican ciertas restricciones a la inversión en los rubros de recursos naturales y servicios, pero algunas naciones tienen limitaciones adicionales, como son la prohibición absoluta a la inversión extranjera, los requisitos de desempeño para los inversionistas extranjeros a cambio de permitirles el acceso al mercado, restricciones a la propiedad, control local sobre las decisiones de los afiliados extranjeros, y diversos tipos de condiciones de operación, como la contratación de nacionales. Canadá apoyó las cláusulas del TLCAN que coartan la facultad de las partes de aplicar requisitos de desempeño con base en: 1) el desempeño exportador, 2) el contenido local, 3) la proveeduría (*sourcing*) nacional, 4) la balanza comercial, 5) la transferencia de tecnología, 6) restricciones a quién haya de proveer al inversionista sus productos o servicios, y 7) las ventas nacionales y la balanza de exportación, que se imponen a los inversionistas a cambio de un subsidio u otro beneficio. Canadá también aceptó que se prohibiera el requisito de que los altos mandos fueran ocupados por individuos de una nacionalidad determinada, o que la mayoría de los integrantes de la mesa directiva fueran de cierta nacionalidad o que residieran en el territorio de la parte en cuestión.

ii) La discriminación se refiere al trato discriminatorio por parte de los gobiernos extranjeros hacia los inversionistas tanto extranjeros como nacionales. En la jerga del comercio internacional se diría que este tipo de discriminación revela la ausencia de trato de nación más favorecida (NMF) o de trato nacional. Por ejemplo, un país anfitrión podría discriminar entre las nacionalidades de los inversionistas extranjeros, permitiendo la entrada a algunos y no a otros con base, exclusivamente, en su nacionalidad. O bien, la discriminación podría manifestarse como reglas y normas menos favorables para regir la conducta de los inversionistas extranjeros dentro del mercado nacional y en competencia con los inversionistas nacionales. Canadá estuvo de acuerdo en que en el cuerpo principal del TLCAN se establecieran los conceptos generales sobre la liberalización, a los que habrían de añadirse las excepciones en cada sector específico. Por ejemplo, el Tratado impone a las partes el deber de brindar tanto trato de NMF (artículo 1103) como trato nacional (artículo 1102) a los

inversionistas de las otras partes y a sus inversiones, específicamente con respecto a: 1) el establecimiento, 2) la adquisición, 3) la administración, 4) la conducción, 5) la operación, 6) las ventas y 7) otra disposición de las inversiones, sujetas a excepciones o reservas específicas, que cada parte negocie. Entre las medidas prohibidas se encuentra la de imponer que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa esté en manos de sus nacionales y también requerir que un inversionista venda o disponga de cualquier otra manera de su inversión por razón de su nacionalidad.

iii) La transparencia se refiere a que los esquemas normativos del país anfitrión en materia de inversión sean predecibles. A menudo, los gobiernos no emiten lineamientos públicos claros concernientes a la inversión extranjera, y, en consecuencia, los inversionistas extranjeros deben tratar de avanzar entre una cerrada neblina de reglas o condiciones que rigen el acceso a los mercados extranjeros. Tal oscuridad puede hacer que el inversionista vacile en invertir, debido a la inseguridad que siente respecto de sus derechos y obligaciones, o de los procedimientos que se aplican a la inversión. Canadá estuvo a favor de que en todo acuerdo multilateral sobre inversión se incluyera, como condición mínima, la transparencia en las reglas y procedimientos. En el capítulo 11 del TLCAN esto se realizó por medio de una serie de excepciones y reservas sustanciales a las obligaciones antes estipuladas. Las derogaciones de cada parte a las reglas sobre inversión se incluyeron en los programas contenidos en varios anexos al TLCAN. Cuatro de los siete anexos registran las excepciones y reservas a las reglas sobre inversión del capítulo 11. En específico, el anexo I describe las reservas aplicadas a las medidas y compromisos de liberalización existentes; el anexo II señala las reservas para sectores, subsectores o actividades específicos y con posibles medidas nuevas. El anexo III especifica las actividades que el Estado mexicano se reserva, y el anexo IV establece las excepciones a la obligación de brindar trato de NMF. Las derogaciones se describen de manera muy detallada. El TLCAN adopta un enfoque negativo a la lista de derogaciones, por el que se presume que el acuerdo es aplicable a todas las medidas nacionales, excepto a las especificadas en él. Esto difiere del enfoque positivo, según el cual el acuerdo es aplicable solamente a las medidas identificadas en él.

iv) La seguridad para la inversión se refiere a una gama de aspectos específicos con respecto al trato que el país anfitrión ha de brindar a las inversiones. Uno de los aspectos es la expropiación injusta y/o no indemnizada, que constituye una antigua preocupación del derecho internacional

con respecto a las relaciones entre los inversionistas y los Estados anfitriones. Otro punto es la libertad para repatriar las ganancias, la cual es esencial para promover la flexibilidad en la administración de la producción globalizada. Un tercer punto es la posibilidad de recurrir a un mecanismo justo y efectivo para la resolución de disputas, que elimine la necesidad de llevar los casos ante los tribunales nacionales, los cuales no siempre pueden brindar la experiencia o las garantías procesales necesarias para manejar una demanda internacional. Estos tres aspectos han sido siempre motivo de preocupación para los inversionistas extranjeros, pero no son menos importantes que los problemas más modernos que enfrenta la inversión internacional y, de hecho, a menudo.

En resumen, se dice que “Canadá ha sido un líder destacado en promover, negociar y aceptar un conjunto de reglas y un sistema basado en regímenes para la conducción de las relaciones internacionales”.<sup>168</sup> El vigor con el que Canadá apoyó el desarrollo del régimen de inversión moderno en el TLCAN fue un ejemplo de dicho liderazgo en el sistema internacional de comercio. Como señalaran Hart y Dymond, “el Capítulo 11 da cuenta plenamente de los cincuenta años de compromiso de Canadá para con la elaboración de reglas internacionales y es congruente con la lógica de una economía que se globaliza y en la que prevalecen las empresas transnacionales”.<sup>169</sup>

#### IV. DEMANDAS PRESENTADAS POR INVERSIONISTAS AL AMPARO DEL CAPÍTULO 11

Luego de un arranque lento, hasta noviembre de 2003 se habían iniciado 23 casos ante el mecanismo de resolución de disputas sobre inversión del TLCAN (véase el cuadro 1). Nueve de ellos fueron contra Canadá, nueve contra México y cinco contra Estados Unidos. De estos 23, se han decidido nueve por parte de tribunales arbitrales,<sup>170</sup> cuatro de los cuales se iniciaron en contra del gobierno de México, dos contra el gobierno del

<sup>168</sup> Hart, Michael M. y Dymond, William A. (2002), p. 4.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>170</sup> En el caso del capítulo 11 y de acuerdo con las reglas de arbitraje del CIADI y la UNCITRAL, el término que se utiliza para denominar a los órganos de arbitraje es el de “tribunales de arbitraje”, por lo que en esta sección del capítulo se adoptará esta denominación.

Canadá y tres en contra del gobierno de Estados Unidos. Otro de los nueve casos contra Canadá fue resuelto por convenio entre el gobierno canadiense y un inversionista estadounidense.<sup>171</sup>

## CUADRO 1

## RELACIÓN DE CASOS DEL CAPÍTULO 11 (1994-2003)

<i>Parte demandante</i>	<i>Parte demandada</i>	<i>Resolución</i>
Ethyl Corp (EUA)	Canadá	Resuelto por convenio fuera del arbitraje entre las partes, con el pago de una indemnización de trece millones de dólares a Ethyl. En forma paralela al arbitraje bajo el TLCAN se había presentado una queja con base en el Acuerdo Canadiense de Comercio Internacional, y la decisión fue desfavorable a la medida federal.
Azinian <i>et al.</i> (EUA)	México	El tribunal arbitral rechazó la reclamación.
Metalclad (EUA)	México	El tribunal arbitral determinó una indemnización de 16 millones 685 mil dólares con base en el valor de la inversión. La Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el laudo bajo el argumento de que el tribunal arbitral excedió su competencia al sustentar su laudo en principios de transparencia que no se encuentran en el capítulo 11.
Waste Management II (EUA)	México	En curso

<sup>171</sup> A fin de dar una idea adecuada de la queja, y los pormenores del procedimiento ante el panel y la resolución final, en este capítulo se hace una pequeña historia de cada uno de estos casos. También se incluye un caso que no llegó ante un panel y que fue decidido por un arreglo del gobierno canadiense con la empresa estadounidense Ethyl.

<i>Parte demandante</i>	<i>Parte demandada</i>	<i>Resolución</i>
S. D. Myers (EUA)	Canadá	El tribunal arbitral otorgó a Myers una indemnización equivalente al valor de sus pérdidas. Los tribunales nacionales revisan actualmente el caso en un procedimiento de anulación.
Sun Belt Water (EUA)	Canadá (Columbia Británica)	El caso está suspendido y es poco probable que prosiga.
Pope and Talbot (EUA)	Canadá	El tribunal arbitral rechazó gran parte de la demanda, pero encontró que Canadá violó el artículo 1105 con base en la verificación y revisión de un procedimiento administrativo. Se le ordenó a Canadá que pagara 461,566 dólares al inversor.
Methanex (Canadá)	EUA (California)	En curso. Se encontró que la reclamación no cumplía con los requisitos del artículo 1101(1) y se invitó a Methanex a presentar de nuevo la querrela. Methanex la presentó corregida en noviembre del 2002.
Ketchum (EUA)	Canadá	No prosiguió
Halchette (EUA)	México	No prosiguió
Signa (Mexico)	Canadá	No prosiguió
CEMSA (EUA) (Karpa <i>et al.</i> )	México	El tribunal arbitral encontró que México había violado el artículo 1102, y determinó una indemnización por el monto de 1.7 millones de dólares
Loewen (Canadá)	EUA (Mississippi)	El tribunal arbitral desechó la reclamación por completo al determinar que carecía de jurisdicción sobre el caso, toda vez que la empresa reclamante transfirió sus derechos sobre la reclamación a una empresa estadounidense.

<i>Parte demandante</i>	<i>Parte demandada</i>	<i>Resolución</i>
UPS (EUA)	Canadá	El desafío jurisdiccional presentado por Canadá fue exitoso, y el tribunal arbitral le pidió al inversor que presentara una querrela modificada.
Mondev (Canadá)	EUA (Boston)	La decisión final rechazó la reclamación por completo.
ADF (Canadá)	EUA	La decisión final rechazó la reclamación por completo.
Trammel Crow (EUA)	Canadá	En curso
Crompton (EUA)	Canadá	En curso
Robert E. Frank. (EUA)	México	En curso
Canfor (Canadá)	EUA	En curso
Fireman's Fund (USA)	México	En curso
GAMI Investments (USA)	México	En curso

A continuación se analizan aquellas demandas que han sido ya resueltas hasta noviembre del 2003 por tribunales arbitrales bajo el capítulo 11 del TLCAN.

## 1. Demandas contra México

### A. Metalclad

La empresa Metalclad, Inc., dedicada al tratamiento de residuos peligrosos y ubicada en Newport Beach, California, fue la primera que inició un procedimiento contra el gobierno de México al amparo del capítulo 11. Se trata, sin duda, del más complejo de los casos entablados contra el gobierno mexicano, pues involucró no sólo las políticas ambientales, sino también cuestiones relacionadas con leyes y políticas en tres niveles de gobierno.

El 2 de enero de 1997 Metalclad presentó su demanda ante un tribunal de arbitraje alegando que, a pesar de contar con la autorización previa del gobierno federal mexicano, los gobiernos de Guadalcázar y del estado de San Luis Potosí le impidieron instalar su planta de tratamiento de residuos peligrosos en el sitio llamado "La Pedrera", en el ayuntamiento de Guadalcázar de dicho estado. Metalclad solicitó una indemnización de 120 millones de dólares por haberse violado los principios de trato nacional, de NMF, así como la prohibición de aplicar requisitos de desempeño. Metalclad alegó también que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación en relación con su inversión.<sup>172</sup>

La empresa sostuvo que el gobierno federal mexicano la había invitado a invertir en el sector de los rellenos sanitarios de residuos tóxicos<sup>173</sup> y le otorgó todos los permisos necesarios para construir la planta. Con esas garantías, Metalclad procedió a construir lo que denominó un relleno sanitario "de punta" para desechos peligrosos. Sin embargo, cuando todo estaba listo, la empresa no pudo echar a andar el relleno sanitario debido, según las palabras de Metalclad, a "las acciones irracionales de diversos funcionarios estatales y municipales". Debe señalarse que el gobierno federal tiene jurisdicción en varios sectores ambientales, como es la gestión de los residuos tóxicos, pero la zonificación compete al gobierno estatal, y el otorgamiento de permisos de construcción es facultad del gobierno municipal.

Luego de más de tres años y ocho meses de litigios, que generaron más de cinco mil páginas de alegatos tan sólo del gobierno mexicano, el tribunal de arbitraje falló a favor de Metalclad, con el argumento de que el gobierno mexicano había cometido una violación al capítulo 11, al no permitir que la empresa pusiera en marcha el relleno sanitario que había construido por carecer del supuesto permiso de construcción municipal.

<sup>172</sup> Artículos 1102, 1105 y 1110 del capítulo 11 del TLCAN.

<sup>173</sup> El gobierno federal mexicano estaba interesado en promover la inversión extranjera en el tratamiento de residuos peligrosos por ser éste un sector muy poco desarrollado en México. Si bien el país genera cada año más de ocho millones de toneladas de desechos peligrosos, menos de 20% de ese volumen es tratado de una manera que no dañe el medio ambiente. En 1997 sólo había en México dos plantas para el tratamiento de desechos peligrosos. La propiedad de ambas está en su mayoría en manos de empresas extranjeras del ramo: Técnicas Medioambientales de México, ubicada en Hermosillo, Sonora, y Residuos Industriales Multiquim, S. A., que opera el mayor relleno sanitario de residuos peligrosos y es propiedad de Waste Management Inc. Véase *The Wall Street Journal* (1997).

pal.<sup>174</sup> El tribunal estimó que, en virtud de que altos funcionarios del gobierno mexicano habían invitado a Metalclad a hacer la inversión y que la empresa obtuvo los permisos federales y estatales necesarios, el último requerimiento de un permiso municipal adicional constituía una violación al TLCAN. El tribunal aceptó el alegato de Metalclad en el sentido de que había confiado en las afirmaciones de las autoridades federales para construir, sin necesidad de un permiso municipal, y que este último debía haberle sido otorgado de manera automática. También aceptó la moción de Metalclad de que la negativa a otorgarle el permiso por razones ambientales era violatoria del artículo 1105 del Tratado, y que ello, aunado a las aseveraciones del gobierno federal en las que Metalclad confió para llevar a cabo su inversión, constituían un acto equivalente a la expropiación. El tribunal arbitral agregó que un decreto de declaración de reserva ecológica expedido por el gobierno estatal que incluía La Pedrera, si bien no controlaba la decisión, también constituiría un acto equivalente a la expropiación bajo el artículo 1110 del TLCAN.

México negó que los funcionarios del gobierno federal hubieran afirmado que eran suficientes los permisos federales y estatales y buscó demostrar que la empresa sabía perfectamente que era necesario obtener los permisos municipales.<sup>175</sup>

En su decisión, el tribunal consideró que México había incumplido con el deber de transparencia requerido por el TLCAN, debido a la ausencia de reglas y procedimientos claros que especificaran si, en efecto, el permiso municipal era requerido y que describieran el procedimiento para solicitar dicho permiso. El laudo estableció que el hecho de que México no hubiera brindado un marco transparente y predecible impidió que Metalclad “recibiera un trato justo y equitativo, de conformidad con lo previsto en el TLCAN”.

<sup>174</sup> El fallo se basó en dos consideraciones distintas pero, en opinión del tribunal, relacionadas. En primer lugar, el tribunal resolvió que el municipio no tenía autoridad para negar el permiso de construcción con base en criterios de carácter ambiental, y que sólo estaba facultado para hacerlo de haber habido fallas físicas en el diseño o la construcción del relleno sanitario. Por tanto, dado que, como justificación para negar el permiso, el municipio invocó motivos de carácter ambiental, además de los otros dos argumentos, tal decisión era improcedente.

<sup>175</sup> El gobierno mexicano presentó evidencias de que, cuando menos dos años antes del proyecto Guadalcázar y de la presunta invitación, Metalclad ya había intentado sin éxito instalar un incinerador de desechos peligrosos y otras plantas para el tratamiento de dichos materiales.

México consideró que el tribunal había excedido su competencia en la forma en que sustentó el laudo y lo impugnó en un procedimiento de nulidad. Para tal propósito sometió el caso ante la Suprema Corte de Columbia Británica de Canadá, el tribunal competente del sitio de arbitraje.<sup>176</sup>

Conseguir la nulidad de un fallo es muy difícil. Es un recurso extraordinario que brindan los tribunales nacionales para impugnar un laudo sustentado en exceso de competencia o irregularidades graves en la actuación de un tribunal arbitral. La norma de revisión que utilizan los tribunales suele ser más elevada con el fin de respetar el acuerdo de las partes para arbitrar, así como el carácter predecible de la resolución de disputas en el sistema comercial internacional. Pese a lo anterior, la Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el fallo del caso Metalclad en el dictamen fechado el 2 de mayo de 2001. La Corte convino con México en que el tribunal de arbitraje primero había interpretado y aplicado las normas de transparencia del capítulo 18 del TLCAN, para concluir que la exigencia del permiso municipal y el procedimiento para solicitarlo constituían una infracción a la obligación de brindar un trato acorde al derecho internacional (artículo 1105), cuando el tribunal arbitral debía aplicar únicamente las disposiciones contenidas en el capítulo 11. Después, el tribunal arbitral había utilizado esa conclusión como parte de su argumento para resolver que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación de la inversión de Metalclad sin otorgarle una indemnización (artículo 1110).

No obstante, el fallo se revocó tan sólo de manera parcial. La Suprema Corte de la Columbia Británica encontró que México aún debía impugnar correctamente los sustentos en los que se basaba el laudo de expropiación del tribunal de arbitraje. México no logró convencer a la Suprema Corte de que otro motivo por el que el fallo debía ser revocado era por haberse considerado el decreto ambiental como un acto equivalente a la expropiación. En opinión de la Suprema Corte, la decisión del tribunal de arbitraje de definir el decreto ambiental como una medida de expropiación indirecta no excedía el alcance de la solicitud de arbitraje. El efecto práctico del fallo fue que se recalculara el monto de la indemnización a pagar.

<sup>176</sup> El fallo de un tribunal arbitral del TLCAN en materia de inversión es inaplicable en tanto esté en curso un proceso para revocarlo.

### B. Azinian

Los inversionistas Azinian, Davitian y Baca, accionistas de la empresa mexicana Desechos Sólidos de Naucalpan, S. A. de C. V. (DESONA), iniciaron un juicio contra el gobierno mexicano, alegando que DESONA había sido indebidamente privada de una concesión para recolectar los desechos municipales, operar un relleno sanitario, construir uno nuevo e instalar una planta de energía eléctrica, concesión que le otorgara previamente el gobierno del ayuntamiento de Naucalpan, en el Estado de México. Con ello, afirmaba la empresa, se habían violado los artículos 1110 y 1105,<sup>177</sup> por lo que pedía una indemnización cercana a los veinte millones de dólares.<sup>178</sup> El nuevo gobierno del ayuntamiento de Naucalpan anuló la concesión con el argumento de que la empresa había falseado la información sobre su capacidad financiera y su competencia técnica.<sup>179</sup>

Tras un proceso de dos años y siete meses, el tribunal de arbitraje emitió su fallo, en el que desechaba por completo la demanda, pues los demandantes no habían logrado demostrar que se hubiera cometido una violación al TLCAN o a alguna otra legislación internacional. En su razonamiento para rechazar la demanda, el tribunal destacó que el TLCAN no prevé que los inversionistas puedan recurrir al arbitraje internacional por motivo de violaciones contractuales,<sup>180</sup> y consideró que la evidencia que proporcionó el gobierno de México había sido “suficiente para despejar cualquier duda con respecto a la *bona fides* de los jueces mexicanos”.<sup>181</sup> Al señalar que la disputa se había presentado ante los tribunales nacionales de México, el panel determinó que “no es posible inculpar a una autoridad gubernamental por actuar de una manera sancionada por sus tribunales, a menos

<sup>177</sup> El artículo 1110, referido a la expropiación, y el 1105, a la obligación de establecer una norma mínima de trato.

<sup>178</sup> Azinian v. The United Mexican States (1999).

<sup>179</sup> Debemos señalar que si bien los demandantes impugnaron la anulación de la concesión ante los tribunales mexicanos, éstos ratificaron la anulación.

<sup>180</sup> El tribunal señaló que si un inversionista originario de un país miembro del TLCAN “establece una relación contractual con una autoridad pública y es objeto de una infracción por parte de dicha autoridad, no siempre está autorizado para presentar una demanda bajo los términos del TLCAN [...dado que el Tratado] no tiene el propósito de brindar a los inversionistas extranjeros una salvaguardia contra este tipo de contrariedades”. Véase fallo, § 83.

<sup>181</sup> *Ibidem*, § 103.

que en el plano internacional se desconozca a dichos tribunales".<sup>182</sup> Por último, si bien el tribunal admitió que el gobierno mexicano había sido objeto de muchas contrariedades, decidió que cada parte tendría, no obstante, que asumir sus gastos.<sup>183</sup> Cabe mencionar que el fallo del caso Azinian fue el primero emitido por un panel conformado de acuerdo con los términos del capítulo 11 del TLCAN.

### C. *Waste Management Inc. (Acaverde)*

Una de las compañías más importantes de Estados Unidos en el sector de la recolección y procesamiento de basura, Waste Management Inc., empresa de capital público y constituida bajo las leyes del estado de Delaware, entabló una demanda tanto a nombre propio como de Acaverde, S. A. de C. V. El motivo de la demanda fue la supuesta violación a los artículos 1105 y 1110 del TLCAN, que cometiera el ayuntamiento de Acapulco, en el estado de Guerrero, y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (Banobras), un banco de desarrollo de propiedad estatal, en relación con la concesión del servicio de recolección y tratamiento de desechos, que otorgara el ayuntamiento de Acapulco a Acaverde, brazo de inversión de Waste Management en México. Esta última reclamaba una indemnización de 36 millones de dólares. De acuerdo con la concesión, el gobierno municipal debía permitir que la empresa realizara el servicio de limpieza de las calles de la ciudad y tenía que otorgarle el permiso para construir un relleno sanitario. La empresa argüía que, si bien había efectuado el servicio de limpieza, no había recibido pago alguno por ello, y que se le había obligado a abandonar las inversiones millonarias en dólares que había hecho en el diseño y desarrollo del relleno sanitario. La demanda se rechazó por falta de jurisdicción, a raíz de la impugnación que presentó México contra la competencia del tribunal del TLCAN.<sup>184</sup> Sin

<sup>182</sup> *Ibidem*, § 97.

<sup>183</sup> El tribunal tomó en consideración varios motivos para no asignar una indemnización al gobierno mexicano, el más importante de los cuales fue, al parecer, lo novedoso del mecanismo, que ofrecía causales desusadas a los demandantes. Véase *ibidem*, § 126.

<sup>184</sup> El tribunal decidió que carecía de jurisdicción para conocer del asunto, pues el demandante no había cumplido con una condición esencial para solicitar que su demanda se sometiera ante un tribunal arbitral conforme al artículo 1122 del capítulo 11. El artículo en cuestión señala que un inversionista podrá someter su demanda a arbitraje *solamente* si conviene en que el arbitraje se realice conforme a las disposiciones del TLCAN y *sola-*

embargo, Waste Management volvió a presentar su demanda ante un tribunal arbitral del Tratado.

#### *D. Feldman (CEMSA)*

Marvin Roy Feldman Karpa, ciudadano estadounidense radicado en México, inició este arbitraje a nombre propio en relación con una serie de diferencias que sostuvo con las autoridades fiscales federales.<sup>185</sup> Las diferencias versaban sobre la procedencia de ciertos créditos fiscales que Feldman reclamaba en relación con la devolución del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS). El negocio de Feldman consistía en la adquisición de cigarros en tiendas de venta al público, a través de su empresa CEMSA y su subsecuente exportación.

La producción de cigarros está sujeta al pago del IEPS, cuya tasa osciló entre el 135% y el 85% por producto durante los años 1990 y 1997.<sup>186</sup> Sin embargo, la Ley del IEPS ha establecido desde su origen hasta la fecha una tasa del 0% a la producción por producto, cuando éste es exportado. La forma en que la Ley fue diseñada y la forma general en que ha operado es mediante la devolución del impuesto especial por producción causado, al momento en que el cigarro es exportado.

El señor Feldman inició el procedimiento arbitral el 30 de abril de 1999 y optó por conducirla bajo el Mecanismo Complementario del CIADI. El tribunal arbitral emitió su laudo por mayoría en diciembre del 2002. El árbitro Covarrubias Bravo emitió una opinión disidente.

Éste es el primer arbitraje bajo el TLCAN en contra de decisiones de la autoridad fiscal de uno de los países parte. El Tratado limita la aplicabilidad del mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado anfitrión únicamente a reclamaciones por violaciones a los artículos 1102, 1103 y 1110 cuando la disputa versa sobre medidas fiscales de las partes.

*mente* si renuncia a su derecho a recurrir a otros procedimientos de resolución de disputas, sean de nivel local u otros. Waste Management, no obstante, estaba participando en un arbitraje privado y en un procedimiento judicial ante los tribunales mexicanos. Por tanto, no se cumplía con el requisito de la renuncia y con la anuencia por parte del inversionista demandante de atenerse a las disposiciones sobre arbitraje del TLCAN. Al carecer de un acuerdo en materia de arbitraje, el tribunal no tenía competencia para conocer del caso y, por tanto, denegó la demanda.

<sup>185</sup> Marvin Feldman v. México (2002).

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 5.

En el caso específico de una reclamación alegando que las medidas fiscales de la parte constituyeron una expropiación directa o indirecta o una medida equivalente a la expropiación bajo el artículo 1110, la reclamación debe ser referida primero a las autoridades fiscales de los Estados parte del TLCAN, las cuales pueden acordar que una medida fiscal no constituye una expropiación.<sup>187</sup>

En el arbitraje el reclamante argumentó por un lado que una serie de medidas tomadas por la autoridad fiscal en relación con su inversión, entre las cuales destacaban la resistencia de las autoridades a aplicar una decisión de la Suprema Corte de México de 1992 sobre la inconstitucionalidad de distinguir entre productores y distribuidores como sujetos de la tasa de cero por ciento del IEPS, un presunto acuerdo verbal celebrado con las autoridades sobre la procedencia de devoluciones, en su caso, la posterior negativa a devolverle el IEPS por sus exportaciones y una auditoría fiscal iniciada en su contra, constituían actos equivalentes a una expropiación de su negocio de exportación de cigarros. Por otro lado, argumentó que el trato que había recibido en cuanto a la procedencia de la devolución del IEPS había sido menos favorable que la recibida por un inversionista nacional situado en circunstancias similares. En el primer argumento invocó una violación al artículo 1110 del TLCAN en materia de expropiación, y en el segundo, una violación al artículo 1102 en materia de trato nacional.

México sostuvo que en ningún momento existió un acuerdo entre Feldman y las autoridades fiscales sobre la procedencia de la devolución del impuesto, que si tal hubiera existido no hubiese tenido ningún efecto vinculatorio sobre las autoridades fiscales, que en todo caso Feldman nunca había cumplido con los requisitos de la ley para tener derecho a una devolución y que las devoluciones realizadas habían sido hechas en el contexto de un mecanismo de devolución automática sujeto siempre a posterior revisión fiscal. Por otro lado, México argumentó que el inversor nacional que Feldman reclamaba había sido tratado más favorablemente en realidad era parte de un mismo grupo empresarial en el que participaba Feldman, y que por lo tanto no podía utilizarse como un inversor comparable en circunstancias similares para propósitos de trato nacional.

En su laudo, el tribunal arbitral rechazó la reclamación de violación al artículo 1110 del TLCAN, pero resolvió que México había incurrido en

<sup>187</sup> TLCAN, artículo 2103.

trato discriminatorio en violación al artículo 1105. El tribunal hizo referencia al análisis persuasivo realizado por otros tribunales arbitrales bajo el TLCAN en materia de expropiación, en especial a los laudos en *Azinian y Pope & Talbot*. En síntesis, el tribunal resolvió que en el presente caso, si bien las medidas del gobierno mexicano dejaron sin posibilidad al reclamante de exportar cigarros y obtener ganancias, esto no constituía una medida equivalente a la expropiación, toda vez que el reclamante nunca tuvo un derecho adquirido en ese sentido. Asimismo, el reclamante no había perdido el control de su inversión, la empresa CEMSA, ni existía ninguna interferencia en las operaciones o control accionario de la misma, y que ésta podía continuar en el negocio de la exportación con otros bienes. En pocas palabras, ninguna de las medidas gubernamentales ejercidas en un contexto regulatorio legítimo había tenido como consecuencia una interferencia suficiente para concluir que había sido privado de su propiedad.

El tribunal falló, sin embargo, que el trato que el inversor recibió en comparación con el de una empresa situada en circunstancias similares había sido menos favorable, incurriendo el Estado mexicano en discriminación de facto. Durante el periodo de 1998-2000 se le negó a CEMSA su registro como empresa exportadora, se le negaron las devoluciones del IEPS, y se le sometió a una auditoría iniciada poco tiempo después de iniciado el arbitraje. Paralelamente existía cierta evidencia de que dos empresas controladas por un grupo de inversionistas mexicanos habían recibido devoluciones del IEPS y a la fecha no habían sido sujetas a auditoría o revisión fiscal por parte de las autoridades mexicanas. El tribunal reconoció que la evidencia del trato a las empresas controladas por inversores mexicanos era escasa. Sin embargo, basó su decisión en que habiendo el reclamante hecho un caso *prima facie* sobre el trato más favorable recibido por éstas, la carga de la prueba había sido transferida a México. En opinión del tribunal arbitral, México no había podido demostrar que los inversores mexicanos no habían recibido un trato de hecho más favorable que el de CEMSA.

La opinión disidente no compartió las conclusiones del tribunal sobre violaciones al trato nacional. En su opinión, la evidencia presentada por el reclamante era irrelevante y no probaba nada en relación con el posible trato recibido por los inversores mexicanos. Dada esta conclusión había sido incorrecto y contrario a los principios generales del derecho y a las

normas del derecho internacional transferir la carga de la prueba al gobierno mexicano, quien además había explicado satisfactoriamente su imposibilidad de presentar evidencia fiscal sobre el inversor mexicano, la cual es confidencial en México como en los otros tres países del TLCAN.

## 2. Demandas contra Canadá

### A. Ethyl

En 1997 Canadá aprobó la Ley sobre Aditivos para Gasolina a base de Manganeso ("la Ley"), que prohibía el comercio entre provincias y la importación a Canadá del producto llamado MMT, un aditivo diseñado para incrementar la eficiencia de la gasolina sin plomo para automóviles. La empresa estadounidense Ethyl producía el MMT, y una subsidiaria de ésta lo distribuía en todo el territorio canadiense. Los fabricantes de autos alegaban que el MMT afectaba el funcionamiento de los catalizadores obligatorios en los automóviles para el control de la contaminación, pero Ethyl refutó la acusación.<sup>188</sup> El gobierno canadiense sostuvo que la Ley era una medida de protección ambiental, pero no pudo demostrar que el MMT fuera peligroso, además de que la Ley misma sólo prohibía el comercio del MMT, pero no la producción y distribución del producto en el comercio intraprovincial.<sup>189</sup> Podía afirmarse que la Ley autorizaba o incluso alentaba a Ethyl a instalar plantas de producción en cada una de las provincias canadienses como una forma para abastecer a este mercado.

Ethyl recurrió al mecanismo de arbitraje del capítulo 11 del TLCAN para demandar al gobierno canadiense, alegando que la Ley de ese país constituía una infracción al deber de otorgarle trato nacional y una acción "equiparable a una expropiación", de acuerdo con la fracción 1 del artículo 1101 del TLCAN. A su vez, el gobierno canadiense argüía que el tribunal carecía de competencia, pues el capítulo 11 sólo atañe a leyes directamente relacionadas con la inversión (como la revisión de leyes sobre

<sup>188</sup> Soloway observa: "Lo que realmente está en el fondo de esta es definir cuál industria [i. e., las empresas automotrices canadienses o las fabricantes estadounidenses de aditivos para gasolina] asumirá los costos tecnológicos necesarios para cumplir con las continuas demandas políticas relativas a la reducción de las emisiones". Soloway, Julie (2000), pp. 92 y 114.

<sup>189</sup> Swan, Alan (2000).

inversión extranjera), pero no a normas elaboradas para asuntos más generales. El tribunal rechazó la objeción canadiense sobre la jurisdicción.

El tribunal nunca llegó a decidir el caso, pues las partes resolvieron por su parte la disputa, al rescindir el gobierno canadiense la Ley y pagar a Ethyl 19.3 millones de dólares canadienses. El motivo de este proceder del gobierno canadiense fue el laudo de un panel para la solución de controversias que inició Ethyl al amparo del Acuerdo sobre Comercio Interno (ACI) de Canadá, acuerdo establecido entre los gobiernos federal y provinciales del país para promover un comercio más libre dentro de sus fronteras. Dicho panel determinó que la Ley violaba el ACI, pues restringía el tránsito de productos a través de las fronteras provinciales (artículo 402) y obstaculizaba el comercio interno (artículo 403). Además, la Ley no podía acogerse al artículo 404, que preveía excepciones a lo estipulado en los artículos 402 y 403 por “objetivos legítimos”. Este fallo del panel constituyó una humillación para el gobierno federal, que siempre había respaldado al AIT, y parecía vaticinar la derrota ante el tribunal de arbitraje del capítulo 11.

### *B. Pope and Talbot*

El 29 de mayo de 1996, Canadá y Estados Unidos firmaron el Acuerdo sobre Madera de Coníferas (AMC), por el cual Canadá cobraría una cuota cuando los volúmenes de exportación de dicha madera excedieran las cantidades establecidas para cada año. Pope and Talbot Inc. —empresa estadounidense cuya subsidiaria opera molinos de aserrar en la Columbia Británica y exporta el producto a su país— objetó la forma en que Canadá había puesto en vigor el AMC e invocó varias cláusulas del capítulo 11, mismas que a las que el tribunal hizo referencia en tres laudos. En el primer fallo, sobre la moción preliminar del 26 de enero de 2000, el tribunal rechazó la afirmación de Canadá de que el AMC se refería únicamente a productos y que, por tanto, no entraba en el ámbito de competencia del capítulo 11. En el segundo fallo provisional del 26 de junio de 2000, el tribunal examinó las cuestiones sustantivas de los requisitos de desempeño, la expropiación y la desestimación. En el tercer fallo en cuanto al fondo de la fase II, del 10 de abril de 2001, el tribunal se refirió a la norma de “trato justo y equitativo” que dispone el artículo 1105, así como a la de trato nacional, junto con otros asuntos derivados, como “circunstancias similares” que se mencionan en dicha cláusula.

El tribunal consideró que Canadá violó el artículo 1105 en relación con el procedimiento de verificación al que sujetó el gobierno canadiense a Pope & Talbot a raíz de la determinación de cuotas de exportación de maderas en implementación del Acuerdo respectivo con Estados Unidos. El tribunal consideró que la forma irregular y arbitraria en que se llevó a cabo el procedimiento en cuestión contrastó notablemente con la compleja y eficaz implementación general del AMC. Este último fue catalogado por el tribunal como un esfuerzo de cooperación regulatoria, mientras que al episodio de verificación le denominó como un “combate” entre la empresa y la agencia canadiense. Sobre esta base, el tribunal condenó a pagar daños a Canadá por el proceso de verificación.

El tribunal interpretó que el artículo 1105 estipula una norma distinta de la norma mínima que requiere el derecho internacional. Esto llevó a los ministros de Comercio que actúan en la Comisión de Libre Comercio a emitir una nota explicativa en la que declararon que: “Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y de ‘protección y seguridad plenas’ no implican un nivel de trato adicional o que exceda aquel que estipula la norma mínima de trato para extranjeros del derecho consuetudinario internacional”.<sup>190</sup> La nota también señalaba que “El hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que se haya infringido la fracción 1 del artículo 1105”.

En el segundo fallo, relativo a los asuntos sustantivos del caso, el tribunal invocó el texto de la fracción 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que con respecto a los requisitos de desempeño estipula: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”. A continuación, el tribunal determinó que aunque el AMC había reducido las exportaciones de Pope & Talbot a Estados Unidos, ello no constituía un “requisito” para instalar o de otra forma operar en Canadá una empresa de propiedad extranjera, como lo especifica la fracción 1 del artículo 1106 del TLCAN. Con respecto a la expropiación y a la queja del demandante de que la restricción a sus exportaciones constituía una “medida equiparable a una expropiación”, de acuerdo con los términos de la fracción 1 del artículo 1110, el tribunal resolvió que “equiparable a” sólo significaba “equivalente”, por lo que era imposible que algo que es equivalente

<sup>190</sup> Department of Foreign Affairs (2001).

a algo más trascienda o sea mayor que aquello a lo que supuestamente equivale. Por tanto, el tribunal se atuvo al sentido de expropiación que ofrece el derecho internacional, y con base en ello concluyó que el impacto del AMC sobre las actividades empresariales de Pope and Talbot no era suficiente para caracterizarlo como expropiación, de acuerdo con el derecho internacional.

### *C. S. D. Myers*

En 1990, Canadá emitió las Normas para la Exportación de Desechos de PCB, por las cuales se prohibió la exportación de PCB a todos los países, salvo a Estados Unidos. Las normas permiten exportar el PCB a Estados Unidos previa autorización de la Agencia para la Protección del Medio Ambiente (EPA por su nombre en inglés) de dicho país, que sólo se otorgaba a las instancias oficiales de Estados Unidos que operan en Canadá. En 1995, la EPA autorizó a S. D. Myers —empresa estadounidense dedicada al tratamiento de desechos de PCB, con una planta principal en Ohio y una subsidiaria en Ontario— para que exportara los desechos de PCB de Canadá y les diera tratamiento en Ohio, durante el periodo de noviembre de 1995 a diciembre de 1997. La autorización que la EPA otorgó a Myers fue revocada por el fallo de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, en julio de 1997. Dado que, al término de 1995, las normas estadounidenses dejarían de prohibir la importación de desechos de PCB de Canadá, el gobierno canadiense adoptó varias medidas, entre 1995 y 1997, para restringir la exportación de tales desechos a Estados Unidos.

Myers alegaba que a raíz de dichas medidas se habían cerrado las fronteras canadienses a sus exportaciones durante catorce meses, lo cual era violatorio de los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (NMF), 1105 (norma mínima de trato) y 1110 (expropiación). Asimismo, afirmaba que el propósito de esas medidas era apoyar a la única planta canadiense para el tratamiento de desechos de PCB, ubicada en Swan Hills, Alberta, planta que, además, estaba más lejos de Ontario y no podía brindar, por tanto, el servicio que ofrecía la planta de Ohio. El gobierno de Canadá sostenía, por su parte, que las medidas relativas al PCB eran normas ambientales que se habían tomado, *inter alia*, de conformidad con la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Dese-

chos Peligrosos y de su Tratamiento, del 22 de marzo, la cual podría requerirle que tratara sus desechos de PCB dentro de Canadá. Sin embargo, de acuerdo con el Acuerdo Transfronterizo entre Canadá y Estados Unidos, el primero está obligado a permitir la exportación de los desechos de PCB.

En el caso Myers se empalmaron de manera compleja una serie de asuntos y jurisdicciones. En su fallo, el tribunal determinó que Canadá había impuesto las medidas relativas al PCB con el fin de desarrollar en su país la capacidad a largo plazo para tratar los desechos peligrosos, propósito ostensiblemente conforme a la Convención de Basilea. Sin embargo, continuó el tribunal, el método usado para ello había sido aplicar una prohibición a la exportación discriminatoria, que no podía justificarse por criterios ambientales y cuyo primer efecto era proteger al competidor canadiense de la competencia extranjera. Por tanto, el tribunal determinó de manera unánime que las medidas relativas al PCB no eran acordes con la obligación de Canadá de brindar trato nacional, como lo estipula el artículo 1102 del TLCAN. Con respecto al artículo 1105, la mayoría del tribunal opinó que la discriminación por motivos de nacionalidad es indudablemente violatorio del derecho internacional y, por ende, del artículo 1105. La antes mencionada nota explicativa de la Comisión de Libre Comercio revocó posteriormente esta interpretación.

Myers alegó que, con respecto al artículo 1110, las medidas relativas al PCB constituían “medidas equiparables a la nacionalización o expropiación de... una inversión”. El tribunal convino en que el término “equiparable a” no daba a la definición de expropiación un sentido más amplio que el de los conceptos de “expropiación indirecta” o “expropiación soslayada”, ya contenidos en el derecho internacional sobre expropiaciones y aceptados por las partes del TLCAN. Sobre este punto, el fallo coincidió con el del caso Pope & Talbot, con lo cual al parecer se niega decididamente la idea de que el artículo 1110 haga que los gobiernos nacionales tengan frente a los inversionistas extranjeros más obligaciones que las que tienen frente a los inversionistas nacionales.

### 3. Demandas contra Estados Unidos

#### A. Mondev

Mondev International Ltd., una empresa con base en Montreal, celebró un contrato con la ciudad de Boston y la Boston Redevelopment Authority, una agencia gubernamental encargada de rescatar y desarrollar sectores descuidados de la ciudad, para construir y promocionar un centro comercial. El contrato incluía una opción de compra de un estacionamiento adyacente propiedad de la ciudad de Boston, sujeta a la decisión de la ciudad de cerrar el estacionamiento. Ese espacio iba a ser utilizado por Mondev para expandir el centro comercial. La ciudad efectivamente cerró el estacionamiento, pero no pudo llegar a un acuerdo con Mondev para su venta antes de que se cumplieran los plazos establecidos en el contrato. Todos estos hechos sucedieron antes de la entrada en vigor del TLCAN.

La empresa canadiense demandó el cumplimiento de la opción de compra ante los tribunales estadounidenses y recibió una decisión favorable en primera instancia en octubre de 1994. La decisión condenó a la ciudad y a la Boston Redevelopment Authority al pago de daños por aproximadamente 16 millones de dólares. La ciudad y la agencia apelaron la decisión y ganaron en parte sobre la base de una ley estatal que impide sujetar a responsabilidad civil (*torts*) a la Boston Redevelopment Authority. La Suprema Corte de los Estados Unidos negó la solicitud de revisar la decisión en proceso de *certiorari*.<sup>191</sup>

Mondev presentó su notificación de arbitraje el 1 de septiembre de 1999. La empresa decidió llevar el arbitraje bajo el mecanismo complementario del CIADI. El tribunal arbitral emitió por unanimidad el laudo final el 11 de octubre del 2002.

En su decisión, el tribunal arbitral resolvió sobre la base de objeciones presentadas por los Estados Unidos, que únicamente tenía competencia para conocer de las reclamaciones que versaran sobre la actuación de los tribunales de los Estados Unidos. Éstas eran las únicas medidas en litigio llevadas a cabo durante la vigencia del TLCAN. El laudo sostuvo que el procedimiento judicial de los Estados Unidos y sus decisiones no constituían una denegación de justicia bajo el derecho internacional, y por lo

<sup>191</sup> Scoffield, Heather (1999).

tanto cumplieran con el estándar mínimo de trato establecido en el artículo 1105 del TLCAN. En una parte central del caso, el tribunal arbitral sostuvo que si bien la inmunidad otorgada por la ley estatal a BRA pudiera parecer un poco excesiva comparada con el desarrollo actual de estas inmunidades a nivel internacional, nada en el derecho internacional podría servir de base para atribuir responsabilidad al Estado porque sus tribunales aplicarían una legislación motivada racionalmente y existente con mucha anterioridad a la negociación y firma del TLCAN. Adicionalmente, nada en el proceso judicial en cuestión o en sus decisiones evidenciaba que hubieran sido producto de arbitrariedad o discriminación. Los tribunales bajo el TLCAN no se pueden constituir de ninguna forma en tribunales de apelación de decisiones de los tribunales nacionales, que a los ojos de inversionistas pudieran ser inadecuados o erróneos.

#### B. ADF

El grupo empresarial candiense ADF inició este arbitraje a consecuencia de un proyecto para construir ciertas autopistas en la llamada Interconexión Springfield. A principios de 1999, una empresa estadounidense, Shirley Contracting Corporation, celebró un contrato con el Departamento de Transporte del estado de Virginia para llevar a cabo las autopistas mencionadas y a su vez subcontrató al Grupo ADF para que se encargara de los requerimientos estructurales de acero del proyecto. Toda vez que el contrato iba a ser financiado en parte por fondos del gobierno federal, el contrato contenía una cláusula (*buy American*) para asegurar que todos los productos adquiridos en relación con el proyecto fuesen de origen estadounidense. La agencia federal que supervisaba el proyecto resolvió que la fabricación de las estructuras de acero en Canadá por ADF, no obstante que el acero fuese de origen estadounidense, no cumplía con los requisitos de la cláusula de *buy American*. ADF tuvo entonces que subcontratar la fabricación de las estructuras con empresas estadounidenses.

ADF sometió su notificación de arbitraje el 21 de julio del 2000 bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. ADF solicitó compensación por 90 millones de dólares.<sup>192</sup> El laudo del tribunal arbitral

<sup>192</sup> Notice of Arbitration ADF Group Inc. v. The Government of the United States of America (July 19, 2000).

fue emitido el 6 de enero del 2003. El tribunal arbitral desechó la reclamación en su totalidad.

ADF argumentó que la negativa de la agencia estatal a aceptar la fabricación del acero de origen estadounidense por ADF en Canadá violaba los artículos 1102, 1103 y 1105 del TLCAN. ADF también sostuvo que la cláusula de *buy American* constituía un requisito de desempeño inconsistente con la obligación adoptada por Estados Unidos en el artículo 1106 del TLCAN.

En su decisión, el tribunal arbitral sostuvo que por operación de la excepción del artículo 1108, los artículos 1102, 1103 y 1106 del TLCAN no eran aplicables al proceso de adquisición realizada por el estado de Virginia para el proyecto de la Interconexión Springfield. Para llegar a esta determinación resolvió que era el estado de Virginia y no el gobierno federal el que llevó a cabo la adquisición y rechazó el argumento del reclamante en el sentido de que el estado de Virginia había sido forzado a aplicar la cláusula *buy American* por el gobierno federal. El tribunal también rechazó la reclamación conforme al artículo 1105, al resolver que el reclamante no había probado su argumento. La decisión señaló que bajo el TLCAN las compras gubernamentales estatales y locales no sólo caen bajo la excepción del artículo 1108, sino también bajo la excepción general del capítulo especial de compras gubernamentales, en tanto los países no adopten listas específicas sobre este nivel de gobierno. Por lo tanto, el reclamante tenía la carga de probar que no obstante actuar conforme a su propio derecho y a las obligaciones bajo el TLCAN, las medidas bajo disputa del estado de Virginia daban lugar a la responsabilidad de los Estados Unidos por trato debajo del nivel mínimo de trato del derecho internacional. El reclamante había sido incapaz de demostrar tal afirmación.

### C. *Loewen*

Éste es uno de los casos más interesantes y complejos al involucrar en forma detallada la actuación de la rama judicial de uno de los Estados parte. En realidad, es uno de los pocos casos recientes reportados en el que se eleva al plano internacional la actuación de órganos de impartición de justicia locales. Si bien *Mondev* también involucró una reclamación de denegación de justicia, ahí se concentró la reclamación no sobre el proceso ju-

dicial en sí, sino sobre la aplicación de una ley específica por los tribunales estadounidenses. En Loewen, sin embargo, el centro de atención fue la conducción del proceso y lo sucedido frente al jurado.

La empresa Loewen constituía uno de los negocios más fuertes en América del Norte en la industria de los servicios funerales. La casa matriz de la empresa se encontraba en Vancouver, Canadá, y el socio principal, Raymond L. Loewen, es un nacional de ese país. El grupo Loewen llevaba a cabo a principios de los noventa una estrategia de expansión y posicionamiento en la industria funeraria de los Estados Unidos, y particularmente importante para el caso, en el estado de Mississippi.

El conflicto que originó el procedimiento judicial local materia del arbitraje internacional inició cuando el grupo Loewen adquirió la empresa funeraria de Wright & Ferguson, la más grande en el área metropolitana de Jackson. Loewen empezó a vender seguros a través de esta empresa local no obstante que la misma tenía un convenio de exclusividad con otra empresa local propiedad del señor O Keefe. Esto llevó al grupo de O Keefe a iniciar una demanda judicial por incumplimiento de contrato. Loewen y O Keefe llegaron a un arreglo extrajudicial a través del cual O Keefe aceptaba retirar la demanda a cambio de la celebración de tres contratos entre Loewen y O Keefe valuados aproximadamente en 980,000 dólares y el intercambio de dos casas funerarias de O Keefe con un valor aproximado de 2.5 millones de dólares por una de Loewen con un valor aproximado de 4 millones de dólares.

Sin embargo, el arreglo no pudo materializarse rápidamente porque los hermanos Reimann, con quien Loewen se había asociado originalmente en el estado de Mississippi, se opusieron al acuerdo. Esto llevó a O Keefe, quien entonces se encontraba bajo presiones económicas, a iniciar una demanda contra el grupo Loewen ante los tribunales locales de Mississippi por incumplimiento del acuerdo extrajudicial, fraude y violaciones a las leyes de competencia locales.

El juicio estuvo plagado de referencias por parte de los abogados de O Keefe a la nacionalidad canadiense del grupo Loewen y a la existencia de vínculos asiáticos en comparación con el carácter local de O Keefe y a su servicio militar por Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial en "combatir a los japoneses". También jugaron fuertemente con la carta racial para implicar que Loewen rehusaría dar servicio a la comunidad afroamericana, y que lo único que buscaba era monopolizar los servicios funerarios para luego elevar los precios. Asimismo, presentaron el caso

como el de una gran empresa extranjera tratando de abusar del empresario pequeño local comprometido con su comunidad. Es importante señalar que ocho de los doce miembros del jurado eran afroamericanos, así como el juez y los abogados de ambas partes. El veredicto final fue en contra de Loewen. El jurado condenó a la empresa al pago de 100 millones de dólares por concepto de daños ordinarios y 400 millones de dólares por daños punitivos en la condena de daños más alta en la historia emitida en un juicio en Mississippi.

Loewen solicitó una declaración de “mistrial” y solicitó un nuevo juicio, pero este intento fue desechado por el mismo juez Graves, que presidió el caso. Loewen inició una apelación ante los tribunales superiores, pero nunca logró reunir la fianza requerida de 650 millones de dólares. Su solicitud de reducción del monto de la fianza fue denegada. Poco después el grupo Loewen llegó a un arreglo extrajudicial con O Keefe e inició el procedimiento de quiebra bajo la ley estadounidense.

El arbitraje inició el 30 de octubre de 1998, cuando fue presentada la notificación por parte de Loewen. El laudo fue emitido el 26 de junio del 2003, después de diversos escritos en relación con competencia y méritos en la controversia y la audiencia principal. El arbitraje fue instituido bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.

La reclamación del grupo Loewen ante el tribunal arbitral consistió principalmente en que el juicio y la negativa a la reducción de la fianza para apelar constituyeron un trato discriminatorio conforme al artículo 1102 y por debajo del nivel mínimo de trato del derecho internacional conforme al artículo 1105. Adicionalmente, Loewen argumentó violaciones al artículo 1110 del TLCAN.

Los Estados Unidos trataron de demostrar que la decisión del tribunal local, así como el tono y carácter del juicio, habían sido resultado de una mala estrategia legal de Loewen y no del prejuicio, favoritismo o parcialidad del jurado y del juez locales. Adicionalmente, argumentaron que aun cuando no hubiera sido así, la decisión del tribunal local no constituía una decisión final, y que por lo tanto los Estados Unidos no podían ser responsables de denegación de justicia conforme al derecho internacional. Ya avanzado el procedimiento arbitral, los Estados Unidos introdujeron una objeción a la jurisdicción del tribunal debido a que el grupo Loewen, como parte de su reestructuración en el procedimiento de quiebra, había transferido sus derechos en el procedimiento arbitral a una empresa de nacionalidad estadounidense.

En su laudo, el tribunal arbitral falló a favor de la objeción de jurisdicción presentada por los Estados Unidos. Así, desechó por completo la reclamación del grupo Loewen sobre la base de la transferencia de los derechos derivados de la reclamación a una empresa estadounidense y la reclamación de Raymond Loewen por su incapacidad de demostrar que controlaba al grupo Loewen desde el inicio de la reclamación y hasta su reestructuración en el procedimiento de quiebra.

No obstante la decisión, el tribunal arbitral también incluyó en el laudo su análisis de las reclamaciones sustantivas del caso, toda vez que explicó que cuando la última objeción a su competencia fue realizada ya tenía prácticamente completa la decisión en los méritos de la controversia. Ésta es tal vez la parte más interesante del laudo en sus aspectos legales. Sin entrar a los detalles técnicos jurídicos, el tribunal resolvió que el procedimiento judicial al que Loewen fue sujeto no cumplió con los requisitos mínimos que demanda el derecho consuetudinario internacional en cuanto al debido proceso y la impartición de justicia a extranjeros por tribunales locales. Después de realizar un análisis detallado de lo que sucedió en el juicio local, el tribunal arbitral concluyó que el juez había fallado en su deber de asegurar un juicio justo para Loewen y que había rechazado en diversos momentos procesales posibilidades importantes para aclararle al jurado que debían actuar con imparcialidad independientemente de la nacionalidad de Loewen o las referencias a cuestiones raciales. La evidencia más clara de parcialidad para el tribunal arbitral constituyó la decisión final de daños de 500 millones de dólares en una disputa comercial sobre la base de un contrato con valor menor al millón de dólares e intercambio de propiedades con valor aproximado de 5 millones de dólares. Únicamente el análisis desglosado de los daños ordinarios por 100 millones de dólares no tiene sustento alguno en los posibles daños económicos o morales posibles ocasionados a O Keefe, y 400 millones de dólares en daños punitivos sólo podría ser explicable en la opinión del tribunal por la predominante caracterización del caso por el demandante con base en cuestiones de nacionalidad, raza y clase en contra de Loewen y a las señales equivocadas o falta de instrucción en perjuicio de un juicio justo realizadas y permitidas por el juez Graves. Sin embargo, no obstante que en opinión del tribunal arbitral el señor Loewen no recibió un juicio justo conforme al derecho internacional, era necesario que intentara los recursos ordinarios disponibles de apelación para poder atribuir al Estado responsabilidad internacional por denegación de justicia. En la opinión del tri-

bunal arbitral, los recursos existían, no había evidencia de que pudieran no ser eficaces, y Loewen había tomado la decisión estratégica de llegar a un acuerdo extrajudicial e iniciar un procedimiento de quiebra en vez de los recursos de apelación.

#### *4. El funcionamiento del capítulo 11*

Como mencionamos antes, durante los diez años de experiencia con el capítulo 11 del TLCAN se han presentado veintitrés demandas, de las cuales, hasta la fecha, se han concluido nueve con un fallo arbitral, y otro caso contra Canadá fue resuelto por convenio fuera del arbitraje entre el gobierno canadiense y un inversionista estadounidense. En dos casos recientes, uno contra los Estados Unidos y otro contra el Canadá, los tribunales arbitrales respectivos han rechazado la reclamación como fue presentada dándole oportunidad al inversionista para replantearla. En otros tres casos el inversionista no ha proseguido con la reclamación o se ha desistido. El resto constituyen casos pendientes (véase el cuadro 1).

De los nueve casos en los que se ha emitido un laudo arbitral, cinco han sido en contra del inversionista reclamante y cuatro a favor de éste. Si consideramos el caso Ethyl, en el que el gobierno canadiense aceptó revocar la medida en conflicto y pagar una suma de dinero a la empresa, la relación de casos concluidos a favor y en contra de los inversionistas reclamantes es uno a uno. Sin embargo, una mirada más cuidadosa a los casos fallados a favor de los inversionista(s) reclamantes revela que en la mayoría de los casos los tribunales arbitrales rechazaron aspectos sustantivos importantes de las reclamaciones (S. D. Myers, Pope & Talbot y Feldman).

¿Qué tipo de reclamaciones se han presentado? En todas las reclamaciones resueltas ante tribunales arbitrales los demandantes han alegado invariablemente violaciones a las disposiciones sobre expropiación del artículo 1110 y de nivel mínimo de trato conforme al artículo 1105. Después de éstas, las disposiciones invocadas más frecuentemente han sido la de trato nacional (1102), nación más favorecida (1103), y requisitos de desempeño (1106). Es interesante observar que el único caso hasta la fecha en el que un tribunal arbitral ha resuelto que una medida gubernamental en cuestión ha constituido un acto equivalente a la expropiación ha sido el de Metalclad, y en ese caso una de las dos razones esgrimidas para sustentar esa conclusión fue anulada posteriormente.

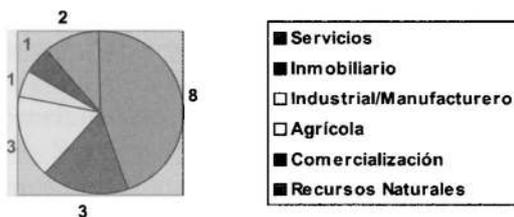
En cuanto a daños reclamados, éstos han variado desde la cantidad de 970 millones de dólares en el caso Methanex hasta 16 millones de dólares en el caso Mondev. El monto de daños otorgados por tribunales ha variado de un máximo de 16.7 millones de dólares en el caso Metalclad hasta 461 mil dólares en el caso Pope & Talbot. En ningún caso el monto de daños otorgados ha superado el 20% de los daños solicitados por el inversionista demandante. Las demandas más voluminosas en cuanto a daños reclamados se han entablado contra los Estados Unidos, pero ninguna ha resultado favorable para los demandantes.

TABLA DE DAÑOS

<i>Casos Canadá</i>	<i>Notificación</i>	<i>Decisión</i>	<i>%</i>
Ethyl	201	13	6.4
Pope & Talbolt	505	0.461	—1
S. D. Myers	20	4.4	22
UPS	160	P	—
<i>Total Canadá</i>	886	17.861	
<i>Casos México</i>			
Azinian	20	0	0
Waste Management	60	0	03
Metalclad	120	16.7	13
Feldman	50	1	2
<i>Totales de México</i>	250	17.7	
<i>Casos Estados Unidos</i>			
Loewen	600	0	
Mondev	16	0	
Methanex	970	P	
ADF	90	0	
<i>Total USA</i>	1676		

De los casos que han progresado a la etapa de arbitraje, la mayoría se relaciona con inversiones en el sector de servicios. De los ocho casos del sector servicios, cinco han versado sobre inversiones relacionadas con servicios de recolección y almacenamiento de residuos. Es decir, cerca del 30% de las controversias que han avanzado al arbitraje bajo el capítulo XI se han derivado de inversiones en el negocio de la basura. Todas, menos una de ellas, han sido inversiones realizadas en México. Otros sectores involucrados en controversias que han avanzado al arbitraje son el de explotación de recursos naturales, el sector agrícola, el industrial químico, el de desarrollo inmobiliario, el de comercialización y el de la construcción.

### SECTORES INVOLUCRADOS EN CONTROVERSIAS



Del análisis de los casos también se puede observar que trece de los dieciocho casos que han avanzado al arbitraje han involucrado reclamaciones contra medidas de los gobiernos federales de las partes del TLCAN. De estos trece sólo en dos casos los inversionistas han atacado también medidas de los gobiernos locales. Únicamente seis casos de los dieciocho han involucrado disputas contra medidas tomadas por gobiernos locales, y en particular únicamente México ha sido llevado al arbitraje por medidas tomadas por sus gobiernos municipales. También es interesante notar que todos los casos contra Canadá que han llegado al

arbitraje se entablaron contra medidas tomadas por el gobierno federal de ese país.

El tipo de intereses o políticas públicas involucradas en esos casos ha sido diverso. El cuadro siguiente muestra una tipología general resultado del análisis de los casos. El tipo más recurrente es el de interés o política en materia ambiental y de salud pública, dentro del cual se encuadran los casos sobre inversiones en servicios de almacenamiento y recolección de residuos sólidos y peligrosos. Debe observarse que de los casos concluidos relacionados con intereses y políticas públicas en materia ambiental sólo en dos de ellos, Metalclad y S. D. Myers, han concluido con una decisión por lo menos en parte favorable para el inversionista. También es interesante observar que en dos de los cinco casos iniciados contra Estados Unidos se cuestionó si la actuación de ciertos de sus tribunales satisfacía los estándares mínimos de justicia bajo el derecho internacional. Si bien los dos se resolvieron en contra del demandante, en uno de ellos, Loewen, el tribunal se pronunció fuertemente en contra de la actuación de los órganos de justicia local involucrados.

El cuadro siguiente también muestra el mecanismo elegido por el inversionista. Dado que ni Canadá ni México son partes de la Convención del CIADI, los inversionistas únicamente pueden elegir entre el Mecanismo Complementario del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CNUDMI. Prácticamente la mitad del total de los arbitrajes se han llevado ante un mecanismo, y la otra mitad ante el otro. Es interesante observar que todos los casos contra Canadá se han llevado bajo las reglas del CNUDMI.

<i>Caso</i>	<i>Nivel</i>	<i>Mecanismo</i>	<i>Sector</i>	<i>Interés</i>
<i>Canadá</i>				
Ethyl	F	CNDMI	Industria-químico-aditivos	Ambiental, salud, política industrial
Pope & Talbott	F	CNDMI	Recursos naturales-maderas	Comercio internacional-política exterior
S. D. Myers	F	CNDMI	Servicios-residuos peligrosos	Ambiental, salud
UPS	F	CNDMI	Servicios-mensajería y paquetería	Servicio postal y competencia
<i>México</i>				
Azinian <i>et al.</i>	M	Mec. CIADI	Servicio-residuos sólidos	Ambiental, salud
Waste Management I	F. M	Mec. CIADI	Servicio-residuos sólidos	Ambiental, salud, recursos municipales
Metalclad	F. E. M.	Mec. CIADI	Servicio-residuos peligrosos	Ambiental, salud
Feldman	F	Mec. CIADI	Comercio-exportación cigarros	Política fiscal
Fireman's Fund	F	Mec. CIADI	Servicios-seguros	Regulación seguros
Waste Management II		Mec. CIADI	Servicios-residuos sólidos	Ambiental, salud

<i>Caso</i>	<i>Nivel</i>	<i>Mecanismo</i>	<i>Sector</i>	<i>Interés</i>
GAMI Invest. Inc.	F	CNDMI	Agrícola-azúcar	Política industrial, comercial y agrícola
Robert J. Frank	F	CNDMI	Propiedad privada	Propiedad privada
Thunderbird Gaming	F	CNDMI	Servicios-juegos	Regulación de juegos
<i>Estados Unidos</i>				
Loewen Group	E	Mec. CIADI	Servicios funerarios	Sistema judicial
Mondev Int	E	Mec. CIADI	Desarrollo inmobiliario	Sistema judicial y legal
Methanex	E	CNDMI	Industria-aditivos aceites	Ambiental, salud
ADF	F	Mec. CIADI	Construcción-infraestructura acero	Apoyos federales a proyectos locales
Canfor Corp.	F	CNDMI	Recursos naturales-madera	Prácticas desleales de comercio internacional
Kenex Ltd.	F	CNDMI	Productos derivados de <i>canabis</i>	Ambiental, salud

De los diez arbitrajes concluidos, el más prolongado ha sido el caso Loewen, que se demoró casi cinco años desde la presentación de la notificación de arbitraje hasta el laudo final, y el más breve fue el primero de Waste Management, que tomó 1.6 años. Vemos, entonces, que la duración promedio hasta junio del 2003 de los arbitrajes concluidos bajo el TLCAN es de 3.1 años,<sup>193</sup> duración que constituye un periodo razonablemente eficiente, considerando la complejidad de los casos, e incluso si se le compara con el tiempo que puede llevar un litigio en cualquiera de los tres países partes del TLCAN.

### DURACIÓN DE ARBITRAJES

	<i>Notificación</i>	<i>Laudos-daños</i>	<i>Días</i>	<i>Años</i>
Loewen	30-oct-98	26-jun-03	1,676	4.59
S. D. Myers	30-oct-98	21-oct-02	1,452	3.98
Metalclad	02-ene-97	30-ago-00	1,336	3.66
Feldman	30-abr-99	16-dic-02	1,306	3.58
Pope & Talbot	25-mar-99	31-may-02	1,163	3.19
Mondev	01-sep-99	11-oct-02	1,120	3.07
Azinian	17-mar-97	01-nov-99	959	2.63
ADF	19-jul-00	09-ene-03	890	2.44
Ethyl	10-sep-96	24-jun-98	644	1.76
Waste Management	29-sep-98	02-jun-00	612	1.68
<i>Promedio</i>			<i>1,115.8</i>	<i>3.1</i>

¿Quiénes han sido los árbitros y cómo se han constituido sus decisiones? Del análisis de la composición de los tribunales arbitrales se desprende que claramente en los casos contra Canadá y contra Estados Unidos hay una preponderancia casi absoluta de árbitros provenientes de sistemas legales de la tradición anglosajona, mientras en los casos contra México hay un cierto balance con ligera preponderancia de árbitros pro-

<sup>193</sup> No se toman en cuenta los casos pendientes.

venientes de sistemas de la tradición civilista. Esto en principio no es sorprendente, porque hay que recordar que todos los arbitrajes concluidos contra Canadá y los Estados Unidos han sido a raíz de demandas de inversionistas de Estados Unidos y Canadá, correspondientemente. De hecho no ha habido ningún caso iniciado por inversionistas mexicanos, y únicamente uno recientemente presentado por un inversionista canadiense contra México. Todos los arbitrajes iniciados contra México han sido por inversionistas estadounidenses. Aunque la muestra es pequeña, es interesante observar que con la excepción de Feldman, los casos contra México en los que ha habido preponderancia de árbitros provenientes del sistema civilista han sido resueltos a favor de ese país. Feldman es uno de los dos únicos casos en los que la decisión no ha sido unánime, toda vez que el árbitro mexicano emitió una opinión disidente. El otro caso de una opinión disidente también ha sido contra México, y se trata del primer caso de Waste Management.

Dada la naturaleza de las demandas, no deberían sorprendernos los álgidos debates que se han generado en sectores importantes de los tres países en torno a aspectos importantes del funcionamiento del capítulo o con respecto a la intención de los gobiernos de establecer el sistema de resolución de disputas entre inversionistas y Estados, habiendo incluso quienes afirman que diversos puntos relevantes de dicho capítulo tendrían que renegociarse o modificarse. Por ejemplo, en una nota publicada por el *New York Times* en el 2001 se caracterizaba al mecanismo de la siguiente manera:

Sus reuniones son secretas. Sus miembros son generalmente desconocidos. Las decisiones que toman no requieren necesariamente ser dadas a conocer. Sin embargo, la forma en que un reducido número de tribunales internacionales manejan disputas entre inversionistas y gobiernos extranjeros ha resultado en leyes nacionales revocadas, sistemas de justicia cuestionados, y regulaciones ambientales amenazadas. Y todo en nombre de proteger los derechos de inversionistas extranjeros bajo el Tratado de Libre Comercio para América del Norte.<sup>194</sup>

En nuestra opinión, el análisis del funcionamiento del mecanismo realizado no sustenta las principales críticas que se han hecho en contra del capítulo 11 del TLCAN. Ello no significa que no haya asuntos que deban

<sup>194</sup> De Palma, Anthony (2001).

examinarse a la luz de estos diez años de experiencia.<sup>195</sup> No obstante, ninguno de estos asuntos se refieren a la premisa central del capítulo 11, a saber: que los inversionistas extranjeros de los países miembros del TLCAN pueden impugnar y exigir una indemnización cuando consideren que el gobierno en el que realizan una inversión faltó a sus obligaciones internacionales, sin necesidad de recurrir a sus propios gobiernos nacionales para su defensa. En balance consideramos que después de un inicio difícil, el mecanismo se va consolidando como el recurso para lo que fue diseñado: un recurso extraordinario de debido proceso bajo el derecho internacional que a través de una creciente jurisprudencia tiende hacia un apropiado balance entre la observancia de las obligaciones acordadas en materia de trato a los inversionistas y sus inversiones y el legítimo ejercicio de la actividad gubernamental. A continuación señalamos algunas de las principales críticas que se han realizado en contra del mecanismo y nuestras respuestas a la luz del análisis hecho en este capítulo.

#### *5. Asuntos que han surgido a raíz de las demandas entabladas al amparo del capítulo 11*

##### *A. Los daños económicos involucrados en las reclamaciones son demasiado altos*

Algunos críticos han expresado su preocupación ante los fuertes intereses involucrados en los casos del capítulo 11, debido a las elevadas sumas que representan las indemnizaciones, que en total ascienden a más de tres mil millones de dólares.

Sin embargo, no olvidemos, antes que nada, que sólo en tres de los cuatro fallos a favor del inversionista demandante se fijó el importe de la indemnización. El tribunal de arbitraje del caso Metalclad otorgó al de-

<sup>195</sup> De hecho, en un dictamen reciente de los tres gobiernos se reconoció esta necesidad de revisar el capítulo. En su fallo del 31 de julio de 2001, los ministros aclararon y corroboraron su compromiso de aplicar las disposiciones del capítulo 11 de la manera más transparente posible, poniendo a disposición pública todos los documentos presentados en relación con los casos, y sujetos tan sólo a los requisitos normales de confidencialidad empresarial. También afirmaron que las estipulaciones del artículo 1105 se limitan a aquellas que prescribe el derecho consuetudinario internacional. El fallo tiene un carácter obligatorio para los futuros arbitrajes.

mandante una indemnización de 16.7 millones de dólares, incluidos los intereses, cantidad que equivale a 13% del importe que demandaba Metalclad.<sup>196</sup> Pero incluso en este caso la decisión de la Corte Superior de Columbia Británica revocó parcialmente la sentencia, con lo que el importe a pagar por los daños disminuyó ligeramente. En el caso de CEMSA, el tribunal concedió al demandante 1.7 millones de dólares americanos por concepto de daños e intereses. Esta cantidad constituye el 17% de la cantidad reclamada por CEMSA. En el tercer caso, el de Pope y Talbot, el tribunal concedió al demandante la cantidad de medio millón de dólares, la cual constituye el mero 0.5% de la cantidad reclamada original. En el cuarto caso, el de S. D. Myers, el monto de daños asignados corresponde al 22% de lo reclamado originalmente por el inversionista. El gobierno canadiense ha promovido ante los tribunales de su país la anulación del fallo.<sup>197</sup>

Uno de los 23 casos se resolvió durante el proceso, pero sin intervención del tribunal arbitral. Se trata del caso de Ethyl Corporation, en el que Canadá aceptó pagar a la empresa alrededor de trece millones de dólares como indemnización y derogar la prohibición del comercio del MMT entre las provincias, además de ofrecer una disculpa pública.<sup>198</sup> El importe así pactado representó 6.4% de la suma que Ethyl demandaba originalmente. Por otra parte, dos de los 23 casos se resolvieron por retiro de la demanda del inversionista, uno de los cuales se dio como consecuencia del fallo de Pope and Talbot. Otro de los 23 casos ha estado inactivo durante mucho tiempo (*Sunbelt Water vs. Canadá*), y no es claro que pueda considerarse como una demanda sometida ante el tribunal arbitral.

Es cierto que el total de las sumas demandadas en estos casos asciende a más de tres mil quinientos millones de dólares, pero incluso si la mitad de los casos se resolvieran a favor de los demandantes y las sumas otorgadas representaran más o menos 20% de las indemnizaciones demandadas, estaríamos hablando de alrededor de 700 millones de dólares. Esta cantidad no equivale siquiera a 0.5% del monto total estimado de inversión extranjera que ha llegado únicamente a México desde la entrada en vigor del TLCAN. El gobierno mexicano estima que en marzo de 2000 los inversionistas estadounidenses y canadienses tenían participaciones en

<sup>196</sup> Véase el caso *Metalclad*, *supra*.

<sup>197</sup> *Supra*.

<sup>198</sup> *Supra*.

cuando menos 12,557 empresas en México. De entre todas esas empresas, un grupo muy reducido (menor a diez) han sido las que han entablado demandas contra México ante un tribunal de arbitraje del TLCAN en materia de inversión.

*B. El capítulo 11 coarta la capacidad del gobierno para adoptar políticas sociales y en particular de protección al medio ambiente, lo cual es contrario a presupuestos fundamentales de gobernabilidad democrática*

Los grupos ambientalistas de los tres países miembros del TLCAN han referido varios casos relativos al capítulo 11 —los casos MMT, Metalclad, S. D. Myers, Waste Management, Azinian y Sun Belt— para demostrar la forma en que los inversionistas extranjeros pueden infringir las “regulaciones ambientales” mediante el mecanismo de resolución de disputas de dicho capítulo. Asimismo, han expresado su preocupación de que las corporaciones multinacionales vean al capítulo 11 como un vehículo para “acabar con una legislación que no pudieron detener por medio de las vías tradicionales”.<sup>199</sup> Con todo respeto, disentimos de esa opinión. Primero, una mirada más cuidadosa de los casos muestra que éstos han concernido a temas ambientales únicamente de manera indirecta, tratándose más bien de asuntos relacionados con la discriminación, para cuya solución fueron elaborados los acuerdos sobre comercio e inversión. El caso que se refirió más directamente a la regulación ambiental es el de Methanex, el cual enfrenta serios problemas para el demandante, toda vez que el tribunal arbitral determinó que la reclamación como fue presentada originalmente no identificaba una medida que estuviera bajo el alcance del ámbito material establecido por el artículo 1101 del TLCAN. Sin embargo, la reclamación fue reformulada, y habrá que seguir de cerca su resolución. En el caso de Metalclad, se condenó a México en parte por considerar que una negativa de permiso municipal de construcción no podía haber estado fundada en razones ambientales. Sin bien la decisión en ese

<sup>199</sup> Véase Hart, Michael M. y Dymond, William A., *op. cit.*, p. 19. De hecho, en noviembre de 1998, el Sierra Club, el Consejo de Canadienses, Greenpeace Canadá y el Congreso del Trabajo canadiense pidieron a los gobiernos del TLCAN que suspendieran el caso S. D. Myers hasta que “se elabore un proceso adecuado” que permita manejar los casos del capítulo 11 relacionados con el medio ambiente.

aspecto fue posteriormente anulada en el proceso correspondiente, sobrevivió en cuanto a la determinación de que una declaratoria de reserva ecológica estatal promulgada días antes de la salida del gobernador en turno constituyó una medida equivalente a la expropiación. El caso de S. D. Myers está sujeto a revisión en un procedimiento de nulidad llevado por Canadá. Por lo tanto, también hay que esperar en ese caso en qué forma se resuelve el procedimiento. Sun Belt es un caso prácticamente abandonado, Azinian se resolvió a favor de México y Waste Management está pendiente.

Sin embargo, más allá de la resolución específica de estos casos, un argumento que pocas veces se ha mencionado en esta discusión es el efecto de despresurización política que genera un mecanismo orientado por reglas en las relaciones diplomáticas económicas bilaterales. El caso de México y los Estados Unidos es especialmente ejemplificativo porque representa la relación económica y política más desigual dentro de la esfera del TLCAN. La tesis de ciertos críticos es que este tipo de arbitrajes coarta en forma poco democrática la capacidad de los gobiernos de tomar medidas en el interés social, toda vez que pueden ser sujetos del pago de daños bajo estos mecanismos de resolución de disputas. Sin embargo, la ausencia de un capítulo 11 no significa que, por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos, sus inversionistas dejen de recurrir a la presión diplomática política que pueda ejercer su gobierno contra medidas que afecten sustancialmente sus intereses. De hecho, la historia muestra que los Estados Unidos intervienen activamente en el auxilio de los intereses económicos de sus inversionistas muchas veces con efectos negativos no sólo sobre las medidas específicas, sino sobre sistemas políticos. Una lectura cuidadosa de la evidencia presentada en los casos Metalclad y Azinian muestra la presión importante ejercida por la embajada de los Estados Unidos sobre el gobierno mexicano a distintos niveles para resolver los conflictos antes del inicio de los arbitrajes. Si bien el siguiente argumento requiere de generar mayor información empírica al respecto, se puede sostener que el mecanismo establecido bajo el capítulo 11, especialmente por ser uno sólidamente orientado por reglas, facilita la resolución de estos conflictos en forma más consistente con los principios de debido proceso en el contexto internacional, al equilibrar, mediante un tribunal de derecho, una relación desigual en el plano político y económico internacional. Finalmente, en el caso de la presión diplomática política, el Estado que la sufre debe escoger entre el costo de afectar la relación bilateral

general o modificar la medida en cierta forma. En el caso del capítulo 11, el Estado es condenado a pagar daños, y no a modificar la medida, pudiendo resultar la defensa de su medida exitosa ante el tribunal, como ha sucedido en la mitad de los casos. Además, la evidencia muestra que los tribunales bajo el capítulo 11 han sido mucho más modestos en la determinación de los daños que lo que han pretendido conseguir los inversionistas demandantes.

### C. *El carácter secreto de los procedimientos arbitrales*

Por otra parte, varios grupos han criticado el procedimiento de resolución de disputas en materia de inversión del TLCAN en virtud del modo secreto y poco transparente con el que, en su opinión, se han manejado hasta ahora los casos.<sup>200</sup> Esta crítica significa que los tribunales de arbitraje del TLCAN pueden decidir a puerta cerrada, sin la participación, escrutinio o críticas de la opinión pública. Sin embargo, en ninguna parte del diseño institucional del sistema de arbitraje en materia de inversión del TLCAN está previsto que así sea. A dos tribunales les ha tocado ya examinar el tema de la confidencialidad. El tribunal del caso Metlaclad determinó que no había nada ni en el TLCAN ni en las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que impidiera a las partes en disputa litigar de manera pública el caso o proveer información, de acuerdo con la legislación de cada parte del TLCAN. Como lo señaló el tribunal, la única restricción atañía a la publicación de las minutas de los procesos del tribunal. Este requisito mínimo y razonable pretende brindar un clima apropiado para la conducción del arbitraje. El tribunal del caso Methanex aceptó y ratificó dicho fallo, yendo más lejos, al añadir que las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, de acuerdo con las cuales se conduce el arbitraje, permiten la posibilidad de que el tribunal evalúe la admisibilidad de contribuciones *amicus curiae* por terceros,<sup>201</sup> entre ellas las organizaciones no gubernamentales, si el tribunal considera que éstas pueden ayudar a resolver la disputa.

Por otra parte, es importante reconocer que las críticas relativas a la falta de transparencia efectivamente produjeron una reacción de parte de los gobiernos miembros del TLCAN, los cuales, como mencionamos antes, deci-

<sup>200</sup> Véase nota periodística *cit.* por De Palma, Anthony, nota 194.

<sup>201</sup> Es decir, declaraciones de hechos de terceras partes que tienen algún interés en el resultado del arbitraje, como serían las ONG.

dieron emitir una nota explicativa, en la que se abordaba directamente esa cuestión. De acuerdo con la nota firmada por los tres ministros, no existe disposición alguna en el TLCAN que impida a los signatarios poner a disposición del público los documentos relacionados con las disputas presentadas ante el capítulo 11, y que cada uno de los países convenga en ello. No obstante, también autoriza que toda información empresarial privilegiada o confidencial se retire de los documentos que hayan de hacerse públicos. La facultad de las partes del TLCAN de realizar interpretaciones obligatorias a través de la Comisión de Libre Comercio es uno de los elementos del diseño institucional del TLCAN. En este caso ha sido utilizada para confirmar lo interpretado por los tribunales arbitrales y la política al respecto impulsada por el gobierno canadiense a favor de la publicidad y transparencia de los procedimientos bajo el capítulo 11. La nota interpretativa también ha llevado a todas las partes del TLCAN a comprometerse a asegurar activamente la transparencia de los procedimientos.

*D. Las empresas y los tribunales interpretan de manera muy amplia las disposiciones del capítulo 11 con el fin de otorgar a los inversionistas una norma de trato que los gobiernos nunca pretendieron brindarles*

Podría argumentarse que la intención del mecanismo de resolución de disputas del capítulo 11 es proteger a los particulares de los países del TLCAN de una acción arbitraria y discriminatoria por parte de un gobierno miembro. Sin embargo, como lo reconocen Kirton, Rugman y Soloway, y como lo han mostrado los casos del capítulo 11, “las empresas o individuos originarios de un país miembro del TLCAN que invierten en otro país miembro del TLCAN pueden presentar una demanda contra el gobierno del país anfitrión *si consideran* que se han violado sus derechos, de acuerdo con las disposiciones específicas del capítulo 11 del TLCAN”. A diferencia del capítulo 20, señalan los especialistas, el capítulo 11 no ofrece una relación clara de causales por las que pueda iniciarse una acción.

La consecuencia de que no exista tal relación puede observarse en el hecho de que más de la mitad de las demandas hechas por los inversionistas, según los términos del capítulo 11, han apelado al artículo 1110, relativo a la expropiación, argumentando que el gobierno de un país miembro del TLCAN cometió actos “equiparables a una expropiación”.

Ahora bien, el hecho de que, según algunos autores, el capítulo 11 no ofrezca una definición explícita de cuáles son los actos “equiparables a una expropiación” plantea un verdadero dilema, dado que con ello se deja un margen de acción muy amplio a los inversionistas del TLCAN que quieren impugnar las normas o políticas del gobierno anfitrión que consideran violatorias de sus derechos, según lo establecido en el Tratado.<sup>202</sup>

Además, en varios de los casos que se han conducido bajo el capítulo 11, los propios gobiernos del TLCAN se quejaron de que las empresas estaban interpretando en forma muy abierta las disposiciones a fin de otorgar a los inversionistas una norma mínima de trato que ellos nunca pretendieron brindarles. Por ejemplo, en el caso Methanex, Estados Unidos alegó que no era correcto que la empresa canadiense lo hubiera acusado de violar los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio sobre barreras técnicas al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias como justificación para llevar el caso ante el panel del capítulo 11, o que la medida en California causara daños al negocio internacional de la empresa. Methanex entabló una demanda al amparo del capítulo 11 a raíz de que California prohibió el MTBE, un derivado del metanol, lo cual, según la empresa, afectaba su capacidad para producir Metanol en California y, por ende, devaluaba las inversiones que ahí tenía. De igual forma, como ya mencionamos, Metalclad obtuvo un fallo favorable del panel con base en la supuesta infracción por parte de México de las disposiciones sobre transparencia que se hallan en diversas partes del TLCAN; este alegato obligó al gobierno mexicano a buscar la nulidad de esa parte del laudo, lo cual consiguió.

Por todo lo anterior, los gobiernos se vieron en la necesidad de dar respuesta a estos asuntos en un documento de julio de 2001, intitulado “Clarificaciones de la Comisión de Libre Comercio en Relación con el capítulo 11 del TLCAN”.<sup>203</sup> Este documento examina una de las disposiciones básicas del capítulo 11, a saber: la fracción 1 del artículo 1105, que prescribe el nivel de trato “justo y equitativo” y “las protecciones y seguridad plenas” que deben dispensarse a las inversiones de inversionistas del TLCAN.

De acuerdo con las clarificaciones emitidas por los tres ministros de Comercio, la fracción 1 del artículo 1105 “no exige un nivel de trato adicional o superior al nivel mínimo de trato a extranjeros que estipula el

<sup>202</sup> Véase Graham y Wilkie (1998) y Gary Hufbauer *et al.* (2000).

<sup>203</sup> Véase comunicado de prensa, Department of Foreign Affairs, *op. cit.*

derecho ‘consuetudinario’ internacional”.<sup>204</sup> A ello también se refiere la declaración que establece: “El hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que se haya infringido la fracción 1 del artículo 1105”. El propósito de los tres ministros de Comercio es que, mediante la adición del término “consuetudinario”, no incluido en la fracción 1 del artículo 1105, y la declaración antes citada, el nivel de trato se refiera tan sólo a normas claramente especificadas y se excluyan las obligaciones incluidas en otros acuerdos.

Canadá pretendía, también, una clarificación en la que se delimitara con más precisión lo que un tribunal del capítulo 11 puede considerar “expropiación”. Por ejemplo, tanto Canadá como varios grupos ambientalistas querían que se añadiera al texto lo necesario a fin de que el gobierno tuviera libertad para instituir nuevas reglas sobre calidad ambiental sin el temor de represalias por parte de un inversionista extranjero amparado bajo el capítulo 11. No obstante, las clarificaciones de los tres ministros de Comercio solamente señalan que los gobiernos han “instruido a un grupo de expertos para que continúe examinando la implementación y funcionamiento del capítulo 11, y para que formule recomendaciones cuando lo juzgue apropiado”.<sup>205</sup>

204 *Idem.*

205 *Idem.*



## CAPÍTULO CUARTO

### LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS AMBIENTALES DENTRO DEL ACUERDO DE COOPERACIÓN AMBIENTAL DE AMÉRICA DEL NORTE (ACAAN)

#### I. INTRODUCCIÓN

El TLCAN se negoció con el ánimo de alcanzar un área de libre comercio en el sentido clásico del término. Sin embargo, desde que se iniciaron las negociaciones, diversos sectores sociales se opusieron a que el TLCAN se limitara a liberar el comercio y la inversión y promovieron una agenda más amplia que abarcara en particular la protección efectiva del medio ambiente y los estándares laborales. Como resultado de este complejo proceso de presiones sociales, con el TLCAN se negociaron los denominados Acuerdos Paralelos de Cooperación Ambiental (ACAAN) y Laboral de América del Norte (ACLAN), los cuales constituyen los primeros acuerdos internacionales que vinculan los temas ambientales y laborales con el comercio. Los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá los firmaron en 1993, y los Acuerdos entraron en vigor en 1994, junto con el TLCAN. Entre los objetivos de ambos acuerdos están promover la cooperación ambiental y laboral entre las partes, y asegurar el cumplimiento efectivo de la legislación ambiental y laboral de cada país. A fin de alcanzar estos objetivos, los dos acuerdos proveen un marco institucional y entramado normativo similar, pero también presentan importantes diferencias, las cuales surgieron de las diferentes posiciones de actores claves en la negociación de los acuerdos y las diferentes sensibilidades políticas que los temas ambientales y laborales provocan en los tres países.

En este capítulo se examina el proceso de negociación del ACAAN y el resultante entramado institucional que surgió de dicho proceso. En la segunda sección se estudian las peticiones públicas que distintas coaliciones de grupos han presentado denunciando violaciones de la legislación ambiental tanto de Canadá, México y Estados Unidos, y la respuesta que han

recibido por parte de la CCE y los tres países. A continuación, se analizan los tres casos que se han iniciado ante la CCA, en los que no se plantearon violaciones de la legislación ambiental, pero sí un problema ambiental, que requirió de la acción concertada de la CCA y los tres países. Finalmente, se discuten las disposiciones que establecen los mecanismos de resolución de controversias en los casos en que uno de los tres países alegue una violación “persistente” de la legislación ambiental por parte de otro de los socios en el Acuerdo. En la parte final se hace una evaluación de cada uno de estos mecanismos.

## II. LA NEGOCIACIÓN DEL ACAAN

Desde la década de los años setenta, el medio ambiente en la frontera entre México y Estados Unidos había sufrido un creciente deterioro, el cual se aceleró a raíz de la “década perdida” de creciente crecimiento demográfico y acelerada integración económica en los años 1980. No debe sorprender entonces que cuando se hizo el anuncio del inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo que significaba un proceso acelerado de liberación e integración económica, el TLCAN provocara un intenso debate en los tres países, en especial en Estados Unidos, acerca de los problemas ambientales que podría provocar el tratado por un mayor flujo de bienes y servicios entre los tres países.

En particular, los grupos ambientales (organismos no gubernamentales ambientales) de los tres países decidieron tomar cartas en el asunto y se propusieron asegurar que el TLCAN no tuviera efectos dañinos sobre el medio ambiente. Conforme los tres gobiernos hicieron progresos en la negociación, los grupos ambientales acabarían dividiéndose entre aquellos totalmente opuestos al TLCAN y aquellos que se propusieron tanto incluir medidas de protección ambiental en el TLCAN como influir en las negociaciones del que resultaría el ACAAN.<sup>206</sup>

En el caso de Estados Unidos, desde el inicio de las negociaciones del TLCAN el entonces presidente Bush decidió buscar el apoyo para la aprobación del TLCAN de aquellos grupos ambientales moderados más importantes de Estados Unidos, como la “National Audubon Society”, el “World Wildlife Fund”, el “Environmental Defense Fund”, el “National

<sup>206</sup> La información respecto a este debate y a la posición de las diversas ONG's se encuentra en Gallardo, Sofia (1993), también en Mayer, Friederick, *op. cit.*

Resources Defense Council”, el “Nature Conservancy” y el “Defenders of the Wildlife”. Estos grupos influyeron en las muy generales disposiciones del Tratado, y en la conformación de la Comisión de Cooperación Ambiental y en las disposiciones del Acuerdo. A pesar del apoyo de este tipo de grupos al TLCAN, grupos ambientales más radicales se mantuvieron opuestos a éste tanto por posiciones ambientales radicales como por su oposición a los gobiernos de Bush y Mulroney, y a las reformas planteadas por el gobierno mexicano.<sup>207</sup>

En conjunto, las acciones de los grupos ambientales impulsaron la discusión y aprobación del Acuerdo de Cooperación Ambiental, pese a la oposición inicial de México y Canadá. Estos países se opusieron a una mayor participación pública debido al temor de que los grupos ambientales impusieran percepciones, intereses y prioridades diferentes de los que estos países pudieran tener en materia de protección ambiental y explotación de recursos naturales. La negociación del Acuerdo se debió, entonces, no a un compromiso profundo de los tres países hacia la protección ambiental, sino a la necesidad de sus gobiernos de lograr la ratificación del TLCAN.<sup>208</sup> En el caso de México, además, los grupos ambientales consideraban que México había mostrado incapacidad de hacer cumplir su legislación ambiental, y les preocupaba que el TLCAN pudiera influir para bajar los estándares ambientales mexicanos, a fin de lograr una mayor competitividad económica. Un importante antecedente de estas percepciones fueron, como ya señalamos, los problemas ambientales de la frontera norte de México, provocados tanto por el crecimiento acelerado de la población y la carencia de infraestructura en la frontera mexicana como por el crecimiento económico de la parte estadounidense.

En virtud de lo anterior, las demandas de los grupos ambientales se centraron en alcanzar: 1) una armonización “hacia arriba” de los estándares ambientales de los tres países; 2) una mayor transparencia y la participación de los grupos ambientalistas en los mecanismos del ACAAN; 3) una aplicación más eficaz de la legislación ambiental, y 4) un mayor financiamiento por parte de México y Estados Unidos para limpiar la zona fronteriza.

Por su parte, los gobiernos de los tres países tuvieron diferentes intereses hacia la negociación y aprobación del ACAAN. Para el recientemente

<sup>207</sup> *Ibidem*, pp. 35 y 36.

<sup>208</sup> Munton, Don y Kirton, John (1994).

elegido gobierno de Clinton, el interés se centró en lograr la aprobación del Acuerdo y mantener el apoyo hacia éste de los grupos ambientales moderados sin tener que renegociar el TLCAN, lo que se había logrado durante los últimos años del presidente Bush; el mantener el apoyo de sus votantes y dar una imagen política de mayor apoyo a la protección ambiental. Para el gobierno de Canadá, su interés se centró en mantener tanto lo logrado en el TLCAN como en el ALCCEU, y no comprometer el uso y la explotación de sus recursos naturales. Para el gobierno de México, el interés se centró en la ratificación del TLCAN, y en comprometer lo menos posible la soberanía nacional, y, en consecuencia, la política ambiental y de aprovechamiento de los recursos naturales.<sup>209</sup>

A final de cuentas, el ACAAN resultaría un compromiso entre los planteamientos e intereses de los grupos y las resistencias de los gobiernos a ceder y comprometer la soberanía nacional y el manejo de la política ambiental. Esto explica el diseño institucional resultante del acuerdo que analizamos a continuación.

### III. EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL ACAAN

El ACAAN establece “un marco normativo para facilitar la cooperación efectiva sobre 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.

La parte primera del ACAAN (artículo 1o.) establece una serie ambiciosa de objetivos entre las partes, tales como el desarrollo sustentable, la cooperación ambiental, el fortalecimiento y mejoramiento de leyes y reglamentos ambientales, así como su observancia, la promoción de la participación social en la elaboración de la legislación ambiental, y la promoción de medidas y políticas ambientales efectivas.

La primera parte también (artículo 2o.) establece compromisos entre los tres países, como los de proporcionar información sobre el estado del medio ambiente, la educación e investigación ambiental, la evaluación de impactos ambientales, la promoción de instrumentos económicos para proteger el ambiente, el proporcionar información a las partes acerca de

<sup>209</sup> Gallardo, Sofía, *op. cit.*, p. 37.

la prohibición de pesticidas y sustancias tóxicas, la publicación de leyes, reglamentos y medidas ambientales que adopte cada una de las partes. Además, impone que cada parte garantice la participación pública en los procedimientos judiciales y administrativos mediante los cuales se implementa la legislación ambiental.

El ACAAN (artículo 3o.), sin embargo, establece el derecho de cada parte a establecer sus propios niveles de protección ambiental, derecho que fue defendido por Canadá y sobre todo por México, y define (artículo 5o.) las medidas gubernamentales mediante las cuales se aplican o implementan las leyes y reglamentos ambientales y que se refieren a aquellas medidas que aplica el Poder Ejecutivo de un gobierno y no a la aprobación de estas leyes y reglamentos.

El ACAAN también prohíbe (artículo 37) la aplicación extraterritorial de las leyes de una parte en territorio de otra parte y establece (artículo 45) una definición precisa de lo que se considerará *legislación ACAAN* para los efectos del ACAAN, la cual no incluye la administración, recolección, extracción o explotación de los recursos naturales con fines comerciales ni la recolección o extracción de estos recursos por parte de las poblaciones indígenas.

EL ACAAN establece una Comisión de Cooperación Ambiental (CCA), organismo trinacional encargado de la supervisión de las disposiciones del Acuerdo. La idea de la creación de una comisión de este tipo se planteó desde la administración del presidente Bush padre y se concretó con las negociaciones y firma del ACAAN.

La Comisión está formada por un Consejo Ministerial, el Comité Consultivo Público Conjunto y el Secretariado, brazo ejecutivo de la Comisión. El Consejo es el ancla política de la Comisión y la autoridad final de ésta; está formado por los responsables gubernamentales de la política ambiental de cada país en el nivel ministerial, o sus representantes.

El Secretariado está conformado por expertos y profesionales de los tres países, y es el encargado de ejecutar las decisiones de la Comisión; su director ejecutivo es aprobado por el Consejo, y debe rotarse la nacionalidad de éste cada tres años. El Comité Consultivo Público Conjunto es el órgano más innovador de los tres que componen la Comisión. Está formado por cinco miembros de cada país provenientes la sociedad, ya sea de la academia o de los grupos ambientales, y tiene como función asesorar al Consejo y al Secretariado en los planes y programas de la Comisión.

Como sucede con el Acuerdo en su totalidad, la Comisión de Cooperación Ambiental es el resultado intermedio entre la propuesta de Estados Unidos y lo que deseaban Canadá y México. La estructura de la CCA se basó en las propuestas de los grupos ambientales moderados de Estados Unidos, y de la Unión de Grupos Ambientalistas y del Grupo de los Cien de México. Sin embargo, el Secretariado de la Comisión, que es el órgano ejecutivo de ésta, no tiene la independencia frente al Consejo Ministerial que propusieron los grupos ambientalistas, ni tampoco la tiene el Comité Consultivo Público Conjunto.<sup>210</sup>

A fin de asegurar que se cumplieran tanto los objetivos de cooperación como los de protección ambiental, el acuerdo estableció mecanismos de resolución de controversias 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,<sup>211</sup> las controversias o peticiones presentadas bajo 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,<sup>212</sup> 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.<sup>213</sup> 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.

Desde 1995, año en que comenzó a funcionar la Comisión de Cooperación Ambiental, el Secretariado de ésta ha recibido 38 denuncias o peticiones, las cuales han tenido una distribución desigual por países. A la fecha, México y Canadá han sido objeto de 17 y 13 peticiones, respectivamente, y Estados Unidos ha sido objeto de ocho. De las treinta y ocho peticiones se han dado por terminadas 23, nueve de México, siete del Canadá y un número igual de Estados Unidos. El secretariado, a su vez, ha elaborado tres informes bajo el artículo 13, de los cuales dos son resul-

<sup>210</sup> Pierre Marc Johnson y André Beaulieu consideran que un secretariado con mayor grado de autonomía del Consejo Ministerial haría más eficiente la labor del primero, en Marc Johnson, Pierre y Beaulieu, André (1996), p. 136.

<sup>211</sup> "Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte" (1998), p. 20.

<sup>212</sup> *Ibidem*, pp. 21-23.

<sup>213</sup> *Ibidem*, pp. 27-37.

tado del planteamiento de un problema ambiental por parte de organizaciones ambientales, y uno se inició a iniciativa del propio Secretariado.

En la siguiente sección se analizan las peticiones que se han presentado y los informes que se han elaborado hasta la fecha. En el análisis destacaremos la importancia del problema ambiental que expongan, los grupos o individuos que presentan la petición, la actitud de las autoridades ambientales en cada país hacia el problema, y la respuesta que en su caso dieron a la Comisión, los recursos administrativos y judiciales que existían en cada país para plantear este tipo de problemas, el tipo de estudio y evaluación que hizo el Secretariado de la CCA tanto de la petición como de la respuesta de la parte y, finalmente, el debate que se dio en el país objeto de la presentación de una petición o de la elaboración de un informe de acuerdo con el artículo 13.

Igualmente, en el análisis se intentarán evaluar los resultados de estas controversias ambientales, así como la eficacia de los mecanismos de resolución de disputas ambientales y su impacto en la política ambiental de los países miembros.

#### IV. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS PRESENTADAS DENTRO DEL ACUERDO DE COOPERACIÓN AMBIENTAL

Se han mencionado anteriormente los compromisos logrados entre México, Canadá y Estados Unidos dentro del ACAAN. Estos compromisos se traducen en un conjunto de obligaciones, ligados en esencia al cumplimiento efectivo de la legislación ambiental de cada país (artículos 3o., 4o. y 5o.), y al mantenimiento de altos niveles de protección ambiental. Además, el Acuerdo tiene provisiones para lograr que las partes cooperen entre sí y suministren información a la Comisión de Cooperación Ambiental. La supervisión del Acuerdo recae en la Comisión de Cooperación Ambiental, formada por un Consejo Ministerial, cuyos miembros son los responsables de la política ambiental de cada país en el nivel ministerial (EPA, Environment Canada y Semarnap), un Comité Consultivo Público Conjunto, formado por cinco miembros de cada país que provengan de la Academia, de la sociedad o de grupos ambientalistas, y un Secretariado como brazo ejecutivo de la Comisión, que es el encargado de revisar y analizar los casos que se presenten bajo los diferentes mecanismos del Acuerdo, que son: el artículo 13, los artículos 14 y 15 y los artícu-

los 22 a 36; de generar información ambiental; de poner en marcha programas de protección ambiental y de generar investigaciones tanto sobre problemas ambientales importantes para la región como sobre el impacto del libre comercio en el medio ambiente de los tres países.

#### V. CONTROVERSIAS O PETICIONES PRESENTADAS ANTE EL SECRETARIADO DE LA COMISIÓN DE COOPERACIÓN AMBIENTAL BAJO LOS ARTÍCULOS 14 Y 15

El artículo 14 autoriza al Secretariado a examinar las peticiones presentadas por cualquier individuo u organización sin vinculación gubernamental en que se asevere que una de las partes está omitiendo aplicar efectivamente su legislación ambiental, y puede solicitar una respuesta de la parte si los peticionarios han acudido a los recursos administrativos o judiciales internos en cada país; si se alega daño a la persona u organización que la presente, y si plantea asuntos cuyo estudio sea parte de las metas del Acuerdo. El artículo 15 dispone que el Secretariado elabore un expediente de hechos en caso de que la respuesta dada por la parte así lo merezca.

Las peticiones que se someten al Secretariado de la CCA bajo el artículo 14 tocan el verdadero tema del debate y la negociación del Acuerdo: el interés de los grupos no gubernamentales ambientales en la aplicación efectiva de la legislación ambiental por parte de los países miembros. Aunque el interés final de estos grupos haya sido la protección del ambiente, la expresión o indicador de esta protección ambiental se definió por ellos mismos desde un principio como la forma de aplicar la legislación ambiental por parte de las autoridades responsables del ambiente. En otras palabras, aunque un país parezca proteger el ambiente por medio de una serie de medidas o políticas, o por la aprobación de medidas ambientales estrictas, el interés está centrado en la conducta de las autoridades responsables de aplicar la legislación ambiental de ese país.

El Acuerdo obliga al Secretariado a ser muy preciso y a juzgar las peticiones con base en una definición muy estricta, y para algunos ambientalistas incompleta, de legislación ambiental. El artículo 45, que define lo que para el Acuerdo es legislación ambiental, excluye de esta definición las disposiciones relativas a la seguridad e higiene laborales, además de las disposiciones relativas a la explotación de recursos naturales con fines comerciales, y a la

utilización de los recursos naturales por poblaciones indígenas. Además, el acuerdo, en el artículo 3o., obliga al Secretariado a no convertir a la Comisión en un foro para discutir las características de la legislación ambiental de las partes, y a apegarse a lo que dispone el artículo 5o. en lo que se refiere a la aplicación de la legislación ambiental, definida por aquellas acciones o recursos de tipo administrativo o judicial.

El ACAAN, vale decirlo, coloca al Secretariado en una posición difícil al evaluar estas peticiones, ya que a pesar de que el Acuerdo da al Secretariado el poder para pedir una respuesta de las autoridades ambientales de una parte, en caso de que la petición sea procedente, y analizar y evaluar esta respuesta para esclarecer la controversia que exista entre peticionarios y autoridades sobre la aplicación de la legislación ambiental, no puede hacer interpretaciones ni recomendaciones de ningún tipo, no se le concede poder para exigir que la parte demandada cumpla con la aplicación de su legislación ambiental, aunque sí se le concede jurisdicción para elaborar expedientes de hechos compuestos de los alegatos expuestos en las peticiones y las respuestas proporcionadas por las autoridades ambientales.<sup>214</sup> Además, el Secretariado es dependiente en recursos del Consejo Ministerial, el cual está compuesto —como ya dijimos— por los responsables, a nivel ministerial, de la política ambiental de las partes, es decir, aquellos mismos ante los que se presentan las peticiones por omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental. El Secretariado se convierte así en juez y parte en el análisis de estas peticiones.

A la fecha, de las 38 peticiones presentadas ante la Comisión, se han elaborado ya tres expedientes de hechos: el referente al “Muelle de Crueros” de Cozumel (SEM-96-001), el segundo, que se refiere a la “British Columbia Hydro and Power Co.” (SEM-97-001) y “Metales y Derivados” (SEM-98-007). Aunque los expedientes de hechos sean la “sanción” o resolución última de la Comisión respecto de las peticiones, la interpretación que el Secretariado ha dado a todas las peticiones presentadas, y las peticiones mismas, así como las respuestas de las partes, en su caso, sirven para analizar el desempeño de este mecanismo y el impacto que han tenido en el manejo de la política ambiental por parte de cada uno de los países.

A continuación se discuten las 38 peticiones o casos que se han presentado ante el Secretariado de la Comisión desde 1995 hasta mayo del 2003,

<sup>214</sup> “Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte”, p. 23.

mencionando quiénes han sido los peticionarios, el problema planteado en la petición, si ameritó una respuesta de la parte, y la resolución que el Secretariado ha dado a cada una de ellas.

### 1. *Caso SEM-95-001. Búho Manchado*

La primera petición presentada ante el Secretariado de la Comisión involucró a Estados Unidos, y fue presentada por cinco grupos ambientalistas: la "Biodiversity Legal Foundation", el Consejo Asesor Sierra Madre, "Forest Guardians", "Greater Gila Biodiversity Project y el "Southwest Center for Biological Diversity", el 30 de junio de 1995. El problema planteado por los peticionarios fue la aprobación de la Cláusula Hutchinson o Moratoria de ESA (109 Stat. 73,80) de la Ley de Asignaciones y Ajustes para emergencias del Departamento de Defensa para preservar y aumentar la capacidad de respuesta militar de 1995 ("Emergency Supplemental Appropriations and Rescissions for the Department of Defense to Preserve and Enhance Military Readiness Act of 1995 o "Rescissions Act"). De acuerdo con los peticionarios, esta cláusula afectaba la aplicación de la Ley de Especies en Peligro de Extinción ("Endangered Species Act" o ESA) de dos formas: primero, la Ley de Ajustes prohibía al Servicio de Pesca y Vida Silvestre de Estados Unidos (FWS) hacer "determinaciones definitivas" para designar especies o hábitats críticos en lo que restaba de 1995, es decir, se prohibió al Servicio de Pesca y Vida Silvestre publicar listados finales de las especies y hábitats críticos como lo disponía la sección 4(a)(1) y 4(a)(3) de ESA; segundo, canceló 1.5 millones de dólares del presupuesto asignado, y además prohibió al Servicio de Pesca y Vida Silvestre compensar las pérdidas con presupuesto de otros programas.

De acuerdo con los peticionarios, la Ley de Especies en Peligro de Extinción sólo podía proteger las especies en peligro, o sus hábitats, si estas especies estaban listadas como en peligro de extinción bajo la sección 4 de ESA. Este proceso de listado es el primer paso y el más importante en el sistema de protección de especies de esta ley, y cualquier persona o grupo interesado puede iniciar un proceso de listado bajo esta sección presentando una petición al secretario del Interior de Estados Unidos. Los peticionarios abundaron en su percepción del problema al afirmar que los Estados Unidos no habían modificado su legislación ambiental, derecho que se encuentra en el artículo 3o. del ACAAN, sino que simple-

mente suspendieron la aplicación de la sección 4 de la Ley de Especies en Peligro de Extinción. Al hacer esto, el Congreso de Estados Unidos había rehusado aplicar una ley ambiental existente, lo que violaba el artículo 5o.(1) del ACAAN. Finalmente, los peticionarios alegaron que la suspensión de la sección 4 de La ley de Especies en Peligro de Extinción se había hecho por razones económicas, que incluían la de atraer y retener inversión, el obtener ventajas económicas en la exportación de madera y productos agropecuarios a precios bajos, y beneficiar a Estados Unidos a expensas de sus socios del TLCAN.

El Secretariado de la Comisión rechazó la petición argumentando que el problema de la omisión de la aplicación de la ley se debió, en este caso, a mandatos competitivos entre sí, no por acciones u omisiones de funcionarios o agencias responsables del ambiente. De acuerdo con el artículo 14(2), la petición no podía proceder legalmente, ya que los artículos 14 y 15 sugieren que las omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental las cometen agencias administrativas, ejecutivas, y los funcionarios responsables de su aplicación. El Secretariado se apoyó también en el artículo 45(1) y el artículo 5o. para interpretar, como agencias responsables en cada parte, a las instituciones administrativas. Asimismo, el Secretariado señaló que los peticionarios no acudieron a los recursos que como particulares tenían en Estados Unidos para manifestar una inconformidad con la política ambiental de Estados Unidos.

Finalmente, el Secretariado consideró que en este caso la petición iba en contra del artículo 3o. del ACAAN, que establece los derechos de cada parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental. Para concluir, el Secretariado consideró que el artículo 14 del ACAAN no tiene como intención crear un foro alternativo para cuestionar la legislación ambiental de alguno de los países miembros, por lo que no se solicitó una respuesta a la parte. En palabras del Secretariado, la aprobación de legislación que específicamente cambia la operación de leyes ambientales preexistentes se convierte en parte de un cuerpo mayor de leyes y reglamentos ambientales. El Secretariado no podía definir la aplicación de un nuevo régimen legal como una omisión en la aplicación de la ley, sea que se mantuvieran altos niveles de protección ambiental o no.<sup>215</sup> Los peticionarios, después de recibir la carta resolutive del Secretariado del 21 de

<sup>215</sup> SEM-95-001 (1995), p. 80.

septiembre de 1995, presentaron una respuesta el 17 de octubre del mismo año, que no alteró la resolución del Secretariado.

La resolución del Secretariado provocó una reacción negativa por parte de los grupos ambientales, los cuales consideraron que esta decisión podía debilitar su habilidad para lograr cambios dentro del ACAAN. Una fuente representante de estos grupos incluso insinuó que la decisión del Secretariado podía hacer inútil el Acuerdo como herramienta para impedir modificaciones a las leyes ambientales, además de influir negativamente en otra petición relacionada con la regulación de la tala de madera en Estados Unidos.<sup>216</sup>

## 2. Caso SEM-95-002. Cláusula sobre Silvicultura. Logging Rider

El 30 de agosto de 1995, los grupos “Sierra Club”, el “Alaska Center for the Environment”, el “Ancient Forest Rescue” y otros veintitrés grupos ambientales, entre ellos la “National Audubon Society” y el “Natural Resources Defense Council” presentaron la segunda petición ante el Secretariado de la CCA, con un caso similar a la primera, en el que la parte también fue Estados Unidos.

En este caso los peticionarios alegaron que las disposiciones de la Ley para el Año Fiscal 1995 sobre Asignaciones Complementarias, Asistencia en caso de Desastres y Ajustes (Fiscal Year 1995 Supplemental Appropriations, Disaster Assistance and Rescissions Act, PUB. L. No. 104-19, 109 Stat. 194) habían dado lugar a que no se cumplieran de manera efectiva todas las leyes ambientales aplicables, al eliminar recursos legales que deben ser presentados por individuos para la venta de maderas silvestres. El artículo 2001(a)(3) de la Ley de Ajustes (Logging Rider o Cláusula de Tala de Madera) dispuso que la venta de madera silvestre no estaría sujeta a revisión administrativa, por lo que los peticionarios argumentaron que dicho artículo suspendía la aplicación de la mayoría de las leyes ambientales de Estados Unidos en dos programas de tala de madera: 1) la tala de bosques viejos bajo la opción 9, que fue un plan adoptado por las instituciones federales para equilibrar la tala de madera y proteger especies dependientes de estos bosques como el búho moteado del norte y el salmón, y, 2) la llamada tala silvestre.

<sup>216</sup> Inside Nafta (octubre de 1995), p. 20. Véase el caso SEM-95-002, que se discute inmediatamente a continuación.

En el caso de la opción 9, referente a la tala de bosques viejos, la cláusula dispuso que las ventas de madera no estuvieran sujetas a revisión administrativa ni a demanda judicial por violaciones a la legislación ambiental, y concedió al secretario de Agricultura la discreción de preparar, ofrecer y respaldar contratos de madera en estos bosques. En el caso de la llamada madera silvestre, la cláusula dispuso que el secretario de Agricultura incrementara el volumen de venta de madera al máximo posible entre julio y diciembre de 1995, y estableció que sólo se requeriría preparar un documento que combinara una manifestación de impacto ambiental bajo la Ley Nacional de Política Ambiental (National Environmental Policy Act) y una evaluación biológica bajo la Ley de Especies en Peligro de Extinción (Endangered Species Act).

Los peticionarios alegaron en su petición que la cláusula de tala de madera resultaba un “asalto a los bosques públicos de Estados Unidos”, y que lo que se buscaba era promover la oferta de madera barata a la industria maderera de Estados Unidos, eliminando las oportunidades del público de participar y hacer comentarios de los efectos ambientales de las ventas de madera que se administran por funcionarios.

La resolución que dio el Secretariado a esta petición fue similar a la del caso anterior, pues consideró que la petición se enfocaba en una ley que impactaba en la aplicación de una ley anterior sin modificarla o rechazarla. Para el Secretariado, la aprobación de legislación que específicamente cambiara o alterara la operación de leyes ambientales preexistentes se convertía en esencia en parte de un cuerpo mayor de leyes y reglamentos. Por estas razones, no se pidió una respuesta a la parte, y se dio por cerrado el caso. La razón última del Secretariado fue que la Comisión no podía convertirse en un foro alternativo para debatir la legislación de una de las partes.<sup>217</sup>

Como el caso anterior, en la interpretación que dio el Secretariado a la petición y a los términos del Acuerdo estuvo implícita la intención de su parte, y de la Comisión, de abstenerse de invadir un área en extremo sensible para los tres países, que es el derecho de éstos a promulgar la legislación ambiental y los reglamentos de protección ambiental que ellos decidan de acuerdo con sus intereses y prioridades, como lo señala el artículo 3o. del Acuerdo.

<sup>217</sup> SEM-95-002 (1995), p. 81.

### 3. *Caso SEM-96-001. Cozumel*

El 17 de enero de 1996 tres grupos ambientales mexicanos, el “Comité para la Protección de los Recursos Naturales, A. C.”, el “Grupo de los Cien Internacional, A. C.” y el “Centro Mexicano de Derecho Ambiental” presentaron el tercer caso ante el Secretariado bajo los artículos 14 y 15, el cual se convirtió en el primero en que el Secretariado elaboró un expediente de hechos.

La petición alegó omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental en la evaluación del proyecto de muelle para cruceros denominado “Construcción y operación de una terminal portuaria, de uso público, para cruceros turísticos en la Isla Cozumel, Estado de Quintana Roo”. De acuerdo con los peticionarios, en la evaluación del proyecto se había hecho caso omiso del artículo 28 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y de su Reglamento en Materia de Protección Ambiental (RIA), así como del Instructivo para desarrollar y presentar la Manifestación de Impacto Ambiental en la Modalidad General. Otras omisiones a la aplicación de la legislación ambiental planteadas en la petición se refirieron al Decreto del 11 de junio de 1980 que crea la “Zona de Refugio para la protección de la flora y fauna marinas de la costa occidental de la Isla Cozumel, Estado de Quintana Roo”; a la Ley de Puertos, del 19 de julio de 1993, y al Decreto de Declaratoria de Usos, Destinos y Reservas del Municipio de Cozumel, Quintana Roo, del 9 de marzo de 1989. El alegato principal de los peticionarios fue que el proyecto mencionado se había iniciado sin contar con una manifestación de impacto ambiental que contemplara todas las obras que lo integraban, lo que contravenía el título de concesión otorgado por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y las disposiciones de las leyes mencionadas anteriormente.<sup>218</sup>

De acuerdo con la petición, en lo que se refiere a la manifestación de impacto ambiental, el proyecto del muelle se autorizó por la autoridad ambiental el 12 de agosto de 1994, y se inició sin contar con una MIA (manifestación de impacto ambiental) integral de todas las obras que formaban parte de él, que serían además del muelle, un edificio terminal de pasajeros, el acceso de la terminal al muelle, un estacionamiento y el ac-

<sup>218</sup> Expediente final de hechos relacionado con el Proyecto de muelle de cruceros turísticos de Cozumel, Quintana Roo, p. 155.

ceso a la carretera Chan-Kanaab, como la concesión del 22 de julio de 1993 lo daba a entender al definir el proyecto como “Terminal Portuaria”. Se alegó además que la empresa constructora tenía la intención de construir una unidad turística e inmobiliaria anexa al muelle que no se señalaba en la MIA-90.<sup>219</sup> Los peticionarios alegaron que hasta la fecha de la petición, el 18 de enero de 1996, se habían otorgado una resolución de impacto ambiental (29 de noviembre de 1990) y dos resoluciones a dos informes preventivos, uno respecto al “Proyecto Planta de Concreto” y otro respecto al “Proyecto obras en tierra”, lo que iba contra el artículo 28 de la LGEEPA en materia de impacto ambiental, ya que la MIA de 1990 no había sido una manifestación de impacto ambiental integral, y no se pidió ni fue presentada ninguna otra MIA antes del 18 de enero de 1996, fecha de la petición. Además, el título de concesión otorgado a la empresa Consorcio H, del 10 de agosto de 1990, en su inciso e), la eximía de presentar una manifestación de impacto ambiental integral.<sup>220</sup>

La respuesta de las autoridades ambientales de México señaló en sus alegatos más importantes que la manifestación de impacto ambiental de 1990 (MIA90) no podía tener alcances de proyecto global o integral, debido a que sólo se podía hacer una MIA de las obras proyectadas y autorizadas en ese momento; que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes no había otorgado, a la fecha de la petición, la autorización para los trabajos en tierra, ya que la concesión sólo consideraba una habilitación general; que era inadecuada la mención del artículo 28 de la LGEEPA, ya que las obras del muelle no tenían como objetivo el aprovechamiento de los recursos naturales, y que se habían solicitado tres informes técnicos de expertos para la evaluación del posible daño ambiental que tuviera esa zona marina con la construcción del muelle.

El Secretariado de la Comisión de Cooperación Ambiental, al elaborar un expediente de hechos, hizo una relación de los puntos más importantes que se señalan tanto en la petición como en la respuesta, además de presentar una aclaración por parte del Secretariado y una cronología del llamado “Caso Cozumel”. La única interpretación del expediente de hechos señala la existencia de una controversia en el alcance y magnitud del proyecto entre los peticionarios y la autoridad ambiental. El expediente hace a su vez un seguimiento de todos los trámites legales que se hicieron entre

<sup>219</sup> *Ibidem*, pp. 169-171.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 154.

las autoridades ambientales y la empresa constructora Consorcio H. Un primer análisis de estos trámites muestra cambios de criterio por parte de las autoridades para la evaluación de la obra, en el otorgamiento de prórrogas y en los criterios con que se debe elaborar una manifestación de impacto ambiental.

El caso del muelle y terminal portuaria de Cozumel, por ser el primero del cual se elaboró un expediente de hechos, sirve de antecedente para medir las reacciones de autoridades ambientales y grupos ambientales hacia este mecanismo, y la Comisión de Cooperación Ambiental y el Acuerdo en general. En lo que se refiere al expediente de hechos, como se ha señalado, es un intento por recoger y aclarar las distintas posiciones que hacia el muelle de Cozumel tenían los peticionarios y la autoridad ambiental, sin intentar dar juicios finales acerca del problema, ni tampoco recomendaciones.

Para el Secretariado de la Comisión, fue claro que los artículos 14 y 15 lo colocaron, con este caso, en la incómoda situación de ser juez y parte,<sup>221</sup> sobre todo si se tiene en cuenta que el director ejecutivo del Secretariado en ese tiempo era un mexicano. La elaboración del expediente de hechos y el que saliera a la luz pública, aunque representó un alto costo político para las autoridades ambientales de México y para el mismo Secretariado en relación con éstas, no cambió sustancialmente el problema planteado en la petición en lo que se refiere a la construcción del muelle para cruceros.

Las autoridades ambientales de México mantuvieron una postura muy crítica durante todo el proceso, desde que se presentó la petición hasta que se hizo público el expediente de hechos. Puede decirse que en este caso se tocó la sensibilidad de estas autoridades, ya que México fue el blanco principal en las negociaciones del ACAAN en lo referente a la aplicación de la legislación ambiental, y fue precisamente el primer caso que involucraba a México el que dio lugar a la elaboración de un expediente de hechos.<sup>222</sup>

Este caso también relaciona directamente la actividad económica de un lugar con la preservación de sus recursos naturales. El Arrecife Paraíso es una de las formaciones coralíferas más importantes del mundo, y es

<sup>221</sup> Entrevista con Víctor Lichtinger, marzo de 1999; entrevista con Beatriz Bugada, marzo de 1999.

<sup>222</sup> *La Jornada* (1996), p. 9.

también una de las atracciones turísticas de la isla Cozumel. Además, la principal actividad económica de la isla es el turismo, y los cruceros que llegan a ella se ven como importantes generadores de ingresos. Existe aquí un problema de conciliar intereses económicos con la preservación de recursos naturales que sirven de principal atractivo al turismo. El arrecife Paraíso es el segundo lugar de buceo en popularidad en el mundo, y algunos miembros del Comité para la Preservación de los Recursos Naturales, A. C. viven de esta actividad turística. Por otra parte, para algunas autoridades el muelle podía ser fuente de importantes recursos, ya que el turismo es la atracción número uno de Cozumel; además, de acuerdo con el análisis de las autoridades ambientales, parte del arrecife que podía quedar bajo el muelle fue destruido a fines de los ochenta por un huracán.<sup>223</sup>

El voto del Consejo Ministerial, de agosto de 1996, a favor de la preparación de un expediente de hechos, se hizo sin que el gobierno de México presentara ninguna condición. Sin embargo, los miembros del Comité Consultivo Público Conjunto (CCPC) de México pidieron que se revisaran las directrices o reglas específicas para la presentación de peticiones, por la preocupación de que mucha de la información se hiciera pública en las primeras etapas del proceso, y que esto pudiera afectar la actitud de las industrias hacia la inversión. Es claro que esta solicitud del Comité Consultivo Público Conjunto refleja la preocupación de las autoridades ambientales por el curso que siguió el caso del muelle de Cozumel.

Pese a las reacciones negativas y al debate político que suscitó este caso, parece haber tenido impactos positivos, como serían: 1) El arrecife coralino de Cozumel se declaró área natural protegida; 2) se hizo un acuerdo de colaboración entre el Instituto Nacional de Ecología de México y los peticionarios, a fin de trabajar en conjunto para elaborar un plan para el manejo del área natural protegida; 3) el caso Cozumel influyó en la reforma a la ley ambiental de México en 1996, sobre todo en lo que se refiere a las manifestaciones de impacto ambiental; 4) se creó un fideicomiso para la preservación del área natural protegida, y 5) el proyecto no se llevó a cabo como los inversionistas lo habían planeado en su totalidad; se construyó únicamente el muelle de cruceros, pero no así el hotel, los restaurantes, el centro comercial y el campo de golf, cuyos permisos fueron negados por las autoridades ambientales.<sup>224</sup>

<sup>223</sup> Moore, Molly (1996).

<sup>224</sup> Alanís Ortega, Gustavo (2002).

#### 4. *Caso SEM-96-002. Aage Tottrup*

En el caso presente, el peticionario es un habitante de Alberta, Canadá, Aage Tottrup, P. Eng., quien presentó ante el Secretariado de la CCA, el 20 de marzo de 1996, una petición alegando omisiones en la aplicación de la legislación ambiental por parte de los gobiernos de Alberta y Canadá, la que dio como resultado la contaminación de ciénagas y humedales, y el deterioro del hábitat de peces y aves migratorias en la provincia. El peticionario citó las siguientes leyes: Fisheries Act (Ley de Pesca), R. S. C., cF-14, a. 35, 36 y 38; Department of Environment Act (Ley del Departamento del Ambiente) R.S.C. 1980, c. D-19, a. 7, 16 y 17; la Clean Water Act (Ley de Agua Limpia), la Environmental Protection and Enhancement Act (Ley para la Protección y Mejoramiento del Ambiente), la Waste Water and Storm Drainage Regulation (Regulación para el Drenaje de Aguas Residuales Pluviales) y la Alberta Regulation (Regulación de Alberta).

De acuerdo con el peticionario, la contaminación del agua causó la muerte de 15,000 aves acuáticas migratorias por botulismo. Esta contaminación tenía como origen el drenaje del cercano desarrollo urbano de Atim Creek, el cual corre hacia el lago "Big Lake", uno de los humedales más importantes de Alberta y centro de paso de las aves migratorias. El Departamento de Protección Ambiental de Alberta (Alberta Environmental Protection) consideró que la muerte de las aves por botulismo se debió más bien al calor y la sequedad que a la contaminación.<sup>225</sup>

La petición fue aceptada por el Secretariado de acuerdo con el artículo 14(1) del Acuerdo el 7 de abril del mismo año. Posteriormente, el Secretariado descubrió que el peticionario había iniciado un procedimiento judicial contra el gobierno de Alberta y otros acusados, basados en los mismos hechos de la petición, por lo que con base en lo que dispone el artículo 14(2) dio por terminado o cerrado el caso.

#### 5. *Caso SEM-96-003. Río Oldman I*

Este caso fue presentado por el grupo ambientalista "Friends of the Oldman River" el 9 de septiembre de 1996, y el 14 de octubre de ese año presentaron una petición revisada ante el Secretariado de la Comisión de Cooperación Ambiental. Los peticionarios consideran que el gobierno

<sup>225</sup> "Trade Pact new Tool in Big Lake fight" (1996), p. B1.

de Canadá no ha cumplido con la aplicación de las disposiciones acerca de la protección al hábitat de los peces que contienen la Ley de Pesca en sus secciones 35, 37 y 40 (Fisheries Act) y con la Ley Canadiense sobre Evaluación Ambiental (Canadian Environmental Assessment Act o CEAA) en sus párrafos 59(f) y (g) y con el Apéndice 1, parte 1, punto 6 del Reglamento sobre la Lista Legislativa (Law List Regulations).

De acuerdo con los peticionarios, la Ley de Pesca y la CEAA, en conjunto, son las disposiciones legales más importantes de Canadá para la protección de los peces y de su hábitat. En particular, las secciones 35 y 37 crean un régimen preventivo y planificado para los trabajos o proyectos que se puedan dañar potencialmente el hábitat de los peces, ya que la sección 35(2) reglamenta la publicación de autorizaciones para obras y proyectos que puedan afectar el hábitat de los peces.

Los peticionarios argumentan que el Ministerio de Pesca (Department of Fisheries) publicó en 1995 la Directriz relativa a la publicación de las autorizaciones de la sección 35(2) (Directive on the Issuance of Subsection 35(2) Authorizations), la cual consideran un claro intento de evitar las autorizaciones para obras y proyectos reglamentadas por la sección 35(2), que puedan afectar el hábitat de los peces, y evadir así el cumplimiento de la CEAA, además de que usurpa la función de la CEAA como un instrumento de planificación y de toma de decisiones. La petición argumenta que esta directriz no considera si los trabajos o proyectos son aceptables para la pesca o para el hábitat de los peces, si estos trabajos pueden ser mitigados en forma adecuada y si se tomó en cuenta la opinión del público. Aunque la petición menciona algunos casos concretos en relación con estas supuestas omisiones a la legislación ambiental, para los peticionarios la omisión de la aplicación de estas disposiciones legales es general en todo Canadá.

La respuesta del gobierno de Canadá señaló que con fecha 7 de noviembre de 1996, la agrupación "Friends of the West Country Association", asociación distinta del peticionario, había iniciado un juicio ante el Tribunal Federal de Alberta contra el Ministerio de Pesca y Océanos y el procurador general de Canadá, en el cual se quejaban de los mismos hechos a que se refiere la presente petición. En virtud de lo anterior, el Secretariado decidió cerrar el caso. El Secretariado consideró, en su determinación del 2 de abril de 1997, que la elaboración de un expediente de hechos podía interferir con el litigio pendiente y existía el riesgo de duplicación.

Este caso tiene interés, ya que, aunque no son los peticionarios quienes tenían pendiente el juicio, un caso similar se había presentado ante un tribunal federal de Canadá, y el Secretariado decidió que un asunto contencioso similar pendiente en una de las partes impedía a la CCA iniciar un asunto bajo el artículo 14, como sucedió con la petición anterior. Se consideró que el artículo 14 se enfocó en el cumplimiento de la ley, pero había que dar prioridad y preferencia a los recursos que los gobiernos de las partes tengan al alcance de la sociedad.

Otro punto interesante de este caso consiste en el tipo de alegatos de los peticionarios, que no se refieren a un incumplimiento directo de la legislación ambiental, sino a recursos administrativos que puedan llevar a un incumplimiento de la legislación ambiental, aunque no se trate de una omisión directa por parte de las autoridades ambientales de la parte. Los mismos argumentos volvieron a presentarse por los mismos peticionarios en 1997, con el caso SEM-97-006, Friends of the Oldman River II, presentado en octubre de 1997, del cual ya se elaboró el borrador del expediente de hechos, que está en revisión por parte del Consejo Ministerial.

#### 6. *Caso SEM-96-004. Fuerte Huachuca*

El 14 de noviembre de 1996, el "Southwest Center for Biological Diversity" y el Dr. Robin Silver presentaron ante el Secretariado de la CCA una petición que demandaba a Estados Unidos como parte por falta de cumplimiento de la legislación ambiental. La petición alegaba que la creciente expansión del Fuerte Huachuca en Arizona y el consiguiente crecimiento de la población aumentarían la demanda de agua de la zona, amenazando los recursos de agua de la cuenca superior del río San Pedro. Consideraban que el Ejército de Estados Unidos al presentar los análisis de impacto ambiental que implicaba la expansión del Fuerte Huachuca habían omitido de los análisis requeridos los impactos acumulativos actuales y futuros y habían prometido un plan maestro por separado que no fue elaborado con que se omitió la aplicación efectiva de la National Environmental Policy Act (Ley Nacional de Políticas Ambientales) 42 U.S.C. ss. 4321-4370d.

Cabe mencionar que los peticionarios habían presentado con anterioridad ante el Tribunal Federal de Arizona una denuncia de los mismos hechos con fecha de 7 de julio de 1994, la cual se había declarado prescrita

de conformidad con la Ley de 1990 sobre el cierre y realineamiento de la base del ejército (Defense Base Closure and Realignment Act de 1990, BRAC 1990).

En su respuesta, las autoridades ambientales de Estados Unidos argumentaron que la petición debía ser rechazada por el Secretariado, pues las denuncias a las que se refería la petición habían sido declaradas legalmente inoperantes por haber sido presentadas fuera de tiempo. En otras palabras, los peticionarios no habían utilizado oportunamente los recursos internos de Estados Unidos, y además, la elaboración de un expediente de hechos podía afectar la apelación judicial pendiente por parte del Southwest Center for Biological Diversity y otros para revivir el litigio original. A final de cuentas, los peticionarios retiraron su petición de conformidad con el artículo 14(1) del ACAAN.

Este caso provocó un gran debate dentro de la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, y en su respuesta ésta alegó que la CCA no debía evitar convertirse en el último recurso de los ciudadanos de cualquier país que perdieran un caso ante los juzgados nacionales.<sup>226</sup> Sin embargo, cabe señalar que aunque el juicio original iniciado por los peticionarios fue declarado proscrito, el mismo juez que así lo declaró reconoció en su decisión que había observado irregularidades en la manifestación de impacto ambiental presentada por el Ejército.

Este caso presenta un interés especial, debido a que, aunque fue retirado voluntariamente por los peticionarios y fue cerrado bajo los artículos 14 y 15, el Secretariado consideró que tocaba un problema ambiental importante, decidiendo iniciar un informe bajo el artículo 13 del Acuerdo, que fue finalizado en noviembre de 1998. En la sección dedicada al análisis del artículo 13 se analizará el proceso de elaboración del informe de la Iniciativa del Alto Río San Pedro, donde se formó un grupo binacional con miembros de México y Estados Unidos, por considerarse que este problema debía ser evaluado por nacionales de los dos países.

### 7. Caso SEM-97-001. B. C. Hydro

La séptima petición presentada ante el Secretariado de la CCA fue la segunda en la que el Secretariado, en vista de la respuesta de la parte, decidió elaborar un expediente de hechos.

<sup>226</sup> "EPA Refutes Activists Charge that U.S. failed to Enforce Laws" (1997).

El 2 de abril de 1997 la Comisión de Pesca Aborigen de Columbia Británica (B. C. Aboriginal Fisheries Commission) y otras seis organizaciones: British Columbia Wildlife Federation, Steelhead Society, Trail Wildlife Federation, Pacific Coast Federation of Fishermen's Association y el Institute for Fisheries Resources, presentaron una petición alegando que la British Columbia Hydro and Power Co., compañía de electricidad propiedad de la Corona y operada por el gobierno de Canadá, había violado sistemáticamente la sección 35(1) de la Ley de Pesca al realizar obras que ocasionaron alteraciones dañinas y destrucción al hábitat de los peces en los ríos de Columbia Británica, la cual había ocasionado a su vez una crisis de la pesca del salmón del Pacífico. También alegaron omisiones en la aplicación de la sección 119.06 de la Ley de Energía, que exigía considerar los impactos ambientales de la exportación de energía eléctrica en el ambiente, por parte de la National Energy Board o Junta Nacional de Energía. En específico, señalaron que el 13 de septiembre de 1996 la Junta no había abordado los impactos ambientales de una solicitud de Powrex Corp. para exportar energía eléctrica al estado de Washington, autorizando que el gobierno de Columbia Británica regulara esta actividad.

En su respuesta, el gobierno de Canadá arguyó que la petición se basaba en una concepción limitada de la aplicación de la legislación mencionada, que la identifica directamente con la aplicación de sanciones legales y judiciales, alegando además que los hechos de la petición eran materia de procedimientos judiciales o administrativos pendientes de resolución, y por lo tanto solicitó que la petición se rechazara. Los procedimientos judiciales eran: el caso *B. C. Hydro and Power Authority v. A. G. Canada and the Minister of Fisheries and Oceans* y el *R. v. British Columbia Hydro and Power Authority*. La respuesta también mencionó dos procedimientos administrativos, el WUP (British Columbia Water Use Planning) y los Comités Técnicos Regionales (Regional Technical Committees), a los que consideraba cubiertos bajo los artículos 14(3) y 45(3)(a) del ACAAN, que se refieren a los requisitos para presentar peticiones ciudadanas, y a la definición de legislación ambiental.

Como en el caso del muelle de Cozumel, el Secretariado decidió que era necesario elaborar un expediente de hechos debido a la escasa información que proporcionaron las autoridades ambientales acerca de las acciones emprendidas para asegurar que la B. C. Hydro cumpliera con la sección 35(1) de la Ley de Pesca respecto de los hechos alegados en la pe-

tación. También consideró que los procedimientos judiciales señalados por la parte no presentaban un caso de duplicación con el expediente de hechos, ya que el caso de la B. C. Hydro and Power Authority v. A. G. Canada and the Minister of Fisheries and Oceans, aunque estaba en proceso, no se refería a la sección 35(1) de la Ley de Pesca, sino a la sección 22 de la misma, lo cual no atacaba el problema planteado en la petición. Igualmente, el Secretariado consideró que los planes y programas mencionados en la respuesta como procedimientos administrativos, la WUP o Iniciativa de Planeación del Uso del Agua en Columbia Británica y los Comités Técnicos Regionales no podían considerarse procedimientos judiciales o administrativos, según el artículo 45(3)(a) del Acuerdo.

Cabe destacar que el Secretariado recomendó la elaboración de un expediente de hechos basado únicamente en los alegatos de la petición relacionados con la sección 35(1) de la Ley de Pesca, no con los que se refieren a la Ley de Energía y a las decisiones de la Junta Nacional de Energía. Para este fin, el Secretariado dio un plazo para la presentación de información concerniente al problema, de la cual hizo responsable a la Universidad de Victoria. El expediente de hechos de este caso ya fue terminado y hecho público por el Secretariado y el Consejo Ministerial de la CCA el 11 de junio de 2000.

Esta petición es importante, pues tocó dos temas de gran importancia económica para Canadá, que es la exportación de energía eléctrica a Estados Unidos, donde la demanda en la región de la costa norte del Pacífico parece ser mayor que la oferta interna en ciertas épocas del año y la pesca del salmón en el Pacífico canadiense y la crisis que ha presentado desde hace varios años, debida posiblemente a la actividad hidroeléctrica de los ríos de Columbia Británica. Las decisiones tomadas por el Secretariado revelaron que éste no consideró apropiado inmiscuirse en cuestiones que se relacionaban con el comercio entre países, como puede deducirse del hecho de no considerar las acciones de la Junta Nacional de Energía y la supuesta omisión de la Ley Nacional de Energía. El Secretariado igualmente decidió proceder en forma muy cautelosa, pues no elaboró un expediente de hechos hasta no haber recopilado información concerniente al caso proveniente de diversas fuentes.

Esta petición provocó un intenso debate en Canadá y en Columbia Británica; en particular, Dan Miller, ministro de esta provincia responsable de la hidroeléctrica, acusó a los peticionarios de "imperialismo ambiental" de tratar de usar a Estados Unidos para moldear la política canadiense

y de no considerar los problemas ambientales que existen en Estados Unidos; además, relacionó este problema con el caso de los impuestos compensatorios impuestos en Estados Unidos a la madera blanda de Columbia Británica.<sup>227</sup> Por su parte, el vocero de "B. C. Hydro and Power Co.", Shawn Thomes, declaró que la compañía no había violado la legislación ambiental, pues los casos presentados por los peticionarios constituían una estrecha y selectiva interpretación de los hechos,<sup>228</sup> y no reconocían que la compañía había gastado 10 millones de dólares en 1996 para la protección de los bancos de peces.<sup>229</sup>

Los peticionarios insistieron a su vez que la compañía tenía un acuerdo con la Autoridad de Energía Eléctrica de Bonneville, Washington State, U.S.A. (Washington's Bonneville Power Authority) para exportar energía eléctrica a Estados Unidos durante el invierno, violando las reglas que las compañías en Estados Unidos tenían que cumplir respecto a la protección de peces, y, como sostuvo Greg McDade, del Sierra Legal Defence Fund, su intención no era forzar el cierre de la compañía, sino cambiar su manera de operar, que aunque pudiera costar decenas de millones, podía ser sostenido por la hidroeléctrica, ya que el presupuesto que proporcionaba a Columbia Británica era de 373 millones de dólares.<sup>230</sup>

#### 8. Caso SEM-97-002. Río Magdalena

La octava petición presentada ante el Secretariado de la CCA, y la segunda en la que la parte fue México, fue sometida por el grupo llamado Comité pro Limpieza del Río Magdalena el 15 de marzo de 1997. El peticionario alegó que las descargas de aguas residuales de los municipios de Ímuris, Magdalena de Kino y Santa Ana, en el estado de Sonora, eran vertidas al río Magdalena sin tratamiento previo, en violación de la Ley 217 del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Sonora, la Ley No. 38 de Aguas del Estado de Sonora, la Ley 109 de Salud para el Estado de Sonora y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

<sup>227</sup> Curtis, Malcom (1997), p. A2. Véase también a McInnes, Craig (1997), p. A4.

<sup>228</sup> Curtis, Malcom, *op. cit.*

<sup>229</sup> McInnes, Craig, *op. cit.*

<sup>230</sup> *Idem.*

El Comité alegó que las descargas de aguas residuales habían dañado los árboles frutales de la región y puesto en riesgo la actividad agrícola tradicional de la zona, y que sus solicitudes para que las aguas fueran debidamente tratadas ante las autoridades municipales, estatales y federales, como la Sedesol, la Profepa, Semarnap y el gobierno del estado de Sonora, no habían sido satisfechas.

En la respuesta de las autoridades ambientales mexicanas, presentada el 29 de julio de 1998, se expusieron diversos alegatos, como la falta de jurisdicción de la CCE para conocer del caso, en virtud de existir procedimientos pendientes en México en que se estaba conociendo del caso, como lo es una denuncia popular que estaba pendiente de resolución por parte de la Profepa. También se alegó que del conjunto de leyes que señalaba el peticionario sólo era aplicable la de jurisdicción federal, ya que la descarga de aguas residuales en aguas nacionales es de competencia federal, como es el caso del río Magdalena, y son los municipios los responsables del tratamiento de aguas, según la NOM-001-ECOL/96. Se mencionó también que los municipios de Ímuris y Santa Ana estaban en proceso de cumplir con normas de limpieza y que tenían de plazo para cumplir con los máximos permisibles el 1o. de enero de 2010, y Magdalena de Kino el 1o. de enero de 2005.

La respuesta también menciona la visita a empresas que por denuncia del peticionario hicieron las autoridades, y la queja que se atendió respecto a impedir la reapertura y uso de las viejas lagunas de oxidación o el contrato que había realizado la Comisión Nacional del Agua en diciembre de 1997, con la empresa Vanguardia Agua Prieta Construcciones, S. A. de C. V. (SGC-GRNO-97-086) para la elaboración del "Proyecto de Adecuación y/o Ampliación de los Sistemas de Alcantarillado Sanitario y Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales de las ciudades de Ímuris, Magdalena y Santa Ana, Estado de Sonora". Se aceptaba en la respuesta que existía cierta deficiencia en el tratamiento de aguas residuales de los centros de población, que podían acarrear alguna inaplicación relativa de la legislación ambiental estatal, pero que a la fecha de la respuesta existía tratamiento parcial en las lagunas de oxidación de dos de estas poblaciones, y la CNA proyectaba construir una para Santa Ana en 1999.

También se destacaron una serie de acciones que la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca y la Comisión Nacional del Agua habían llevado a cabo para atacar el problema, como establecer normas de calidad del agua y programas para ayudar a las comunidades en

este problema. Se mencionó, asimismo, la creación de una comisión formada por los agricultores, los tres municipios mencionados en la petición, la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural, la Comisión Nacional del Agua, dependiente de la Semarnap, y la Secretaría de Fomento Agrícola y la de Salubridad y Asistencia, por parte del gobierno de Sonora, la cual había realizado una serie de reuniones en donde se había acordado agregar cloro al agua y buscar otras fuentes de agua y fórmulas de solución del problema. Asimismo, se hizo referencia a un informe de la Comisión Nacional del Agua que había determinado que las localidades ubicadas en las márgenes del río Magdalena aportaban la totalidad de los contaminantes: fecalismo al aire libre, descargas de drenajes domésticos, desechos de basura y materia orgánica.

El 5 de febrero de 2002 el Secretariado notificó al Consejo Ministerial que la petición ameritaba un expediente de hechos, después que en tres ocasiones solicitó información adicional a la parte sin que ésta proporcionara tal información: el 13 de septiembre de 1999, el 13 de enero y el 23 de octubre de 2000. De los primeros argumentos abordados por el Secretariado en su notificación al Consejo, está su aceptación de la denuncia popular como un recurso administrativo que tiene la sociedad en México para presentar quejas o peticiones ante las autoridades. Por otra parte, el Secretariado desechó los argumentos de los peticionarios relacionados con disposiciones estatales presentadas en la petición, la Ley del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente del Estado de Sonora, la Ley de Aguas del Estado de Sonora y la Ley de Salud del Estado de Sonora, ya que en su opinión no procede para los efectos del ACAAN.

Para el Secretariado, era importante contar en el expediente de hechos con información relacionada con las obras realizadas para el tratamiento de aguas residuales en el municipio de Santa Ana, a las deficiencias en el tratamiento de aguas residuales y su corrección en el caso del municipio de Magdalena de Kino y a la eficiencia del tratamiento de aguas en Ímuris, para lograr el objetivo de la LGEEPA, que establece las medidas para la prevención y control de la contaminación del agua. Por lo que se refiere a la denuncia popular, que la LGEEPA considera en sus artículos 189 a 192 y 199, el Secretariado decidió considerar únicamente la denuncia popular presentada por los peticionarios en 1997, cuyo trámite no había concluido al momento de la respuesta de la parte.<sup>231</sup>

<sup>231</sup> Véase expediente de hechos caso SEM-97-002, pág. Web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org).

Además, el Secretariado justifica la elaboración de un expediente de hechos no sólo para esclarecer el debate acerca de si México aplica de manera efectiva su legislación ambiental en lo referente a las descargas de aguas residuales que los municipios de Ímuris, Magdalena de Kino y Santa Ana hacen al Río Magdalena, sino también para aclarar las obligaciones generales de la federación y los municipios sobre la prevención de la contaminación, y asimismo aclarar cuáles son las responsabilidades del gobierno federal, los municipios y los organismos operadores respecto al “Proyecto de Adecuación y/o Ampliación de los Sistemas de Alcantarillado Sanitario y Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales de las Ciudades de Ímuris, Magdalena y Santa Ana”, que la parte menciona en su respuesta.<sup>232</sup>

El 7 de marzo de 2002 el Consejo Ministerial dio su voto aprobatorio para la elaboración del expediente de hechos, y el 22 de marzo el Secretariado puso a disposición del público su plan de trabajo para este caso. El expediente de hechos para este caso se está elaborando.

Esta petición se refiere sin duda a uno de los problemas ambientales más importantes de México: el tratamiento de aguas residuales. Aunque la legislación ambiental de México contempla el tratamiento de aguas en el nivel municipal, e incluso existen fechas límite para cumplir con éste, a la fecha la gran mayoría de las aguas residuales de México no se tratan y son vertidas crudas en los desagües y ríos, por lo que es posible alegar incumplimientos en la aplicación de la legislación ambiental. Sin duda, la petición tiene una vigencia, validez e importancia innegables. Por otra parte, el cumplimiento de la legislación y reglamentos en materia de tratamiento de aguas requiere de recursos que, como las autoridades ambientales lo señalaron en su respuesta, no se tienen con la puntualidad necesaria.

### 9. Caso SEM-97-003. Granjas Porcícolas de Québec

El 9 de abril de 1997 el Centro Québécois de Derecho Ambiental, junto con otras diecisiete organizaciones ambientales de Québec, presentó la novena petición ante el Secretariado de la CCA. Los peticionarios argumentaron que existía una omisión en la aplicación efectiva de la

<sup>232</sup> *Idem.*

legislación ambiental que impone normas y estándares para el tratamiento de la contaminación agrícola y los desechos de estiércol y orina originados por la cría de ganado, sobre todo porcino, omisión que había provocado problemas generalizados de contaminación agrícola y del agua en la provincia de Québec.

Las disposiciones legales que en opinión de los peticionarios no se habían cumplido efectivamente eran: la Loi Sur la Qualité de l'Environnement (Ley de la Calidad del Medio Ambiente), L.R.Q. 1985, c.Q.-2, en su sección 19(1), relativa al derecho de toda persona a un ambiente sano; la sección 20, que se refiere a la regulación de las emisiones, descargas y depósitos de los contaminantes en el ambiente en una cantidad o concentración mayor a la prevista por la ley; la sección 22, que obliga a obtener la certificación del Ministro de Ambiente y Fauna (Ministre de l'Environnement et de la Faune) para la construcción, operación, uso de la producción de bienes o de un proceso industrial si la emisión de sus contaminantes afectan la calidad del ambiente y de los recursos de agua, y la sección 112.1, que se refiere a las condiciones de operación estipuladas en los certificados de autorización expedidos por las autoridades provinciales.

Además, mencionaron el Règlement sur la prévention de la pollution des eaux par les établissements de production animale (Reglamento referente a la prevención de la contaminación del agua por el establecimiento de operaciones pecuarias R.R.Q. 1981, c. Q-2), en sus secciones 3 y 4 y divisiones IV, que se refieren a los estándares para el manejo de estiércol, almacenaje, disposición y uso del estiércol líquido; la división V, acerca de los requerimientos para el almacenaje de las deyecciones animales, como serían tanques resistentes al agua y la no derrama de estos desechos; la sección VI, que tiene disposiciones sobre dónde y cómo depositar estos desechos, y la sección VII, acerca de la prevención de la contaminación del agua debido a la cría de ganado porcino.

Los peticionarios arguyeron que la contaminación del agua debido a la actividad agrícola y pecuaria se había convertido en uno de los más grandes problemas ambientales de Québec y provocado daños a la salud humana por las descargas en el agua de los desechos del ganado, sobre todo porcino, como son cáncer, hongos, bacterias, virus y protozoarios. Además, estas mismas descargas habían producido contaminación química del agua por exceso de zinc, fósforo, cobre, amoníaco y nitrógeno orgánico, nitratos y nitritos.

Ofrecieron como ejemplos de este problema el lago Champlain y la bahía Missisquoi, las cuales habían sido invadidas de algas microscópicas producidas por exceso de fósforo, provocándose un envejecimiento prematuro del agua y el consecuente daño a especies y el hábitat dependientes de estos recursos. En opinión de los peticionarios, la contaminación tenía su origen en múltiples fuentes de la actividad ganadera, y los remedios individuales que se aplicaban no podían dar soluciones permanentes a estos problemas, ya que sólo 56 de las 399 granjas ganaderas cumplían con los estándares de almacenaje señalados en la legislación.

Los peticionarios, además, sustentaron sus argumentos haciendo referencia a dos documentos del gobierno de Québec en donde, según los peticionarios, se reconocían los susodichos problemas: el primero, el Informe del Auditor General de la Asamblea Nacional para el año 1995-1996; sobre la Ayuda financiera a empresas agrícolas (“Rapport de Vérificateur Général a la Assemblée Nationale pour l’année 1995-1996, vol. I, ch. 2: Aide financière offerté aux producteurs agricoles”), donde se mencionaba el exceso de estiércol, la contaminación de agua subterránea, la moratoria de tres años para limitar el número de granjas porcinas, y la asistencia financiera que recibían algunos productores pese a no cumplir con los estándares para el manejo de estiércol, y, el segundo el Documento de reflexión sobre la capacidad de los suelos en tierras quebequenses para soportar los desechos de animales (“Document de réflexion sur la capacité des sols du territoire québécois a supporter les élevages”).

Finalmente, los peticionarios alegaron que el Ministerio de Fauna y Medio Ambiente (MEF) no había respetado los principios de transparencia y participación pública, ya que el gobierno de Québec y la Unión de Productores Agrícolas (UPA) habían acordado en la Mesa de Concertación sobre el proyecto de reglamento para reducir la contaminación agrícola (“Table de concertation sur le projet de règlement sur la réduction de la pollution agricole”) nuevas reglas y decisiones sin tomar en cuenta a los grupos ambientalistas.

En su respuesta al Secretariado de la CCA, el gobierno de Québec argumentó que los peticionarios se referían a un problema que se encontraba en proceso de solución a través de un proceso sistemático de revisión reglamentaria y administrativa en el Ministerio del Medio Ambiente y Fauna (“Ministère de l’Environnement et de la Faune”), el Ministerio de Agricultura (“Ministère de l’Agriculture”, MAPAQ) y el Ministerio de Pesca y

Alimentación (“Ministère des Pêcheries et d’Alimentation”), ya que en 1996 Québec había reorientado su estrategia ambiental para dar mayor énfasis a la protección del ambiente agrícola a través del Plan quinquenal 1996-2000 del MEF y mediante una serie de nuevas leyes y reglamentos, tales como la Ley sobre la Calidad del Ambiente (“Loi sur la Qualité de l’Environnement”) y la Ley que modificó a la Ley sobre la Protección del Territorio Agrícola y otras disposiciones... (“Loi modifiant de la Loi sur la protection du territoire agricole et d’autres dispositions législatives afin de favoriser la protection des activités agricoles”), del 20 de junio de 1997, o el Reglamento sobre la prevención de la contaminación de origen agrícola (“Règlement sur la réduction de la pollution d’origine agricole”), aprobado el 3 de julio de 1997, que reemplazó al Reglamento referente a la prevención de la contaminación del agua en operaciones pecuarias (“Règlement sur la prévention de la pollution des eaux par les établissements de production animale”), objeto del alegato de la petición.

La autoridad también mencionó cómo dicho Reglamento había sido aprobado por la mesa de concertación formada por representantes del gobierno, organizaciones no gubernamentales, académicos y los agricultores mismos, o cómo la Política Quebequense de Desarrollo Sustentable en Agricultura (“Politique Québécoise de Développement Durable en Agriculture”), hecha pública en 1995, había sido resultado de un foro entre la sociedad y el gobierno en 1994, y cómo dicha política incluyó, entre otras acciones, servicios de asesoría y gestión integral en materia de desechos, transferencia de tecnología, investigación y desarrollo y servicios financieros. También se refirió a la Estrategia sobre el Medio Ambiente Agrícola (“Stratégie en Environnement Agricole”) y la Estrategia para la Protección del Agua en el Medio Agrícola (“Stratégie pour la Protection des Cours d’eau en Milieu Agricole”) o el nuevo Reglamento sobre la Protección del Agua en el Medio Agrícola (“Règlement sur la Protection des Cours d’eau en Milieu Agricole”) de 1991, que responsabilizó en mayor grado a los agricultores.

En otras palabras, la respuesta contrapuso a los argumentos señalados en la petición, la nueva reglamentación y los procedimientos administrativos de Québec en materia de contaminación agrícola, señalando, por ejemplo, que el reglamento de 1997 sobre reducción de la contaminación agrícola le había dado mayor importancia al almacenaje de desechos y había obligado a los agricultores a sujetarse a los planes agroambientales de fertilización.

Este caso planteó una controversia en la aplicación de la legislación ambiental en la provincia de Québec, en la que, por un lado, los peticionarios argumentaron la no aplicación de la legislación ambiental en materia agrícola vigente hasta 1997; por el otro, el gobierno de Québec destacó las acciones que sobre el problema había llevado a cabo desde ese año, y que comprendieron entre otras la aprobación de nuevas leyes y reglamentos, la puesta en marcha de la política de conformidad con las exigencias ambientales, y el cuadro de examen de los proyectos de establecimientos de producción animal.

Planteó también la posible contradicción entre el impulso que se ha dado en Québec a la producción porcina con la protección del ambiente en esa provincia, situación que dio lugar a que los peticionarios acusaran al Ministerio de Ambiente y Fauna de que su prioridad verdadera no estaba en la protección del ambiente, sino en el apoyo a los criadores porcinos. Por último, planteó también controversias en la forma de aplicar la legislación ambiental, sobre la discrecionalidad del Ministerio de Ambiente y Fauna para otorgar permisos de operación de granjas porcinas; la coherencia entre medios y fines que pueda encontrarse dentro de las diversas leyes, reglamentos, políticas y acciones del Ministerio de Ambiente y Fauna, como parece señalarlo la carta del Secretariado de la CCA, en la que solicitó mayor información al Ministerio del Ambiente de Canadá.

Como en algunas otras situaciones, en este caso de Québec esta petición provocó un fuerte resentimiento en las autoridades ambientales responsables, y puso a la Unión de Productores Agrícolas a la defensiva por posibles repercusiones económicas y políticas que la petición pudiera traer. La Unión argumentó que era la *responsabilidad* de Québec de defender sus políticas. El ministro de Fauna y Medio Ambiente de Québec, David Cliche, reaccionó también contra la petición por presentar a nivel internacional un problema de reglas locales, y consideró que los ciudadanos de Québec podían haber acudido al artículo 20 de la ley.<sup>233</sup> Para Patrick Rasmussen, miembro de uno de los grupos peticionarios, no existía ya en Québec el Ministerio de Fauna y Medio Ambiente, sino un ministerio que promueve la industria porcina en lugar de defender la protección de los ecosistemas.<sup>234</sup> Como en casos de peticiones anteriores, resaltan los diferentes in-

<sup>233</sup> "Une plainte déposée contre Québec en vertu de ALENA", *Le Devoir Politique* (1997), p. A4.

<sup>234</sup> *Idem.*

tereses económicos, las presiones de grupos ambientalistas y la interpretación de las autoridades ambientales tanto de la legislación ambiental nacional y local como la de los términos del ACAAN y de las funciones de la CCA.

Aunque a final de cuentas el Secretariado decidió solicitar autorización para abrir un expediente de hechos, el Consejo Ministerial, en una reunión de mayo del año 2000, decidió no autorizar su apertura. En esa misma reunión el Consejo acordó aprobar la elaboración del expediente de hechos del caso SEM-98-007, Metales y Derivados, y aplazar el expediente de hechos de SEM-97-006, Río Oldman II.

#### 10. *Caso SEM-97-004. CEDF*

El 26 de mayo de 1997 el grupo ambientalista “Canadian Environmental Defence Fund” presentó ante la CCA esta petición, en la que se argumenta que el gobierno de Canadá ha incurrido en la inaplicación efectiva de la legislación ambiental en lo que concierne a manifestaciones de impacto ambiental en las políticas y programas federales, al no conducir una manifestación o investigación de impacto ambiental de la estrategia llamada “The Atlantic Groundfish” (TAGS), lo cual ponía en peligro el futuro de la pesca en la costa este de Canadá.

Esta estrategia, introducida en mayo de 1994, estaba en ese momento sujeta a la Orden de Proceso de Revisión de Lineamientos sobre Impacto Ambiental (Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order o EARPGO). Sin embargo, el gobierno federal hizo cambios en su legislación ambiental y asignó posteriormente la estrategia a una política diferente, que incluía procesos diferentes para la presentación de una manifestación de impacto ambiental que la EARPGO.

Este caso se dio por cerrado por el Secretariado de la CCA el 25 de agosto de 1997. En su determinación, el Secretariado consideró que la petición no había considerado el problema de la omisión de la aplicación de la ley en el debido tiempo, de acuerdo con lo consignado en el artículo 14(1) del Acuerdo, ya que se presentó tres años después de los hechos en cuestión, y no aclaraba si la inaplicación de la ley por la parte había continuado o no. Además, de acuerdo con esta determinación, la ley en cuestión ya no estaba en vigor, y la petición no probaba si la nueva legislación preservaba o no la aplicación de la anterior. Finalmente, la petición no in-

dicó si los peticionarios habían acudido a instancias locales y nacionales antes de la presentación de la petición.

En este caso es claro que el Secretariado interpretó los artículos del Acuerdo de Cooperación Ambiental en forma similar a las dos primeras peticiones de 1995, en las que se reconoció el derecho de cada país a tener su propia legislación y a modificarla según su conveniencia.

#### 11. *Caso SEM-97-005. Biodiversidad*

El 21 de julio de 1997 los grupos ambientalistas “Animal Alliance of Canada”, “Council of Canadians” y “Greenpeace Canada” presentaron una petición en la cual alegaron la omisión de Canadá de la aplicación del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la Biodiversidad Biológica, suscrita en la Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro en 1992, el cual estableció que los países signatarios desarrollarían su propia legislación de protección a las especies en peligro de extinción. Para los peticionarios, este artículo obligaba jurídicamente a Canadá a desarrollar disposiciones legislativas para la protección de especies en peligro de extinción.

El Secretariado de la CCA rechazó esta petición. En su determinación, de conformidad con el artículo 14(1) del ACAAN, determinó que para el derecho canadiense las obligaciones internacionales no podían importarse a las leyes nacionales. En sus propias palabras sostuvo: “...en Canadá existe un principio constitucional fundamental y de muchos años, derivado de la herencia jurídica de la nación, que establece que el proceso de ratificación no significa importar las obligaciones internacionales a la legislación interna”.<sup>235</sup> En otras palabras, el Secretariado consideró que para que la legislación ambiental fuera considerada como tal, era necesario que hubiera sido debatida y aprobada por el órgano parlamentario o legislativo de uno de los países miembros del ACAAN.

#### 12. *Caso SEM-97-006. Río Oldman II*

La petición presente puede considerarse una continuidad del caso presentado en septiembre de 1996 por los mismos peticionarios, el grupo ambiental Friends of the Oldman River. La petición alegó la omisión del

<sup>235</sup> Determinación del Secretariado respecto de la petición SEM-97-005, página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org).

cumplimiento de la legislación ambiental por parte del gobierno de Canadá en los artículos 35, 37 y 40, relativos a la protección del hábitat de la Ley de Pesca (Fisheries Act), la sección 5(1)(d) de la Ley Canadiense de Impacto Ambiental (Canadian Assessment Environmental Act o CEEA) y el Apéndice 1, punto 1, del Reglamento sobre la Lista Legislativa (Law List Regulations). El Ministerio de Pesca de Canadá publicó una directiva relativa a la publicación de las autorizaciones del artículo 35(2) (Directiva sobre la concesión de autorizaciones previstas en el párrafo 35(2)), que crea un proceso de toma de decisiones en la que, de acuerdo con los peticionarios, el gobierno federal de Canadá abdicó sus responsabilidades legales en la aplicación de esta ley en favor de las provincias. Para los peticionarios, esto implicó una omisión en la aplicación de la legislación ambiental, debido a que las provincias no han jugado un papel positivo en la aplicación de la Ley de Pesca.

Los peticionarios sostienen que, de acuerdo con el artículo 35(1) de la Ley de Pesca, está prohibido realizar obras o proyectos que dañen el hábitat de los peces, a menos que, de acuerdo con el artículo 35(2), estas obras se hagan con medios o autorizaciones del ministro. La directiva mencionada ha dado lugar a la emisión de cartas de recomendación en un gran número de proyectos, en lugar de que las autoridades ambientales apliquen los artículos 35 y 37 de la Ley de Pesca. Para los peticionarios, Canadá ha empleado estas cartas de recomendación como un instrumento de aplicación de la legislación ambiental, y evitar así las infracciones del artículo 35(1).<sup>236</sup>

En su respuesta, el gobierno de Canadá argumentó en su defensa que la forma y métodos que este país utiliza para aplicar la sección 35 de la Ley de Pesca y las directivas de implementación que de ahí se derivan son ejercicio legítimo y sujeto a su discreción respecto al cumplimiento de la ley, e invocan el artículo 45 del Acuerdo para defender este argumento. Señaló además la respuesta que la sección 35(1) y (2) y las secciones 37 y 40 no pueden invocarse a menos que se haya incurrido en una "harmful alteration, disruption or destruction" (HADD o "alteración perjudicial, perturbación o destrucción").

Aunque el Secretariado había rechazado continuar con el caso presentado en la anterior petición por esta organización, al no estar ya en proce-

<sup>236</sup> Notificación al Consejo conforme al artículo 15(1) de que se amerita la elaboración de un expediente de hechos, pp. 5-10.

so de litigio en las cortes de Canadá el problema asunto de la controversia, aceptó continuar con el análisis de esta segunda petición, y pidió al gobierno de Canadá una respuesta acerca del problema planteado. El 19 de julio de 1999 el Secretariado informó al Consejo Ministerial que a su juicio la petición ameritaba la elaboración de un expediente de hechos, ya que, de acuerdo con su notificación al Consejo, la "...Respuesta no da información suficiente sobre el número de permisos o el número de cartas de recomendación, ni sobre el monitoreo y vigilancia de los proyectos";<sup>237</sup> es decir, la parte no aclara cómo los permisos o cartas de recomendación han cumplido con la protección ambiental, de acuerdo con el artículo 35(1) de la Ley de Pesca, ni la efectividad de esas medidas para garantizar que se cumpla dicho artículo. Más aún, el Secretariado considera que la información suministrada por la parte respecto al uso de acciones judiciales como una forma de aplicación de la ley es insuficiente, por lo que considera que el expediente de hechos dará una información más comprensiva de estos problemas.

Cabe señalar que en una primera decisión el Consejo Ministerial decidió, en mayo de 2000, aplazar la elaboración de este expediente de hechos, al mismo tiempo que aprobaba la elaboración del expediente de hechos del caso SEM-98-007, Metales y Derivados, y rechazaba que se elaborara el expediente de hechos del caso SEM-97-003, Granjas Porcícolas de Québec. Finalmente, el 16 de noviembre de 2001 en Consejo Ministerial votó para instruir al Secretariado a que elaborara un expediente de hechos, mismo que está ya en preparación, y donde el Secretariado puso a disposición del público un plan de trabajo el 14 de diciembre de 2001.

El 17 de abril de 2003 el Secretariado presentó al Consejo Ministerial el borrador de un expediente de hechos para recibir comentarios sobre la veracidad de sus datos en un periodo de 45 días.

### 13. *Caso SEM-97-007. Lago de Chapala*

Esta petición fue presentada por el Instituto de Derecho Ambiental con sede en Guadalajara, Jalisco. Los peticionarios argumentaron omisiones en la aplicación efectiva de los artículos 189 al 194 de la Ley de 1988 antes de las reformas de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, y los artículos 2o., 65 y 53 del Reglamento Interno de la Secre-

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 20.

taría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, del 8 de julio de 1996. El asunto de la petición fue el trámite que se dio a la denuncia popular presentada por los peticionarios el 23 de septiembre de 1996 ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, para que declarara el estado de emergencia ambiental para el ecosistema del lago de Chapala. Los peticionarios alegaron que la Profepa se limitó a recibir la denuncia popular, sin cumplir las formalidades consignadas en la LGEEPA y sin dar una resolución administrativa de la procedencia o no de la denuncia.

En su respuesta, la autoridad ambiental de México afirmó en primer término que la denuncia popular no era un recurso administrativo, sino un acto por el que cualquier particular pone al tanto de la autoridad ambiental hechos de su competencia para que actúe conforme a sus facultades, y planteó precisiones respecto al procedimiento de la denuncia popular, las cuales contradecían los asertos de los peticionarios. También alegó que la petición era improcedente por no haber *agotado* los peticionarios los recursos previstos en la legislación mexicana y porque la materia asunto de la petición eran los procedimientos de la denuncia popular, y el problema ambiental sólo se mencionaba como antecedente.

Por otra parte, aunque la autoridad reconoció que no había cumplido con el plazo de treinta días para notificar a los denunciantes el resultado de la verificación de hechos y las medidas impuestas, como está consignado en el artículo 193 de la LGEEPA, sí se había atendido la denuncia popular, y la dilación de la respuesta se debió a la necesidad de profundizar en el problema y contar con una evaluación técnica de la Comisión Nacional del Agua, dependiente de la Semarnap.

Esta petición planteaba dos problemas importantes: 1) la contaminación del lago, de Chapala, el más grande del país, un problema importante para México, por estar afectado este lago por la contaminación del río Lerma, su principal abastecedor, el cual se ve afectado casi desde su nacimiento en el Estado de México, por la explotación que se hace de sus aguas, por el abastecimiento a la zona metropolitana de Guadalajara, y por los recursos del lago que han constituido una fuente de ingresos para la población ribereña; 2) la eficacia de las acciones administrativas y contenciosas que presentan los particulares a las autoridades ambientales de México, como se señala en la petición respecto al trámite de la denuncia popular.

En julio de 2000 el Secretariado decidió dar por terminado el caso en virtud de que se encontraba impedido para elaborar un expediente de

hechos. El argumento del Secretariado fue que la respuesta de la parte se basa en un acto de la misma autoridad posterior a que se presentara la petición, pero que afectaba la aseveración principal de la petición. Por lo tanto, debido a razones procesales, el Secretariado no puede considerar la opinión de los peticionarios sobre los actos de la parte.

#### 14. Caso SEM-98-001. Guadalajara

Esta petición, la cuarta en que la parte reclamada era México, la presentó también el Instituto de Derecho Ambiental, A. C., en conjunto con algunos ciudadanos de la ciudad de Guadalajara, Jalisco, México, el 9 de enero de 1998. Los peticionarios argumentaron la omisión de la aplicación de la legislación ambiental y el derecho penal mexicano en el caso de las explosiones que se dieron en el drenaje del sector Reforma de esa ciudad el 22 de abril de 1992. De acuerdo con los peticionarios, la omisión en la aplicación efectiva de la legislación ambiental se concreta con la resolución judicial del 28 de enero de 1994, en que se declaró el sobreseimiento, y el auto de 8 de febrero del mismo año, mediante el cual el juez sexto de distrito en materia penal declaró que la resolución había causado estado con el valor de cosa juzgada, con lo que la demanda judicial interpuesta por los peticionarios se consideró legalmente como no procedente.

En el caso de esta petición, cabe señalar que el problema planteado no parece de inmediato un problema *ambiental*, como se define en el ACAAN, aunque las causas de estas explosiones parecen haber sido los residuos de gasolina y otros lubricantes en el drenaje doméstico municipal, lo que puede relacionarse con la forma de depositar este tipo de desechos. Al señalar los peticionarios no solamente los artículos 182 al 188 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, sino también los artículos 6o. a 11 y 18 del Código Penal Federal y diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Penales, se amplió el concepto de legislación ambiental al plantearse las violaciones a las leyes y reglamentos ambientales como problemas del derecho penal.

El Secretariado determinó, el 11 de enero de 2000, que la petición no cumplía con lo dispuesto en el artículo 14(1), y dio por terminado el proceso. De acuerdo con el Secretariado, los argumentos de los peticionarios no se basan en la legislación ambiental aplicable a los hechos que presentan, y estos argumentos no señalan las omisiones en la aplicación efectiva

de la legislación ambiental a partir de la entrada en vigor del ACAAN.<sup>238</sup> Es claro en este caso que los peticionarios no invocaron la legislación ambiental aplicable, y que el Secretariado no aceptó una interpretación tan amplia de legislación ambiental.

#### 15. *Caso SEM-98-002. Ortiz Martínez*

Esta petición fue presentada por un particular, el señor Héctor Gregorio Ortiz Martínez, el 14 de octubre de 1997. La petición alegó la omisión de la aplicación de la legislación ambiental por parte de la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente de México, relacionada con la supuesta denuncia popular presentada por el peticionario.

El 23 de junio de 1998 el Secretariado de la CCA determinó que no revisaría la petición debido a que el problema planteado por el peticionario no podía considerarse dentro de la definición de “legislación ambiental” del ACAAN. El Secretariado consideró que el problema planteado en la petición era una controversia comercial en materia forestal basada en una ley que tiene como propósito principal la administración de las explotaciones de los recursos naturales con fines comerciales. Este asunto está expresamente excluido de la revisión por el ACAAN, de acuerdo con la definición de legislación ambiental del artículo 45(2)(b). El Secretariado abunda además al señalar que la petición y sus anexos no sustentan que las denuncias presentadas por el peticionario el 14 de enero de 1994 y el 6 de octubre de 1995 puedan calificarse como “denuncia popular”; además de que dichos escritos no son relativos a un hecho, acto u omisión que produzca desequilibrio ecológico, daños al ambiente o a los recursos naturales, de acuerdo con el artículo 204 de la LGEEPA.

Es claro que esta petición no planteaba un problema ambiental relacionado con la omisión de la aplicación de la legislación ambiental, sino que el interés subyacente era la protección de una propiedad forestal. Esta petición parece haber sido presentada sin que el peticionario haya tenido una idea clara del trabajo de la Comisión de Cooperación Ambiental y de los términos del ACAAN. Por otra parte, la interpretación que dio el Secretariado a esta petición dejó claro el alcance que se quiere dar a los términos del ACAAN y la intención de tomar en cuenta aquellos problemas

<sup>238</sup> Caso SEM-98-001. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

planteados en las peticiones que realmente se relacionen con la protección del ambiente y de los recursos naturales.

#### 16. *Caso SEM-98-003. Grandes Lagos*

El 28 de mayo de 1998, ocho grupos ambientalistas de Estados Unidos y Canadá, entre ellos el “Department of the Planet Earth”, el “Sierra Club of Canada”, la “Washington Toxics Coalition” y el “International Institute of Concern for Public Health”, presentaron una nueva petición en contra de los Estados Unidos. El problema que se planteó fue la contaminación de agua de los Grandes Lagos debida a las emisiones transportadas por aire producidas por los incineradores de desechos sólidos y desechos médicos localizados en esa región de Estados Unidos.

La petición mencionó la Ley de Aire Puro (Clean Air Act) 1990, 42, secciones 7401, 7415 y 7429; la Ley de Prevención de la Contaminación de 1990 (Pollution Prevention Act); los Acuerdos para la Calidad de Agua de los Grandes Lagos de 1972 y 1978 (Great Lakes Water Quality Agreements), el Protocolo de 1987 y la Estrategia Binacional para los Grandes Lagos de 1997 (Great Lakes Binational Strategy) y el Acuerdo entre los gobiernos de Estados Unidos y Canadá en relación con el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos de 1986 (Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States Concerning Transboundary Movement of Hazardous Waste). Los peticionarios argumentaron que los reglamentos de la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos en materia de incineradores de desechos tóxicos y médicos entraban en conflicto con las normas de “eliminación virtual de las sustancias tóxicas persistentes” y “emisión cero”, que se establecen en el Acuerdo para la Calidad del Agua de los Grandes Lagos, al que consideran como parte del derecho ambiental de Estados Unidos, ya que fue ratificado por el Senado de ese país.

El Secretariado aceptó, el 8 de septiembre de 1999, la revisión de la petición revisada, presentada por los peticionarios el 4 de enero de 1999, basándose en la Ley de Aire Limpio, la Ley de Prevención de la Contaminación, que son las disposiciones legales señaladas por los peticionarios que el ACAAN considera legislación ambiental, y desestimó los argumentos referentes al Acuerdo de Calidad de Agua de los Grandes Lagos y el Acuerdo entre Estados Unidos y Canadá sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, y pidió una respuesta a la parte, la que

fue presentada el 3 de diciembre de 1999; posteriormente solicitó información adicional, que la parte proporcionó el 15 de noviembre de 2000.

En su respuesta, la autoridad ambiental de la parte (EPA) señala que al momento en que se presentó la petición la mayoría de los incineradores no estaban sujetos a requisitos regulatorios o de monitoreo, y que la petición se enfoca entonces en lo adécuado de la legislación, y no en su aplicación, y que en todo caso la EPA no realiza pruebas de monitoreo, como lo demandan los peticionarios, sino que requiere de muestras representativas para monitorear las emisiones de dioxino y mercurio de los incineradores asunto de la petición.<sup>239</sup>

En enero de 2000 el Secretariado determinó cerrar este caso, ya que en su opinión la información que proporcionó la parte en su respuesta no indica un serio y extendido problema de aplicación de la legislación ambiental. La sección 115 de la Ley de Aire Limpio tampoco da lugar a un expediente de hechos, ya que la EPA tiene una gran discrecionalidad en su aplicación, y los argumentos de la respuesta no sustentan la elaboración de un expediente de hechos. Por último, además de que la parte argumenta que los peticionarios se enfocaron en lo *adecuado* de la legislación ambiental en lugar de en su *aplicación*, menciona también un extenso esquema de monitoreo y de prueba de emisiones de los incineradores en debate.

En este caso, se observa nuevamente que la intención de los artículos 14 y 15 sobre presentación de peticiones ciudadanas, y su aplicación por el Secretariado, se refieren concretamente a la aplicación de la ley, y no a lo adecuado o benéfico de la legislación ambiental. Por otra parte, es preciso resaltar el tiempo que tomó esta petición, ya que no fue sino hasta noviembre de 2000 cuando el Secretariado recibió información adicional de las autoridades ambientales de Estados Unidos.

### 17. Caso SEM-98-004. B. C. Mining

Esta petición fue presentada por los grupos ambientalistas “Sierra Club of British Columbia”, “Environmental Mining Council of British Columbia”, “Taxu Wilderness Association”, todos representados por el “Sierra Legal Defence Fund”. La petición argumentó la existencia de una omisión general en la aplicación efectiva de la Ley de Pesca de Canadá

<sup>239</sup> Determinación del Secretariado, 11 de enero de 2000, p. 6. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org).

(Fisheries Act), secciones 36(3) y 40(2), la cual ha significado que la industria minera de Columbia Británica haya afectado los bancos de peces y su hábitat, y provocado la crisis del salmón en la costa occidental de Canadá, además de que la omisión de aplicación de esta legislación había ocasionado distorsiones en el comercio internacional. En concreto, los peticionarios alegan un patrón persistente de faltas en la aplicación efectiva de la legislación ambiental en relación con las operaciones mineras, señalando cuatro minas en particular: Britania, Mt. Washington, Tulsequah Chief y Kemess, aunque señalan que este patrón se aplica a las operaciones mineras de Columbia Británica en general. De acuerdo con los peticionarios, uno de los factores que ha contribuido a esta omisión han sido los recortes drásticos de recursos y personal en la agencia “Environment Canada”.

EL Secretariado, luego de recibir la respuesta de las autoridades ambientales del Canadá, recomendó la preparación de un expediente de hechos en mayo de 2001. Para el Secretariado, la parte no proporcionó información en su respuesta que mencione las acciones que las autoridades de Canadá o de Columbia Británica han puesto en marcha para atender los problemas de contaminación de agua provocados por las minas y así cumplir con lo dispuesto en la sección 36(3) de la Ley de Pesca.

...es aparentemente innegable que cuando menos hasta la fecha de la respuesta de Canadá, las escurrientías ácidas de las tres minas —una de las cuales ha sido descrita como la mayor fuente fija de contaminación por metales en toda América del Norte— seguían afectando el hábitat de los peces y que las violaciones a la Ley de Pesca eran continuas.<sup>240</sup>

El Secretariado consideró en esta notificación que se necesitaba examinar con detalle qué tan efectivo ha sido el enfoque con que se ha aplicado la legislación ambiental en cada mina, además de requerir una explicación detallada de la puesta en marcha y la eficacia del Borrador de Política para el Cumplimiento y la Aplicación, que se refiere a la sección 36(3) de la Ley de Pesca.

El 16 de noviembre de 2001 el Consejo votó a favor de la elaboración de un expediente de hechos, que se encuentra actualmente en proceso de

<sup>240</sup> Notificación del Secretariado, 11 de mayo de 2001. Página web de la CCA: [www.ccc.org](http://www.ccc.org).

elaboración. El 14 de diciembre de 2001 puso a disposición del público y de los interesados un plan de trabajo con el fin de elaborar el expediente de hechos de este caso.

El 28 de marzo de 2003 el Secretariado presentó al Consejo Ministerial el borrador de un expediente de hechos para recibir comentarios sobre la veracidad de sus datos en un periodo de 45 días.

#### 18. *Caso SEM-98-005. Cytrar I*

El 23 de julio de 1998 la Academia Sonorense de Derechos Humanos, A. C. y el licenciado Domingo Gutiérrez Mendivil presentaron una petición, la cual alega que el gobierno de México omitió aplicar en forma efectiva su legislación ambiental al autorizar, el 11 de noviembre de 1996, por medio del Instituto Nacional de Ecología, la operación de un confinamiento de residuos peligrosos y un sistema de tratamiento de los mismos, denominado CYTRAR, a menos de seis kilómetros de la ciudad de Hermosillo, lo que violaba la norma oficial mexicana NOM-CRP-004-ECOL/1993, publicada el 2 de octubre de 1993 en el *Diario Oficial de la Federación*, en la que se establece que la distancia entre un confinamiento de este tipo y zonas urbanas debe ser de un mínimo de 25 kilómetros.

Los peticionarios señalaron que las autoridades ambientales, esto es, la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, el gobierno del estado de Sonora y el Ayuntamiento de Hermosillo, habían anunciado la reubicación del confinamiento, pero que esta reubicación significaba solamente clausurar el primero dejando abandonada la escoria ahí depositada sin atender a la limpieza o remediación del sitio. Además, se había decidido construir uno nuevo dentro del territorio del estado de Sonora sin consultar a la población, lo que iba en contra de lo que establecía la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Señalaron como parte de la legislación no aplicada la norma oficial mexicana NOM-CRP-004/1993 (ahora NOM-055-ECOL-1993), que establece los requisitos que deben reunir los sitios destinados al confinamiento de residuos peligrosos, y el artículo 159 bis 3 de la LGEEPA. El Secretariado de la CCA, al revisar esta petición, consideró que se merecía una respuesta por parte de las autoridades ambientales de México, que fue presentada ante el secretariado el 12 de julio de 1999.

La respuesta de las autoridades ambientales consideró que el artículo 14(2) (C) del Acuerdo exige al peticionario *agotar* todos los recursos legales dentro de un país antes de presentar una petición bajo este mecanismo, y por lo tanto la petición era improcedente. Al momento de la petición había en proceso un recurso de revisión y dos juicios de amparo, los cuales impedían la revisión del caso, de acuerdo con el artículo ya citado. En lo que se refería al confinamiento objeto de la petición, la parte señala que se había construido con anterioridad a la NOM-044-ECOL-1993, mencionada en la petición, con base en el derecho ambiental de entonces, y que las autorizaciones posteriores se habían basado en dictámenes técnicos. Finalmente, en la respuesta se argumentaba que no era posible informar a la población acerca de la ubicación del nuevo confinamiento de residuos, ya que aún no se ha decidido.

Este caso fue rechazado por el Secretariado el 26 de octubre del 2000, debido a que las aseveraciones de los peticionarios respecto de la ilegalidad de la ubicación de la empresa no se confirma con los argumentos vertidos en la respuesta de la parte. La norma que citan los peticionarios no estaba vigente al momento de seleccionar el sitio para la ubicación del confinamiento. Además, la petición no contiene datos específicos sobre la contaminación ilegal del confinamiento, ni se confirma que el confinamiento haya sido ubicado ilegalmente.<sup>241</sup>

#### 19. *Caso SEM-98-006. Aquanova*

El 20 de octubre de 1998 la organización ambiental Grupo Ecológico Manglar, A. C., presentó una petición donde se argumentó la omisión de la aplicación de la legislación ambiental por parte de autoridades ambientales mexicanas en lo que se refiere al establecimiento y operación de la empresa de acuacultura Granjas Acquanova, S. A. de C. V. establecida en la costa del municipio de San Blas, estado de Nayarit. De acuerdo con la petición, existía una falta de aplicación efectiva de las leyes y reglamentos que protegen las selvas y bosques tropicales, especialmente algunas especies de mangle y de aves migratorias, de los requerimientos en materia de impacto ambiental, de las disposiciones sobre descarga de aguas residuales y control de la contaminación de las aguas, y finalmente las

<sup>241</sup> Determinación del Secretariado, 26 de octubre de 2000, p. 14. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org).

disposiciones para proteger los recursos pesqueros de la zona en caso de introducción de especies extrañas. Además, de acuerdo con los peticionarios, la empresa había cometido toda una serie de delitos ambientales, los cuales no se han perseguido por las autoridades ni se había dado seguimiento a los procedimientos administrativos que habían iniciado los peticionarios.

Las leyes y reglamentos que de acuerdo con los peticionarios no se han aplicado efectivamente son: la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, artículos 117, 118, 119, 121, 123, 129, 130, 168 y 182; la Ley de Aguas Nacionales, artículos 86, 88, 119, 4, 9 y 92; el Reglamento de esta ley; las normas NOM-059-ECOL-1994 y NOM-062-ECOL-1994, la Ley de Pesca y su reglamento; el Código Penal; la Ley Forestal y la Ley de Procedimiento Administrativo. El Secretariado de la CCA, en su determinación del 17 de marzo de 1999, solicitó una respuesta de las autoridades ambientales de México, que luego de ser presentada y examinada llevó al Secretariado a recomendar la preparación de un expediente de hechos el 4 de agosto de 2000.

En su notificación al Consejo, el Secretariado consideró que esta petición justificaba la elaboración de un expediente de hechos para parte de los alegatos que presentaron los peticionarios, y consideró que los argumentos relativos al Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre la protección de las aves migratorias y de mamíferos cinegéticos, la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente con Hábitat de Aves Acuáticas y el Protocolo que la modifica y el Acuerdo Tripartita de Cooperación para la protección de humedales y aves acuáticas, presentados por los peticionarios, son instrumentos internacionales que promueven que los países signatarios tomen medidas legislativas y reglamentarias respecto de los problemas que abordan, pero no se refieren a la aplicación de la legislación ambiental.<sup>242</sup>

El Secretariado considera que el expediente de hechos se elaborará, entonces, a partir de los argumentos relacionados con la aplicación de la legislación ambiental en lo que se refiere a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento, la Ley de Pesca y su Reglamento, la Ley Forestal y las nor-

<sup>242</sup> Notificación al Consejo, 4 de agosto de 2000, pp. 9 y 10. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org).

mas oficiales mexicanas NOM-062-ECOL-1994 y NOM-059-ECOL-1994. Aunque la respuesta de la parte responde a los cuestionamientos de los peticionarios acerca de las acciones llevadas a cabo por la Comisión Nacional del Agua, y señala que está corrigiendo el deterioro causado por la empresa, no proporciona información acerca de cómo estas acciones de la autoridad constituyen la aplicación efectiva de la legislación ambiental, ni tampoco proporciona información que justifique la aplicación efectiva de las disposiciones de la Ley de Pesca.<sup>243</sup>

Por lo que se refiere a la aplicación de la ley en los presuntos delitos ambientales llevados a cabo por la empresa, las aseveraciones de la parte no indican claramente que los hechos argumentados por los peticionarios sean los mismos referidos en la respuesta, ni que la respuesta y la petición aborden las mismas disposiciones legales, por lo que existen indicios de que la empresa pudo cometer los delitos ambientales argumentados por los peticionarios, y que no se ha aplicado la legislación en cuestión.<sup>244</sup> Basado en estas consideraciones, el Secretariado consideró que se ameritaba un expediente de hechos, debido a que no encontró en la respuesta de la parte, argumentos sólidos y referencias fácticas que llevaran a concluir que las autoridades ambientales habían aplicado de manera efectiva la legislación ambiental.<sup>245</sup>

El Consejo Ministerial dio su voto aprobatorio para la elaboración de un expediente de hechos el 16 de noviembre de 2001, el cual se encuentra actualmente en proceso por parte del Secretariado, que puso a disposición del público el 14 de diciembre de 2001 los documentos relativos a la elaboración del expediente de hechos. Éste es un caso en el que, claramente, el Secretariado consideró que había problemas en la aplicación de la legislación ambiental, y es importante señalar la exclusión de acuerdos y convenios internacionales que aunque tengan la categoría de “legislación nacional” se refieren a las acciones que las partes signatarias deben llevar a cabo en materia de legislación ambiental, no a la aplicación de la legislación en cuestión.

El 5 de mayo de 2003 el Secretariado presentó la versión final del expediente de hechos al Consejo Ministerial para que éste decida si dicho expediente se pone a disposición del público.

<sup>243</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 24

<sup>244</sup> *Ibidem*, pp. 26 y 27.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 30.

## 20. *Caso SEM-98-007. Metales y Derivados*

Esta petición, también dirigida contra México, fue presentada el 23 de octubre de 1998 por dos grupos ambientales, uno de México y otro de Estados Unidos: la "Environmental Health Coalition" y el Comité Ciudadano pro Restauración del Cañón del Padre y Servicios Comunitarios, A. C. El problema planteado en la petición es el abandono que hizo la empresa Metales y Derivados, filial en México de la "New Frontier Trading Corporation", de los residuos peligrosos que generó esta fundidora de plomo, y que no repatrió a Estados Unidos como lo disponen la legislación mexicana y el Acuerdo de la Paz. La petición argumenta que el dueño y los operadores de la empresa abandonaron sus instalaciones cuando ésta fue clausurada, y regresaron a Estados Unidos dejando en el sitio cerca de 6,000 toneladas métricas de escoria de plomo, residuos de subproductos (cajas de acumuladores, componentes internos de acumuladores y chatarra metálica), ácido sulfúrico y metales pesados, como antimonio, arsénico, cadmio y cobre, que provienen de las operaciones de reciclaje de acumuladores.

Los peticionarios afirman que las autoridades no han aplicado con efectividad las leyes ambientales al no proseguir con los procesos penales iniciados contra el propietario mediante su extradición formal, de acuerdo con el artículo 415 del Código Penal, el artículo 3o. de la Ley de Extradición Internacional, y los artículos 1o. y 2o. del Tratado de Extradición entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos. Además, existen omisiones en el cumplimiento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en el artículo 170, ya que no se han tomado las medidas necesarias para neutralizar los residuos peligrosos generados por Metales y Derivados, y en el artículo 134, debido a que no se han tomado medidas para controlar o impedir la contaminación del suelo en el sitio de esta empresa. Los peticionarios, además de plantear este caso bajo los artículos 14 y 15, solicitaron que se elabore un informe bajo el artículo 13 del ACAAN, ya que el problema planteado en la petición forma parte del Programa Anual de 1996 de la CCA.

El Secretariado solicitó, el 5 de marzo de 1999, una respuesta a las autoridades ambientales de México mencionando específicamente los artículos 134 y 170 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, y haciendo notar los procesos penales de extradición

contra el propietario de la empresa. El 1o. de julio de 1999 el Secretariado recibió la respuesta de la parte, que ésta designó totalmente como confidencial. El Secretariado recomendó el 6 de marzo de 2000 la preparación de un expediente de hechos, cuya preparación fue autorizada en mayo de 2000 por el Consejo Ministerial.

En este caso, el Secretariado determinó que no todos los alegatos de los peticionarios justificaban la elaboración de un expediente de hechos. De esta forma, los alegatos relativos al Código Penal Federal, el Tratado de Extradición entre México y Estados Unidos y la Ley de Extradición Internacional no justificaban un análisis posterior por parte del Secretariado y no se incluyeron en el expediente de hechos.<sup>246</sup>

Por otra parte, en lo que se refiere a los alegatos relacionados con la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, el Secretariado consideró que se justificaba el expediente de hechos, por las siguientes razones:

En lo que se refiere al artículo 170 de la LGEEPA, los peticionarios argumentaron que se ha omitido la aplicación efectiva de este artículo porque no se han adoptado las medidas de seguridad apropiadas para neutralizar y/o contener los residuos peligrosos. De acuerdo con los peticionarios, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente construyó un muro de protección en la planta y colocó una cobertura de plástico sobre la escoria de plomo, pero estas protecciones se han deteriorado y los residuos peligrosos han quedado de nuevo expuestos al ambiente. La parte, de acuerdo con el Secretariado, no respalda acciones de las autoridades encaminadas a aplicar las fracciones II y III del artículo 170 en este caso en particular.<sup>247</sup>

En cuanto al artículo 134 de la LGEEPA, para los peticionarios, las medidas emprendidas por las autoridades ambientales de México no constituyen una aplicación efectiva de este artículo, puesto que no se ha prevenido la contaminación, y las condiciones del sitio no han sido restablecidas. El Secretariado considera que la respuesta no proporciona información acerca de la forma en que la Profepa aplicó el artículo 134, o si dio seguimiento a estas acciones en la prevención de la contaminación del

<sup>246</sup> “Notificación al Consejo, conforme al artículo 15(1), de que el Secretariado considera que la petición de la SEM-98-007 amerita la elaboración de un expediente de hechos”, p. 1. Véase página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 16.

suelo.<sup>248</sup> Por último, el Secretariado consideró que la preparación de un informe bajo el artículo 13 podría considerarse después de haber terminado este proceso, es decir, después de haber terminado el expediente de hechos.

El 16 de mayo de 2000 el Consejo dio su voto aprobatorio para la elaboración del expediente de hechos, mismo que ya fue terminado y hecho público el 11 de febrero de 2002. Cabe señalar que al momento de recomendar que se hiciera un expediente de hechos para este caso el Secretariado recomendó también elaborar los expedientes de hechos de los casos SEM-97-003, relativo a la contaminación que provocan las granjas porcinas en Québec y SEM-97-006, Amigos del Río Oldman II. De los tres casos, el Consejo solamente votó para la elaboración de hechos del caso SEM-98-007, negó su autorización para la elaboración del expediente de hechos del caso de la contaminación de las granjas porcinas, y difirió el expediente de hechos de la petición Amigos del Río Oldman II.

#### 21. *Caso SEM-99-01. Methanex*

El 18 de octubre de 1998 la empresa Methanex Corporation presentó una petición en la que se alega que los gobiernos del estado de California y de Estados Unidos han omitido la aplicación de leyes y reglamentos ambientales de California relacionados con la protección de recursos hidrológicos y la reglamentación de almacenamiento subterráneo. El estado de California ha permitido derrames de gasolina en el medio ambiente que proceden de depósitos defectuosos y ha omitido así cumplir con su legislación ambiental. La petición alega que la Orden Ejecutiva D-5-99, que dispone la eliminación del Metil Terbutil Éter (MTBE) de la gasolina a más tardar el 31 de diciembre de 2002 se concentra en este componente de la gasolina, y no en la filtración en sí. Además, al señalar al MTBE como el que plantea el problema ambiental a causa de los depósitos defectuosos, se admite que se ha incurrido en omisiones a la aplicación de la legislación ambiental.

Las leyes que cita la petición son las Normas sobre Depósitos de Almacenamiento Subterráneo (Underground Storage Tank Regulations, UST), el Código de Aguas de California (California Water Code), la Ley de Agua Potable de Estados Unidos (Safe Drinking Water Act) y

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 19.

la Ley de Agua Limpia de Estados Unidos (Clean Water Act). El caso se encuentra todavía en proceso de revisión por el Secretariado. Sin embargo, es interesante que por primera vez una empresa presente una petición por incumplimiento de la legislación ambiental, lo que puede deberse a que la Methanex Corporation es una empresa de Alberta, Canadá, que elabora un solo producto, el metanol, que exporta a Estados Unidos para su uso en refinerías. Gran parte de este metanol se utiliza en Estados Unidos para la producción de MTBE.

El Secretariado determinó el 30 de marzo de 2000, que esta petición cumplía con los criterios del artículo 14(1), y solicitó una respuesta de Estados Unidos. Después de recibir la respuesta de la parte, el Secretariado decidió no avanzar en el proceso de la petición, ya que el asunto materia de la petición estaba sujeto a un proceso arbitral bajo el capítulo XI del TLCAN, de acuerdo con el artículo 14(3) del ACAAN, la petición debía desestimarse.<sup>249</sup> Más aún, el Secretariado consideró que la petición SEM-00-002, Neste Canadá, abordaba los mismos hechos que esta petición, las omisiones en la aplicación efectiva de las UST de California y el argumento de que el estado de California debía reforzar la aplicación de la ley en lugar de prohibir el uso de MTBE, y determinó desestimarla basada en las mismas disposiciones del artículo 14(3).<sup>250</sup>

En este caso, es claro que, al existir un procedimiento arbitral, judicial o administrativo, el secretariado no puede continuar con la revisión de una petición. Lo interesante aquí, como en el caso de Neste Canadá, es que los peticionarios habían iniciado un procedimiento arbitral por problemas del cumplimiento de las disposiciones del TLCAN en materia de inversión, lo que indica que sus intereses en este asunto no eran meramente ambientales, sino que se relacionaban con la exportación del MTBE al estado de California.

## 22. Caso SEM-99-002. *Aves Migratorias*

El 17 de noviembre de 1999 nueve grupos ambientales: la “Alliance for the Wild Rockies, el “Center for International Environmental Law”,

<sup>249</sup> El artículo 14(3) del ACAAN dispone que se desestime una petición ciudadana si se cumplen estas condiciones: 1) debe haber un proceso administrativo o judicial pendiente, y 2) los hechos sujetos de la petición son los mismos del procedimiento pendiente.

<sup>250</sup> Determinación del Secretariado, 30 de junio de 2000, p. 5. Página web de la CCA: [www.ccc.org](http://www.ccc.org).

el Centro de Derecho Ambiental del Noreste de México, el Centro Mexicano de Derecho Ambiental, "Friends of the Earth", el Instituto de Derecho Ambiental, el "Pacific Environment and Resources Center", "Sierra Club of Canada" y el "West Coast Environmental Law Association" presentaron la última petición ante el Secretariado de la Comisión de Cooperación Ambiental. De acuerdo con la petición, el gobierno de Estados Unidos ha omitido la aplicación afectiva del artículo 703 de la Ley del Tratado sobre Aves Migratorias ("Migratory Bird Treaty Act", MBTA, 16 USVC), que prohíbe matar aves migratorias sin autorización. De acuerdo con los peticionarios, la Ley del Tratado sobre Aves Migratorias incorpora a la legislación nacional de Estados Unidos cuatro tratados internacionales; el artículo 703 prohíbe a cualquier persona matar o "tomar posesión" de aves migratorias por cualquier medio, a menos que el Servicio de Pesca y Vida Silvestre de Estados Unidos ("Fish and Wildlife Service") emita un permiso. Sin embargo, Estados Unidos no aplica esta obligación a leñadores, empresas y contratistas madereros, sin que exista una legislación que autorice tal exención. Para los peticionarios, esta omisión de la aplicación de la ley socava los esfuerzos de México, Canadá y Estados Unidos para la conservación de la biodiversidad, que es uno de los objetivos del Acuerdo.

Los peticionarios señalan que la Ley del Tratado de Aves Migratorias (MBTA) aplica en Estados Unidos la Convención entre Estados Unidos y Gran Bretaña para la Protección de las Aves Migratorias en Estados Unidos y Canadá, la Convención entre Estados Unidos y México para la Protección de las Aves Migratorias y los Mamíferos de Caza; la Convención entre Estados Unidos y Japón para la Protección de las Aves Migratorias en Peligro de Extinción y su Medio Ambiente y la Convención entre Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la Conservación de las Aves Migratorias y su Medio Ambiente.

El 23 de diciembre de 1999 el Secretariado determinó que la petición cumplía con lo estipulado en el artículo 14(1) del ACAAN, y solicitó una respuesta de la parte, la que fue recibida el 26 de febrero de 2000. El Secretariado determinó, el 15 de diciembre de 2000, que la petición justificaba la elaboración de un expediente de hechos, y así lo informó al Consejo Ministerial, el cual dio su voto aprobatorio el 16 de noviembre de 2001.

La respuesta de Estados Unidos contiene cuatro argumentos principales: 1) los peticionarios consideran un memorando del 7 de marzo de

1996, que considera exentar a las actividades forestales del cumplimiento de la MBTA, pero este memorando no está aprobado, y por lo tanto no puede considerarse una política; 2) los peticionarios no consideran las acciones que la parte está haciendo para aplicar la Ley de Especies Amenazadas (Endangered Species Act, ESA) en la protección de aves migratorias; 3) la parte acude al artículo 45(1)(a) del ACAAN para argumentar que las políticas actuales del Servicio de Pesca y Vida Silvestre (Fish and Wildlife Service, FWS) son reflejo de su ejercicio discrecional por lo que se refiere a aspectos de investigación, judiciales, regulatorios y de cumplimiento de la ley; 4) la parte también acude al artículo 14(1)(b) para argumentar que las políticas actuales de aplicación de la ley del FWS son producto de decisiones de buena fe, las cuales buscan distribuir los recursos a aquellos problemas ambientales de mayor prioridad,<sup>251</sup> y 5) los peticionarios no tomaron en cuenta una multitud de recursos no judiciales para la protección de las aves migratorias.

Al analizar los argumentos de la petición y de la respuesta de la parte, el Secretariado decidió que de la respuesta de las autoridades ambientales de Estados Unidos se deduce que la parte nunca ha perseguido una violación de la MBTA relacionada con actividades forestales, y que la falta de acciones judiciales relacionadas con violaciones a la MBTA son constantes y geográficamente generalizadas.

En Notificación al Consejo Ministerial de diciembre de 1999, el Secretariado considera que:

- 1) Por lo que se refiere a los permisos y a la persecución de violaciones a la MBTA, excepto en el caso de explotaciones forestales, el expediente de hechos daría información sobre lo razonable de la decisión de la parte en lo que se refiere a otorgar permisos sólo en el caso de muerte intencional de las aves, y no hacerlo para el caso de explotaciones forestales, debido a que la parte no explica por qué excluyó las operaciones forestales de su programa de permisos.
- 2) Aunque el artículo 45(1)(a)y(b) considera la discrecionalidad de una parte en la aplicación de la legislación ambiental, y la asignación de recursos a ciertos problemas ambientales que se conside-

<sup>251</sup> Notificación del Secretariado al Consejo Ministerial, 23 de diciembre de 1999, p. 3. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org).

ren prioritarios, basada en la buena fe por parte de las autoridades ambientales, el Secretariado consideró que el ACAAN no le permite aceptar únicamente la opinión de Estados Unidos con relación a que se excluya este artículo de los alegatos respecto de la aplicación de la legislación ambiental, sin que la parte proporcione información suficiente que permita al Secretariado dictaminar que las disposiciones del artículo 45(1) justificaban cerrar este caso: "...Nada en el Acuerdo sugiere que el Secretariado esté obligado a adoptar la opinión de una Parte de que se le aplica una de las exclusiones previstas en el artículo 45(1) a la definición de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental".<sup>252</sup>

- 3) Por último, aunque los peticionarios mencionan solamente dos casos concretos recientes, consideran que la falta de acciones legales y el que se excluyan las actividades forestales en el otorgamiento de permisos se da a escala nacional en todo Estados Unidos.

El Secretariado dio un énfasis especial a este punto, ya que en su opinión el artículo 14(1) sustenta la idea de que una petición puede justificar la elaboración de un expediente de hechos, sea cual sea el alcance de la omisión señalada, como lo dice claramente en la Notificación al Consejo:

...cuanto más grande es la escala de la presunta omisión, más probable es que amerite la elaboración de un expediente de hechos, en igualdad de circunstancias. Si el proceso de peticiones ciudadanas se interpretara en el sentido de impedir la consideración de presuntas omisiones generalizadas en la aplicación de la ley, las omisiones que tienen el potencial de plantear las más grandes amenazas de daño ambiental quedarían fuera del ámbito del proceso. Tal limitación parece contraria a los objetivos y propósitos del ACAAN. El Secretariado se rehúsa a adoptar una lectura del Acuerdo que llevaría a tal resultado.<sup>253</sup>

Este caso tiene especial importancia dentro del resto de las peticiones ciudadanas, por las siguientes razones. En primer lugar, es la primera respuesta de una de las partes en que se invoca al artículo 45(1) del ACAAN para considerar que las acciones de una parte cumplen con las disposicio-

<sup>252</sup> *Ibidem*, pp. 18 y 24.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 10.

nes de dicho artículo, y por lo tanto no se le puede acusar de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, aunque en este caso la parte no haya sustentado este argumento con datos concretos. En segundo lugar, la petición es importante por el alcance que tienen sus argumentos respecto a omisiones en la aplicación de la legislación ambiental a nivel nacional, en contraste con peticiones que se refieren a casos muy específicos, como la de Cytrar II y Molymex II. Por último, es la primera petición en que la parte demandada es Estados Unidos, de la cual se elaborará un expediente de hechos. Este punto es de suma importancia, ya que hay que recordar que fueron los grupos ambientalistas de Estados Unidos, apoyados en cierta forma por su gobierno, los que impulsaron la aprobación del Acuerdo, y que la principal preocupación de estos grupos fue el cumplimiento de la legislación ambiental, no sólo en su país, sino en los otros miembros del ACAAN, especialmente México.

El 21 de febrero de 2003 el Secretariado presentó el expediente de hechos ante el Consejo Ministerial a fin de que este último votara sobre hacer público o no este expediente de hechos.

### 23. Caso. SEM-00-001. Molymex I

Este caso fue presentado por Rosa María Escalante de Fernández, por parte de la organización no gubernamental Ciudadanos por el Cambio Democrático y por Alianza Cívica, situada en Hermosillo, Sonora. La peticionaria argumenta que el poblado de Cumpas, Sonora, ha sido afectado por la contaminación de la empresa Molymex, S. A. de C. V., la cual produce trióxido de molibdeno, 75,000 toneladas anuales, a través de un proceso de tostación de sulfuro de molibdeno.

La peticionaria argumenta que han aumentado los índices de mortandad y ha disminuido la producción y el rendimiento de los cultivos en el área geográfica donde está situada la planta, y que la organización de la cual forma parte ha solicitado reiteradamente la clausura definitiva de la planta.<sup>254</sup> La legislación ambiental mencionada en la petición son los artículos 110 a 116 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Pro-

<sup>254</sup> La petición se apoya en documentos tales como la opinión de la delegada de la Profepa en el estado de Sonora, vertida en una nota informativa, gráficas sobre mortalidad en la zona y documentos de la Profepa. Véase Petición, pp. 2 y 3. Página web de la CCE: [www.cec.org](http://www.cec.org).

tección al Ambiente, y las normas oficiales mexicanas NOM-022-SSAI-Salud Ambiental. Criterio para evaluar la calidad del aire ambiente respecto del bióxido de azufre (SO<sub>2</sub>). Valor normado para la concentración de bióxido de azufre (SO<sub>2</sub>) en el aire ambiente, como medida de protección a la salud de la población y NOM-025-SSAI-Salud Ambiental. Criterio para evaluar la calidad del aire ambiente con respecto a las partículas menores de diez micras (PM<sub>10</sub>). Valor normado para la concentración de partículas menores de diez micras (PM<sub>10</sub>) en el aire ambiente, como medida de protección a la salud de la población.

En la determinación del Secretariado conforme el artículo 14(1) del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte se considera que la petición cumplía con los requisitos de que una parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, ya que menciona los artículos 110 a 116 de la LGEEPA y las normas oficiales mexicanas NOM-022-SSAI-1993-Salud Ambiental y NOM-025-SSAI-1993-Salud Ambiental, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 45(2) del ACAAN para la definición de legislación ambiental.

La determinación abunda en el cumplimiento de los requisitos del artículo 14(1) por parte de la petición. Considera esta determinación que aunque la petición cumple con los incisos a), b) y f) del artículo 14(1), no cumple con los requisitos c), d) y e) de este mismo artículo, ya que la petición es breve y no contiene la suficiente información para que el Secretariado pueda revisarla, ni explica la relación entre los anexos que acompañan a la petición con los argumentos vertidos en la misma.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de la parte en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, la determinación considera que “los alegatos de la petición no se centran en los actos u omisiones de la parte, como lo disponen el inciso d) y el apartado 5.4(a) de las *Directrices para la presentación de peticiones*, sino en el cumplimiento de esta compañía en particular”(determinación, p. 5). Es decir, la determinación considera que los argumentos de la petición no se centran en la actuación de las autoridades ambientales mexicanas, sino en la actividad de la empresa. Además, la petición no está acompañada por ningún documento que demuestre que los peticionarios solicitaron la clausura definitiva de la planta contaminante o su reubicación, como lo arguyen en la petición.

Todos estos elementos llevaron a que el Secretariado determinara que la petición no cumplía con los requisitos del artículo 14(1), y no contenía información suficiente para el análisis de la petición; por lo tanto, el Secretariado decidió que no examinaría la petición, conforme a lo estipulado en la directriz 6.1.

Los peticionarios tenían treinta días para presentar una petición que cumpliera con los requisitos del artículo 14(1) del ACAAN. Al no recibir el Secretariado una petición revisada dentro de ese lapso de tiempo, dio por terminado el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en la directriz 6.2. (Determinación, pp. 5 y 6). Como en casos anteriores, el Secretariado mantuvo una posición legalista y consistente con anteriores determinaciones, al cerrar un caso en el que los peticionarios no proporcionaron información suficiente respecto a la omisión de una parte de la aplicación efectiva de la legislación ambiental.

#### 24. *Caso SEM-00-002. Neste Canadá*

Esta petición fue presentada por la empresa Neste Canada Inc., compañía canadiense productora de methyl terburil eter (MTBE), un aditivo de la gasolina, prohibido ya en el estado de California. Los peticionarios consideran que en el estado de California existen problemas en la aplicación de leyes ambientales en lo que se refiere a los depósitos de almacenamiento subterráneo, con el resultado de que se filtran volúmenes significativos de gasolina, que contaminan suelos, aire y agua. Además, los peticionarios señalan que, aunque existen en la gasolina componentes nocivos, el MTBE no lo es por sí mismo, y no hará que se disipe en el medio ambiente ni un litro menos de gasolina. Los peticionarios han revisado la petición presentada por Methanex Corporation (SEM-99-001) y consideran que la evidencia documental proporcionada por Methanex refleja correctamente la situación actual. Las leyes que menciona la petición son: la Ley de Agua Potable de Estados Unidos (Safe Drinking Water Act), la Ley de Agua Limpia de Estados Unidos (U.S. Clean Water Act), el Código de Aguas de California (California Water Code) y las Normas de Almacenamiento Subterráneo de California (Underground Storage Tank Regulations).<sup>255</sup>

<sup>255</sup> Véase petición, 21 de enero de 2000. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org).

El Secretariado, al analizar la petición, consideró que los hechos expuestos en la petición eran los mismos que expuso la petición de Methanex Corporation (SEM-00-001), por lo que acumuló la petición actual con la previa de Methanex. El 17 de abril de 2000 el Secretariado, en su determinación,<sup>256</sup> consideró que la petición cumplía con los requisitos del artículo 14(1) del ACAAN, y pidió una respuesta de la parte. El 30 de mayo de 2000 el Secretariado recibió la respuesta de la parte. El 30 de junio de ese mismo año, el Secretariado decidió concluir el caso, ya que el asunto tema de la petición estaba sujeto a un proceso arbitral en el capítulo XI del TLCAN.

### 25. *Caso SEM-00-003. Bahía de Jamaica*

Esta petición fue presentada por el grupo Hudson River Audubon Society of Westchester Inc. y Save Our Sanctuary Committee. Los peticionarios argumentan que el Servicio de Parques Nacionales de Estados Unidos, dependiente del Departamento del Interior, tiene la intención de infringir la siguiente legislación ambiental: la sección 703 de la Ley del Tratado de Aves Migratorias (Migratory Bird Act. MTBA) 16 U.S.C. 703-712, que prohíbe matar aves migratorias sin una autorización del Servicio de Pesca y Vida Silvestre (U.S. Fish and Wildlife Service), así como las secciones 4 a 10 de la Ley de Especies Amenazadas de 1973 (Endangered Species Act, ESA), que prohíbe la captura de especies amenazadas y en peligro.

De acuerdo con los peticionarios, el Servicio Nacional de Parques viola las dos legislaciones al proponer la construcción de una pista para bicicletas pavimentada y para usos múltiples, que cruzaría el refugio de vida silvestre de la Bahía de Jamaica (Jamaica Bay Wildlife Refuge), el cual forma parte del área recreativa National Gateway, de Queens, Nueva York. Los peticionarios consideran que la construcción de esta pista de bicicletas destruirá hábitat críticos de estas especies amenazadas, se destruirán nidos de las aves migratorias y se dañará el ambiente de esta área protegida.

En su determinación del 17 de abril de 2000, el Secretariado consideró que la petición no cumplía con los criterios del artículo 14(1) del ACAAN,

<sup>256</sup> Véase estado de la petición. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org).

ya que aunque fue presentada por una organización ambiental de la parte, y parece destinada a la protección ambiental, la petición se enfoca en una violación, o no aplicación, de la legislación ambiental a futuro, no en una omisión actual.<sup>257</sup> De la información proporcionada por la petición se desprende que el Servicio de Parques Nacionales no ha llegado a una decisión final acerca de la pista para bicicletas ni sobre su ubicación y detalles del proyecto, sino que las autoridades están considerando otras alternativas. Más aún, el Secretariado consideró que el inciso c) del artículo 14(1) no se cumplía, al no proporcionar los peticionarios información suficiente acerca de los daños que sufrirían las especies por la construcción de la pista de bicicletas, y tampoco se cumplía el inciso e) de este mismo artículo, ya que faltaba información acerca de la comunicación a las autoridades, el Servicio de Parques Nacionales, sobre este problema.<sup>258</sup>

Los peticionarios tenían treinta días para presentar una petición revisada. Al no presentar la petición revisada en ese lapso, el Secretariado dio el asunto por concluido el 17 de mayo de 2000.

#### 26. Caso. SEM-00-004. Tala en B. C.

La presente petición fue presentada por los grupos David Suzuki Foundation, Greenpeace Canada, Sierra Club of British Columbia, Northwestern Ecosystem Alliance y National Resources Defense Council. De acuerdo con los peticionarios, el gobierno de Canadá no está aplicando de manera efectiva su legislación ambiental, concretamente la Ley de Pesca (Fisheries Act), ya que las actividades de explotación forestal que se llevan a cabo en British Columbia violan sistemáticamente las secciones 35 y 36 de la Ley de Pesca, que prohíben tanto la alteración dañina, la perturbación o destrucción del hábitat de los peces como la deposición de sustancias dañinas en aguas frecuentadas por los peces. Los peticionarios argumentan, además, que se les ha negado el derecho a entablar acciones civiles en contra de los responsables de estas infracciones, y que esta negativa es una violación a las obligaciones que tiene Canadá bajo el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.<sup>259</sup>

<sup>257</sup> Determinación, 17 de abril de 2000, p. 3. Página web de la CCA: [www.ccc.org](http://www.ccc.org)

<sup>258</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4.

<sup>259</sup> Véase petición, 15 de marzo de 2000. Página web de la CCA: [www.ccc.org](http://www.ccc.org)

La determinación del Secretariado respecto a esta petición, de 8 de mayo de 2000, consideró que la petición cumplía los requisitos del artículo 14(1), y por lo tanto solicitó al gobierno de Canadá una respuesta a la petición. El 10 de julio de 2000 el Secretariado recibió la respuesta de la parte afectada y procedió a revisarla. El 27 de julio de 2001 el Secretariado informó al Consejo Ministerial que la petición justificaba la preparación de un expediente de hechos, y el Consejo Ministerial votó el 16 de noviembre de ese año a favor de que se elaborara este expediente de hechos. El caso se encuentra en proceso de revisión, y el Secretariado puso a disposición del público (en Internet) un plan de trabajo; es decir, el caso está activo, en proceso de elaboración del expediente de hechos, y el público y los interesados tienen la posibilidad de consultarlo en la página web de la Comisión de Cooperación Ambiental.

El 15 de abril de 2003 el Secretariado presentó un borrador del expediente de hechos al Consejo Ministerial para que éste presente comentarios sobre su veracidad en un periodo de 45 días.

### *27. Caso SEM-00-005. Molymex II*

Este caso, que trata problemas ya abordados por el caso Molymex I (SEM-00-001), fue presentado por la Academia Sonorense de Derechos Humanos, cuyo responsable es Domingo Gutiérrez Mendivil. La petición argumenta que las autoridades ambientales de México han incurrido en omisiones a la aplicación efectiva de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) en relación con las actividades de la empresa Molymex, S. A. de C. V. en la población de Cumpas, Sonora. Esta empresa se dedica a la producción de trióxido de molibdeno a partir de residuos generados por la fundición de cobre que realizan compañías nacionales y extranjeras. Esta producción y las omisiones a la LGEEPA han provocado daños a la salud y al hábitat de la región.

La legislación ambiental señalada es la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, y las normas oficiales mexicanas: NOM-043-ECOL-1993 (Partículas sólidas provenientes de fuentes fijas); NOM-022-SSA1/1993 (Salud ambiental. Calidad del aire con respecto al bióxido de azufre) y NOM-085-ECOL/1994 (Combustibles para el equipo de calentamiento indirecto y directo por combustión).<sup>260</sup>

<sup>260</sup> Véase en página web de la CCA, la información relativa a este caso: [www.cec.org](http://www.cec.org)

Los peticionarios señalan que las omisiones en la aplicación efectiva de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente consisten en:

- 1) Funcionamiento de la empresa sin autorización en materia de impacto ambiental;
- 2) Uso de suelo no compatible con el uso para ganadería de dicho suelo;
- 3) Preservación y aprovechamiento sustentable del suelo, y
- 4) Importación de materiales peligrosos sin garantizar que se cumple con la LGEEPA y asegurar además la reparación de daños y perjuicios.

Es interesante mencionar que los peticionarios también solicitan en la petición, que el Secretariado elabore un Informe bajo el artículo 13 del ACAAN, ya que —arguyen— el asunto objeto de la petición está vinculado con las funciones de cooperación ambiental contempladas en el ACAAN, y se ubica dentro de la Agenda de América del Norte para la Acción 2000-2002. Consideran que un informe bajo el artículo 13 propiciaría el cumplimiento de la mencionada agenda.

El 13 de julio de 2000 el Secretariado notificó a los peticionarios que tenían treinta días para presentar una petición revisada que cumpliera con todas las disposiciones del artículo 14(1) del ACAAN, la cual fue presentada ante el Secretariado el 31 de julio de 2000. Después de analizar esta petición, el Secretariado consideró que satisfacía los requisitos para pedir una respuesta de la parte, la cual fue entregada al Secretariado el 18 de enero de 2001. Con base en la petición revisada y la respuesta de la parte, el Secretariado notificó al Consejo Ministerial que a su juicio la petición justificaba la preparación de un expediente de hechos, y el 17 de mayo de 2001 el Consejo votó a favor de la elaboración de un expediente de hechos, el cual está siendo elaborado por el Secretariado.

En este caso, como en el inmediato anterior, que se refiere a la tala en Columbia Británica, se ve una consistencia del Secretariado al seguir estrictamente los requerimientos del ACAAN en el artículo 14(1) y las directrices para la presentación de peticiones ciudadanas, además de que, en los dos casos, para elaborar un expediente de hechos el Secretariado ha puesto a consideración y opinión del público y de los interesados un plan de trabajo y un expediente de documentos relativos a cada caso.

Por último, en este caso en particular resalta el interés de los peticionarios relativo a que el Secretariado elabore un informe bajo el artículo 13 del ACAAN, como lo hizo con los casos de la Presa de Silva y del río San Pedro, informes que, como se discute más adelante, han resultado exitosos y han promovido la cooperación y la asistencia ambiental.

El 28 de mayo de 2002 el Secretariado dispuso un plan de trabajo y un depósito de documentos en su página de Internet, y también los puso a disposición del público y de los interesados.

### 28. *Caso SEM-00-006. Tarahumara*

Este caso fue presentado por la Comisión de Solidaridad y Defensa de los Derechos Humanos, Asociación Civil (CASYDDHAC) el 31 de mayo de 2000. Los peticionarios alegan omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental mexicana, en lo que se refiere a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (artículos 158 fII, 159 bis 3o. y 4o., 169, 176, 189-191, 193, 199, 202); el Código Penal Federal (artículos 416, 418, 419) y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (artículo 152). La petición considera que las autoridades ambientales de México han incurrido en omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental por la denegación de justicia ambiental a pueblos indígenas en la sierra Tarahumara en el estado de Chihuahua. Las omisiones a que se refiere la petición se relacionan con el proceso de denuncia popular, presuntos delitos ambientales y otras supuestas violaciones respecto de los recursos forestales y el medio ambiente en la sierra Tarahumara.<sup>261</sup>

Después de que el Secretariado solicitó a los peticionarios presentar una petición con revisiones menores, el 6 de noviembre de 2001 el Secretariado consideró que la petición cumplía con los requerimientos del ACAAN y solicitó a la parte su respuesta. El 15 de febrero de 2002 el Secretariado recibió la respuesta de la parte y procedió a analizarla. El 29 de agosto de 2002 el Secretariado, después de haber estudiado la respuesta, informó al Consejo Ministerial que la petición ameritaba la elaboración de un expediente de hechos. Este caso está pendiente de la autorización al Secretariado, por parte del Consejo Ministerial, para que elabore el expediente de hechos.

<sup>261</sup> Véase caso SEM-00-006. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

En este caso, además de los argumentos relativos a las omisiones en la aplicación de la legislación ambiental, resalta el problema social de los grupos indígenas de la sierra Tarahumara, que plantean los peticionarios como un problema relacionado con problemas en la aplicación de la legislación ambiental.

El 22 de abril de 2003 el Consejo Ministerial giró instrucciones al Secretariado para que elabore un expediente de hechos.

### 29. *Caso SEM-01-001. Cytrar II*

Este caso fue presentado el 20 de febrero de 2001 por la Academia Sonorense de Derechos Humanos y el licenciado Domingo Gutiérrez Méndivil, quienes anteriormente, en 1998, habían presentado una petición acerca de los problemas generados por la misma empresa en debate, el confinamiento de residuos peligrosos Cytrar, S. A. En esta ocasión, los peticionarios argumentan que la parte ha incurrido en omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental en el confinamiento de residuos peligrosos Cytrar, debido a que dicho confinamiento violó múltiples disposiciones legales cuando estuvo en operación, tales como: *a*) funcionó sin autorización en materia de impacto ambiental; *b*) desobedeció la normativa aplicable en el diseño y construcción de sus celdas, y *c*) depositó residuos peligrosos provenientes de la empresa Alco Pacífico, Inc., de Estados Unidos, generados en aquel país, y que estas irregularidades en la disposición de residuos peligrosos han causado daños en la salud humana y en el ambiente.

La legislación ambiental citada en la petición es la Ley Federal de Protección al Ambiente (artículo 7o.), que fue sustituida por la LGEEPA; la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGE-EPA) (artículos 28, 29, 32 y 153); el reglamento de la LGEEPA en Materia de Residuos Peligrosos (artículo 7o.); el Código Penal Federal (artículo 45); la Norma Técnica Ecológica NTE-CRP-010/88 y la Norma Oficial Mexicana NOM-CRP-006-ECOL/1993.

El 21 de abril de 2001 el Secretariado consideró que la petición satisfacía lo dispuesto en el artículo 14(1), y solicitó en consecuencia una respuesta de la parte. La parte respondió en dos ocasiones al Secretariado, el 1 de junio de 2001 y el 17 de julio de 2001, argumentando que el asunto objeto de la petición es materia de un procedimiento internacional ante el

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con número de caso ARB(AF)/00/2.

Después de revisar los documentos que constituyen la respuesta de la parte, el Secretariado consideró que la petición ameritaba la elaboración de un expediente de hechos. De acuerdo con la determinación del Secretariado, éste debe cerciorarse de que exista un “procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución”, y que el asunto objeto de la petición sea “materia de dicho procedimiento”.<sup>262</sup> El Secretariado considera que aun cuando el arbitraje internacional y la petición se refieran al confinamiento Cytrar, “tratan de temas diferentes...”<sup>263</sup> el arbitraje se centra en la *denegación de la renovación de la autorización* para operar el confinamiento Cytrar, la cual presuntamente afectó las inversiones realizadas por Tecmed. En contraste, la petición se centra en supuestas *omisiones a la aplicación efectiva de la legislación ambiental*. Más aún, “el arbitraje no se refiere a una omisión en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, ni la petición se refiere a los intereses de los inversionistas de Cytrar”.<sup>263</sup> La notificación del Secretariado abunda en este punto al señalar que esta petición contrasta con la petición de Methanex (SEM-99-001), en la cual el Secretariado estaba impedido para continuar con el trámite de la misma, ya que los mismos alegatos que se presentaban en la petición eran, junto con otros, materia de un arbitraje conforme al capítulo XI del TLCAN, y que tanto el arbitraje como la petición fueron iniciados por el mismo peticionario, la empresa Methanex.<sup>264</sup> El Secretariado notificó también al consejo ministerial que la elaboración del expediente de hechos se basaría sólo en los argumentos e información proporcionados por los peticionarios, ya que las notificaciones que constituyen la respuesta de la parte no responden en ningún momento a las aseveraciones de la petición.

Una vez más, el apego estricto a las disposiciones del ACAAN se hace notar en la conducta del Secretariado, al considerar que, aun cuando existan procedimientos judiciales que aludan a una empresa, organización o problema, y que podrían llevar al Secretariado a desestimar una petición, los argumentos que se consideren en el procedimiento judicial o arbitral y

<sup>262</sup> Notificación del Secretariado al Consejo conforme al artículo 15(1) del 29 de julio de 2002. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

<sup>263</sup> *Ibidem*, pp. 7 y 8.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 9.

en la petición tienen que ser los mismos que se presenten en la petición ciudadana ante el Secretariado de la Comisión de Cooperación Ambiental. El 10 de diciembre de 2001 el Consejo Ministerial instruyó al Secretariado a no elaborar un expediente de hechos respecto de este caso.

### 30. Caso SEM-01-002. AAA Packaging

Esta petición fue presentada ante el Secretariado el 12 de abril de 2001, y de acuerdo con el artículo 11(8)(a) del ACAAN, su nombre ha sido resguardado del conocimiento público. Los peticionarios alegan que el gobierno de Canadá no está cumpliendo con la obligación prescrita en el artículo 2(3) del ACAAN en lo que se refiere a la posibilidad de prohibir la exportación a territorio de los otros miembros del ACAAN de sustancias tóxicas o peligrosas que hayan sido prohibidas en su propio territorio. Si una parte prohíbe o limita el uso de dicha sustancia, debe notificarlo a las otras partes. Los peticionarios aseveran que Canadá no ha prohibido o emitido una orden judicial que detenga las exportaciones a Estados Unidos de productos con nitrato de isobutil, sustancia peligrosa, exportaciones que lleva a cabo AAA Packaging.

En su determinación del 24 de abril de 2001, el Secretariado desestimó la petición al considerar que: primero, la petición no cumple con el requisito de referirse a una omisión a la aplicación efectiva de la legislación ambiental, el artículo 2(3) del ACAAN no es legislación ambiental nacional, como lo define el artículo 45(2) del ACAAN;<sup>265</sup> segundo, en la petición no se encuentra información respecto a que los peticionarios hayan comunicado por escrito el problema a las autoridades de la parte.<sup>266</sup> Por último, esta decisión del Secretariado se refuerza con la información proporcionada por los peticionarios, que incluye únicamente una nota periodística del *Vancouver Sun*. Al no presentarse por parte de los peticionarios una petición revisada a los treinta días de la determinación del Secretariado, el caso se dio por concluido.

Como en ocasiones anteriores, el Secretariado se apegó a las disposiciones del ACAAN y desestimó una petición que no ofrecía sustento real de los alegatos a omisiones a la aplicación de la legislación ambiental.

<sup>265</sup> Determinación del Secretariado, 24 de abril de 2001, p. 3. Página web de la CCA: [www.ccc.org](http://www.ccc.org)

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 4.

### 31. *Caso SEM-01-003. Dermet*

La empresa Mercerizados y Teñidos de Guadalajara, S. A., presentó esta petición ante el Secretariado el 21 de mayo de 2001. La peticionaria asevera que las autoridades ambientales de México han omitido aplicar de manera efectiva los artículos 5o., 6o. y 7o. del CAAN y el artículo 194 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, al negar el valor de prueba a un dictamen técnico generado por la Procuraduría Federal del Ambiente (Profepa), que asegura que la contaminación del acuífero usado por la empresa peticionaria *há sido* contaminado por la empresa productora de plaguicidas y funguicidas Dermet, S. A. de C. V., en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, contaminación que causó daños a la empresa peticionaria.<sup>267</sup> La petición considera que México no ha aplicado efectivamente el artículo 194 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, ni los artículos 5(2)(j) y (l), 6(3)(a) y (d) y 7(1)(d) del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.

La determinación del Secretariado, de 19 de septiembre de 2001, desestimó la petición, ya que se considera que los hechos objeto de la petición no se consideran omisiones a la aplicación efectiva de la legislación ambiental, como dice textualmente la determinación; la indemnización por parte de Dermet a Mercerizados y Teñidos de Guadalajara, S. A. "...se negó en última instancia porque corrió el plazo de prescripción de la acción civil por daños y perjuicios, y no a causa de una omisión en la aplicación efectiva del artículo 194 de la LGEEPA, o de los artículos 5o., 6o. y 7o. del ACAAN..."<sup>268</sup>

En este caso, se vuelve a confirmar la consistencia del Secretariado de no aceptar peticiones que no cumplan con las disposiciones del ACAAN, como es la petición que se presenta en estos párrafos.

### 32. *Caso SEM-02-001. Explotación Forestal en Ontario*

Este caso fue presentado el 6 de febrero de 2001 por los grupos ambientalistas Federación Canadiense para la Naturaleza, Parques de Canadá y Sociedad de Vida Silvestre, Earthroots, Federación de Naturalistas de

<sup>267</sup> Véase Caso SEM-01-003. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

<sup>268</sup> Determinación del Secretariado, 19 de septiembre de 2001, p. 5. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

Otario, Great Lakes United, Sierra Club (Estados Unidos), Sierra Club de Canadá y la Wildlands League, representados por el Fondo Sierra de Defensa Legal (SLDF). Los peticionarios consideran que Canadá ha incurrido en la omisión de la aplicación efectiva de la sección 6(a) del Reglamento sobre Aves Migratorias (MBR), adoptado al amparo de la Ley de la Convención sobre Aves Migratorias de 1994 (MBCA) en relación con la industria silvícola de Ontario. Los peticionarios señalan que la sección 6(a) del Reglamento (MBR) dispone como delito dañar, destruir o capturar huevos o nidos de aves migratorias sin contar con el permiso correspondiente. Pese a esto, las operaciones de tala por clareo en 2001 destruyeron más de 85,000 nidos de aves migratorias en el centro y norte de Ontario.

Los peticionarios señalan que el Servicio de Vida Silvestre y Ministerio de Medio Ambiente de Canadá, del que depende el primero, son los responsables de la aplicación de la MBCA, y que prácticamente no han tomado medidas para aplicar la sección 6(a) en contra de las compañías y contratistas madereros. Además, de acuerdo con los peticionarios, el hecho de no haberse aplicado de la sección 6(a) tiene consecuencias negativas para la población de aves migratorias, la diversidad biológica de la vida silvestre, el turismo, el cumplimiento de las leyes, la competencia leal del sector forestal y las reservas madereras.<sup>269</sup>

El Secretariado determinó, el 25 de febrero de 2002, que la petición cumplía con las disposiciones del artículo 14(1), y solicitó una respuesta de la parte. El 25 de abril de 2002 el Secretariado recibió la respuesta de la parte. Después de analizar la respuesta de la parte, el Secretariado consideró que la petición ameritaba que se elaborase un expediente de hechos basándose en las siguientes consideraciones:

...se amerita la elaboración de un expediente de hechos para presentar un recuento fáctico y detallado de toda la gama y la eficacia de las medidas de aplicación y promoción del cumplimiento tomadas por Canadá en el contexto específico de la explotación forestal real efectuada en 2001 en las áreas identificadas en la petición...<sup>270</sup>

<sup>269</sup> Caso SEM-02-001. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

<sup>270</sup> Notificación al Consejo conforme al artículo 15(1) de que se amerita la elaboración de un expediente de hechos, 12 de noviembre de 2002, p. 12. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

Es decir, el Secretariado consideró que tanto la petición como la respuesta no aclaraban las preguntas respecto a si Canadá está incurriendo en omisiones a la aplicación de la sección 6(a) del Reglamento sobre Aves Migratorias respecto de la explotación forestal en Ontario, que se necesitaba información específica de cómo se implementan las directrices federales en la práctica, que era necesario saber si las sesiones de información y de educación han cambiado las prácticas y procedimientos de las compañías forestales, y si se ha garantizado que las iniciativas federales de difusión en la industria forestal mejoren el cumplimiento de la legislación ambiental.

Además, el Secretariado consideró que había información que se necesitaba recopilar referente al expediente de hechos, como la siguiente: las especies de aves migratorias encontradas en las áreas de explotación, las temporadas de anidación de las aves y el número de nidos destruidos por la tala; información acerca de los planes provinciales de manejo forestal para esas áreas y las actividades que promueven el cumplimiento por parte de funcionarios de Environment Canada; información acerca de las actividades de explotación forestal en 2001, e información acerca de las actividades de monitoreo llevadas a cabo por funcionarios federales a fin de hacer cumplir la sección 6(a) del Reglamento de Aves Migratorias.

Por otra parte, debido a que la respuesta de la parte argumentaba que los peticionarios no habían acudido a los recursos al alcance de los particulares antes de presentar la petición ante la CCA, en concreto denuncias de la ciudadanía, el Secretariado consideró que la respuesta de la parte no señala los procedimientos que se tienen establecidos para tramitar este tipo de denuncias. En concreto y basándose en los argumentos de los peticionarios respecto a la dificultad de entablar juicios civiles contra las compañías forestales, el Secretariado consideró la posibilidad de que no hubiera recursos al alcance de los particulares, y hace un análisis acerca de qué recursos pudieron tener al alcance los peticionarios antes de presentar la petición ante la CCA.<sup>271</sup> Por último, el Secretariado hace válida

<sup>271</sup> El Secretariado hace un análisis muy interesante acerca de los recursos a que deben acudir los peticionarios *antes de presentar una petición ciudadana, y concluye que existen una gran dificultad para que grupos ambientalistas puedan establecer juicios en contra de compañías o particulares respecto de violaciones a la legislación ambiental.* Página web de la CCA: [www.ccc.org](http://www.ccc.org)

una carta de los peticionarios, de 16 de enero de 2001, donde manifiestan su preocupación por la falta de aplicación de la sección 6(a) del reglamento de Aves Migratorias.

El Secretariado está en espera de la decisión del Consejo Ministerial a fin de comenzar a elaborar el expediente de hechos. Este caso se ocupa de un problema generalizado en toda la provincia de Ontario, respecto de omisiones en la aplicación del reglamento de Aves Migratorias, lo que lo acerca al caso SEM-99-002 Aves Migratorias, para el cual ya se elaboró un expediente de hechos.

El 22 de abril de 2003 el Consejo Ministerial decidió posponer el voto respecto a autorizar la elaboración de un expediente de hechos por el Secretariado.

### 33. *Caso SEM-02-002. Aeropuerto de la Ciudad de México*

El 7 de febrero de 2002 un grupo de vecinos de la zona circundante al Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México: Jorge Rafael Martínez Azuela, Jorge Martínez Sánchez, Raúl Morelos C., José Alberto Téllez Murillo, Saúl Gutiérrez Hernández y Norma Guadalupe Viniegra Cantón presentaron esta petición en la que consideraban que en México había omisiones a la aplicación de la legislación ambiental respecto de las emisiones de ruido provenientes de este aeropuerto. De acuerdo con los peticionarios, existen estudios que demuestran que las emisiones de ruido provenientes del aeropuerto exceden los límites establecidos por la legislación ambiental mexicana, y que estas emisiones han causado daños irreversibles en las personas que viven en el área vecina al aeropuerto, como daños al sistema auditivo, efectos negativos por la interrupción del sueño y la disminución del desarrollo académico de los niños. La legislación ambiental mencionada por los peticionarios son la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en sus artículos 5o., fracciones V y XIX; 8o., fracción VI; 155 y 189 al 204, la norma oficial mexicana NOM-081-ECOL-1994, y la Ley Ambiental del Distrito Federal en sus artículos 80 a 84.<sup>272</sup>

Después de revisar esta petición, el Secretariado determinó, el 22 de febrero de 2002, que la petición cumplía con los criterios establecidos en

<sup>272</sup> Caso SEM-02-002. Página web de la CCA: [www.ccc.org](http://www.ccc.org)

el artículo 14(1) del ACAAN y solicitó una respuesta de la parte. El Secretariado recibió la respuesta de la parte el 23 de mayo de 2002.

El Secretariado, en su determinación del 25 de septiembre de 2002, decidió no recomendar la preparación de un expediente de hechos con base en los argumentos vertidos en la petición, y las aseveraciones que se encuentran en la respuesta de la parte. El Secretariado considera que existen aspectos equívocos o confusos, de hecho y de derecho, en los argumentos de los peticionarios y en la respuesta de la parte.<sup>273</sup>

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 60. del Reglamento para la Protección del Ambiente contra la Contaminación Originada por la Emisión de Ruido, es claro que las aeronaves son fuentes móviles de emisión de ruido, y los aeropuertos, fuentes fijas. La petición no hace distinción entre este tipo de fuente, y se refiere al ruido de las operaciones del aeropuerto en su conjunto.

Los peticionarios argumentan que no se ha aplicado la norma oficial mexicana NOM-081-ECOL-1994, pero la respuesta de la parte aclara que esta norma se refiere a las fuentes fijas de ruido, y que no es aplicable a las aeronaves, aseveración que valida el Secretariado. La respuesta asevera que la norma oficial mexicana NOM-036-SCT3-2000 se refiere al ruido que emiten las aeronaves individuales. Esta norma es posterior a la considerada por los peticionarios, pero no la deroga. Para el Secretariado no es claro, como lo argumenta la respuesta de la parte, que la NOM-081-ECOL-1994 no sea aplicable a los ruidos emitidos por el aeropuerto en su conjunto, pero no queda claro ni en la petición ni en la respuesta si esta norma es válida para las fuentes móviles de ruido, como lo son las aeronaves.

La parte argumenta en su respuesta que la DGAC, dependiente de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, vigila el cumplimiento de la NOM-036-SCT3-2000, y que a la fecha de la respuesta había otorgado 417 certificados de homologación de ruido a los concesionarios y operadores aéreos, que corresponden a un 30% de total de la flota aérea nacional, lo que quiere decir que un 30% de las aeronaves en México se habían ajustado, en lo que a emisiones de ruido se refiere, a esta norma.

Por otra parte, en el estudio presentado por los peticionarios respecto de que las emisiones de ruido provenientes del aeropuerto exceden los límites de la NOM-081-ECOL-1994, el Secretariado considera cuestionable, en

<sup>273</sup> Véanse los argumentos de la determinación del Secretariado, del 25 de septiembre de 2002. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

vista de los argumentos vertidos en la respuesta de la parte, si el estudio muestra efectivamente que el aeropuerto viola la NOM-081-ECOL-1994. La estimación de los peticionarios no se realizó conforme a los métodos establecidos por las normas mencionadas, que disponen que se hagan mediciones directas. El estudio de los peticionarios no parece incluir ninguna medición directa.

Respecto de la omisión en la aplicación de la Ley Ambiental del Distrito Federal y las denuncias presentadas por los peticionarios, el Secretariado considera que el aeropuerto se rige por leyes federales, y por esta razón no puede aplicarse la Ley Ambiental del Distrito Federal, y que las denuncias están suficientemente documentadas y han recibido respuesta adecuada por parte de las autoridades del Distrito Federal.

El Secretariado considera que aunque los peticionarios presentaron un problema ambiental importante y cumplieron con los requisitos del Acuerdo al presentar la petición, para elaborar un expediente de hechos debe haber una mayor certeza de la que se encuentra en la petición acerca de la violación a la legislación ambiental por las emisiones de ruido provenientes del Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México.<sup>274</sup>

Este caso es de gran interés, por los argumentos presentados por el Secretariado respecto a la posibilidad de elaborar expedientes de hechos. El Secretariado consideró y tomó como válidos los argumentos de los peticionarios, y simpatizó incluso con el problema que presentaron. Sin embargo, el Secretariado encontró dificultades para esclarecer si *legalmente* tenían o no razón los peticionarios, con base en la existencia de dos normas oficiales que consideran problemas similares, de los mismos argumentos de los peticionarios que no fueron lo suficientemente precisos, y de los argumentos sólidos que se encuentran en la respuesta de la parte, como dice la determinación del Secretariado, había aspectos equívocos, de hecho y de derecho, por lo que no recomendó elaborar un expediente de hechos.<sup>275</sup> Por otra parte, como las denuncias presentadas por los peticionarios fueron ya resueltas, el Secretariado consideró que no justificaban la elaboración del expediente de hechos.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 8.

#### 34. *Caso SEM-02-003. Pulpa y Papel*

Este caso fue presentado por el Sierra Legal Defence Fund el 6 de mayo de 2002, en representación de los grupos ambientales Friends of the Earth, Union St. Laurent, Grands Lacs, Conservation Council of New Brunswick, Ecology Action Centre y Environment North. Los peticionarios argumentan que se han dado 2,400 violaciones a las regulaciones acerca de la contaminación de las fábricas de pulpa de papel en el centro y este de Canadá entre 1995 y 2000, y que contra pocas de estas violaciones se han levantado cargos. Estas violaciones se centran en la omisión de la aplicación efectiva de los Reglamentos sobre Aguas Residuales (PPER). De acuerdo con los peticionarios, el reducido número de procesos judiciales se correlaciona con las cifras continuamente elevadas de violaciones en Québec y las provincias del Atlántico. Para los peticionarios, Canadá está omitiendo aplicar su política ambiental, la cual busca asegurar el cumplimiento de la legislación en el menor tiempo posible sin que se reincida en las violaciones.

La legislación ambiental citada es la siguiente: Ley de Pesca (secciones 34, 36, 40, 78 y 78.1) y el Reglamento sobre Aguas Residuales (secciones 5 y 6 y sus anexos I y II) (Pulp and Paper Effluent Regulations, PPER).

Después de examinar la petición, el Secretariado determinó el 7 de junio de 2002 que ésta cumplía con los requisitos del artículo 14(1) del ACAAN y solicitó una respuesta de la parte. Esta respuesta fue recibida el 6 de agosto de 2002, y se encuentra en revisión por el Secretariado para considerar si amerita la elaboración de un expediente de hechos.

El 6 de agosto de 2002 el Secretariado recibió una respuesta de la parte y comenzó a evaluar la conveniencia de recomendar la elaboración de un expediente de hechos.

#### 35. *Caso SEM-02-004. Proyecto El Boludo*

Esta petición fue presentada ante el Secretariado el 19 de agosto de 2002 por Arcadio, Leoncio, Fernanda y Milagro Pesqueira Senday. Los peticionarios afirman que existen omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental respecto del proyecto minero El Boludo, que se encuentra en el predio El Tiro, propiedad de los peticionarios, y está ubi-

cado en el municipio de Trincheras, en el estado de Sonora, México. De acuerdo con los peticionarios, la empresa minera Secotec, S. A., ha realizado el aprovechamiento del depósito de oro de placer de baja ley que corresponde al citado proyecto minero, sin observar las condiciones de su autorización en materia de impacto ambiental.

La legislación que citan los peticionarios es la ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; el artículo 15, fracciones III y IV del Reglamento de esta Ley en materia de residuos peligrosos, la Ley Minera y el Reglamento de esta Ley.

El 19 de septiembre de 2002 el Secretariado notificó a los peticionarios que la petición no cumplía con los requisitos para presentar peticiones ciudadanas contenidos en el artículo 14(1) DEL ACAAN, y que tenían treinta días para presentar una petición revisada. Los peticionarios presentaron una petición revisada el 30 de septiembre. El Secretariado analizó la petición revisada, y en su determinación conforme al artículo 14(1) y 14 (2), de 26 de noviembre de 2002, decidió que la petición reunía los requisitos para que se pidiera una respuesta de la parte, misma que fue presentada al secretariado el 8 de enero de 2003. El Secretariado está estudiando la respuesta a fin de considerar si se amerita la elaboración de un expediente de hechos.

### 36. *Caso SEM-02-005. ALCA-Iztapalapa*

El 25 de noviembre de 2002 el señor Ángel Lara García presentó una petición ante el Secretariado en la que asevera que la empresa ALCA, S. A. de C. V., emite contaminantes altamente tóxicos en la colonia Santa Isabel, en Iztapalapa, Distrito Federal, donde reside el peticionario. De acuerdo con el peticionario, la empresa ALCA emite contaminantes y gases como el tuluol, hexano, heptano y xilox, entre otros. De acuerdo con el peticionario, a pesar de la emisión de estos contaminantes, las autoridades ambientales han evitado la reubicación o clausura de la empresa. La petición se acompaña de 183 anexos, en los que se señalan los efectos en la salud y económicos que se presume causa la emisión de estos contaminantes. En opinión del peticionario, la fábrica se debe reubicar o clausurar, por ser un “foco de contaminación...”, además de que él mismo sostiene que las denuncias que se han presentado ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente y otras dependencias no han tenido el efecto esperado.

La legislación ambiental mencionada en la petición es el título vigésimo quinto, capítulo único: "Delitos ambientales" del Código Penal Federal, la Norma Oficial Mexicana NOM-002-ECOL-1996, Límites permisibles de contaminantes en descargas de aguas residuales en los sistemas de drenaje y alcantarillado urbano o municipal y la Norma Oficial Mexicana NOM-085-ECOL-1994, que establece los niveles máximos permisibles de emisión a la atmósfera de humos, partículas suspendidas totales, bióxido de azufre y óxidos de nitrógeno.

El Secretariado, en su determinación del 17 de diciembre de 2002, considera que la petición no satisface el requisito del artículo 14(1)(c), ya que no contiene información suficiente para analizarla, y tampoco proporciona información suficiente para satisfacer el inciso d) de dicho artículo. De acuerdo con el Secretariado, el peticionario no hace explícitas en la petición las disposiciones legales que, argumenta, no han sido aplicadas. En algunos anexos que acompañan a la petición se mencionan el título vigésimo quinto, capítulo único: "Delitos ambientales", del Código Penal Federal, la Norma Oficial Mexicana NOM-002-ECOL-1996 y la Norma Oficial Mexicana NOM-085-ECOL-1994, pero el peticionario no relaciona estas disposiciones legales con los argumentos de la petición:

...si bien el Peticionario incluye anexos que contienen información sobre el problema planteado por el peticionario, en la petición misma no se explica concretamente cómo se relaciona esa información con el asunto específico materia de la petición. Es decir, la petición no contiene suficiente información sobre la supuesta omisión de la aplicación efectiva de la legislación ambiental (sean los artículos 414 a 420 del Código Penal Federal o alguna norma oficial mexicana relativa a emisiones de sustancias tóxicas).

El peticionario tenía 30 días para presentar una petición revisada que cumpliera con los requisitos del artículo 14(1) del ACAAN. Al no recibirse en el Secretariado una petición revisada dentro de ese lapso, el Secretariado dio por terminado el proceso el 31 de enero de 2003.

En este caso, es claro que la petición no cubría los requisitos del artículo 14(1) del ACAAN para presentar peticiones ciudadanas respecto a posibles omisiones en la aplicación de la legislación ambiental, ya que la brevedad de la petición y su contenido no hacían explícito cuál era el problema de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental,

a pesar de que en algunos anexos se mencionaron las disposiciones legales arriba señaladas.

37. *Caso SEM-03-001. Generación de energía en Ontario.  
Ontario Power Generation*

El 10. de mayo de 2003 el Secretariado recibió esta petición y comenzó su análisis preliminar de acuerdo con sus procedimientos. Los peticionarios son los procuradores generales de los estados de Nueva York, Connecticut y Rhode Island y 48 organizaciones ambientales de Estados Unidos y Canadá. Los peticionarios argumentan que Canadá no está aplicando su legislación ambiental en lo que respecta a las secciones 166 y 167 de la Ley Canadiense de Protección Ambiental y la sección 36(3) de la Ley de Pesca en lo que respecta a las plantas generadoras de electricidad con base en carbón de la Ontario Power Generation, debido a las emisiones de azufre, dióxido de azufre y óxidos de nitrógeno que contaminan el agua y el aire. El Secretariado se encuentra en el proceso preliminar de analizar la petición para ver si se acepta bajo los criterios del artículo 14 del ACAAN.

38. *SEM-03-002. Home Port Xcaret*

El 14 de mayo de 2003 el presidente del Movimiento Ecologista Mexicano. Alfonso Ciprés Villarreal, a nombre de varios grupos ecologistas, dos académicos y un ciudadano, presentaron ante el Secretariado una petición en la que argumentan que México no está aplicando de manera efectiva la legislación ambiental respecto de la autorización en materia de impacto ambiental de un proyecto de muelle en la Riviera Maya, en Quintana Roo. Los peticionarios consideran que la manifestación de impacto ambiental de dicho proyecto viola el artículo 34 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, así como los artículos 37, 38 y 40 a 43 de su Reglamento en materia de impacto ambiental. El Secretariado de la CCA está analizando la petición para determinar si cumple con los requisitos del artículo 14 del ACAAN.

VI. CASOS DE PROBLEMAS O CONTROVERSIAS AMBIENTALES  
QUE NO SE RELACIONAN CON OMISIONES A LA APLICACIÓN EFECTIVA  
DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL. ARTÍCULO 13 DEL ACAAN

A diferencia de las peticiones presentadas bajo los artículos 14 y 15, donde los casos analizados por el Secretariado de la Comisión de Cooperación Ambiental se refieren a la aplicación efectiva de la legislación ambiental dentro de criterios legalistas y de tipo contencioso, presentados por individuos o grupos ambientales, el Secretariado de la Comisión de Cooperación Ambiental puede elaborar informes sobre algún problema ambiental de cualquiera de los tres países, que no esté relacionado necesariamente con problemas de aplicación de la ley, si se dan las condiciones especificadas bajo el artículo 13 del ACAAN. Las condiciones son, primero, que el asunto en cuestión pueda formar parte del programa anual de la Comisión, y segundo, que sea de interés del Secretariado y sea notificado al Consejo, y éste no lo desautorice mediante el voto de las dos terceras partes; estos informes pueden tener su origen también en peticiones de grupos o personas no relacionadas con los gobiernos. Hasta la fecha, el Secretariado ha elaborado tres informes de este tipo, los cuales han tenido orígenes diferentes: el primero surgió de una petición presentada por grupos ambientales bajo el artículo 13; el segundo surgió del propio Secretariado, y se refiere a las rutas de contaminantes en América del Norte; el tercero surgió de una petición presentada bajo el artículo 14 por el "Southwest Center for Biological Diversity", que fue cerrada por el Secretariado, y presentada bajo el artículo 13.

La elaboración de este tipo de informes está incluida en la primera parte del Acuerdo, y es uno de los tantos mecanismos de cooperación ambiental de este Acuerdo y de la CCA, junto con el Fondo de América del Norte para la Cooperación Ambiental, que provee de recursos financieros a proyectos de tipo ambiental en los tres países.

1. *Presa de Silva*

El primer informe que se elaboró bajo el artículo 13 del ACAAN tuvo su origen en una solicitud presentada por una coalición de grupos ambientales de México en 1995, el Centro de Rescate Ecológico y el Grupo AZTLAN, asesorados por la National Audubon Society, relativa a la muerte de miles

de aves acuáticas migratorias en la Presa de Silva en Guanajuato, México, durante el invierno de 1994-1995. Los peticionarios responsabilizaron a las tenedurías y a una fábrica de cromo de la ciudad de León por estas muertes, debidas —según ellos— al cromo, y consideraron que el análisis de la Comisión Nacional del Agua que declaraba como responsable de la muerte de las aves a las descargas de un insecticida agrícola, el endosulfano, en los ríos que descargan en esta presa, no contaban con sustento científico, y pidieron a la Comisión de Cooperación Ambiental elaborar un informe acerca de la causa de la muerte de las aves y de la iniciativa voluntaria del gobierno de México para limpiar el área.

Las acciones que los grupos pidieron llevar a cabo a la CCA fueron: determinar la causa de la muerte de las aves; determinar el impacto del incidente y la pérdida de los recursos naturales de la región; favorecer la cooperación técnica en el trabajo de limpieza; identificar el apoyo técnico y financiero disponible para investigar el incidente y realizar el trabajo de limpieza; hacer recomendaciones acerca del uso de instituciones nacionales, internacionales y multilaterales en lo que respecta a apoyo técnico y financiero; hacer recomendaciones a las partes del ACAAN acerca de mecanismos que eviten incidentes similares, y promover este trabajo de limpieza del área como un modelo para la participación pública y para proyectos de prevención de la contaminación en otras áreas de América del Norte.<sup>276</sup>

El 17 de junio de 1995, el director ejecutivo de la CCA, Víctor Lichtinger, durante una visita al sitio, anunció que la CCA iniciaría una investigación acerca de la muerte de las aves, y declaró que el objetivo no era “criticar o adivinar al gobierno mexicano, sino ayudarlo a prevenir que esto suceda otra vez”.<sup>277</sup> El 17 de julio de ese año se estableció el Panel Científico Internacional de la Presa de Silva, el cual sometió su informe al Secretariado en septiembre de 1995, y éste lo incluyó en el suyo propio de octubre del mismo año. La resolución del Consejo (96-03) respecto de este caso prevé un marco para la cooperación en este tipo de problemas, y contempla, entre otros pasos:

1. El establecimiento, en el Marco de la Comisión Trilateral para la Conservación y el Manejo de la Vida Silvestre y Ecosistemas, de un

<sup>276</sup> Inside NAFTA (febrero de 1995).

<sup>277</sup> *Idem* (junio de 1995).

- grupo de expertos en aves migratorias y hábitat acuáticos, el cual consideró: la cooperación con México en la investigación, búsqueda de soluciones y compartir información sobre los síntomas epidémicos de las especies silvestres; el desarrollo de un sistema de monitoreo de investigación y solución basado en programas ya existentes, que considere los problemas epidémicos de la vida silvestre de la región, y reforzar la cooperación científica internacional en situaciones de urgencia.
2. Los gobiernos de Canadá y Estados Unidos darán apoyo al gobierno de México para buscar fondos de organizaciones internacionales para los siguientes propósitos: completar la iniciativa de la cuenca del río Turbio, iniciada en febrero de 1995; desarrollar una red nacional de laboratorios para la protección de la vida silvestre, sobre todo acuática; continuar con la creación de infraestructura para el tratamiento de aguas municipales e industriales; mejorar los procesos de producción industriales, llevar a cabo programas para el manejo y la administración ecológica de recursos naturales regionales, y promover el desarrollo de una nueva tecnología para solucionar problemas ambientales. El Secretariado trabajó con tenerías del área para la adopción de tecnologías limpias, y pidió al estado de Guanajuato designar a la presa y a sus alrededores un área protegida.

Es interesante que en este caso —a pesar de haber podido presentar una petición bajo el artículo 14, donde se consideran las omisiones a la aplicación de la legislación ambiental—, los peticionarios presentaron una solicitud de elaboración de informe de un problema ambiental como se detalla en el artículo 13 del ACAAN. Como lo señaló Eric Dannemaier, abogado de los peticionarios, “al proceder bajo el Artículo 13, [estos grupos] han abrazado el espíritu del Acuerdo de Cooperación Ambiental, y han elegido enfatizar la cooperación sobre el conflicto”.<sup>278</sup> Más aún, el caso se considera un éxito en materia de cooperación ambiental. En la actualidad, la presa se llena con el agua tratada de la región (entrevista con Hernando Guerrero), y no provocó la irritación que los casos presentados bajo el artículo 14 han provocado en las autoridades ambientales de México (declaraciones de J. Carabias).

<sup>278</sup> *Idem.*

## *2. Rutas de contaminantes por aire en América del Norte*

El segundo informe preparado bajo el artículo 13 se refiere a las rutas que siguen los contaminantes por aire en América del Norte. El Secretariado de la CCA inició por propia iniciativa, a fines de 1996, una investigación acerca de las rutas de contaminantes por aire que cruzan las fronteras de los tres países. Este programa está diseñado para promover la cooperación y coordinación de los tres países en materia de contaminantes del aire, identificando las amenazas, obstáculos y soluciones y proponiendo respuestas regionales.

En este informe se reúnen y coordinan tres esfuerzos relacionados entre sí, aunque diferentes: 1) Se está haciendo una revisión científica de las fuentes, rutas y efectos de la contaminación en América del Norte por parte de un grupo de cuarenta científicos de los tres países que forman el panel asesor de expertos de América del Norte sobre rutas continentales de contaminantes; 2) el grupo consultor de América del Norte sobre rutas continentales de contaminantes es un grupo de alrededor de cincuenta representantes de los sectores público y privado, que proporcionan asesoría al Secretariado y a la CCA acerca del alcance y dirección de sus esfuerzos; 3) el comité de políticas, más o menos veinte personas expertas en el desarrollo y puesta en práctica de políticas de contaminación de aire, ayudan al Secretariado a identificar los elementos principales de una estrategia de la región en materia de calidad del aire.

## *3. Iniciativa del alto río San Pedro*

Este informe tiene su origen en una petición (SEM-96-004) presentada bajo el artículo 14 ante la Comisión de Cooperación Ambiental. El Secretariado cerró el caso bajo este último artículo por haber sido presentado y resuelto en un juzgado federal de Estados Unidos. Sin embargo, debido a su importancia y a la presentación de una solicitud por parte de los mismos peticionarios,<sup>279</sup> este problema se convirtió en un caso para la elaboración de un informe bajo el artículo 13.

El Secretariado formó un grupo asesor con representantes de México y Estados Unidos, debido a que la cuenca del alto río San Pedro se encuen-

<sup>279</sup> *Sierra Vista Herald* (1997).

tra en las zonas fronterizas de los dos países. Este grupo comprende miembros de los congresos de los dos países y de las instituciones responsables del ambiente, así como expertos en problemas de agua. El grupo ya presentó su informe a la Comisión de Cooperación Ambiental, en el cual se reconoce la importancia de la cuenca del alto río San Pedro, y se dan una serie de recomendaciones que intentan preservar esta zona en los dos lados de la frontera. Las recomendaciones del grupo asesor contemplan tres rubros generales, dentro de los cuales se encuentran las siguientes recomendaciones específicas:

- A. Conservación del agua, recolección y reducciones en el consumo, que comprenden, entre otras recomendaciones:
- Realizar un estudio minucioso acerca de la recarga al acuífero de la zona con el fin de evaluar su eficacia, y si ésta es beneficiosa, poner en marcha iniciativas de recarga en la cuenca.
  - Alentar la suspensión de la irrigación agrícola en la cuenca, entre México y la frontera norte de la ZNCRSP, y convertirlas en pastizales sin riego o reservas de flora y fauna silvestres.
  - Crear un mecanismo para restringir la sobreexplotación continua de las aguas subterráneas, como lo sería un tope para la extracción de agua. El grupo asesor recomienda que sean los interesados locales quienes determinen el instrumento más eficaz.
  - Se reconocen los esfuerzos del Fuerte Huachuca en la reducción del consumo del agua desde 1991, y el grupo considera que el Fuerte desempeña un papel de liderazgo en la búsqueda de soluciones a este problema.
  - Considera el grupo asesor que la Comisión Empresarial de Arizona no reconoce la importancia de la conservación del agua al establecer las cuotas de las compañías privadas de agua, y se deben evaluar también otras leyes estatales que obstaculizan los esfuerzos de conservación.
  - Se recomienda también que las autoridades estatales y locales consideren y fomenten las medidas de conservación e incremento de los niveles de agua emprendidas por individuos y empresas, entre los que se encuentran el uso de aparatos electrodomésticos y regaderas de bajo consumo de agua, sistemas de

riego más eficientes, y plantas xerófilas en áreas verdes. Se alientan las iniciativas de este tipo que ha iniciado el Grupo de Trabajo Conjunto de las Ciudades y Condados de San Pedro.

- Se deben implementar iniciativas educativas para fomentar la conservación del agua, como el programa de participación múltiple Water Wise.
- El estado deberá proponer iniciativas para adquirir y retirar los derechos de explotación de las tierras estatales de la subcuenca de Sierra Vista.
- Se debe dar apoyo a propietarios y arrendatarios de los pastizales de la cuenca a fin de que construyan estructuras para captar los escurrimientos pluviales para infiltración en el acuífero.
- En México, antes de elaborar recomendaciones, se debe comprender mejor el régimen hidrológico del tramo mexicano de la cuenca del río San Pedro; por ejemplo: la extensión de la agricultura de riego y su impacto en el río, los efectos que tienen en el sistema ribereño, las alteraciones en la vegetación de las tierras altas, y el impacto del bombeo de agua subterránea en las minas de Cananea y su posible reciclaje.

B. Consideraciones institucionales, en las que el grupo asesor propone enfoques innovadores para el manejo del agua. Entre las recomendaciones del grupo se encuentran:

- a) La revisión de leyes y reglamentos acerca del manejo del agua que no favorezcan su conservación, y en consecuencia al desarrollo sustentable y la conservación del ecosistema; se exhorta tanto a la Comisión de Cooperación Ambiental como a la Comisión de Límites y Aguas y a la Comisión de Cooperación Ecológica Fronteriza a que continúen apoyando a los habitantes de la cuenca y a sus entidades gubernamentales en la conservación de la cuenca; integrar un grupo binacional para el manejo del agua que tome en cuenta los requisitos de un manejo eficaz integral de toda la cuenca;
- b) Para Estados Unidos, el grupo asesor recomienda una alianza entre los líderes locales públicos y privados para poner en marcha las actividades identificadas en la investigación inicial de la Comisión de Cooperación Ambiental y en el informe del equipo

de expertos que se ha llevado a cabo a propuesta del Secretariado. Además, el informe final propone aprovechar las fuentes de financiamiento federales y locales, así como las privadas;

- c) Para México, se propone un proceso de consulta abierto a fin de obtener información e iniciativas a futuro, además de que se recomienda tomar en cuenta la propuesta ya creada por el Centro Biológico de Sonora y adoptada por la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad. Además, propone el informe que la CCA contribuya con el gobierno de México para contribuir al desarrollo de la cuenca hidrográfica, en particular en lo que se refiere a educación ambiental, realización de talleres y sesiones de información.

- C. El grupo asesor considera que, independientemente de la aplicación de las medidas recomendadas para la conservación de la cuenca, se deben realizar investigaciones y monitoreo acerca del problema, con el fin de que la información de que dispongan los responsables de las políticas sea lo más completa posible.<sup>280</sup>

Las conclusiones y recomendaciones finales del grupo asesor al problema ambiental del uso y manejo del agua de la cuenca del río San Pedro, localizado en una zona desértica de la frontera entre México y Estados Unidos, suponen una relación dinámica y abierta entre las instituciones responsables del ambiente a nivel local y estatal y la población de la zona de la cuenca; consideran el uso de tecnologías que efficienten el uso de agua, cambios en las actividades económicas de la región a fin de conservar el recurso, mayor información y educación ambiental sobre el problema y un reconocimiento de que el agua es un recurso escaso en la región.

El informe del río San Pedro y el caso de la Presa de Silva han tenido un desarrollo y conclusiones diferentes de aquellos casos presentados bajo el artículo 14. En primer lugar, el considerar y evaluar un problema ambiental bajo el artículo 13 tiene una mecánica y consecuencias muy diferentes de las peticiones presentadas bajo el artículo 14. En este primer caso la atención está centrada en un *problema ambiental*; en el artículo 14 la atención está centrada en el *cumplimiento* de la legislación ambiental,

<sup>280</sup> Véase Informe del Grupo Asesor de la Iniciativa del Alto Río San Pedro. Página web de la CCA: [www.cec.org](http://www.cec.org)

dos cosas que, aunque relacionadas entre sí, son diferentes, ya que el centrar una controversia en el cumplimiento de la legislación ambiental genera una mutua desconfianza entre los grupos que presentan la petición, el gobierno de la parte demandada y el mismo Secretariado de la CCA.

En segundo lugar, a consecuencia de este primer punto puede existir menor tensión y conflicto entre la Comisión de Cooperación Ambiental, concretamente el Secretariado, y las autoridades ambientales de las partes demandadas. Tercero, como puede observarse en el caso de la Presa de Silva, y con mayor razón el de la cuenca del alto río San Pedro, este tipo de informes tienen como objetivo fortalecer la cooperación y entendimiento de los problemas ambientales y de su solución entre autoridades y público de los tres países, al contrario de lo que ocurre con las peticiones presentadas bajo los artículos 14 y 15, que intentan solucionar una controversia de *aplicación de la legislación ambiental*, o las controversias que relacionan la pauta persistente de omisión en la aplicación ambiental con la suspensión de beneficios del TLCAN.

## VII. CONSULTAS Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS BAJO EL ARTÍCULO 22

El Acuerdo de Cooperación Ambiental, en su parte 5, contiene las disposiciones relativas a la resolución formal de las controversias ambientales entre las partes, que siguen los lineamientos del TLCAN para la solución de controversias, y que consideran la creación de paneles arbitrales. El mecanismo de solución de controversias contemplado en los artículos 22 a 36 es el que se refiere a aquel tipo de controversias donde puede considerarse que una de las partes tiene una pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, que da lugar a sanciones económicas o comerciales. Este mecanismo es también el único en el ACAAN que relaciona a la protección ambiental, en este caso la aplicación de la legislación ambiental, con sanciones comerciales que significan la suspensión de los beneficios comerciales del TLCAN. A diferencia de las peticiones bajo el artículo 14, las cuales son presentadas por individuos o grupos sin relación con los gobiernos, en este caso sólo los gobiernos de las partes pueden iniciar una controversia, al señalar a otra parte como objeto de incumplimiento persistente de la legislación ambiental.

Una controversia dentro de este mecanismo sólo puede iniciarse cuando se relaciona con un problema de este tipo en lugares de trabajo, compañías o sectores que producen bienes y servicios que se comercian entre las partes, o que compiten, en el país origen de la disputa, con bienes y servicios provenientes de otras de las partes.<sup>281</sup> Aunque este mecanismo se diseñó siguiendo el modelo del TLCAN, a diferencia de las disposiciones de éste, y del Código *Antidumping* del GATT, no se requiere *probar* el daño que se causa debido a la pauta persistente de omisión en la aplicación de la legislación ambiental, sino el potencial de tal daño.<sup>282</sup>

El mecanismo propone un largo proceso antes de que la parte acusada pueda ser objeto de sanciones comerciales por el incumplimiento de su legislación ambiental, y se dispone la creación de paneles arbitrales para la solución de las controversias. El artículo 23 del Acuerdo dispone que si las partes no logran resolver un asunto conforme el artículo 22, cualquiera de las partes podrá solicitar por escrito una sesión extraordinaria del Consejo, el cual buscará una solución de la controversia. Si en un plazo de sesenta días el Consejo no la resuelve, se integrará un panel arbitral mediante el voto de las dos terceras partes del Consejo, si la alegada pauta persistente de omisión de la aplicación de la legislación ambiental se refiere a empresas o centros de trabajo que produzcan bienes o servicios que se comercien y compitan entre los tres países. El panel se integrará por cinco miembros elegidos de la lista de panelistas prevista, el cual dará un informe preliminar a los 180 días de haberse conformado, en el cual dará sus conclusiones y su determinación sobre la existencia o no de una pauta persistente de omisión de la aplicación de la legislación ambiental. Antes de la presentación del informe final por los panelistas, las partes podrán hacer observaciones al panel, el cual presentará un informe final en un plazo de sesenta días a partir de la presentación del informe preliminar.

Si el panel determina que la parte ha incurrido en una pauta persistente de incumplimiento de la legislación ambiental y además no esté cumpliendo con el plan de acción que la parte misma ha propuesto, como lo prevé el artículo 34, entonces podrá ser objeto de sanciones monetarias, y si no cumple con éstas dentro de los 180 días posteriores a que el panel se las haya impuesto se le suspenderán los beneficios del TLCAN, como se prevé en el anexo 36 del Acuerdo.

281 Véase Marc Johnson, Pierre y Beaulieu, André, *op. cit.*

282 *Idem.*

Este mecanismo dispone un largo proceso de negociación y trabajo de los paneles arbitrales antes de que se impongan sanciones monetarias o comerciales a la parte demandada. Sin duda este largo proceso fue una acción intencional de los gobiernos de los países al negociar el Acuerdo, debido a que es uno de los gobiernos el que en este caso puede reclamar que el gobierno de otra parte, es decir, el socio, está incurriendo en una *pauta persistente* de omisión en la aplicación de su legislación ambiental. Por otra parte, las disposiciones de este mecanismo, al condicionar la relación entre daño ambiental y comercio para presentar una resolución de controversias, podrían ser irrelevantes, ya que el propósito implícito del acuerdo es la protección del ambiente, y contradice el mecanismo para la presentación de peticiones bajo el artículo 14, donde *no* se requiere una conexión entre la aplicación efectiva de la legislación ambiental y el comercio entre las partes. La utilización de este mecanismo no necesariamente puede llevar a una mejor aplicación de la legislación ambiental, ya que sólo la legislación ambiental que se relacione con la producción de bienes que se comercien entre las partes puede ser motivo de una controversia, y por tanto es posible que un país tienda a reforzar la aplicación de su legislación ambiental en esos casos, descuidando problemas más importantes.<sup>283</sup>

Este mecanismo todavía no ha sido probado, y debido a sus disposiciones no es probable que se pruebe fácilmente, ya que implicaría un ataque directo del gobierno de un país al gobierno del otro.

#### VIII. EVALUACIÓN DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS AMBIENTALES

El Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte tiene tres mecanismos o disposiciones para la presentación, discusión y resolución de los problemas ambientales dentro del Secretariado de la CCA entre los países miembros. De los tres mecanismos o disposiciones del Acuerdo, dos de éstos, las peticiones presentadas bajo el artículo 14 y la resolución de controversias que se inicia en el artículo 22 y continúa hasta el 36, y que son la expresión final de la negociación entre grupos ambientales y autoridades, se refieren concretamente a problemas de tipo contencioso relacionados con la aplicación de la legislación ambiental, es decir, a la con-

<sup>283</sup> *Ibidem*, pp. 180 y 181.

ducta de los gobiernos de las partes respecto de la protección ambiental que ellos mismos han impuesto, y cuyo objetivo es la *aplicación efectiva* de la legislación ambiental por parte de los países miembros. Por el contrario, los informes elaborados bajo el artículo 13 se enfocan a la cooperación ambiental entre las partes, y a la posible asistencia técnica y financiera entre los países miembros. -

El mecanismo formal de resolución de controversias que se inicia en el artículo 22, por su parte, no ha sido probado todavía. Al considerar las disposiciones de este mecanismo, es difícil prever que la presentación de controversias y su resolución pueda lograr una *máyor* protección ambiental, sea por medio del proceso de consultas o por la imposición de multas y la cancelación de beneficios del TLCAN. En primer lugar, el proceso requiere que el gobierno de una parte acuse al gobierno de otra parte de incurrir en una omisión *persistente* de la aplicación de la legislación ambiental, definida ésta conforme al artículo 45 del acuerdo, con el criterio preciso y legalista de ha seguido la CCA y el Secretariado, y tomando en cuenta las decisiones de *buena fe* de una parte para definir y establecer sus prioridades en la aplicación de la legislación ambiental.

En segundo lugar, son los gobiernos de las partes los responsables de presentar una controversia de este tipo, lo que puede originar una politización del problema, además de que sólo tiene que presentarse el daño *potencial* que esta pauta persistente de omisión en la aplicación de la legislación ambiental cause a los mismos bienes producidos por la parte demandante, lo que puede originar confusión al momento de evaluar un problema por parte del Consejo o del panel arbitral. En efecto, dentro del capítulo XIX del TLCAN, por ejemplo, se tiene que probar el daño o la amenaza de daño causado o que puede ocasionar tanto el *dumping* o las subvenciones estatales; por contrario, en el caso del Acuerdo Ambiental no queda claro si este alegato de omisión en la aplicación de la legislación ambiental realmente cause una ventaja desigual a la parte que en ello incurre.

En tercer lugar, los castigos que se imponen a una parte por esta conducta *podrían no conducir* a un mayor cumplimiento de la legislación ambiental. El castigo por esta conducta son multas y la cancelación de los beneficios del Tratado de Libre Comercio, salvo en el caso de Canadá, donde se imponen multas impuestas por una corte federal, al suspender los beneficios del TLCAN; es decir, al cancelar las exportaciones del bien en cuestión o al imponer multas se pueden restringir los recursos de un go-

bierno, mismos que pueden ser dedicados a la protección ambiental. Finalmente, si el objetivo final e implícito del acuerdo es lograr una mayor protección ambiental, la coerción que se ejerza mediante esta resolución de controversias sobre una de las partes para lograr una mejor aplicación de su legislación ambiental, en lo que se refiere a la producción de los bienes o servicios objeto de la disputa, puede llevar a la parte a dedicar la mayor parte de sus esfuerzos a la aplicación de leyes y reglamentos ambientales que se relacionen con estos productos, olvidando o dejando a un lado problemas ambientales tal vez más importantes y prioritarios.

El artículo 13, como se ha dicho, dispone que el Secretariado de la CCA puede elaborar informes sobre algún problema ambiental. Los dos problemas presentados a la fecha bajo este artículo, que tuvieron su origen en una solicitud de particulares y grupos ambientales, son el caso de la Presa de Silva y el del alto río San Pedro. Aunque el origen de estos informes no se encuentra en los artículos “contenciosos” del Acuerdo, sí dieron lugar a debates y posiciones políticas respecto de la protección ambiental en México y Estados Unidos, lo que puede probar la sensibilidad política de las autoridades ambientales de las partes hacia la discusión de problemas ambientales dentro del Acuerdo y la Comisión. Por otra parte, para la *protección ambiental* en sí misma, estos dos casos parecen haber sido exitosos. El caso de la Presa de Silva dio lugar a apoyo financiero y técnico para México, a la limpieza de la presa misma y a la declaración del lugar como zona protegida.

En el caso del río San Pedro, el informe del grupo evaluador propuso una mayor apertura y participación para las comunidades de la región en la toma de decisiones acerca de la protección de la cuenca, y una participación transfronteriza con México tanto en la conformación del grupo como en la toma de decisiones de la política ambiental de la región.

Los resultados que se tuvieron en el caso de la Presa de Silva dan un saldo positivo de las actividades generadas por los informes bajo el artículo 13 del Acuerdo.

Independientemente de la controversia motivada por las causas de la muerte de las aves acuáticas, la intervención de la CCA y la presentación del informe dieron lugar a una serie de medidas técnicas, financieras e incluso legales para la remediación ambiental de la presa, que posiblemente no se hubieran tenido sin la intervención ante la CCA de los grupos ambientales que pidieron la elaboración del informe, y sin la cooperación

que se generó entre los países miembros dentro de la CCA, que resultó en acciones tales como la ayuda financiera a México y el declarar el lugar “zona protegida”. En el caso de la cuenca del alto río San Pedro, el informe del grupo asesor promueve la participación de la población de la región en las decisiones que se sigan respecto al desarrollo económico y crecimiento de población de la región, y las acciones políticas para proteger la cuenca; una mayor difusión de la información ambiental y promover la educación ambiental, especialmente entre la población del lado mexicano de la cuenca. En los dos casos, el “espíritu” del Acuerdo en materia de cooperación ambiental y de participación ciudadana está presente en los informes del Secretariado. El informe acerca de las rutas de contaminantes en América del Norte parece encaminado a proporcionar información que sirva como base para la toma de decisiones en la política ambiental de los países miembros.

El análisis de los casos de la Presa de Silva y de la cuenca del Río San Pedro nos llevan a hacer una evaluación positiva del funcionamiento de los informes que elabora el Secretariado bajo el artículo 13, y del desempeño de la CCA y del Secretariado. El mecanismo parece exitoso y eficiente, ya que promueve la cooperación en materia ambiental entre las partes, la participación del público, la asesoría y ayuda a las autoridades responsables del ambiente, como lo señaló Víctor Lichtinger, y está enfocado únicamente a la protección del ambiente. En los dos casos, el impacto que tuvieron sobre las autoridades ambientales de México y Estados Unidos fue positivo para la protección ambiental.

En Estados Unidos, de acuerdo con el informe del grupo asesor, hay una mayor sensibilidad de las autoridades locales y del ejército de Estados Unidos hacia el problema; en el caso de México, el gobierno declaró a la región de la Presa de Silva zona protegida, y se promovió el tratamiento de aguas residuales en la ciudad de León, Guanajuato. El saldo, en general positivo de estos casos, tiene su causa en el espíritu y los objetivos explícitos de este mecanismo, que promueven la protección ambiental a partir de la cooperación técnica, financiera e institucional entre las partes, y en donde el Secretariado aparece como un promotor de esta cooperación. Sin embargo, aún en estos casos donde es claro que lo que se persigue es la protección y la cooperación ambiental, la intervención de la CCA puede ser incómoda para las instituciones y funcionarios responsables del ambiente en un país.

Las peticiones que se someten al Secretariado de la CCA bajo el artículo 14 tocan el tema fundamental de la negociación y aprobación del Acuerdo de Cooperación Ambiental: la efectiva aplicación de la legislación ambiental. La conducta del Secretariado al analizar las 35 peticiones que se han presentado a la Comisión bajo el artículo 14 ha sido muy consistente desde 1995 con los directores ejecutivos que ha tenido. El Secretariado ha analizado estas peticiones con un estricto apego a lo que dispone el Acuerdo, lo que ha resultado en decisiones e interpretaciones muy precisas del ACAAN, que dejan fuera las acciones legislativas de un gobierno al aprobar o enmendar cualquier ley o reglamento relacionado con el ambiente, aunque, por supuesto, sí considera la aplicación de la ley por parte de los responsables de aplicarla, los funcionarios administrativos. A la fecha, México y Canadá han sido cada uno objeto de diecisiete y trece peticiones, respectivamente, y Estados Unidos ha sido objeto de ocho.

En el caso de Estados Unidos, el Secretariado rechazó tres de ellas (SEM-95-001, SEM-95-002 y SEM-98-003), por referirse a disposiciones de la legislación ambiental, o a disposiciones legales que inciden en la legislación ambiental, aprobadas por el Congreso de ese país, que no se ajustan a la definición de *aplicación de la legislación ambiental* del artículo 5o. del Acuerdo. En el caso de la SEM-96-004, que se refiere a la ampliación del Fuerte Huachuca y a la manifestación de impacto ambiental que presentó el ejército de Estados Unidos, sí se pidió una respuesta a la Agencia de Protección Ambiental. Debido a que el problema planteado en la petición ya había sido resuelto en una corte federal en contra de los peticionarios, no se siguió su evaluación dentro del Secretariado; sin embargo, por ser un problema ambiental importante se convirtió en un informe bajo el artículo 13. Dos peticiones se enfocan a las características y disposiciones de la legislación ambiental, a su bondad o no en relación con la protección ambiental, o a problemas de aplicación de la legislación ambiental que apenas están en proyecto, como la petición que se refiere a la Bahía de Jamaica. Otras dos de ellas (SEM-99-001, Methanex y SEM-00-002, Neste Canadá), sí se refieren a problemas de aplicación de la legislación ambiental, pero no fueron aceptadas por el Secretariado, ya que, de acuerdo con la respuesta que dio Estados Unidos, los argumentos objeto de la petición se encontraban también en un proceso arbitral iniciado por Canadá contra Estados Unidos bajo el capítulo XI del TLCAN.

Sin embargo, Estados Unidos ya es objeto de un expediente de hechos con el caso SEM-99-002, Aves Migratorias. El Secretariado encontró que en vista de los argumentos presentados en la petición y de la respuesta de la parte, el caso ameritaba la elaboración de un expediente de hechos. Esta decisión del Secretariado sin duda es importante para el buen funcionamiento de este mecanismo, ya que Estados Unidos, el país con más poder político y económico de los miembros del ACAAN, fue objeto, finalmente, y a casi ocho años de vida del Acuerdo, de un expediente de hechos bajo los artículos 14 y 15.

En el caso de cuatro de las peticiones de Estados Unidos, los argumentos usados por los peticionarios pueden ser reflejo de dos situaciones: 1) los grupos ambientales de Estados Unidos siguen considerando que el Acuerdo de Cooperación Ambiental debe ir *más allá* de lo aprobado, debe poder influir para que una parte *mejore* su legislación ambiental; 2) en Estados Unidos el público, grupos ambientales y particulares tienen más recursos judiciales y administrativos para poder demandar a las autoridades responsables en el gobierno de la política ambiental, por omisiones o faltas en la aplicación de la legislación ambiental. Es común que la Agencia de Protección Ambiental tenga demandas de tipo judicial. Independientemente de las resoluciones del Secretariado y de que la autoridad ambiental de Estados Unidos ha sido la que ha tenido menor *desgaste* de las tres partes, el tipo de problemas ambientales planteados en las peticiones tiene gran importancia: aprobación de disposiciones legales que reducen el presupuesto para aplicar la legislación ambiental o impiden su aplicación, sobreexplotación de un acuífero en una zona desértica, contaminación del aire por incineradores que lleva a una contaminación del agua de los Grandes Lagos y muerte de aves migratorias debida a actividades forestales en todo el territorio de Estados Unidos.

Las diecisiete peticiones que se refieren a México presentan otro panorama. Todas las peticiones, con la excepción de la petición SEM-98-002 de Héctor Gregorio Ortiz Martínez, rechazada por el Secretariado porque planteaba una controversia comercial en materia forestal basada en la Ley Forestal y la Ley del Procedimiento Administrativo, que no se definen como legislación ambiental por el artículo 14 y el artículo 45(2)(b) del Acuerdo, presentan problemas relacionados con la aplicación de la legislación ambiental, aunque seis de ellas fueron rechazadas por el Secretariado por no cumplir las peticiones con los requisitos del artículo 14 del

ACAAN. Las once peticiones restantes sí fueron aceptadas, ya que argumentan supuestos problemas derivados de la omisión en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, aunque dos de estos casos fueron cerrados al satisfacer la respuesta de la parte la controversia acerca de la aplicación de la legislación ambiental.

Después del caso Cozumel, presentado en enero de 1996, las numerosas peticiones que se han presentado revelan un fortalecimiento de los grupos ambientales mexicanos, una mayor confianza al utilizar este mecanismo, un apego estricto a las disposiciones del Acuerdo por parte de los peticionarios al presentar una petición, y una percepción dentro de México de la Comisión y del Secretariado como una instancia "superior" o "última" para dirimir y resolver un problema. Esto no quiere decir necesariamente que en México existan más problemas para la aplicación efectiva de la legislación ambiental, sino que los grupos ambientales mexicanos han utilizado con más éxito este mecanismo que los de Estados Unidos o Canadá al someter controversias por la aplicación de la legislación ambiental, y además que en México los recursos internos a los que los ciudadanos y grupos ambientales pueden acudir para demandar la conducta de las autoridades responsables del ambiente, o son escasos, o no son de fácil acceso para la población en general, y no existe una "cultura de litigio" extendida, como en Canadá y en Estados Unidos.

De los dos casos de los cuales se ha elaborado un expediente de hechos, el caso del muelle de cruceros de Cozumel fue el primero del cual se elaboró un expediente de hechos, y dio lugar a un intenso debate acerca de la aplicación de la legislación ambiental en este país, a una politización del problema y de la relación entre la Comisión de Cooperación Ambiental y la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, y sentó un precedente para la evaluación del trabajo de la CCA, del Secretariado, y de la colaboración entre ésta y las autoridades ambientales de Canadá, México y Estados Unidos. Sin embargo, la petición dejó un cierto saldo positivo, ya que aunque la construcción del muelle no se detuvo, no se construyó el proyecto integral que se había planeado, se reformó la ley en lo que se refiere a manifestaciones de impacto ambiental y se consideró el arrecife coralino de Cozumel como área natural protegida.

Esta petición abrió una caja de Pandora respecto de la construcción de este muelle, de las prioridades que dentro de la actividad turística misma se debían tener en Cozumel, y de la conducta de la autoridad ambiental de México, conducta que fue una de las razones de la negociación y la apro-

bación del Acuerdo, ya que este caso parece haber confirmado las acusaciones de los problemas sobre la aplicación de la legislación ambiental en México.

Por su parte, el caso SEM-98-007, Metales y Derivados, del cual también se hizo un expediente de hechos, presenta un caso muy concreto de supuestos problemas en la aplicación de la legislación ambiental. En este caso, las razones que dio el Secretariado para elaborar el expediente de hechos, y las razones mismas que expone en este documento, se refieren tanto a problemas de aplicación de la legislación ambiental en lo que toca a la remediación del sitio como a los supuestos problemas de salud argumentados por los peticionarios, el Secretariado no tomó en cuenta, por no ser legislación ambiental, los argumentos de los peticionarios relativos al Código Penal federal y los que se refieren a los procesos de extradición. El expediente de hechos intenta clarificar estos problemas proveyendo información acerca de la contaminación provocada por la empresa, las acciones que ha tomado la autoridad para remediar el sitio y la supuesta afectación a la salud provocada por los residuos peligrosos, y de esta manera bajar la intensidad política del debate de este caso.

De los restantes siete casos donde la parte demandada es México, la situación es la siguiente. El caso SEM-01-001, Cytrar II, fue aceptado por el Secretariado, el cual recomendó la elaboración de un expediente de hechos, aunque el Consejo Ministerial votó por no elaborarlo y el caso fue cerrado. La petición que se refiere al Río Magdalena, SEM-96-002 presentó un problema ambiental importante: la contaminación y tratamiento de aguas residuales en México y los recursos económicos dedicados a este problema. En la actualidad el Secretariado está elaborando un expediente de hechos de este caso. El caso SEM-97-007, Lago de Chapala, presentado por el Instituto de Derecho Ambiental, alegaba incumplimiento de la legislación ambiental, concretamente por la forma como se dio el trámite a la denuncia popular presentada por los peticionarios en la Procuraduría Federal de Protección Ambiental; fue cerrado por el Secretariado debido a razones procesales; lo mismo ocurrió con el caso SEM-98-001, Guadalajara, presentada por esta misma organización. En el caso SEM-98-006, Aquanova, los peticionarios alegan omisiones en la aplicación de nueve artículos de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, seis artículos de la Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento y las normas oficiales NOM-059- ECOL-1994 y NOM-062- ECOL-1994, en particular por la forma en que la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente ha impuesto

multas y aplicado estas leyes en el caso de la empresa camaronícola de acuacultura Aquanova. El Secretariado consideró que este caso ameritaba un expediente de hechos, el cual está en proceso de elaboración.

Los casos SEM-00-005 Molymex II y SEM-00-006 Tarahumara merecieron también, de acuerdo con el Secretariado, la elaboración de un expediente de hechos, los cuales están en proceso de elaboración por parte del Secretariado. El caso SEM-02-003, Proyecto El Boludo, se encuentra en el proceso de revisión de la respuesta de la parte, y el caso SEM-03-002, Home Port Xcaret, se encuentra aún en revisión preliminar de la petición por parte del Secretariado.

Los problemas ambientales planteados en estas peticiones son indicadores de los problemas ambientales del país: contaminación del agua e insuficiente tratamiento de las aguas residuales, problemas ambientales serios de la cuenca del lago de Chapala, actividades económicas, como la acuacultura, que no siempre cumplen con las disposiciones legales, problemas relativos a la ubicación y funcionamiento de los depósitos de residuos tóxicos y peligrosos, y una cultura ambiental débil al no considerar importante el castigo penal por violaciones a la legislación ambiental.

Las peticiones que se refieren a Canadá dan un panorama mixto de lo que persiguen los peticionarios. Dos de ellas, la SEM-96-002 y la SEM-96-003, fueron rechazadas por el Secretariado por estar pendientes de juicio en cortes canadienses los mismos problemas o problemas muy similares a los presentados en la petición, lo que está previsto en el artículo 14. Una de ellas fue rechazada por improcedente, al referirse a la supuesta obligatoriedad de Canadá de aprobar legislación ambiental que incluya las disposiciones de la Convención de la Diversidad Biológica discutida y aprobada en la ONU, lo que la coloca en la misma situación que la petición presentada contra Estados Unidos acerca de la contaminación de aire de los Grandes Lagos. La petición SEM-97-004 fue rechazada, ya que no presenta pruebas o indicios de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, debido a que la ley base del argumento ya no está en vigor. Cinco peticiones ameritaron, a juicio del Secretariado, la elaboración de un expediente de hechos. El caso SEM-97-006, Río Oldman II, del cual, después de haberse aplazado la elaboración del expediente de hechos, se encuentra ya en este proceso; el caso SEM-98-004, B. C. Mining, del cual ya se está elaborando el expediente de hechos; el caso SEM-00-004, Tala en B. C. se encuentra también en el proceso de elaboración del expediente de hechos; en el caso SEM-02-001, Explotación

Forestal en Ontario, el Secretariado recomendó al Consejo Ministerial la elaboración de un expediente de hechos y se espera la respuesta del Consejo. Por último, en el caso SEM-97-001, B. C. Hydro, el expediente de hechos está terminado, y se dio a conocer al público en junio de 2000. Otros dos casos están todavía en revisión: el caso SEM-02-003, Pulpa y Papel, el Secretariado recibió una respuesta de la parte afectada, y está analizando si se amerita elaborar un expediente de hechos, y en el caso SEM-03-001, Ontario Power Generation, la petición se encuentra en una primera revisión por parte del Secretariado.

Canadá ha sido la única parte demandada donde los peticionarios alegan, en dos de las peticiones, distorsiones en el comercio internacional debidas a omisiones en la aplicación de la legislación ambiental, y la mayoría de los problemas planteados en estas peticiones sí se relacionan con actividades económicas importantes para este país, como la minería, la cría de ganado porcino en Québec, la exportación de energía eléctrica a Estados Unidos, la pesca en el Atlántico y del salmón en el Pacífico, y sí son problemas ambientales de gran importancia para Canadá.

Las treinta y ocho peticiones que se han presentado bajo el artículo 14, excepto una de México, tienen como interés principal por parte de los peticionarios, la protección del ambiente por medio de la aplicación de la legislación ambiental, es decir, si se respeta el espíritu del Acuerdo respecto de la protección ambiental y el no hostigamiento a una industria o actividad económica. Aunque en dos de ellas se mencionan las ventajas de Canadá en el comercio internacional por no cumplir con la legislación ambiental (“*dumping ecológico*”), no parece existir un hostigamiento a las actividades económicas relacionadas con los argumentos de las peticiones.

Los siguientes cuadros resumen el estado actual del total de peticiones que se han presentado ante el Secretariado hasta noviembre de 2003. De un total de treinta y ocho casos presentados desde 1995 en cerca de nueve años, trece corresponden a Canadá, diecisiete a México y ocho a Estados Unidos. Lo primero que resalta de estos números es su brevedad. Dado el debate que se dio a raíz de la firma del TLCAN, podría pensarse que el crecimiento comercial de inversión y de actividad económica, como lo argumentaban algunos grupos ambientales, llevaría a mayores problemas de contaminación ambiental, sobre todo en el caso de México. Si bien México ha sido objeto de un mayor número de casos (un 42%), el número absoluto de ellos no parece indicar que México se haya convertido en un pa-

raído de contaminación. Al contrario, dadas las acciones que se han tomado por parte de las autoridades ambientales a raíz de las peticiones presentadas, más bien los casos presentados pudieran haber fortalecido la aplicación de la legislación ambiental. Al menos, los casos presentados por las peticiones, en el caso de México, son reflejo de los problemas ambientales de México existentes antes de la firma del TLCAN.

## CUADRO 1

## TOTAL DE CASOS O PETICIONES

	<i>Activos</i> <sup>1</sup>	<i>Cerrados</i> <sup>2</sup>	<i>Expediente de hechos</i> <sup>3</sup>	<i>Total</i>
Canadá	6	6	1	13
México	6	9	2	17
Estados Unidos	—	7	1	8
<i>Total</i>	12	22	4	38

FUENTE: Página web de la Comisión de Cooperación Ambiental.

<sup>1</sup> Casos o peticiones que se encuentran en revisión, o de las cuales se está elaborando un expediente de hechos.

<sup>2</sup> Casos cerrados de los que no se hizo un expediente de hechos.

<sup>3</sup> Expediente de hechos ya terminado.

## CUADRO 2

## PETICIONES O CASOS CERRADOS

	<i>Rechazado bajo el artículo 14<sup>1</sup></i>	<i>Cerrado bajo el artículo 15<sup>2</sup></i>	<i>Se cerró la petición<sup>3</sup></i>	<i>No se hizo un expediente de hechos<sup>4</sup></i>	<i>Expediente de hechos terminado<sup>5</sup></i>	<i>Total</i>
Canadá	5	—	—	1	1	7
México	6	2	—	1	2	11
Estados Unidos	4	2	1	—	1	8
<i>Total</i>	15	4	1	2	4	26

FUENTE: Página web de la Comisión de Cooperación Ambiental.

<sup>1</sup> Las peticiones no cumplieron con las disposiciones del artículo 14 del ACAAN.

<sup>2</sup> Las peticiones cumplieron con los requisitos del artículo 14 del ACAAN, pero no se hizo un expediente de hechos porque la respuesta de la parte aclaraba el problema.

<sup>3</sup> Se hizo un informe bajo el artículo 13 del ACAAN acerca del problema planteado en la petición.

<sup>4</sup> Pese a que el Secretariado recomendó elaborar un expediente de hechos para estos casos, el Consejo Ministerial votó en el sentido de no hacerlo (Granjas Porcícolas de Québec y Cytrar II).

<sup>5</sup> Expedientes de hechos ya terminados.

## CUADRO 3

## PETICIONES O CASOS ACTIVOS

	<i>Revisión de la petición<sup>1</sup></i>	<i>En estudio la respuesta de la parte<sup>2</sup></i>	<i>Se recomendó expediente de los hechos<sup>3</sup></i>	<i>Expediente de los hechos en elaboración<sup>4</sup></i>	Total
Canadá	1	1	1	3	6
México	1	1	1	3	6
Estados Unidos	—	—	—	—	—
<i>Total</i>	2	2	2	6	12

FUENTE: Página web de la Comisión de Cooperación Ambiental.

<sup>1</sup> El caso se encuentra en su primera etapa, revisión de la petición para saber si cumple con los requisitos del artículo 14 del ACAAN.

<sup>2</sup> La petición cumplió con los requisitos del ACAAN y se está analizando la respuesta de la parte.

<sup>3</sup> El Secretariado recomendó hacer un expediente de hechos.

<sup>4</sup> El Secretariado está ya elaborando un expediente de hechos de estos casos.

Por su parte, el Secretariado ha actuado en forma muy consistente al analizar las treinta y ocho peticiones, se ha limitado a una actuación legalista y precisa en su análisis, y, en lo que parece en los últimos años, ha estudiado minuciosamente los casos y ha decidido sobre ellos en forma racional, legal y muy precisa.

Los resultados que hasta ahora se han tenido en las controversias presentadas bajo el artículo 14 tienen su origen en los problemas de discusión, negociación y aprobación del Acuerdo de Cooperación Ambiental. La preocupación, sin duda legítima, de los grupos ambientales en la efectiva aplicación de la legislación ambiental y en la protección del ambiente, y la preocupación de los gobiernos de las partes de no ceder a estos grupos o a alguna de las partes su independencia en política ambiental, dio como resultado un novedoso mecanismo de tipo contencioso, que no fue lo suficientemente evaluado y analizado durante la negociación, y que no cumplió ni con las expectativas de los grupos ambientales ni con lo que los gobiernos de las partes deseaban aprobar. El resultado de las controversias de este mecanismo ha sido una politización de los problemas plantea-

dos en las peticiones, ha puesto en aprietos a los gobiernos de las partes demandadas, y no ha llevado a una mayor protección ambiental. Las discusiones y el debate acerca de la conducta de los gobiernos de las partes respecto de la aplicación de la legislación ambiental no parecen ser el mecanismo adecuado para que estos gobiernos apliquen eficazmente su legislación ambiental y protejan de esta manera el ambiente.

Las controversias ambientales presentadas bajo el artículo 14 han provocado fuertes reacciones en las autoridades ambientales de las partes, las cuales parecen percibir a la CCA más como enemigo que como una parte de ellas mismas. En Estados Unidos, el país que ha originado el menor número de controversias, el caso del Fuerte Huachuca y la cuenca del Río San Pedro dio lugar a declaraciones negativas por parte de la Agencia de Protección Ambiental, aunque en la iniciativa del alto río San Pedro los gobiernos locales y estatales y el ejército de Estados Unidos mostraron su disposición a cooperar en la preservación de la cuenca. En Canadá, las peticiones provocaron en los gobiernos de Columbia Británica y de Québec una gran sensibilidad, comentarios negativos acerca de la injerencia de la CCA y del Secretariado, y una defensa de las acciones de estos gobiernos. En México, las autoridades ambientales han reaccionado también en forma sensible y negativa, y han defendido, tanto en declaraciones como en las respuestas que han presentado al Secretariado, las acciones del gobierno en materia de protección ambiental. Más aún, en estas respuestas se ha interpretado el artículo 14(2)(c) como “agotar los recursos al alcance de los particulares”, cuando lo que dispone es: “...si se ha acudido a los recursos al alcance de los particulares conforme a la legislación de la parte” (derecho y políticas ambientales).

No es de sorprender que las autoridades ambientales de México reaccionen más sensiblemente que las de Canadá y Estados Unidos, además de tener que responder a casi todas las peticiones donde se les demanda por su conducta.

En general, las actuaciones del Secretariado y de la Comisión en la revisión de estas controversias no tienen una imagen positiva en los gobiernos de ninguna de las partes, lo que dificulta la cooperación ambiental dentro de este mecanismo. Además, la labor del Secretariado se hace más difícil por no ser éste lo suficientemente independiente. El Secretariado tiene que actuar dentro de márgenes muy estrechos de maniobra, ya que es el responsable de analizar la conducta de las autoridades ambientales

de las partes en la aplicación de la legislación ambiental y de dar una respuesta objetiva, tiene que mantenerse abierto a la participación de las organizaciones no gubernamentales ambientales, y al mismo tiempo depende de los gobiernos de las partes por su situación respecto del Consejo Ministerial.

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(3)(a) impide al Secretariado analizar una petición si el asunto que argumenta está pendiente de resolución por un "procedimiento judicial o administrativo" (*idem*). 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 este tipo 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.

¿Qué tipo de reformas podrían llevarse a cabo para facilitar que el ACAAN resultara más efectivo para favorecer la cooperación entre los tres países? En el capítulo final responderemos a esta cuestión.



## CAPÍTULO QUINTO

### EL ACUERDO DE COOPERACIÓN LABORAL DE AMÉRICA DEL NORTE (ACLAN), RESOLUCIÓN DE DISPUTAS Y PROMOCIÓN DE LA COOPERACIÓN EN MATERIA LABORAL

#### I. INTRODUCCIÓN

Mencionamos en el capítulo anterior que el ACAAN y el ACLAN fueron negociados simultáneamente a fin de asegurar el cumplimiento efectivo de la legislación ambiental y laboral de cada país y de promover la cooperación entre los tres países en estos ámbitos, y que con el propósito de alcanzar estas metas, los dos acuerdos proveen un marco institucional y entramado normativo similar, pero también presentan importantes diferencias, las cuales surgieron de las diferentes posiciones de actores claves en la negociación de los acuerdos y las diferentes sensibilidades políticas que los temas ambientales y laborales provocan en los tres países.

En la primera sección de este capítulo se analizan las principales diferencias que se dieron en el proceso de negociación de los acuerdos ambiental y laboral y el impacto resultante que tuvieron en el diseño institucional del segundo con respecto al primero. En la segunda sección se estudian las peticiones públicas que distintas coaliciones de grupos han presentado desde la entrada en operación del ACLAN hasta mayo de 2003, denunciando omisiones en la aplicación efectiva de la legislación laboral por parte de los gobiernos tanto de Canadá, México y los Estados Unidos, y la respuesta que han recibido por parte de las oficinas administrativas nacionales (OAN) de cada país, la Comisión de Cooperación Laboral (CCL) y los tres países en general. Asimismo, se destacan las actividades de cooperación que han emprendido los tres países en este periodo. En la parte final se hace una evaluación del ACLAN y sus mecanismos.

## II. DIFERENCIAS ENTRE EL ACUERDO LABORAL Y EL AMBIENTAL

La propuesta original de Estados Unidos sobre un posible acuerdo paralelo laboral era similar al que resultó del acuerdo ambiental. Dicha propuesta contemplaba la creación de un secretariado independiente con poderes para revisar denuncias de organizaciones sociales e imponer sanciones al país que incurriera en un patrón persistente de omisión de la aplicación efectiva de su legislación laboral. Sin embargo, la oposición férrea de los gobiernos mexicano y canadiense, los cuales contaron con el apoyo del sector empresarial de los Estados Unidos, dieron como resultado diferencias sustanciales entre el texto de los acuerdos paralelos laboral y ambiental. Estas diferencias se explican, por varias razones fundamentales.

En primer lugar, los asuntos laborales son políticamente más sensibles en los tres países que los ambientales, por lo que los países miembros del TLCAN tuvieron mucho menor disposición a ceder autoridad sobre cuestiones laborales a instituciones supranacionales. Esta indisposición fue especialmente fuerte para el gobierno mexicano, pues en México el sector obrero organizado siempre ha tenido un papel esencial en el juego político. Sin embargo, también en Estados Unidos el sector empresarial mostró una gran preocupación sobre los posibles peligros inherentes a una comisión laboral independiente.

En segundo, las alianzas políticas alcanzadas a nivel interno en cada país determinaron el resultado final de la negociación. En Estados Unidos, el presidente Clinton logró obtener el apoyo de un número importante de ONG's ambientales para el ACAAN. En el caso del ACLAN, por el contrario, no contó con el apoyo de las organizaciones laborales de Estados Unidos, quienes nunca se conformaron con nada que no fuera equivalente a una carta social a la europea, en la que se establecieran estándares laborales comunes y un compromiso a elevar dichos estándares por parte de México y que pudieran hacerse cumplir a través de los tribunales internos y mediante sanciones internacionales.<sup>282</sup>

En las primeras fases de la negociación del ACLAN el gobierno mexicano se opuso fuertemente a cualesquier mecanismos para hacer cumplir el acuerdo que pudieran servir para restringir el comercio o comprometer

<sup>282</sup> Mayer, Frederick, 1998.

la soberanía del país. Sin embargo, conforme las negociaciones de los acuerdos paralelos se retrasaron, el apoyo en México para el TLCAN empezó a erosionarse. Temiendo una oleada creciente de oposición interna con sus consecuentes complicaciones para las elecciones presidenciales de 1994, los negociadores mexicanos modificaron su posición y empezaron a buscar fórmulas alternativas de compromiso, pero que no comprometieran la relación corporativa tradicional del gobierno sobre el sector obrero.

El gobierno canadiense también se opuso a la propuesta original estadounidense de un acuerdo laboral. El nuevo gobierno liberal de Canadá, el cual acababa de inaugurarse luego de una “crisis constitucional”, no estaba dispuesto a “venderse” a Estados Unidos y permitir mecanismos supranacionales y acuerdos que implicaran sanciones comerciales.<sup>283</sup>

El punto más álgido de contención y desacuerdo fue la propuesta de creación de una autoridad supranacional. Aunque México, Canadá y Estados Unidos estaban de acuerdo en la necesidad de un mecanismo internacional encargado de supervisar e implementar el acuerdo, los tres difirieron ampliamente respecto de su jurisdicción y poder, independencia y mecanismos para hacer cumplir los acuerdos.

Como fórmula de compromiso, y a fin de lograr un acuerdo, el gobierno estadounidense propuso que las denuncias de falta de cumplimiento de la legislación laboral presentadas por organizaciones sin vinculación gubernamental fueran presentadas y tramitadas ante oficinas administrativas nacionales (OANs). Las OANs se ubicarían al interior de la Secretaría o departamento del trabajo de cada país. Con esta propuesta de que fueran los propios gobiernos nacionales quienes decidirían si las denuncias de ONGs ameritaban consultas internacionales, la idea de un mecanismo supranacional independiente fue silenciosamente eliminado de la agenda de negociación.

De este modo, el ámbito de acción del ACLAN se limitó a asegurar que cada país cumpliera con su propia legislación, y la cuestión de los mecanismos para asegurar el cumplimiento del acuerdo se resolvería a nivel bilateral. Entre México y Estados Unidos las multas y la suspensión de beneficios comerciales se convertirían en los mecanismos potenciales para hacer cumplir el acuerdo, mientras que para el Canadá las sanciones

283 *Idem.*

comerciales no son aplicables, y las multas serían impuestas por los tribunales canadienses.

Todo lo anterior fue acompañado por las promesas usuales de parte de cada gobierno de mejorar los estándares laborales, incrementar la cooperación y fortalecer el sistema interno de administración de la legislación laboral.

La OAN de cada país tiene el poder de revisar las cuestiones laborales de los otros dos países. Sin embargo, las OAN son instituciones nacionales, y cualquier decisión de inmiscuirse en los asuntos laborales de otra de las partes se tendrán que tomar con mucho cuidado. En suma, a pesar del acuerdo laboral, los asuntos laborales continuarán siendo un asunto esencialmente nacional.

### III. EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL ACLAN

El objetivo central del ACLAN es promover que las autoridades de cada país apliquen de manera efectiva su propia legislación laboral nacional, y también administren en forma transparente dicha legislación. El ACLAN también considera entre sus objetivos mejorar las condiciones de trabajo y los niveles de vida en los territorios de los socios; estimular la cooperación; alentar la publicación y el intercambio de información laborales.<sup>284</sup> Otro de los objetivos es que las partes promuevan once principios laborales (véase cuadro 1), en términos de lo dispuesto por la legislación de cada socio y sin que constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación, aunque sí se establecieron con el propósito de delimitar áreas de atención.<sup>285</sup> Todos estos objetivos se establecen en la primera parte del ACLAN.

La parte segunda del ACLAN le otorga a cada país el derecho de adoptar o modificar sus propias normas, derecho que se matiza por el compromiso de buscar el mejoramiento de los estándares laborales. El ACLAN crea ciertas obligaciones para que las partes garanticen que aplican de manera efectiva su propia legislación laboral, como las de nombrar inspectores, vigilar el cumplimiento y promover la conciliación; garantizar el acceso de los particulares a los procedimientos ante los tribunales del

<sup>284</sup> Artículo 1 (a), (c), (d) y (e) del ACLAN.

<sup>285</sup> Artículo 1 (b) y anexo 1 del ACLAN.

trabajo y que dichos procedimientos sean justos, equitativos y transparentes; hacer públicas a la brevedad las leyes y normas en materia laboral, y promover el conocimiento público de la legislación laboral de cada parte. Todo ello con pleno respeto a la legislación nacional de cada socio.<sup>286</sup>

La parte tercera dispone la creación de una Comisión para la Cooperación Laboral (CCL), la cual tiene como órgano rector al Consejo Ministerial (integrado por los secretarios del Trabajo de México y Estados Unidos, y el ministro del Trabajo de Canadá y al Secretariado como órgano de apoyo, subordinado al Consejo. La Comisión cuenta con la colaboración de las OAN establecidas al interior de las dependencias federales del trabajo de cada gobierno.<sup>287</sup> La parte cuarta establece los mecanismos de cooperación y evaluación, y, finalmente, la parte quinta establece un mecanismo de resolución de disputas relativas a denuncias en las que se alegue que alguna de las partes ha incurrido en un patrón persistente de violación de un número limitado y seleccionado de principios laborales.

A fin de alcanzar sus objetivos, el ACLAN establece un mecanismo de resolución de disputas de gobierno a gobierno respecto de casos en donde se alegan violaciones a las disposiciones del acuerdo. Antes de alcanzar la etapa de revisión por parte de un panel arbitral, cualquier disputa debe pasar por una etapa de consultas y de procedimientos de evaluación. Una parte puede solicitar consultas ministeriales a cualquier otra parte respecto de cualquier asunto relacionado con el ámbito de validez del ACLAN. Pero niveles más altos de revisión se aplican solamente respecto de reclamaciones en las que se alega incumplimiento de once principios laborales establecidos en el ACLAN (de acuerdo con una clasificación en tres grupos discutidos a continuación), y siempre y cuando el asunto se relacione con el comercio y se encuentre cubierto por leyes laborales mutuamente reconocidas.

<sup>286</sup> Segunda parte, "Obligaciones", artículos 2o.-7o. del ACLAN.

<sup>287</sup> El Consejo se reúne de manera anual y aprueba el programa trinacional de actividades de cooperación, así como el plan de trabajo y el presupuesto del Secretariado. El Consejo tiene como obligaciones dictar y facilitar la puesta en práctica del Acuerdo, y vale la pena señalar que toma prácticamente todas las decisiones por consenso. El Secretariado, establecido inicialmente en Dallas, Texas, y actualmente sito en Washington, está financiado en partes iguales por México, Estados Unidos y Canadá. Está presidido por un director ejecutivo, nombrado trianualmente, y funcionarios nacionales de los tres países socios. El primer director ejecutivo fue el canadiense John McKennirey (quien cumplió su trienio, y el Consejo lo ratificó por un periodo adicional). Actualmente, el mexicano Alfonso Oñate preside el Secretariado.

## CUADRO 1

## PRINCIPIOS LABORALES DEL ACLAN

1. Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse.	Garantizar que los trabajadores puedan instituir organizaciones y unirse a ellas libremente.
2. Derecho a la negociación colectiva.	Proteger el derecho para negociar colectivamente condiciones de empleo
3. Derecho de huelga.	Proteger el derecho para la defensa de los intereses de los trabajadores.
4. Prohibición del trabajo forzado.	Excepto en casos aceptados por las partes.
5. Restricciones sobre el trabajo de menores.	Cada parte fija la edad mínima para trabajar.
6. Condiciones mínimas de trabajo.	Incluye salario mínimo y pago de tiempo extra. Cada Parte establece su nivel de salario mínimo.
7. Eliminación de la discriminación en el empleo.	Por causa de raza, sexo, religión, edad u otros conceptos. No incluye requisitos o acreditaciones para el empleo, ni prácticas de buena fe.
8. Salario igual para hombres y mujeres.	Pago igual por trabajo igual.
9. Prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales.	Prescribir y aplicar normas que reduzcan las causas de lesiones y enfermedades ocupacionales.
10. Indemnización en casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales.	Establecer un sistema que prevea beneficios y compensaciones en estos casos.
11. Protección de los trabajadores migratorios.	Proporcionar a los trabajadores migratorios la misma protección legal que a sus nacionales, respecto a condiciones de trabajo (es decir, trato nacional en condiciones de trabajo, sin importar la condición migratoria).

Cualquier OAN puede iniciar consultas con la OAN de otro de los países respecto al derecho laboral, a la implementación del derecho laboral o las condiciones del mercado laboral. Además, el ACLAN autoriza que ciudadanos u organizaciones no gubernamentales puedan presentar denuncias ante su propia OAN respecto a la implementación de la legislación laboral de los otros países miembros. Si la OAN ante la cual se presentó la denuncia decide que existen elementos que ameritan una acción ulterior, puede solicitar consultas ante la OAN extranjera. Una vez que las OAN han llevado a cabo consultas, pueden llegar a recomendarse consultas ministeriales.

Si un asunto se mantiene sin resolver tras las consultas ministeriales, cualquiera de las partes puede solicitar la creación de un comité evaluador de expertos (CEE) para que analice el asunto y emita un reporte. Para cuestiones no resueltas por un CEE, las partes en disputa pueden celebrar consultas y eventualmente conformar un panel arbitral. En última instancia, el arbitraje puede conducir a sanciones monetarias.

El ACLAN establece once principios laborales, a los que divide en tres grupos. La posibilidad de denunciar violaciones a estos principios y obtener un remedio en caso de incumplimiento de los mismos depende del grupo al que pertenezcan.

Los principios 1, 2 y 3 comprenden el primer grupo, y las denuncias en que se reclama su violación por parte de cualquiera de los países son revisadas por las OAN y están sujetas a revisión del Consejo Ministerial. Las reclamaciones de violaciones a estos principios, sin embargo, no pueden ser revisadas por un comité de expertos, y no se establece ninguna sanción en caso de incumplimiento de estos principios por alguna de las partes.

El segundo grupo comprende principios sujetos a revisión tanto por las OAN como a consultas ministeriales y a revisión por parte de un comité de expertos, pero no pueden ser sujetos a la revisión de un panel arbitral y la imposición de sanciones. Este grupo comprende los principios 4, 7, 8 10 y 11.

Los principios incluidos en el tercer grupo 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, y en última instancia su violación se sujeta a sanciones monetarias. Este grupo se limita a los principios 5, 6 y 9.

En otras palabras, el ACLAN concibe la solución de controversias como un último recurso de acción entre las partes, y ofrece plena oportuni-

dad de resolver los asuntos de manera cooperativa y no mediante la confrontación. Por tanto, acota los temas que pueden ser motivo de la solución de controversias a tres exclusivamente: seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores y salarios mínimos y cuando un asunto sobre cualquiera de estos temas se haya evaluado previamente en un comité de expertos y no haya sido resuelto a satisfacción de las partes.<sup>288</sup>

En suma, el ACLAN, al igual que el ACAAN, establece un vínculo sin precedente entre la sociedad y los gobiernos de los tres países. A la luz del Acuerdo, el público puede llevar a la atención de las OAN asuntos sobre la legislación laboral de cualquiera de los países de América del Norte. El ACLAN otorga a la sociedad la facultad de exponer internacionalmente estos asuntos mediante las comunicaciones públicas. Además, una comunicación pública puede accionar una revisión en diferentes niveles. La revisión puede ser entre los gobiernos —a nivel administrativo primero, y luego a nivel ministerial—. A continuación analizamos —como lo hicimos en el caso del ACAAN— las comunicaciones públicas que se han presentado desde la entrada en vigor del ACLAN.

#### IV. LAS COMUNICACIONES PÚBLICAS ANTE EL ACLAN DE 1994 A 2003. EVOLUCIÓN Y BALANCE

Entre 1994 y 2003 se presentaron 25 comunicaciones públicas ante alguna de las tres OAN. En Estados Unidos se recibieron dieciséis; en México, seis, y en Canadá, dos. Del total de comunicaciones públicas, dieciséis se refieren a una presunta falta de aplicación de la legislación laboral por parte de las autoridades de México, siete en contra de las autoridades estadounidenses y dos de las canadienses. (Véanse cuadros 2 y 3).

El ritmo de presentación de las comunicaciones públicas ha variado mucho. Si bien en 1994 la presentación de comunicaciones públicas fue relativamente amplia (cuatro) ante la novedad del Acuerdo, el año siguiente descendió sensiblemente a sólo una, y los siguientes dos años se mantuvo en una o dos anuales. En 1998 hubo un auge inusitado con el mayor número de comunicaciones públicas hasta el momento (diez) para luego desplomarse a tan sólo dos en 1999, una en 2000 y dos en 2001. (Véase cuadro 2).

<sup>288</sup> Artículo 27 del ACLAN.

## CUADRO 2

NÚMERO DE COMUNICACIONES PÚBLICAS  
PRESENTADAS Y DE SOLICITUDES DE CONSULTAS  
MINISTERIALES, 1994-2003

<i>Año de presentación</i>	<i>Comunicaciones públicas</i>	<i>Consultas ministeriales</i>
1994	4	1
1995	1	1
1996	2	1
1997	3	3
1998	10	5
1999	2	1
2000	1	1
2001	2	
2002		
2003		
<i>Total</i>	25	13

En los cuadros 3 y 4 se presentan la distribución de las comunicaciones públicas por OAN que revisó y las retiradas por los peticionarios o rechazadas por las OANs en el periodo 1994 y 2003. A continuación se discuten las 25 comunicaciones una por una.

CUADRO 3

DISTRIBUCIÓN DE LAS COMUNICACIONES PÚBLICAS  
POR OAN QUE REVISAS, 1994-2003

<i>Año de presentación</i>	<i>OAN que revisa</i>		
	<i>Canadá</i>	<i>EUA</i>	<i>México</i>
1994	—	4	—
1995	—	—	1
1996	—	2	—
1997	—	3	—
1998	2	4	4
1999	1	1	—
2000	—	1	—
2001		1	1
2002			
2003			
<i>Total</i>	3	16	6

## CUADRO 4

COMUNICACIONES PÚBLICAS PRESENTADAS  
Y RETIRADAS POR LOS PETICIONARIOS O DESECHADAS  
POR LAS OAN, 1994-2003

<i>Año</i>	<i>Total de CP</i>	<i>Retirada por peti- cionarios</i>	<i>Dese- chada por OAN</i>	<i>Comunicación pública</i>	<i>Resultado</i>
1994	4	1	0	EUA 940004- General Electric	OAN EUA suspendió la revi- sión por solicitud del peticionario
1995	1	0	0	—	—
1996	2	1	0	EUA 9602- Maxi Switch	El peticionario logró su propósi- to. OAN EUA suspendió la re- visión.
1997	1	1	0	EUA 9702- Han Young	OAN EUA completó la revi- sión. Hubo con- sultas ministe- riales.
1998	10	—	1	EUA 9801- Aeroméxico	OAN EUA la rechazó.
	—	—	1	EUA 9802- Trabajo de meno- res en agro	OAN EUA suspendió la re- visión porque el peticionario no proporcionó in- formación sufi- ciente.
	—	1	—	CAN 98-2- MOU Canadá	OAN Canadá la rechazó

<i>Año</i>	<i>Total de CP</i>	<i>Retirada por peticionarios</i>	<i>Desechada por OAN</i>	<i>Comunicación pública</i>	<i>Resultado</i>
	—	1	—	EUA 9803-McDonald's	Peticionario logró su propósito. OAN EUA suspendió la revisión.
	—	—	1	EUA 9804-Servicio Postal Canadiense	OAN EUA la rechazó.
1999	2	1	1	CAN 99-1 EFCO-LPA	OAN Canadá la rechazó.
2000	1	—	—	EUA 2001-01 Duro Bag Manufacturing Corp	OAN de EUA la rechazó.
2001	2			MEX 2001-1 Trabajadores inmigrantes de Nueva York	OAN de México solicitó a OAN de EUA que tome medidas para resolver los problemas de comunicación con los trabajadores migratorios.
<i>Total</i>	25	5	6		

### 1. *Comunicación pública EUA 940001 - Honeywell*

En febrero de 1994, apenas un mes después de la entrada en vigor del ACLAN, el sindicato International Brotherhood of Teamsters<sup>289</sup> de Estados Unidos presentó la primera comunicación pública del ACLAN ante

<sup>289</sup> Es el sindicato industrial más importante de Estados Unidos con 1.4 millones de miembros. Agrupa trabajadores tanto en Estados Unidos como en Canadá en las industrias del transporte, construcción, manufactura, hospitales, oficinas gubernamentales y aerolíneas, entre otros. Se ha caracterizado por promover iniciativas agresivas de negociación colectiva y solidaridad internacional. Véase <http://www.teamster.org> y Lance Compa, "Los sindicatos norteamericanos y el Tratado de Libre Comercio", *Revista de Trabajo*, p. 169.

la OAN de Estados Unidos. Se refiere a supuestas violaciones a la libertad de asociación y la protección al derecho a organizarse en la empresa Honeywell Manufacturas de Chihuahua, S. A., en Chihuahua, Chihuahua, maquiladora dedicada a la producción de equipo electrónico.<sup>290</sup>

Se alegó despido de trabajadoras por sus actividades sindicales con el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares (STIMAHCS), afiliado al Frente Auténtico del Trabajo (FAT).<sup>291</sup> La mayoría de las trabajadoras no presentaron quejas ante las autoridades competentes, excepto una.<sup>292</sup> Se alegaron prácticas intimidatorias a estas trabajadoras por parte de la empresa para que no apoyaran al STIMAHCS, y para que las simpatizantes renunciaran a sus empleos y no presentaran denuncias ante la JFCA.<sup>293</sup>

Si bien el sindicato de los Teamsters se refiere a presuntas violaciones a la libertad de asociación, no habla de omisiones de aplicación de la ley laboral por parte del gobierno mexicano, sino por parte de la empresa. Además, se solicitan acciones a la OAN de Estados Unidos. La OAN de Estados Unidos la aceptó para su revisión en abril de 1994 y en el proceso de revisión recopiló información tanto del sindicato que presentó la comunicación pública como de la empresa. También llevó a cabo una audiencia pública en septiembre de 1994, en Washington, en la cual las personas interesadas en la revisión proporcionaron información adicional, de manera verbal y por escrito. Además, la OAN de Estados Unidos solicitó consultas con la OAN de México en relación con la legislación laboral pertinente; acudió a consultores particulares y recopiló literatura sobre los temas relevantes de la revisión.<sup>294</sup>

A partir de dicha información, elaboró un informe, presentado en octubre de ese año. En él consolidó esta comunicación pública y la de General Electric, que se detalla a continuación. Al final del informe, la OAN de Estados Unidos concluyó que los trabajadores despedidos parecían conocer su derecho de acudir a las JFCA, y sin embargo prefirieron aceptar acuerdos económicos con la empresa. Si bien reconocía que la situación

290 "Before the United States National Administrative Office, Bureau of International Labor Affairs, United States Department of Labor, In re: Honeywell Inc., Complaint", 14 de febrero de 1997 (comunicación pública 940001), p. 1.

291 *Ibidem*, p. 4.

292 *Ibidem*, p. 3.

293 Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA).

294 *Ibidem*, p. 9.

económica en México les dificultaba esperar a que la JFCA emitiera su decisión, no podía afirmar que el gobierno de México hubiera faltado en el cumplimiento de su legislación laboral, pues los trabajadores habían aceptado el acuerdo económico con la empresa. Esto impidió poner en claro la eficiencia en el desempeño de la JFCA.

La OAN de Estados Unidos hizo finalmente algunas recomendaciones al secretario del Trabajo de Estados Unidos, como las de que las tres OAN participaran en actividades de cooperación relativas a la libertad de asociación y el derecho de los trabajadores a organizarse, tales como la preparación de seminarios o conferencias sobre el tema con la participación de autoridades estatales y federales. También recomendó mejorar la información al público sobre el ACLAN y su funcionamiento, y propuso que las OAN hicieran una campaña de información y educación pública. No recomendó consultas ministeriales.

Ante esta conclusión, el sindicato estadounidense que presentó la comunicación pública calificó al ACLAN de fraude. Desde la perspectiva de los sindicatos, la OAN de Estados Unidos utilizó un criterio amplio para aceptar la comunicación pública para su revisión, y otro restrictivo en relación con las cuestiones de aplicación y cumplimiento de la legislación laboral mexicana.<sup>295</sup> Cabe mencionar que el sector privado también se mostró crítico de la OAN por su aceptación de esta comunicación pública.<sup>296</sup>

## 2. Comunicaciones públicas EUA 940002 y EUA 940004-General Electric

Simultáneamente a la comunicación pública sobre Honeywell, el sindicato estadounidense United Electrical, Radio and Machine Workers of America (UE)<sup>297</sup> presentó una comunicación pública ante la OAN de Es-

<sup>295</sup> Lance Compa, "The First NAFTA Labor Cases", *A New International Labor Rights Regime Takes Shape* (1995).

<sup>296</sup> Véase el comentario escrito del *U.S. Council for International Business* en el cual se señala que la OAN de Estados Unidos no debió aceptar esta comunicación ni la relativa a General Electric para revisión, ni tampoco realizar las audiencias, pues ambas se referían a la conducta de las empresas en particular, y no a la del gobierno de México. Además, aseguraba que el requisito conforme al reglamento de la OAN de buscar solucionar el conflicto entre las empresas y los sindicatos involucrados ante las autoridades laborales competentes no se había empleado.

<sup>297</sup> El UE es un sindicato nacional independiente, fundado en 1936 en Estados Unidos. Afilia a más de 40 mil trabajadores manufactureros, maquinistas, oficinistas, de in-

tados Unidos sobre los trabajadores de la empresa Compañía Armadora, subsidiaria de General Electric en Ciudad Juárez, Chihuahua, maquiladora de motores eléctricos.<sup>298</sup> Esta comunicación pública se presentó dos veces, aunque la segunda vez se retiró antes de que se completara la revisión.

Se refería a la presunta violación de la libertad de asociación y el derecho de los trabajadores de esa planta a organizarse por parte de la empresa, que despidió o presionó para que renunciaran más de 100 trabajadores de la planta, entre los cuales había activistas sindicales que pretendían afiliarse al STIMAHCS.<sup>299</sup>

La OAN de Estados Unidos aceptó la comunicación pública para revisarla. Sin embargo, en este caso, de la misma manera que en el anterior, los alegatos de basan en presuntas violaciones por la empresa, y no por el gobierno de México.

En su revisión, la OAN de Estados Unidos obtuvo información adicional del UE, de la empresa y del público interesado mediante la misma audiencia que llevó a cabo para la comunicación pública de Honeywell. Además, la OAN de Estados Unidos solicitó consultas con la OAN de México; acudió a expertos y recopiló literatura sobre temas relevantes para la revisión.<sup>300</sup>

Reportó sus hallazgos en un informe consolidado con la comunicación pública de Honeywell. Por ello, se trata de la misma conclusión; esto es, que los trabajadores despedidos conocían sus derechos, y, por tanto, sabían que podían acudir a la JFCA para presentar quejas. Sin embargo, la mayoría renunció a este derecho y aceptó arreglos individuales con la empresa. Esto impidió a las autoridades mexicanas conocer los casos, y por ello no podía determinarse si se omitió aplicar la legislación mexicana de manera efectiva. Se afirma también que los casos de los trabajadores que sí se presentaron ante la JFCA estaban pendientes de resolución.<sup>301</sup>

Las conclusiones y la mera recomendación de efectuar actividades de cooperación con México despertaron reacciones negativas por parte del UE, que volvió a presentar la comunicación pública (EUA 940004) unos

yección de plásticos, choferes, trabajadores del metal y empleados públicos, entre otros. Véase <http://www.igc.apc.org/unitedelect/>

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>299</sup> *Ibidem*, pp. 1 y 4.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>301</sup> *Ibidem*, pp. 30 y 31.

meses después, cuando no habían terminado los procedimientos pertinentes ante las autoridades laborales mexicanas. El UE la retiró en enero de 1995, cuando la situación de los trabajadores se resolvió en los tribunales laborales pertinentes.<sup>302</sup>

### 3. *Comunicación pública EUA 940003-Sony*

En agosto de 1994, seis meses después de la entrada en vigor del ACLAN, y cuando aún no se había dado a conocer el resultado de la revisión de las primeras dos comunicaciones públicas presentadas, tres organizaciones no gubernamentales estadounidenses y una mexicana presentaron una comunicación pública ante la OAN de Estados Unidos. La Asociación Nacional de Abogados Democráticos, el International Labor Rights Education and Research Fund, la Coalition for Justice in Maquiladoras y el American Friends Service Committee<sup>303</sup> denunciaron en dicha comunicación pública la presunta violación por parte de las autoridades laborales

<sup>302</sup> Comunicación pública 940003 (1995), p. 9.

<sup>303</sup> International Labor Rights Fund es una organización no gubernamental fundada en 1986 para defender los derechos humanos, laborales, religiosos y de otros grupos, mediante la supervisión de las condiciones de trabajo y el libre ejercicio de los derechos de asociación y negociación colectiva de los trabajadores (<http://gwis2.circ.gwu.edu/~laser/ILRF.HTM>). Coalition for Justice in Maquiladoras es una organización no gubernamental formada en El Paso, Texas, en febrero de 1991 por 50 organizaciones ecologistas, laborales y religiosas de Estados Unidos y México. Defiende los principios de eliminación de la discriminación por género, negociación colectiva, eliminación del empleo de menores, participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y eliminación del acoso sexual. (Cfr. Garza Toledo, Enrique de la, *Los sindicatos mexicanos frente al Tratado de Libre Comercio*, 1994, p. 183).

American Friends Service Committee es una organización independiente fundada en 1917 con el objetivo de apoyar a las víctimas civiles de la Primera Guerra Mundial. Actualmente cuenta con una oficina principal en Filadelfia y nueve oficinas regionales en Estados Unidos, así como operaciones en 30 países. Apoya víctimas civiles de guerras y represión, así como a personas en condiciones de pobreza extrema; lleva a cabo proyectos en América Latina y el Caribe, con el fin de ayudar a las personas a utilizar sus recursos y potencialidades; apoya los derechos de trabajadores indocumentados y refugiados. (<http://biosun1.harvard.edu/~horton/afscover.html> y [http://admis.earlham.edu/earlham/activities/outreach/american\\_friends\\_service.html](http://admis.earlham.edu/earlham/activities/outreach/american_friends_service.html))

La Asociación Nacional de Abogados Democráticos es una red de profesionales legales en México, quienes proporcionan sus servicios en favor de la defensa de la democracia y los derechos humanos. Forma parte de la Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio. (<http://www.laneta.apc/rmalc/>)

mexicanas del principio de libertad de asociación y el derecho a organizarse de los trabajadores de la empresa Magnéticos de México, S. A. de C. V., subsidiaria de Sony en Nuevo Laredo, Tamaulipas. Esta empresa, dedicada a la producción de discos para computadora, así como cintas de audio y vídeo, en ese momento empleaba en cinco plantas, alrededor de 1,700 trabajadores sindicalizados, de los cuales 80% eran mujeres.<sup>304</sup>

Las organizaciones que presentaron la comunicación pública argumentaban, por un lado, que la empresa interfirió en la elección sindical; despidió trabajadores que formaban parte de la planilla alternativa; presionó a los trabajadores para que desistieran de participar en dicha planilla mediante amenazas, degradaciones y cambios de horario, y colaboró con la policía en una represión violenta durante un "paro laboral". Por otro lado, señalaban que el gobierno de México había violado los derechos constitucionales a la libertad de asociación de los trabajadores de Sony al negar el registro de un sindicato independiente por razones políticas.<sup>305</sup>

En Sony tuvo lugar una pugna sindical entre el Sindicato de Trabajadores en Industrias Establecidas en Nuevo Laredo al Amparo del Programa de Industrialización para la Zona Fronteriza Norte (STIENL), afiliado a la CTM, al cual los trabajadores estaban afiliados originalmente, y el Sindicato Único de Trabajadores de la Compañía Magnéticos de México (SUTCMM), sindicato independiente. Por otro lado, las autoridades de la JFCA de Ciudad Victoria negaron el registro a este sindicato por omisiones técnicas (falta de copias de documentos) y porque existía una organización sindical titular del contrato colectivo de trabajo que representaba a los promoventes.<sup>306</sup>

Los afectados recurrieron al amparo, pero no agotaron los recursos legales a su alcance.<sup>307</sup>

<sup>304</sup> Comunicación pública 940003, pp. 1-4.

<sup>305</sup> *Ibidem*, pp. 13-17.

<sup>306</sup> La Ley Federal del Trabajo establece que:

"El registro [a un sindicato] podrá negarse únicamente:

Si el sindicato no se propone la finalidad prevista en el artículo 356;

Si no se constituyó con el número de miembros fijado en el artículo 364, y

Si no se exhiben los documentos a que se refiere el artículo anterior.

Satisfechos los requisitos que se establecen para el registro de los sindicatos, ninguna de las autoridades correspondientes podrá negarlo" (véase artículo 366 de la Ley Federal del Trabajo).

<sup>307</sup> *Ibidem*, pp. 98-126.

En octubre de 1994, la OAN de Estados Unidos aceptó la comunicación pública para revisar las presuntas violaciones por parte del gobierno mexicano a la libertad de asociación y el derecho de los trabajadores a organizarse. Conforme a su proceso de revisión, la OAN de Estados Unidos obtuvo información de los interesados directamente y en la audiencia pública que realizó en febrero de 1995. También consultó a la OAN de México. Todo ello formó parte de un informe público que dio a conocer en abril de 1995.<sup>308</sup>

La OAN de Estados Unidos recomendó actividades de cooperación entre México, Estados Unidos y Canadá sobre temas laborales y un estudio para explorar las prácticas de las JFCA en relación con las demandas de trabajadores por despido injustificado, ya que las prácticas de optar por la liquidación, en lugar de buscar la reinstalación se habían encontrado también en los casos Honeywell y General Electric. Hasta el momento no se ha hecho público ese estudio.

En cuanto al registro sindical, recomendó al secretario del Trabajo de Estados Unidos solicitar al secretario del Trabajo y Previsión Social de México consultas ministeriales en relación con el cumplimiento efectivo y aplicación de las leyes sobre registro sindical y el funcionamiento de dicho procedimiento, ya que consideraba que el registro en este caso se había negado por detalles técnicos.<sup>309</sup>

En abril de 1995, el secretario del Trabajo de Estados Unidos solicitó consultas ministeriales conforme al ACLAN, al secretario del Trabajo y Previsión Social de México sobre el registro de asociaciones sindicales. El secretario del Trabajo de México aceptó la solicitud, y como resultado de las mismas, ambos secretarios adoptaron resoluciones que endosó la ministra del Trabajo de Canadá. Acordaron llevar a cabo: *a*) un programa de trabajo conjunto que desarrollarían las OAN de los tres países; *b*) un estudio por expertos mexicanos sobre la legislación laboral de México en la materia y su aplicación, y *c*) reuniones entre las autoridades laborales federales de México con los trabajadores, la empresa y autoridades laborales locales involucradas en el asunto.<sup>310</sup>

El programa de trabajo conjunto desarrollado por las OAN consistió en tres seminarios abiertos al público sobre el registro de asociaciones

308 *Ibidem*, pp. 9 y 10.

309 *Ibidem*, pp. 23-32.

310 *Idem*.

sindicales en México, Estados Unidos y Canadá.<sup>311</sup> El estudio por expertos independientes mexicanos fue sobre los procedimientos de registro de asociaciones en México y su aplicación.<sup>312</sup> En opinión del grupo de expertos, el sistema de registro de asociaciones en México “constituye indudablemente un medio de control gubernamental” y “...no existe una voluntad oficial de otorgar registro a todo aquel que lo solicite sin importar si cumple o no, aun medianamente, con las exigencias legales”.<sup>313</sup> Las reuniones que acordaron los secretarios del Trabajo de México y Estados Unidos se llevaron a cabo entre funcionarios de STPS y: a) trabajadores de la empresa, b) autoridades laborales locales y c) representantes de la empresa.<sup>314</sup>

En 1996, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y el Departamento del Trabajo de Estados Unidos dieron a conocer los resultados de las acciones realizadas, mediante una publicación en español e inglés, con lo cual quedó concluido el proceso de consultas ministeriales.<sup>315</sup>

En ese año, las organizaciones que presentaron la comunicación pública solicitaron al secretario del Trabajo de Estados Unidos que reabriera las consultas ministeriales, ya que el asunto sobre el registro del sindicato independiente no se había resuelto. El secretario estadounidense encargó a la OAN de Estados Unidos que preparara un informe de seguimiento, que se hizo público a finales de ese año. En ese informe, la OAN de Estados Unidos concluyó que dos decisiones de la Suprema Corte de Justicia en relación con la posibilidad de la coexistencia de más de un sindicato en una misma dependencia gubernamental,<sup>316</sup> el proyecto del Partido Acción Nacional de México para reformar la Ley

<sup>311</sup> *Ibidem*, pp. 9-47.

<sup>312</sup> *Ibidem*, pp. 85-92.

<sup>313</sup> *Ibidem*, pp. 90 y 91.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>315</sup> *Idem*.

<sup>316</sup> Las tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia se refieren a los casos de los trabajadores del Sindicato de Personal Académico de la Universidad de Guadalajara y del Sindicato de Solidaridad de Trabajadores del Estado de Oaxaca y dependencias descentralizadas. En ambos casos la Suprema Corte decidió por unanimidad que con base en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no debe limitarse el número de sindicatos que se formen en las *dependencias gubernamentales*. Cabe aclarar que ese caso no tiene relación con el de Sony, porque esos trabajadores no se rigen por la Ley Federal del Trabajo, sino por la Ley de Trabajadores al Servicio del Estado.

Federal del Trabajo<sup>317</sup> y los principios de la política laboral impulsada por el gobierno federal en 1996, la Nueva Cultura Laboral, daban indicios de cambios en materia laboral en México.<sup>318</sup>

#### 4. Comunicación pública MEX 9501-Sprint

En febrero de 1995, el Sindicato de Telefonistas de la República Mexicana (STRM) presentó una comunicación pública ante la OAN de México, en la cual denunciaba la presunta violación de la legislación laboral de Estados Unidos respecto al principio de libertad de asociación y el derecho a organizarse de los trabajadores de la empresa “La Conexión Familiar”, subsidiaria de Sprint en San Francisco, California.<sup>319</sup> Dicha empresa, dedicada a las telecomunicaciones, en particular, a los servicios de larga distancia en español de Estados Unidos a México, se caracteriza por no tener sindicatos (*union-free*) en todas sus filiales en el mundo.<sup>320</sup>

Según los hechos descritos en la comunicación pública, en febrero de 1994, empleados de “La Conexión Familiar” comenzaron a organizarse con apoyo del sindicato Communications Workers of America (CWA).<sup>321</sup> Conforme a las disposiciones de Estados Unidos, tanto los trabajadores como la empresa iniciaron sus campañas respectivas, en favor y en contra de la formación de un sindicato. La empresa despidió trabajadores de origen latino, y una semana antes de la fecha establecida por la Junta Nacional de Relaciones Laborales (JNRL) para la elección sindical, la empresa cerró las oficinas en San Francisco, por presuntos problemas financieros gra-

<sup>317</sup> La iniciativa del PAN de 1995 elimina la discrecionalidad de las autoridades competentes para negar el registro sindical.

<sup>318</sup> U.S. National Administrative Office, Bureau of International Labor Affairs, Department of Labor, “U.S. National Administrative Office Submission No. 940003 Follow-up Report”, pp. 9 y 10.

<sup>319</sup> “Comunicación pública presentada por el Sindicato de Telefonistas de la República Mexicana ante la Oficina Administrativa Nacional de los Estados Unidos Mexicanos”, 1995 (comunicación pública 9501 / OAN MEX).

<sup>320</sup> Conforme a las ponencias de líderes sindicales europeos presentadas en el foro efectuado como resultado de las consultas ministeriales en este caso, Sprint manifiesta en su manual de operaciones para la gerencia ser una empresa libre de sindicatos. Véase transcripción del foro en Secretariado, *Cierre de empresas y derechos laborales...*

<sup>321</sup> CWA es el sindicato de telecomunicaciones más grande en Estados Unidos y Canadá, con 600 mil miembros tanto en el sector público como en el privado. Véase <http://www3.cwa-union.org/>

ves. Un total de 235 empleados quedaron sin trabajo.<sup>322</sup> Los trabajadores y CWA acudieron a la JNRL e iniciaron un juicio contra la subsidiaria de Sprint en San Francisco, por el presunto cierre de la empresa para impedir la formación del sindicato, en clara violación de su libertad de asociación y de su derecho a organizarse.

El STRM abordaba en la comunicación pública sus preocupaciones en torno de la globalización y la posible firma de una alianza estratégica entre Sprint y Teléfonos de México. Además, afirmaba que Sprint aplicaba políticas corporativas para impedir la sindicalización de sus trabajadores en sus plantas alrededor del mundo.<sup>323</sup>

Cabe destacar que como en las comunicaciones públicas anteriores, en este caso también se habla de las prácticas de una empresa, y no de la falta de aplicación efectiva de la legislación laboral por el gobierno estadounidense. Al respecto, la comunicación pública sólo insinúa que el procedimiento administrativo ante las autoridades laborales de ese país es extenso e impide aplicar la legislación laboral estadounidense de manera efectiva.

La OAN de México revisó la comunicación pública de acuerdo con su reglamento. La revisión se centró en el marco jurídico estadounidense que protege y promueve la libertad de asociación y el derecho de los trabajadores a organizarse. Emitió un informe en el cual describió la formación de sindicatos en Estados Unidos, el ámbito de competencia de la JNRL, los procedimientos de elección sindical, las prácticas laborales desleales, el resarcimiento de daños al trabajador, el cierre de una empresa por motivos financieros y la relación entre los asuntos presentados en la comunicación pública y las obligaciones del ACLAN.<sup>324</sup>

Para integrar el informe, la OAN de México solicitó una consulta con la OAN de Estados Unidos sobre la legislación en la materia. No llevó a cabo sesiones informativas ni otros procedimientos adicionales a su alcance conforme a su reglamento.<sup>325</sup>

En el informe, la OAN de México recomendó a su secretario del Trabajo y Previsión Social efectuar una consulta ministerial entre México y

<sup>322</sup> Comunicación pública 9501.

<sup>323</sup> *Ibidem*, pp. 2 y 3.

<sup>324</sup> Oficina Administrativa Nacional de México para el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, "Informe sobre la revisión de la Comunicación Pública 9501/OAN MEX".

<sup>325</sup> *Idem*.

Estados Unidos respecto a “los efectos que tiene el principio de libertad de asociación y el derecho a organizarse de los trabajadores, ante el cierre repentino del centro de trabajo” con el fin de profundizar el análisis.<sup>326</sup> En junio de 1995, el secretario del Trabajo y Previsión Social de México solicitó consultas ministeriales al respecto con su contraparte estadounidense, quien aceptó llevarlas a cabo.<sup>327</sup>

Las resoluciones adoptadas en las consultas ministeriales, que endosó el ministro del Trabajo de Canadá, incluyeron tres acciones: primera, el secretario del Trabajo de Estados Unidos mantendría informado al secretario del Trabajo y Previsión Social de México sobre los avances del caso particular conforme al sistema jurídico estadounidense, y una vez concluido, el Departamento del Trabajo de dicho país presentaría un informe a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México; segunda, el secretariado de la CCL realizaría un estudio sobre los efectos que tiene el cierre repentino del centro de trabajo en el principio de libertad de asociación y el derecho a organizarse de los trabajadores en los tres países; tercera, el Departamento del Trabajo de Estados Unidos organizaría un foro público en San Francisco, California, en el cual participarían delegaciones tripartitas mexicanas y canadienses, para dar oportunidad a los interesados de expresar sus inquietudes sobre el tema.<sup>328</sup>

Con relación a la primera resolución —el compromiso del secretario del Trabajo de Estados Unidos de mantener informado al secretario del Trabajo y Previsión Social de México sobre los avances del caso particular conforme al sistema jurídico de ese país— cuando los secretarios del Trabajo de ambos países la acordaron, el caso de Sprint ya había pasado por dos etapas (la resolución inicial y una apelación). Hasta el momento no se conoce el informe del Departamento del Trabajo estadounidense a México sobre el resultado del caso en particular para desahogar este inciso.

En relación con la segunda resolución, el Secretariado laboral llevó a cabo el estudio mencionado, y lo publicó. El estudio concluye respecto a Estados Unidos, que si bien el cierre repentino y total relacionado con el ejercicio de la libertad de asociación es una práctica poco frecuente en ese país, las amenazas de cerrar las empresas para evitar la sindicali-

<sup>326</sup> Informe sobre la revisión de la comunicación pública 9501/OAN MEX, *op. cit.*, p. 19.

<sup>327</sup> Boletines de prensa STPS, # 138/95 y 173/95.

<sup>328</sup> Resoluciones adoptadas-consultas ministeriales-comunicación pública 9501.

zación son muy continuas, lo cual es poco frecuente en Canadá y en México.<sup>329</sup>

En relación con la tercera resolución, se efectuó un foro público en febrero de 1996, en San Francisco, California.<sup>330</sup> Participaron delegaciones tripartitas de México, Estados Unidos y Canadá, así como representantes de sindicatos de comunicaciones, ex empleadas de “La Conexión Familiar” y académicos interesados en el asunto. En octubre de 1996, el Secretariado presentó al Consejo de la Comisión un proyecto de informe, y finalmente, el 7 de junio de 1997, el Secretariado publicó en los tres idiomas su estudio titulado “Cierre de empresas y derechos laborales. Los efectos del cierre repentino de empresas sobre la libertad de asociación y el derecho a organizarse en Canadá, Estados Unidos y México”.

En diciembre de 1996, la Junta Nacional de Relaciones Laborales de Estados Unidos (NLRB) determinó que el cierre del establecimiento había sido incorrecto, y ordenó al patrón recontractar a los trabajadores afectados con pago retroactivo. La empresa apeló la decisión ante un tribunal federal. El 25 de noviembre de 1997 el tribunal de apelación de Estados Unidos en el distrito de Columbia dictaminó que la decisión de la NLRB “no estaba sustentada por pruebas fehacientes”, y, por tanto, la rechazó y falló a favor de la compañía.<sup>331</sup>

##### 5. *Comunicación pública EUA 9601-Sindicato Único de Trabajadores de la Secretaría de Pesca*

El 13 de junio de 1996, la Asociación Nacional de Abogados Democráticos, International Labor Rights Fund y Human Rights Watch/Americas presentaron una comunicación pública ante la OAN de Estados Unidos sobre la presunta violación a la libertad de asociación y derecho a organizarse del Sindicato Único de Trabajadores de la Secretaría de Pesca (SUTSP). Tanto la Asociación Nacional de Abogados Democrá-

<sup>329</sup> El estudio señala que durante las campañas para llevar a cabo elecciones sindicales en EUA entre 1993 y 1995, la mitad de los patrones amenazaron con cerrar las plantas y establecerlas en México. *Cierre de empresas y derechos laborales...*, segunda parte, A. (1997).

<sup>330</sup> Véase transcripción del foro en *Cierre de empresas y derechos laborales...*, cit.

<sup>331</sup> ACLA, Comunicaciones presentadas ante la oficina administrativa nacional OAN de México, mayo de 2003, p. 2.

ticos como International Labor Rights Fund habían participado en el caso Sony.<sup>332</sup>

La comunicación pública expone una pugna sindical entre el SUTSP y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca (SNTE-Semarnap), y cuestiona la compatibilidad de ciertas disposiciones legales mexicanas con el ACLAN.

La pugna se origina cuando se creó la nueva Semarnap en 1994, al incorporarse a ella los trabajadores de la antigua Secretaría de Pesca, junto con trabajadores de áreas de otras dependencias.<sup>333</sup> Los trabajadores estaban representados por diferentes sindicatos de sus respectivas dependencias, entre ellos el SUTSP.<sup>334</sup>

El SUTSP solicitó a la autoridad competente convertirse en el sindicato de los trabajadores de la Semarnap. Dicho tribunal negó la solicitud.<sup>335</sup> La Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado (FSTSE) realizó las gestiones necesarias ante las autoridades del trabajo para formar un nuevo sindicato, SNTE-Semarnap, representativo de los trabajadores de todas las dependencias integradas en la Semarnap.<sup>336</sup> Surgió entonces el conflicto intersindical, y con las autoridades del trabajo competentes, sobre a cuál sindicato se le otorgaría el registro en vista de las disposiciones legales para burócratas en México de un solo sindicato por dependencia gubernamental.<sup>337</sup>

<sup>332</sup> Human Rights Watch es una organización no gubernamental de Estados Unidos que realiza investigaciones sobre abusos en materia de derechos humanos en setenta países del mundo. Se fundó en 1978, y actualmente tiene cinco divisiones que cubren África, América, Asia, el Medio Oriente y la división Helsinki. Está financiada por contribuciones de particulares y otros fondos privados. (<http://www.hrw.org/about/about.html>)

Véase "Petition Submitted to the USNAO by Human Rights Watch/Americas, The International Labor Rights Fund, and the National Association of Democratic Lawyers", 13 de junio de 1996. (Comunicación Pública 9601-OAN EUA), p. 3.

<sup>333</sup> Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, diciembre de 1994.

<sup>334</sup> Según la comunicación pública, la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado (FSTSE) calculaba que se integraron a Semarnap más de 20 mil trabajadores de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, 3 mil de la Secretaría de Desarrollo Social y 2 mil 300 de la Secretaría de Pesca.

Comunicación pública 9601-OAN EUA, *op. cit.*, p. 10.

<sup>335</sup> *Idem.*

<sup>336</sup> Comunicación pública 9602-OAN EUA, *op. cit.*, pp. 10-12.

<sup>337</sup> En México, los trabajadores al servicio del Estado se rigen por la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado. Esta ley establece que en cada dependencia gubernamental sólo puede haber un sindicato y éste únicamente puede afiliarse a la Federación

Se efectuaron varios recuentos, en los cuales la mayoría de los trabajadores apoyaban al SNTE-Semarnap. El resultado del desahogo del caso, después de las distintas instancias ante las autoridades del trabajo, y ya presentada la comunicación pública, fue que ambos sindicatos conservarían su registro.

La comunicación pública cuestionaba la actuación del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, así como la propia Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado y su compatibilidad con el ACLAN.<sup>338</sup> En otras palabras, se ponía en cuestión a la ley misma, y la OAN estadounidense la aceptó. Manifestaron su desacuerdo ante la aceptación tanto el gobierno de México como la asociación de patrones estadounidense, U.S. Council for International Business.<sup>339</sup>

Para revisarla, la OAN de Estados Unidos solicitó a la de México una consulta; también consultó a expertos; recabó información de los interesados y efectuó una audiencia pública en diciembre de 1996.<sup>340</sup> Elaboró su informe y concluyó que había dos decisiones de la Suprema Corte de Justicia que señalaban en los casos de los trabajadores del Sindicato del Personal Académico de la Universidad de Guadalajara y de los empleados estatales de Oaxaca, la inconstitucionalidad de limitar a un sindicato por dependencia gubernamental.<sup>341</sup>

Si bien la OAN de Estados Unidos concluyó que en el caso del SUTSP las autoridades competentes habían aplicado la legislación laboral mexicana *de manera efectiva*, recomendaba llevar a cabo consultas a nivel ministerial, para aclarar la interpretación de las dos resoluciones de la Suprema Corte de Justicia acerca de la inconstitucionalidad de prohibir la formación de más de un sindicato por dependencia gubernamental, así como el rango del Convenio 87 de OIT sobre libertad de asociación, ratificado por México, respecto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>342</sup>

de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado (FSTSE). Las controversias se resuelven ante tribunales federales o locales especiales para burócratas. Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, apartado "B", artículo 123. Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado, artículo 68.

<sup>338</sup> Comunicación pública 9602-OAN EUA, *op. cit.*, pp. 21-27.

<sup>339</sup> <http://www.uscib.org>

<sup>340</sup> *Public Report of Review. NAO Submission No. 9601*, *cit.*, pp. 11 y 12.

<sup>341</sup> *Ibidem*, pp. 13-30.

<sup>342</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.

Este último aspecto se refería a la determinación de qué ley tiene supremacía, ya que el artículo 133 de la Constitución Política mexicana establece que los tratados internacionales ratificados por México tienen rango de ley suprema de la nación. Entonces, la OAN de Estados Unidos se cuestionaba que si México había ratificado el Convenio 87 de OIT sobre la libertad de asociación, por qué la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado no aplicaba sus principios y no permitía la existencia de más de un sindicato en las dependencias gubernamentales. La duda se resumía en cuál ley es superior en México: la Federal de Trabajadores al Servicio del Estado o las leyes supremas de la nación, como el Convenio 87.

La titular del Departamento del Trabajo de Estados Unidos solicitó formalmente las consultas ministeriales al secretario del Trabajo y Previsión Social de México, en febrero de 1997. Los acuerdos para desahogar las consultas ministeriales, a los que se sumó Canadá, se resumen en intercambiar información disponible para hacer un examen completo de los temas planteados. Esto incluyó un seminario abierto al público, efectuado en Estados Unidos, en diciembre de 1997.

Estos acuerdos no fueron satisfactorios para los peticionarios, por lo cual presentaron a la OAN de Estados Unidos una solicitud para que reconsiderara el caso. Argumentaban que esa oficina no había tratado adecuadamente todos los temas planteados originalmente. En abril de 1998, la OAN estadounidense rechazó la solicitud, con lo cual dio el caso por cerrado.

#### 6. *Comunicación pública Estados Unidos 9602-Maxi-Switch*

Communications Workers of America, la FESEBS y el STRM presentaron esta comunicación pública a la OAN de Estados Unidos el 11 de octubre de 1996.<sup>343</sup> Estos sindicatos también participaron en el caso Sprint. La comunicación pública se refirió a la presunta violación a la libertad de asociación de los trabajadores de la empresa Maxi-Switch en Cananea, Sonora, subsidiaria de la compañía taiwanesa Silitek Corporation, dedicada a la producción de tableros electrónicos y juegos de vídeo.

<sup>343</sup> "Submission to the United States National Administrative Office (NAO), Regarding Persistent Pattern of Failure to Enforce and Discrimination in the Administration of Mexican Labor Law: The Case of Maxi-Switch, Inc. in Cananea, Mexico, Submitted by Communications Workers of America, AFL-CIO, Sindicato de Telefonistas de la República Mexicana, Federación de Sindicatos de Empresas de Bienes y Servicios", 11 de octubre de 1996 (comunicación pública 9701 U.S. NAO), p. 1.

La comunicación pública expone que cuando el Sindicato de Trabajadores de Maxi-Switch, apoyado por FESEBS, empezó a organizar a los trabajadores, la empresa los amenazó e intimidó para que no se afiliaran a ese sindicato; despidió a los activistas; presionó a trabajadores para que firmaran su renuncia y firmó un “contrato de protección” con un “sindicato fantasma”.

También se señala que la JFCA de Hermosillo negó el registro al Sindicato de Trabajadores de Maxi-Switch, incluso después de que el resultado del amparo fue que la JFCA emitiera su decisión nuevamente. La negativa se fundamentaba en la existencia de un contrato colectivo de trabajo firmado entre la empresa y el Sindicato de Trabajadores en Maquiladoras, Tintorerías, Zapaterías, Tiendas de Ropa e Industrias y Comercios en General del Estado de Sonora (STMT), afiliado a la CTM.

Una vez presentada la comunicación pública, la AFL-CIO de Estados Unidos y Communications, Energy and Paperworkers Union de Canadá se adhirieron. Al unirse, la AFL-CIO aclaraba que no pretendía sugerir la preferencia por alguna federación mexicana en particular —refiriéndose a preferir a la FESEBS y no a CTM—,<sup>344</sup> y que consideraba que esa elección competía únicamente a los trabajadores mexicanos.<sup>345</sup>

La OAN de Estados Unidos aceptó la comunicación pública para su revisión el 10 de diciembre de 1996, pero no la concluyó porque los peticionarios la retiraron antes de la audiencia pública que iba a tener lugar en Tucson, Arizona, en abril de 1997. La JFCA de Sonora había concedido el registro al Sindicato de Trabajadores de Maxi-Switch, y para los peticionarios ya no era necesaria la revisión del asunto por dicha oficina. La OAN de Estados Unidos dio por concluido el asunto, y no emitió informe.<sup>346</sup>

<sup>344</sup> Para abundar sobre el uso político del ACLAN por parte de los sindicatos y su trascendencia para el sindicalismo mexicano, véase Valencia Carmona, Claudia Anel, *El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte como una caja de resonancia del sindicalismo mexicano*, tesis de licenciatura, México, UNAM, Ciencia Política, 1997.

<sup>345</sup> “In urging these actions, the AFL-CIO in no way intends to suggest any preference between different Mexican federations of confederations... We believe such choices should be left entirely up to Mexican Workers”. Véase *Inside NAFTA*, 13 de noviembre de 1996, p. 5.

<sup>346</sup> “Notice of Cancellation of Hearing on Submission #9602”, *Federal Register*, vol. 62, núm. 75, 18 de abril de 1997, pp. 19-34.

“NAFTA Complaint Adds to Recognition of Mexican Union, According to Experts”, *The Bureau of National Affairs, Daily Labor Report*, núm. 78, 23 de abril de 1997, pp. A1-2.

### 7. *Comunicación pública EUA 9701-Discriminación en las maquiladoras*

La Asociación Nacional de Abogados Democráticos, International Labor Rights Fund y Human Rights Watch/Americas, que habían participado en el caso Sony, presentaron la comunicación pública en la OAN estadounidense en mayo de 1997. Se refiere a las supuestas violaciones en materia de discriminación en el empleo.

La comunicación pública denuncia que en las empresas maquiladoras del norte de México se empleaban exámenes de embarazo como condición a las solicitantes de empleo, y se consideraba un factor para negar el trabajo si estaban embarazadas. Plantea que muchas compañías que son subsidiarias de empresas estadounidenses no efectúan esas prácticas en ese país, pero sí en México. Adicionalmente, se señala que algunos empleadores en ese sector presionan, maltratan y despiden a las trabajadoras embarazadas para evitar el pago de seguro de maternidad que establecen las leyes mexicanas.

Por primera vez se hablaba de un asunto genérico, y no de una práctica particular de alguna empresa. También era la primera ocasión que se abordaba un tema distinto de la libertad de asociación, y a la vez, un asunto que podía ser materia de evaluación por un comité de expertos.

La OAN de Estados Unidos aceptó la comunicación pública para su revisión en julio de 1997. Dentro del proceso, llevó a cabo una audiencia pública en Texas, en noviembre de ese año. Como resultado de la revisión, en su informe, emitido en enero de 1998, recomendó solicitar consultas ministeriales con México para averiguar el ámbito de protección en contra de la discriminación por sexo con base en el embarazo de las leyes mexicanas y su cumplimiento por las autoridades competentes.<sup>347</sup>

El secretario del Trabajo estadounidense solicitó las consultas ministeriales con el secretario del Trabajo de México, y acordaron reunirse y tratar los asuntos planteados en la comunicación pública y efectuar una conferencia. El ministro de Canadá endosó los acuerdos.<sup>348</sup> Se celebró la conferencia en Yucatán, México, en marzo de 1999; México y Canadá llevaron a cabo sesiones de difusión sobre el tema para trabajadores de la frontera México-Estados Unidos; se llevaron a cabo dos sesiones infor-

<sup>347</sup> *Public Report on Submission # 9701, OAN de Estados Unidos.*

<sup>348</sup> Resoluciones adoptadas en la consulta ministerial, 9701.

mativas en la frontera con el mismo propósito en agosto de 1999. El 30 de mayo de 2000 se celebró otra sesión de información en Puebla, Puebla. El 1 de julio de 2000 la OAN de Estados Unidos realizó una sesión de información en Yakima, Washington. En septiembre de ese mismo año se notificó al Secretariado que las actividades públicas habían concluido y que procediera a elaborar su informe, el cual, una vez terminado, se entregó a los respectivos gobiernos en septiembre de 2002.

### 8. *Comunicación pública EUA 9702-Han Young*

La OAN de Estados Unidos aceptó para revisión esta comunicación pública presentada por Support Committee for Maquiladora Workers, International Labor Rights Fund, la Asociación Nacional de Abogados Democráticos y el STIMAHCS, en octubre de 1997. El documento se presentó en dos partes, y se refiere a dos temas. La primera aborda la presunta violación a la libertad de asociación y el derecho de los trabajadores a organizarse en la empresa Han Young de México, S. A. de C. V., en Tijuana, Baja California, filial de la compañía coreana Hyundai Precision America, dedicada a la maquila de autopartes. La segunda parte se refiere a aspectos de seguridad e higiene en Han Young, que se presentaron en una enmienda que se hizo al texto original en febrero de 1998, en la cual se sumaron como peticionarios Maquiladora Health and Safety Support Network, Worksafe! (Southern California Chapter), United Steelworkers of America, United Auto Workers y Canadian Auto Workers.<sup>349</sup>

En la primera parte, las organizaciones que presentaron la comunicación pública describen que los trabajadores de la empresa se organizaron para formar un sindicato independiente afiliado al STIMAHCS. Este sindicato buscó obtener la titularidad del contrato colectivo de la empresa ante la JFCA de Tijuana, que hasta ese momento estaba en poder de la Unión de Trabajadores de Oficios Varios “José María Larroque”, afiliado a la Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos. Durante el recuento para conocer qué sindicato contaba con el apoyo mayoritario de los trabajadores, y, por consiguiente, fuera el titular del contrato colectivo de trabajo, la empresa cometió irregularidades y hubo violencia contra los trabajadores. Se alega que la JFCA no controló de manera adecuada el procedimiento. Finalmente, la JFCA de Tijuana negó la titularidad del contra-

<sup>349</sup> Comunicación pública, EUA 9702-Han Young y enmienda.

to colectivo de trabajo al STIMACHS, el cual recurrió al amparo. En diciembre de 1997, ambos sindicatos acordaron efectuar un recuento administrativo, cuyo resultado respetarían. En dicho recuento, el STIMAHCS ganó la elección y notificó a la OAN de Estados Unidos que ya no tenía interés en que continuara la revisión conforme al ACLAN.<sup>350</sup>

A pesar de lo anterior —y a diferencia de lo que sucedió en la comunicación pública sobre Maxi-Switch— la OAN de Estados Unidos continuó con la revisión. Llevó a cabo la audiencia pública en California, en febrero de 1998, y emitió su informe de revisión sobre esta parte. En sus conclusiones, recomendó al secretario del Trabajo estadounidense celebrar consultas ministeriales con su contraparte mexicana sobre programas gubernamentales para mejorar el funcionamiento de las juntas de conciliación y arbitraje mexicanas y otras medidas dirigidas a proteger la libertad de asociación y la negociación colectiva. Las consultas ministeriales se solicitaron y se aceptaron.<sup>351</sup>

En la segunda parte, la comunicación pública plantea temas de seguridad e higiene de los trabajadores de Han Young. Para este aspecto, la OAN de Estados Unidos emitió un segundo informe en agosto de 1998, en el cual también recomendó la celebración de consultas ministeriales.<sup>352</sup> Ambos secretarios del Trabajo llegaron a acuerdos al respecto dos años después, en mayo de 2000. Después de un largo proceso, firmaron una declaración conjunta que endosó Canadá sobre esta comunicación pública y la relativa a Itapsa.

El formato de estas resoluciones es distinto al de las consultas ministeriales anteriores, pues se refiere simultáneamente a dos comunicaciones públicas, y tiene dos partes: primero, una declaración, que ratifica compromisos específicos previamente adquiridos en el ACLAN, y segundo, un plan de acción. En la primera parte se mencionan esfuerzos de la Secretaría del Trabajo de México emprendidos dentro de programas laborales establecidos por el gobierno para mejorar la actuación de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, así como promoción de programas de seguridad e higiene.<sup>353</sup>

<sup>350</sup> Informe de revisión de la OAN de Estados Unidos, Comunicación pública EUA 9702-Han Young

<sup>351</sup> Informe de revisión de la OAN de Estados Unidos Han Young.

<sup>352</sup> Segunda parte del informe de revisión de la OAN de Estados Unidos Han Young.

<sup>353</sup> Declaración conjunta, comunicaciones públicas 9702 y 9703.

En la segunda, se detalla un plan de acción en el cual se establece, por un lado, que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México continuará las acciones previamente emprendidas como parte de los programas internos para hacer más transparentes las disputas por la titularidad de los contratos colectivos de trabajo, como son el registro de contratos colectivos, así como la promoción del uso de listas de votantes en los centros de trabajo y elecciones por voto secreto en las disputas de titularidad de contratos colectivos. Por otro lado, el plan de trabajo incluye la celebración de seminarios públicos sobre registro sindical y titularidad del contrato colectivo de trabajo en Tijuana, Baja California (que se llevó a cabo en junio de 2000), y en el Estado de México.

En materia de prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales, se acordaron una sesión informativa para intercambiar información entre expertos gubernamentales de ambos países y un programa de información sobre inspecciones en seguridad e higiene. Asimismo, el acuerdo aceptaba organizar en México un seminario público trilateral sobre las juntas laborales.

Vale la pena hacer un apunte respecto a los intereses involucrados en el caso Han Young. Si bien el sindicato mexicano STIMACHS pidió a la OAN de Estados Unidos que suspendiera la revisión del caso cuando había logrado su objetivo de la titularidad del contrato colectivo, la agenda de los sindicatos estadounidenses nada tenía que ver con eso. No sólo esperaban que la OAN continuara, sino que presentaron una enmienda con temas de seguridad e higiene, los cuales pueden evaluarse en comités de expertos y también en paneles de solución de controversias.

### 9. *Comunicación pública EUA 9703-Itapsa*

Un grupo numeroso de sindicatos y organizaciones no gubernamentales estadounidenses (más de 25), entre los cuales figuran el sindicato de los Teamsters, Canadian Auto Workers, UNITE, y United Steel Workers, junto con organizaciones afines, entre las que destacan la Asociación Nacional de Abogados Democráticos, el FAT y la Red, presentaron a la OAN de Estados Unidos esta comunicación pública en relación con el tema de libertad de asociación y derecho de los trabajadores a organizarse en la empresa Itapsa, filial de Echlin, Inc., dedicada a la maquila de partes para automóviles en Ciudad Los Reyes, Estado de México. En este caso,

también hubo un *addendum* en febrero de 1998, con nuevos peticionarios, en el cual —como en el caso Han Young— se señalaban cuestiones de seguridad e higiene en la empresa.<sup>354</sup>

El aspecto relativo a la libertad de asociación y derecho a organizarse involucraba, como en Han Young, al STIMAHCS, que intentaba organizar un sindicato independiente en la empresa Itapsa. Tanto la empresa como el sindicato existente, afiliado a la CTM, intimidó y acosó a los trabajadores que pretendían afiliarse al STIMAHCS. Despidió a cincuenta trabajadores por su activismo sindical en apoyo al STIMAHCS. Estos trabajadores acudieron a la JFCA, que les concedió su reinstalación, pero la empresa se negó a acatar la decisión, y, según los peticionarios, la JFCA no la obligó a cumplirla.

También el STIMAHCS solicitó la titularidad del contrato colectivo de la empresa, y la JFCA efectuó el recuento que establece la ley. Éste se llevó a cabo en un ambiente de intimidación, violencia y desconfianza. Las votaciones fueron mayoritariamente para el sindicato de la CTM, por lo cual conservó la titularidad del contrato colectivo.<sup>355</sup>

En cuanto al *addendum* sobre seguridad e higiene, se refiere en particular a la prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales, puesto que las autoridades laborales no exigían que la empresa proporcionara equipo adecuado a los trabajadores para el manejo de sustancias peligrosas como el asbesto; mantuviera ventilado el lugar de trabajo; hiciera trabajos de mantenimiento del equipo y previniera las lesiones mediante el establecimiento de los procedimientos adecuados.<sup>356</sup>

La OAN de Estados Unidos aceptó la comunicación pública para su revisión en enero de 1998. Se allegó la información necesaria para elaborar su informe mediante consultas a la OAN de México y la celebración de una audiencia pública en Washington, D. C., en marzo de ese año. En su informe de revisión, emitido en julio de 1998, recomendó efectuar consultas ministeriales con México en materia de libertad de asociación y seguridad e higiene.<sup>357</sup>

El secretario estadounidense solicitó las consultas y el secretario mexicano las aceptó. Como se mencionó antes, la declaración conjunta de es-

354 Comunicación pública EUA 9703 Itapsa y *addendum*.

355 Comunicación pública EUA 9703 Itapsa.

356 *Addendum* a comunicación pública EUA 9703 Itapsa.

357 Informe de revisión de la comunicación pública EUA 9703 Itapsa.

tas consultas ministeriales comprendió tanto esta comunicación pública como la relativa a Han Young. Las declaraciones de compromisos y el plan de acción acordados al respecto, mencionados anteriormente, también son aplicables en este caso.<sup>358</sup>

#### 10. *Comunicación pública CAN 98-1-Itapsa*

Ésta fue la primera comunicación pública que recibió la OAN de Canadá. La presentaron la sección canadiense del sindicato United Steelworkers of America, once sindicatos y 31 organizaciones no gubernamentales de los tres países, en abril de 1998. Los temas son los mismos que en la comunicación pública sobre esta empresa que se había presentado ante la OAN de Estados Unidos el año anterior, y que por estas fechas todavía estaba en revisión por dicha oficina. El tema es la libertad de asociación y la protección del derecho a organizarse, así como la seguridad e higiene de los trabajadores de la empresa Itapsa de Ciudad Los Reyes, Estado de México.<sup>359</sup>

La OAN de Canadá aceptó esta comunicación pública para su revisión en junio de 1998, y llevó a cabo tres reuniones informativas: dos con los peticionarios, y con la OAN de México una. También solicitó una consulta con la OAN de México sobre estos temas. La OAN dividió su informe en dos partes; la primera, sobre libertad de asociación, se hizo pública en diciembre de 1998, y la segunda, sobre seguridad e higiene, se terminó en marzo de 1999.<sup>360</sup>

En marzo de 1999 el ministro del Trabajo canadiense solicitó consultas ministeriales a su contraparte mexicana sobre ambos temas. El 4 de octubre México aceptó llevarlas a cabo. Dichas consultas concluyeron en enero de 2003, pero aún no se tiene material publicado. Uno de los resultados, sin embargo, es que Canadá participará en el Grupo de Trabajo Trilateral sobre Seguridad, Salud y Medio Ambiente Laboral.

#### 11. *Comunicación pública MEX 9801-Solec*

Esta comunicación pública presentada a la OAN de México aborda presuntas violaciones en Estados Unidos a la libertad de asociación y el

<sup>358</sup> Véase *supra*, comunicación pública 9702 Han Young.

<sup>359</sup> Comunicación pública CAN 98-1 Itapsa.

<sup>360</sup> Informe de la OAN de Canadá sobre la comunicación pública CAN 98-1.

derecho de los trabajadores a organizarse, condiciones de trabajo (salario mínimo y jornada laboral) y prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales e indemnización en dichos casos. Se refiere a los trabajadores de la empresa Solec International, Inc., que fabrica paneles solares; se ubica en Carson, California, y es propiedad de las compañías japonesas Sanyo y Sumitomo Bank.

El sindicato Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, la Unión de Defensa Laboral Comunitaria, el Sindicato de Industria y Comercio 6 de Octubre y el Support Committee for Maquiladora Workers presentaron esta comunicación pública en abril de 1998. Relata una serie de acciones por parte de la empresa para desalentar la sindicación de los trabajadores de la planta, que incluyeron los servicios de un “asesor anti-sindical” que hostigaba a los trabajadores y los amenazaba con despido o cierre de la empresa si proseguían su intento de afiliarse a un sindicato. Esta persona les ofrecía una remuneración económica si promovían la no sindicación.

Asimismo, plantean que el Oil, Chemical and Atomic Workers International Union acudió a la Junta Nacional de Relaciones Laborales estadounidense a solicitar la representación sindical de dichos trabajadores, y que dilató el procedimiento para efectuar elecciones de representación sindical y para resolver las demandas que había interpuesto la empresa, lo cual permitió a esta misma llevar a cabo prácticas para desalentar a los trabajadores de sus actividades de afiliación al sindicato.

También se refieren a violaciones sobre condiciones mínimas de trabajo, en particular señalan la falta de incremento salarial a trabajadores con antigüedad, la falta de pago diferencial a trabajadores del turno nocturno, la violación del pago de horas extras, la contratación de trabajadores que perciben un salario mayor a los que ya tienen tiempo trabajando en la empresa por el mismo trabajo, el ascenso de trabajadores por favoritismo, el despido de trabajadores por tratar de hacer efectivos sus derechos y el impedimento de ejercer el derecho de revisar sus archivos de personal y tarjetas registradoras de entradas y salidas.

En materia de seguridad e higiene, mencionan que la Oficina de Administración de Seguridad e Higiene del Departamento del Trabajo de Estados Unidos no vigiló adecuadamente, y eso ocasionó que los trabajadores estuvieran expuestos a sustancias peligrosas. Sobre discriminación en el empleo por motivos de raza, afirman que los trabajadores de origen lati-

noamericano y los afroamericanos eran discriminados en la contratación y los ascensos.<sup>361</sup>

La OAN de México aceptó la comunicación pública para su revisión en julio de 1998. Para elaborar su informe, la OAN de México hizo una consulta a la OAN de Estados Unidos y a los peticionarios. Concluyó su informe de revisión en agosto de 1999, y recomendó al secretario del Trabajo y Previsión Social de México solicitar consultas ministeriales con su contraparte en materia de seguridad e higiene, condiciones mínimas de trabajo, eliminación de la discriminación en el empleo por motivos de raza y libertad de asociación.<sup>362</sup> Estados Unidos aceptó las consultas, y ambos secretarios decidieron juntar este asunto con otros dos posteriores presentados en la OAN de México, respecto a violaciones en Estados Unidos —Manzana y DeCoster—, para desahogar las consultas ministeriales.

El 18 de mayo de 2000 los secretarios hicieron una declaración conjunta que suscribió el ministro canadiense el 6 de julio de ese mismo año, con el mismo formato que surgió de las consultas ministeriales sobre Han Young e Itapsa, relativas a México. En la primera parte del documento, que fue la declaración propiamente dicha, se ratificaron compromisos específicos previamente adquiridos en el ACLAN, y en la segunda propuso un plan de acción. Asimismo, en la primera parte se acordó trabajar conjuntamente para eliminar la discriminación en el empleo y asegurar la plena protección legal de los trabajadores migratorios y promover ambientes de trabajo seguros para *todos* los trabajadores.

Como parte del acuerdo, la OAN de Estados Unidos recibió a la OAN de México para celebrar una reunión intergubernamental en Washington, el 23 y 24 de mayo de 2001, con una sesión de seguimiento que se llevó a cabo la semana siguiente en la ciudad de México. La OAN de Estados Unidos organizó foros públicos en Yakima, Washington, el 8 de agosto de 2001, y en Augusta, Maine, el 5 de junio de 2002. El plan de acción proyecta la creación de una guía trinacional para trabajadores migratorios que el Secretariado ya ha presentado a la consideración del Consejo Ministerial.<sup>363</sup>

<sup>361</sup> Comunicación pública MEX 9801 Solec.

<sup>362</sup> Informe de la OAN de México sobre la comunicación pública MEX 9801 Solec.

<sup>363</sup> ACLAN, comunicaciones presentadas ante la OAN de México, mayo de 2003, p. 3.

## 12. *Comunicación pública MEX 9802-Manzana*

En julio de 1998, la OAN de México recibió esta comunicación pública sobre los trabajadores migratorios de las empresas estadounidenses Wahington Fruit Corp. y Stemilt Growers Corp., dedicadas a la industria de la manzana y establecidas en el estado de Washington. En particular, se abordan cuestiones de libertad de asociación y derecho a organizarse, condiciones mínimas de trabajo, discriminación en el empleo, lesiones y enfermedades ocupacionales e indemnización en dichos casos, de los trabajadores migratorios en esas empresas.<sup>364</sup>

Vale la pena apuntar que en el ACLAN, los gobiernos se comprometieron a que los trabajadores migratorios de las partes tuvieran los mismos derechos laborales que los nacionales. Es decir, trato nacional en cuestiones laborales, independientemente de su condición migratoria legal o ilegal. (Véase cuadro 1). Por lo tanto, en Estados Unidos los trabajadores migratorios tienen derecho, entre otras cosas, a formar sindicatos, a tener seguro médico, a contar con seguro de desempleo, a no ser discriminados por motivo alguno y a tener las mismas protecciones laborales que la ley otorga a los trabajadores nacionales.

Por ello, en lo que se refiere a los trabajadores mexicanos migratorios en Estados Unidos, que con frecuencia son objeto de abusos por parte de algunas empresas e incluso autoridades de ese país, este compromiso del ACLAN de garantizar las mismas condiciones laborales que a los nacionales tiene un potencial no explotado para defender a estos trabajadores, y quizá, eventualmente, mejorar sus condiciones de trabajo. Si bien este tema no es motivo de análisis por los paneles arbitrales para la solución de controversias, sí podría ser evaluado por un comité de expertos del ACLAN.

Esta veta había estado completamente ignorada, y comenzó su explotación con la presentación de esta comunicación pública, en mayo de 1998, por cuatro organizaciones sindicales mexicanas no afiliadas a la CTM: el FAT, el STIMAHCS, la Unión Nacional de Trabajadores y el Frente Democrático Campesino.

En cuanto a libertad de asociación, relatan que los trabajadores fueron objeto de una campaña de intimidación, amenazas y discriminación por apoyar al sindicato de los Teamsters para que tuviera la representación sindical y negociara las condiciones de trabajo con esas empresas. Ade-

<sup>364</sup> Comunicación pública MEX 9802, manzana.

más, señalan que cuando la Junta Nacional de Relaciones Laborales de Estados Unidos celebró las elecciones sindicales, los Teamsters perdieron por acciones antisindicales que perjudicaron a los trabajadores. En vista de las irregularidades, los Teamsters solicitaron a la junta que obligara a las empresas a reconocer al sindicato y negociar con éste el contrato colectivo. La junta se negó a la petición.<sup>365</sup>

También se refieren a condiciones de trabajo, tema que es materia de evaluación por un comité de expertos conforme al ACLAN. Al respecto, señalan los bajos salarios pagados en la industria de la manzana y el incumplimiento de pago de horas extra. En cuanto a seguridad e higiene, indican que por la falta de aplicación efectiva de estas normas por parte de la Oficina de Administración de Seguridad e Higiene estadounidense, las condiciones laborales están muy por debajo del promedio, los trabajadores están expuestos a sustancias químicas tóxicas y sufren lesiones derivadas por realizar movimientos repetitivos. Este aspecto sí podría evaluarse en paneles de solución de controversias.<sup>366</sup>

En materia de discriminación en el empleo, tema sujeto a comités evaluadores de expertos del ALCAN, los peticionarios mencionan que las condiciones laborales de los trabajadores migratorios son muy inferiores a las de los trabajadores nacionales. Afirman que por la amenaza constante a los migratorios con ser deportados, éstos toleran abusos.<sup>367</sup>

Esta comunicación pública, como sucedió con la relativa a discriminación a mujeres, habla de prácticas generalizadas en una industria, y no en una empresa en particular. La OAN de México revisó esta comunicación pública. Efectuó una consulta a la OAN de Estados Unidos en agosto de 1998, y por solicitud de los peticionarios llevó a cabo una sesión informativa privada con ellos en diciembre de ese año. Concluyó su informe en agosto de 1999, con la recomendación al secretario del Trabajo y Previsión Social de México de solicitar consultas ministeriales con el secretario del Trabajo de Estados Unidos para obtener mayor información sobre los trabajadores del sector agrícola, la libertad de asociación y la contratación colectiva, condiciones mínimas de trabajo, cumplimiento efectivo de los estándares de seguridad e higiene y protección legal.<sup>368</sup>

<sup>365</sup> *Idem.*

<sup>366</sup> *Idem.*

<sup>367</sup> *Idem.*

<sup>368</sup> Informe de revisión de la OAN de México sobre la Comunicación Pública MEX 9802 Manzana.

Ambos secretarios firmaron la declaración conjunta sobre el desahogo de las consultas ministeriales de esta comunicación pública y de las relativas a Solec y De Coster en mayo de 2000, como se mencionó en párrafos anteriores. Como parte del acuerdo, la OAN de Estados Unidos recibió a la OAN de México para celebrar una reunión intergubernamental en Washington, el 23 y 24 de mayo de 2001, con una sesión de seguimiento que se llevó a cabo la semana siguiente en la ciudad de México. La OAN de Estados Unidos organizó foros públicos en Yakima, Washington, el 8 de agosto de 2001, y en Augusta, Maine, el 5 de junio de 2002. El plan de acción proyecta la creación de una guía triñacional para trabajadores migratorios que el Secretariado ya ha presentado a la consideración del Consejo Ministerial.

El 8 de agosto de 2001 los peticionarios presentaron un adendo a la comunicación pública OAN de México 9802, en el que agregaban información y solicitaban iniciativas políticas específicas para resolver la comunicación pública.

### 13. *Comunicación pública MEX 9803-DeCoster Egg Farm*

Esta comunicación pública se refiere a presuntas violaciones a la protección de los trabajadores migratorios mexicanos, ocurridas en DeCoster, Egg Farm, en Turner, Maine, Estados Unidos, granja avícola con la mayor producción de huevo en ese país. Se trata de presuntos incumplimientos sobre condiciones mínimas de trabajo, discriminación en el empleo y seguridad e higiene.<sup>369</sup> El peticionario es Netzahualcóyotl de la Vega, secretario de Comunicación Social de la CTM, quien además es miembro del Comité Consultivo Nacional de México para el ACLAN desde 1994, y participó en “el cuarto de junto” como asesor durante las negociaciones del Acuerdo.

En la comunicación pública presentada en agosto de 1998, el peticionario aborda nuevamente el tema de los trabajadores migratorios mexicanos en Estados Unidos y la inequidad de que son sujetos en la granja al no recibir la misma protección legal que los nacionales en las mismas condiciones. Argumenta que la falta de aplicación efectiva de las leyes estadounidenses por la autoridad de ese país originó violaciones a sus dere-

<sup>369</sup> Informe de revisión de la Comunicación pública MEX 9803, diciembre de 1999, pp. 1 y 7.

chos en las materias mencionadas antes. Por tanto, se les contrataba mediante engaños sin acción alguna por parte de las autoridades competentes para impedir esas prácticas. También afirma que la falta de acción de las autoridades ocasionaba que se les proporcionaran viviendas que no cumplían las condiciones mínimas de seguridad e higiene, no se les notificara de sus derechos al sufrir lesiones ni se les otorgaran las prestaciones estipuladas en la ley de indemnización en casos de accidentes y enfermedades.<sup>370</sup>

La OAN de México aceptó la comunicación pública para su revisión en agosto de 1998. Para allegarse elementos solicitó una consulta a la OAN de Estados Unidos. Al término de la revisión emitió un informe con la recomendación al secretario del Trabajo de México de solicitar consultas a su contraparte estadounidense para obtener más información sobre las medidas del gobierno de ese país para garantizar que los trabajadores agrícolas migratorios mexicanos tengan la misma protección legal que sus nacionales en condiciones mínimas de trabajo, no discriminación y seguridad e higiene.<sup>371</sup>

Los secretarios del Trabajo de ambos países efectuaron las consultas ministeriales, y, como se mencionó anteriormente, en mayo de 2000 hicieron una declaración conjunta para el desahogo de las comunicaciones públicas sobre DeCoster, Manzana y Solec, puesto que las tres se refieren a violaciones en Estados Unidos sobre temas afines.

Al igual que en los dos casos anteriores, como parte del acuerdo, la OAN de Estados Unidos recibió a la OAN de México para celebrar una reunión intergubernamental en Washington, el 23 y 24 de mayo de 2001, con una sesión de seguimiento que se llevó a cabo la semana siguiente en la ciudad de México. La OAN de Estados Unidos organizó foros públicos en Yakima, Washington, el 8 de agosto de 2001 y en Augusta, Maine, el 5 de junio de 2002. El plan de acción proyecta la creación de una guía trilateral para trabajadores migratorios que el Secretariado ya ha presentado a la consideración del Consejo Ministerial.<sup>372</sup>

<sup>370</sup> Comunicación pública, MEX 9803 DeCoster.

<sup>371</sup> Informe de revisión de la comunicación pública MEX 9803 DeCoster, p. 18.

<sup>372</sup> Véase *supra*, en Declaración Conjunta, Comunicaciones públicas MEX 9801, MEX 9802 y MEX 9803.

#### 14. *Comunicación pública EUA 9801-Aeroméxico*

En agosto de 1998, la Association of Flight Attendants, afiliada a la AFL-CIO, presentó a la OAN de Estados Unidos una comunicación pública relativa a la presunta violación del derecho de huelga de los sobrecargos de Aerovías de México, S. A. de C. V. (Aeroméxico), una de las más grandes empresas de aviación comercial en este país. La comunicación pública explica cómo los miembros de la Asociación Sindical de Sobrecargos de Aviación de México estallaron la huelga en mayo de 1998, para solicitar a Aeroméxico la revisión y cumplimiento de su contrato colectivo de trabajo. Con base en lo establecido en la Constitución mexicana, en la Ley de Aviación Civil y en la Ley de Vías Generales de Comunicación, en junio de 1998 el presidente de México emitió un decreto de requisa de todos los bienes de esa empresa. La legislación mencionada le permite esta acción para proteger la economía nacional, en este caso para no afectar al público usuario tanto nacional como extranjero. Debido a la requisa, los sobrecargos se vieron obligados a regresar a sus actividades laborales habituales para evitar ser sustituidos y llegaron a un acuerdo con la empresa sobre la revisión de contrato colectivo, lo que terminó la huelga.<sup>373</sup>

El 19 de octubre de 1998 la OAN de Estados Unidos no aceptó a revisión la comunicación pública, porque consideró que la requisa se efectuó conforme a derecho, y si la aceptaba a revisión cuestionaría la legislación mexicana. El 9 de noviembre de 1998 los peticionarios solicitaron a la OAN de Estados Unidos que reconsiderara su decisión; el 21 de diciembre del mismo año la OAN les informó que no reconsideraría su decisión,<sup>374</sup> pero se comprometió a hacer una investigación para evaluar cómo los tres países podrían reconciliar el derecho de huelga con el interés nacional de seguridad y bienestar común. No se ha informado públicamente si la OAN de Estados Unidos ya emprendió esta investigación.<sup>375</sup>

<sup>373</sup> Comunicación pública, EUA 9801, Aeroméxico.

<sup>374</sup> ACLAN, comunicaciones presentadas ante la OAN de Estados Unidos, p. 8.

<sup>375</sup> Federal Register, Notice.

15. *Comunicación pública EUA-9802-Trabajo de menores en el agro*

Esta comunicación pública la presentó en la OAN de Estados Unidos, una asociación cooperativa no lucrativa denominada Florida Tomato Exchange, en septiembre de 1998. Se refiere a una presunta violación de las restricciones sobre el trabajo de menores en productores de fruta y vegetales para exportación en campos de cultivo mexicanos. Los peticionarios no proporcionaron a la OAN de Estados Unidos la información solicitada por dicha oficina. En octubre de 1999, la oficina estadounidense dio por cerrado el caso.<sup>376</sup>

16. *Comunicación pública MEX 9804-Memorandum de Entendimiento (MOU) entre el Servicio de Inmigración y Naturalización (SIN) y el Departamento del Trabajo de Estados Unidos*

En septiembre de 1998 se presentó en la OAN de México esta comunicación pública por decenas de sindicatos y organizaciones no gubernamentales en apoyo de los derechos de los migrantes, encabezados por la Workers' Rights Project de la Facultad de Derecho de Yale. El asunto se refiere a presuntas violaciones a condiciones mínimas de trabajo (salario mínimo, jornadas de trabajo y horas extra) y protección de los trabajadores migratorios.

Los peticionarios consideran que esas violaciones se derivan del MOU entre el SIN y el Departamento del Trabajo estadounidenses en el cual este último se compromete a verificar la estancia legal en el país de los trabajadores de toda empresa a la que acuda a investigar presuntas violaciones a las condiciones mínimas de trabajo por solicitud de parte, y si hubiera trabajadores migratorios ilegales, notificarlo inmediatamente al SIN. Según los peticionarios, este mecanismo del MOU ha hecho que el gobierno de ese país incumpla en el pago de salarios mínimos y tiempo extra, así como en lo relativo a jornada de trabajo en los lugares de trabajo que emplean a extranjeros, porque los trabajadores migratorios no denuncian las violaciones a sus derechos por temor a ser deportados. Por ello,

<sup>376</sup> Comunicación pública, EUA 9802, Tomate y Federal Register, Notice.

Estados Unidos también incumple su obligación de garantizar el acceso de los trabajadores a los tribunales laborales.

Dos meses después de haberse presentado esta comunicación pública, el MOU cambió. Sin embargo, la OAN de México continuó con la revisión. Solicitó consultas con la OAN estadounidense y con los peticionarios sobre este nuevo memorándum, en el cual se establece que en los casos en que las investigaciones laborales se deriven de una queja presentada por los trabajadores, no deberán inspeccionarse los formularios sobre “elegibilidad” de empleo. Emitió su informe en noviembre de 2000, en el cual recomendó al secretario del Trabajo de México solicitar consultas ministeriales con su contraparte estadounidense en materia de condiciones mínimas de trabajo y la protección de los trabajadores migratorios en territorio de los Estados Unidos.<sup>377</sup>

Al terminar las consultas ministeriales, el 11 de junio de 2002, la Secretaría del Trabajo de Estados Unidos señaló que el DOL elaborará materiales informativos en español para difundir los derechos laborales de los trabajadores migratorios y los repartirá en áreas de gran concentración de este tipo de población. Asimismo, ambos secretarios acordaron realizar esfuerzos conjuntos para instalar modelos de protección a los derechos de los trabajadores migratorios, y al parecer se han aplicado con éxito en algunas regiones de Estados Unidos.

17. *Comunicación pública CAN 9802-Memorándum de Entendimiento (MOU) entre el Servicio de Inmigración y Naturalización (SIN) y el Departamento del Trabajo de Estados Unidos*

Las mismas organizaciones no gubernamentales y sindicatos que presentaron la comunicación pública sobre el MOU en la OAN de México lo hicieron ante la de Canadá, apenas unos días después. En abril de 1999, la OAN canadiense rechazó revisar esta comunicación pública, con el argumento de que el MOU que dio origen a ésta se había modificado en noviembre de 1998.

<sup>377</sup> Informe de revisión de la OAN de México de la comunicación pública MEX 9804-Memorándum.

### 18. *Comunicación pública EUA 9803-McDonald's*

El International Brotherhood of Teamsters, Teamsters Canada, Québec Federation of Labor, Teamsters Local 973 de Montreal e International Labor Rights Fund presentaron esta comunicación pública en octubre de 1998, en la OAN de Estados Unidos respecto a la presunta violación a la libertad de asociación y el derecho a organizarse, así como del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores de una franquicia de la empresa restaurantera de comida rápida, McDonald's, en St.-Hubert, Québec. Se alega que la empresa y las autoridades canadienses intervinieron para evitar la sindicación mediante el cierre de la empresa y retrasos en el proceso de certificación del sindicato. Se alega también que la legislación de Québec carece de recursos para regular las acciones contra los sindicatos que motivan el cierre de empresas.<sup>378</sup>

La OAN de Estados Unidos aceptó la comunicación pública para su revisión en diciembre de ese año, y en abril de 1999 informó que daba por terminada la revisión en vista de que los peticionarios habían llegado a un acuerdo con las autoridades competentes de Québec, para que un consejo provincial efectuara un estudio sobre el cierre repentino de empresas para evitar la sindicación. Vale la pena anotar que si bien en el Maxi-Switch la OAN de Estados Unidos suspendió la revisión cuando los peticionarios la retiraron, no ocurrió así en el asunto Han Young.

### 19. *Comunicación pública EUA 9804-Servicio Postal Canadiense*

En diciembre de 1998 un grupo de sindicatos y organizaciones no gubernamentales canadienses, estadounidenses y mexicanas, entre los que destacan la Organization of Rural Route Mail Couriers, Canadian Union of Postal Workers, American Postal Workers Union, Sindicato Nacional de Trabajadores del Servicio Postal Mexicano, STRM y la ANAD, presentaron esta comunicación pública en la OAN de Estados Unidos. El asunto se refiere a los carteros rurales y a la empresa Canada Post Corporation.

Se alega que la Canada Post Corporation Act de 1981 impide a los carteros rurales ejercer el derecho a la libertad de asociación, el derecho a la negociación colectiva, la eliminación de la discriminación en el empleo y la prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales. Esto debido a

<sup>378</sup> Comunicación pública EUA 9809-McDonald's.

que dicha ley impide que los carteros negocien colectivamente, y por tanto, que gocen de condiciones mínimas de trabajo. Además, no tienen derecho a indemnizaciones en caso de enfermedades y/o accidentes de trabajo; la empresa puede rescindir unilateralmente el contrato de trabajo, y la oferta de empleo por concurso disminuye considerablemente el nivel de sueldos. Los carteros rurales acudieron a la Suprema Corte de Canadá y ésta resolvió que dichas disposiciones legales no eran violatorias de sus derechos conforme a la Carta de Derechos y Libertades de Canadá.<sup>379</sup>

En febrero de 1999 la OAN de Estados Unidos informó que no aceptaba esta comunicación pública para su revisión, puesto que las cortes federales habían resuelto que la ley no contradecía al Código Laboral de Canadá ni a la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, y que por ello no se trataba de un asunto de falta de aplicación de la legislación laboral.<sup>380</sup> El 8 y 17 de marzo del mismo año la OAN de Estados Unidos recibió una solicitud de reconsideración por parte de los peticionarios.

El 1 y 2 de febrero de 2001 la OAN de Canadá llevó a cabo en Toronto, Canadá, un seminario público en colaboración con la OAN de Estados Unidos bajo el título “El derecho a organizarse y a la negociación colectiva en Canadá y Estados Unidos” dirigido a tratar algunos de los temas de esta comunicación pública.

## 20. *Comunicación pública CAN 99-1-EFCO-LPA*

La Corporación EFCO y Labor Policy Corporation (LPA) presentaron a la OAN de Canadá esta comunicación pública sobre la aplicación de la Ley Nacional de Relaciones Laborales por las autoridades de Estados Unidos en cuestión de libertad de asociación, y de la Junta Nacional de Relaciones Laborales de ese país en cuestión de prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales. Consideran como práctica laboral desleal que los empleadores puedan establecer grupos de trabajo llamados “trabajadores comprometidos” dentro de la empresa, los cuales, entre otras cosas, han ayudado a mejorar las condiciones de seguridad e higiene.<sup>381</sup>

En junio de 1999 la OAN de Canadá informó que rechazaba la revisión de esta comunicación pública porque no se desprendía de ella que las au-

<sup>379</sup> Comunicación pública 9804-Servicio Postal Canadiense.

<sup>380</sup> Federal Register, Notice.

<sup>381</sup> Comunicación pública, CAN 99-1 EFCO-LPA.

toridades estadounidenses competentes hubieran fallado en la aplicación efectiva de la legislación laboral. A pesar de recibir una petición de reconsideración, la OAN de Canadá la rechazó.

### 21. *Comunicación pública EUA 9901-TAESA*

La Asociación Sindical de Sobrecargos de Aviación de México y la Association of Flight Attendants de Estados Unidos presentaron esta comunicación pública a la OAN de Estados Unidos en relación con las condiciones de trabajo de los sobrecargos de la empresa Transportes Aéreos Ejecutivos, S. A. de C. V. (TAESA), una aerolínea comercial mexicana fundada en 1988. Se refiere a supuestas violaciones a la libertad de asociación y del derecho a organizarse, al derecho a la negociación colectiva, a condiciones mínimas de trabajo y a seguridad e higiene. Se menciona que el gobierno de México no garantizó la realización de elecciones justas, no previno despidos injustificados como represalia durante una campaña de organización sindical, que faltaba pago de tiempo extra y de las deducciones requeridas por la seguridad social. Además, señalan condiciones de trabajo inseguras, capacitación inadecuada y falta de mantenimiento de las aeronaves.<sup>382</sup>

El 7 de enero de 2000 la OAN de Estados Unidos aceptó la comunicación pública para su revisión. El 23 de marzo celebró una audiencia pública en Washington. Al término de ella emitió un informe en el que recomendó al secretario de Trabajo estadounidense solicitar consultas a nivel ministerial con el secretario del Trabajo mexicano en materia de las disposiciones legales para garantizar la integridad de las elecciones sindicales, así como la función de los funcionarios de las juntas de conciliación y arbitraje durante estos procedimientos. El 24 de julio de 2001 el secretario de Trabajo de México aceptó la celebración de consultas ministeriales.

Como resultado de dichas consultas, los secretarios de trabajo se comprometieron el 11 de junio de 2002 a crear un grupo de trabajo bilateral compuesto de expertos en materia de seguridad y salud en el trabajo, a intercambiar información sobre diferentes sindicatos activos en ambos países y sobre derechos relativos a la libertad de asociación y a la nego-

<sup>382</sup> Comunicación pública, EUA 9901-TAESA.

ciación colectiva. Tales temas se discutirán en un seminario público a celebrarse en México.<sup>383</sup>

## 22. *Comunicación pública EUA 2000-01-Auto Trim y Custom Trim-Breed Mexicana*

En junio de 2000, trabajadores actuales y antiguos de Auto Trim y Custom Trim-Breed Mexicana, junto con más de veinte sindicatos y organizaciones no gubernamentales mexicanas y estadounidenses, entre los que destacan la AFL-CIO, el UE y Coalition for Justice in Maquiladoras, presentaron esta comunicación pública ante la OAN de Estados Unidos. El asunto se refiere a la presunta falta de aplicación efectiva de la ley mexicana en materia de seguridad e higiene por las autoridades laborales en las empresas Auto Trim y Custom Trim-Breed Mexicana, dedicadas a la maquila de volantes para vehículos, ubicadas, respectivamente, en Matamoros y Valle Hermoso, Tamaulipas. Según los peticionarios, la falta de acciones adecuadas por parte de las autoridades competentes han provocado lesiones y accidentes laborales.

Se menciona que a pesar de las solicitudes recurrentes a las autoridades mexicanas competentes para que se aplique la legislación laboral de manera efectiva, no ha habido respuesta, e incluso el gobierno de México ha incurrido en una pauta persistente de omisiones. Los trabajadores están expuestos constantemente a condiciones laborales poco seguras y a sustancias peligrosas sin un manejo adecuado, lo cual ha ocasionado problemas de salud no sólo a los trabajadores, sino también a los recién nacidos de algunas trabajadoras.<sup>384</sup>

La OAN de Estados Unidos aceptó esta comunicación pública para su revisión; solicitó una consulta con la OAN de México, actualmente en curso, y efectuó una audiencia pública el 12 de diciembre de 2000. El 6 de abril de 2001 la OAN de Estados Unidos, en su informe público de revisión, recomendó a la Secretaría de Trabajo de Estados Unidos que solicitara consultas ministeriales con su homólogo mexicano, mismas que fueron celebradas, y como resultado los secretarios del Trabajo de ambos países se comprometieron a crear un grupo bilateral de expertos que se encargara de revisar los asuntos sobre seguridad y salud en el trabajo, y

<sup>383</sup> ACLAN, comunicaciones presentadas ante OAN de Estados Unidos, p. 10.

<sup>384</sup> Comunicación pública, EUA 2000-1 Auto Trim/Custom Trim.

de formular recomendaciones técnicas para consideración de los gobiernos. La sesión inaugural de dicho grupo se llevó a cabo en la ciudad de México el 8 de julio de 2002.<sup>385</sup>

23. *Comunicación pública EUA 2001-01-Duro  
Bag Manufacturing Corp. de Río Bravo, Tamaulipas*

El 29 de junio de 2001 la OAN de Estados Unidos recibió una comunicación de la American Federation of Labor Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) y de la Paper, Allied-Industrial, Chemical & Energy Workers International Union (Sindicato Internacional PACE), denunciando el supuesto incumplimiento del gobierno mexicano de los compromisos adquiridos en el acuerdo ministerial firmado el 18 de mayo de 2000, en el cual se comprometía a promover el uso de padrones electorales, votaciones secretas y locales neutrales en las selecciones sindicales. La OAN de Estados Unidos rechazó revisar esta comunicación el 22 de febrero de 2002 arguyendo que dicha revisión no ayudaría a promover los objetivos de ACLAN. No existen disposiciones en la legislación laboral mexicana relativas al uso de votaciones secretas en las elecciones de representación sindical.<sup>386</sup>

24. *Comunicación Pública Mexico 2001-1-Trabajadores  
inmigrantes de Nueva York*

El 24 de octubre de 2001 la OAN de México recibió una comunicación pública presentada por algunos trabajadores y diversos grupos de defensa de los derechos de los trabajadores inmigrantes en Nueva York, como la Asociación de Trabajadores y Personal Chino [Chinese Staff and Worker's Association (CSWA)], Movilización Nacional contra la Explotación Laboral [National Mobilization Against Sweatshops (NMASS)], la Voz de los Trabajadores (Workers' Awaaz) y la Asociación Tepeyac. Este grupo argumenta que en el estado de Nueva York no se cumple con la legislación en materia de indemnización a trabajadores y seguridad e higiene en el trabajo. Asimismo, acusaron a Estados Unidos de no cum-

385 ACLAN, comunicaciones presentadas ante OAN de Estados Unidos, p. 11.

386 *Idem.*

plir con algunas de las obligaciones contraídas en el ACLAN, como promoción de principios laborales, hacer más expeditos los procedimientos administrativos, etcétera. También arguyen que la falta de intérpretes permite que los patrones y las aseguradoras privadas abusen del proceso para evadir el pago oportuno de las prestaciones.

En su informe de revisión del 8 de noviembre de 2002, la OAN de México no mencionó las supuestas violaciones en materia de indemnización, arguyendo que las decisiones pendientes no pueden revisarse bajo los términos de ACLAN. Tampoco comentó si las reformas al sistema de indemnizaciones benefician a los trabajadores porque dichos asuntos no se relacionan con la puesta en práctica y la aplicación de la legislación laboral. Sobre los otros temas se solicitó al Departamento de Trabajo de Estados Unidos que tome medidas para resolver los problemas de comunicación con los trabajadores migratorios. Finalmente, la OAN de México solicitó consultas con la OAN de Estados Unidos para supervisar que se lleven a cabo dichas recomendaciones y/o ver la posibilidad de solicitar consultas ministeriales.<sup>387</sup>

#### V. LAS COMUNICACIONES PÚBLICAS DEL ACLAN DE 1994 A 2003

Pese a las escasas expectativas que se tenían acerca de la utilidad del proceso de comunicaciones públicas por parte de los sectores obreros y defensores de los derechos humanos en los tres países, dicho proceso ha probado ser útil e importante en la práctica. Entre 1994 y 2003 se presentaron veinticinco comunicaciones públicas ante alguna de las tres OAN. En Estados Unidos se recibieron dieciséis; en México, seis; y en Canadá, tres. Del total de comunicaciones públicas, quince se refieren a una presunta falta de aplicación de la legislación laboral por parte de las autoridades de México, ocho por parte de las autoridades estadounidenses y dos por parte de las canadienses. (Véase cuadro 4).

<sup>387</sup> ACLAN, comunicaciones presentadas ante OAN de México, p. 5.

## CUADRO 4

DISTRIBUCIÓN DE LAS COMUNICACIONES PÚBLICAS  
POR OAN QUE REvisa 1994-2003

<i>Año de presentación</i>	<i>OAN que revisa</i>		
	Canadá	EUA	México
1994	—	4	—
1995	—	—	1
1996	—	2	—
1997	—	3	—
1998	2	4	4
1999	1	1	—
2000-2001	—	2	1
2002-2003	—	—	—
<i>Total</i>	3	16	6

La mayoría de las comunicaciones públicas se refieren al inadecuado cumplimiento de algunos de los once principios laborales acordados en el ACLAN. Dieciocho comunicaciones se han referido a violaciones al principio de libertad de asociación y protección del derecho a organizarse (doce presentadas en Estados Unidos, cuatro en México y dos en el Canadá). La mayoría de estos casos alegaron violaciones de otros principios laborales también, principalmente de los principios de condiciones mínimas de trabajo, prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales, e indemnización en casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales. Las restantes alegaron violaciones a principios como los de restricciones sobre el trabajo de menores, eliminación de la discriminación en el empleo, el derecho de huelga y la protección de los trabajadores migratorios.

De las 25 comunicaciones presentadas ante las OAN, doce dieron como resultado reportes, once de los cuales recomendaron consultas ministeriales. El resultado de estas consultas fueron seis acuerdos ministeriales entre México y los Estados Unidos, un acuerdo ministerial entre México y el Canadá y una serie de seminarios y reportes escritos.

Hasta la fecha, sin embargo, ninguna comunicación pública ha progresado más allá de la consulta ministerial. Las comunicaciones sobre violaciones a la libertad de asociación y el derecho de huelga sólo ameritan revisión y consultas. Sin embargo, inclusive las comunicaciones que ameritan acceso a los mecanismos de arbitraje han concluido al nivel de las consultas ministeriales. La solución última que han resultado de las consultas han sido seminarios y talleres o conferencias. Este desempeño ha llevado a diversos críticos del ACLAN a denunciarlo como un acuerdo “sin dientes” e inútil.

Sin embargo, en nuestra opinión, los resultados de las CP nos llevan a señalar que antes que evaluar el proceso de las CP del ACLAN como un procedimiento de resolución de disputas en el sentido en que se impone en los capítulos 11, 19 y 20 del TLCAN resulta más útil considerarlo como un instrumento suplementario que junto con otros instrumentos domésticos o transnacionales (tales como las campañas de organización sindical o de presión en las oficinas matrices de empresas multinacionales) puede asistir a la mejora de los derechos laborales.

Desde esta perspectiva, el ACLAN debe ser entendido como un acuerdo aún más blando que el ACAAN. El concepto de acuerdo blando apareció hace una treintena de años para caracterizar la creciente práctica de los Estados-nación de negociar acuerdos codificados, los cuales cuidadosamente evitan provisiones o disposiciones que establezcan obligaciones precisas y vinculatorias.<sup>388</sup> Los acuerdos blandos han proliferado en las áreas del medio ambiente, los derechos humanos y los derechos laborales.<sup>389</sup> Su atractivo principal es que le permiten a los líderes estatales enfrentar asuntos y presiones domésticas e internacionales sin sacrificar formalmente su autoridad de actuar con libertad en asuntos internos políticamente sensibles,<sup>390</sup> proporcionando al mismo tiempo a grupos de la sociedad civil un foro en donde se denuncian violaciones a los derechos establecidos en el acuerdo, y estas denuncias, junto con otras estrategias y acciones políticas, pueden llevar al cumplimiento por parte de los Estados de los términos de dicho acuerdo.

Esta función del ACLAN ha sido claramente percibida por los iniciadores de las CP, quienes abiertamente han reconocido que el principal valor del ACLAN es político, y no legal, en el sentido de que no esperan que

<sup>388</sup> Wellens and Borchard (1989).

<sup>389</sup> Leary (1997), Weiss (1999).

<sup>390</sup> Szasz (1999), Abbott and Snidal (2000).

las resoluciones de las NAO produzcan cambios inmediatos y tangibles de conducta. Así, en la primera audiencia pública del primer caso donde los denunciantes alegaron la supresión de una campaña de organización sindical, un orador del Sindicato de los Trabajadores Unidos de Radio, Electricistas y Maquinaria claramente expuso el valor denunciativo y político del proceso de la siguiente manera:

El ACLAN es el único foro donde podemos exponer el tema de los derechos de los trabajadores en el contexto del TLC... yo creo que la NAO puede... elevar la cuestión del respeto de los derechos de los trabajadores mucho más allá del nivel que sus poderes y jurisdicción lo llevarían a uno suponer. Uno tiene la capacidad de crearle grandes dolores de cabeza a las corporaciones y a las agencias gubernamentales que soslayan los derechos laborales, de atraer la atención y la condena de la opinión pública sobre su conducta<sup>391</sup>

Y, en efecto, los denunciantes han utilizado una variedad de estrategias políticas que junto con las CP han forzado a las autoridades públicas 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.

Así, respecto de las prácticas mexicanas, se han visto cambios importantes, como sucedió en la CP EUA 9701—"Discriminación en las maquiladoras", en que las empresas se comprometieron a no utilizar en el futuro exámenes de embarazo de las mujeres solicitantes de empleos, a la vez que el gobierno mexicano instituyó un programa para informar a las mujeres de sus derechos.<sup>392</sup> O, en el caso Han Young, en donde el gobierno federal mexicano presionó para que se diera un nuevo recuento que llevó a otorgarle el registro al sindicato independiente STIMACHS, y cómo de acuerdo con el Departamento de Trabajo del Gobierno de Estados Unidos, el gobierno mexicano adoptó un compromiso en consultas ministeriales en el año 2000, de promover, en lo subsecuente, elecciones secretas en el proceso de certificación de sindicatos.<sup>393</sup>

<sup>391</sup> USA NAO, Audiencia Pública, 1994.

<sup>392</sup> Haq, Farhan (1999), "Labour: NAFTA gets mixed results", *Inter Press Service*, 10 March.

<sup>393</sup> United States Department of Labor (2001).

En el caso de las prácticas estadounidenses y canadienses, también podemos encontrar cambios importantes; por ejemplo, en el caso de la industria de la manzana en Estados Unidos, en donde a resultas de la CP MEX 9802 "Manzana", en la que se denunciaron las pobres condiciones laborales de los trabajadores migratorios, el estado de Washington se vio forzado a incrementar el presupuesto para la supervisión de las condiciones laborales de los trabajadores agrícolas e influyó a que una empresa, Stemilt, acordara un nuevo procedimiento de cartillas firmadas por la mayoría de trabajadores como mecanismo para asegurar la certificación de los sindicatos en lugar de las elecciones, luego de lo cual el sindicato de los Teamsters ganó la certificación por primera vez en la historia del estado.

Igualmente, en el caso MEX 9801 SOLEC, los alegatos de una colusión entre la empresa SOLEC y la Agencia de California sobre Ocupación y Seguridad para no perseguir las denuncias de violaciones a la salud y la seguridad de los empleados, llevó a la Agencia Federal de Ocupación y Seguridad a visitar y revisar a su contraparte en California y a inspeccionar la planta SOLEC.<sup>394</sup>

Igualmente, en las CP 9802 y 9804 sobre el MOU de Entendimiento entre el INS y el Departamento de Trabajo, la denuncia de la colusión entre las dos agencias gubernamentales en contra de los derechos de los trabajadores migratorios ante las NAO mexicana y canadiense llevó al Departamento de Trabajo a interrumpir dicha práctica.<sup>395</sup>

La misma dinámica se presentó en el Canadá, en donde a resultas de la CP 9803 McDonald's el gobierno de Québec decidió establecer una comisión que discutirá la posibilidad de promulgar una ley que prohíba la utilización del cierre de fábricas como fórmula para evitar la certificación sindical.

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,

<sup>394</sup> Karesh (1999).

<sup>395</sup> Human Rights Watch (2001).

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 dedicaron a 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, 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, es un hecho, y éste ha sido destacado por la mayoría de los defensores de los derechos laborales, que las CP 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.

¿Qué tipo de reformas podrían sugerirse al ACLAN que sirvieran para mejorar en forma más sistemática las prácticas laborales regionales? La respuesta la ofreceremos en el capítulo final.

CUADRO 5

NÚMERO DE COMUNICACIONES PÚBLICAS (CP) POR PRINCIPIO DEL ACLAN  
AL QUE SE REFIEREN, 1994-2003

Año	Total CP	Principio del ACLAN*												
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11		
1994	4	4	4	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
1995	1	1	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
1996	2	2	2	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
1997	3	2	1	—	—	—	—	1	—	2	—	—	—	—
1998	10	5	2	1	—	1	5	2	—	5	4	4	4	4
1999	2	1	1	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—
2000	1	—	—	—	—	—	—	—	—	1	1	—	—	—
2001	2	1	1	—	—	—	—	—	—	1	1	—	—	—
2002	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
2003	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Total	25	16	12	1	0	1	6	3	0	10	6	4	4	4
%	100	60	48	4	0	4	24	12	0	40	24	16	16	16

\* Véase cuadro 1 "Principios laborales del ACLAN".

## 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 iniciarlo 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.

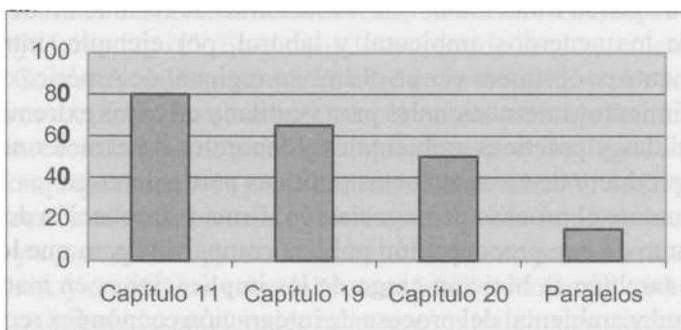
En segundo lugar, y como mostramos cuidadosamente en el libro, el diseño y operación de cada mecanismo responde a una serie de circunstancias de política nacional e internacional, a la necesidad de certidumbre en la resolución de cierto tipo de controversias y a la novedad de ciertas áreas en la agenda 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, dirimir 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 servicio 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 llegarse 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 veto 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 llevaran 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 correspondía 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 acudir 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 cuasi 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 denegación 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 involucren 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 a la 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 querrela 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, Metalclad 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 desaprobado 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, si 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, quizá 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 maliciosa 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 inversionistas extranjeros sobre los nacionales. Esto no debe ser entendido necesariamente 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 bajo 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,<sup>413</sup> 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 recomiende 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 fidelidad 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 raquíticas 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.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, Kenneth W. and Duncan Snidal, "Hard and Soft Law in International Governance" *International Organization*, 54, 3 Summer 2000.
- ADF Group Inc. v. The Government of the United States of America*, julio de 2000. Disponible en <[www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com)>.
- ALANÍS ORTEGA, Gustavo, "Public Participation within NAFTA's Environmental Agreement: The Mexican Experience", en KIRTON, John Y MACLAREN, Virginia (eds.), *Linking Trade, Environment and Social Cohesion: North American Experiences, Global Challenges*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2002.
- Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, decision de junio 27 de 1990.
- Azinian v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF9/97/2 (noviembre de 1999). Disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awrds.htm>>.
- BELTRAME, Julian, "U.S. Takes Publishing Squabble to WTO", *The Vancouver Sun*, marzo de 1996.
- Boletines de prensa, Secretaría del Trabajo y Previsión Social núms. 138/95 y 173/95.
- BOYD, Mary, "Farmers Struggle as PEI Agriculture Threatened by American Use of Free Trade", *Catholic New Times*, febrero de 2001.
- "Up Front", *Business Week*, enero 27 de 1997.
- CALBREATH, Dean, "Mexico Fines Han Young as Hyundai is Drawn into Fight", *San Diego Union Tribune*, 28 de abril de 1999
- CANADIAN INTERGOVERNMENTAL AGREEMENT REGARDING THE NORTH AMERICAN AGREEMENT ON LABOUR COOPERATION, 31 de mayo de 1995.
- CANADIAN LABOUR CONGRESS, *Social Dimensions of North American Economic Integration: Impacts on Working People and Emerging Responses*, Ottawa, 1996.

- CANADIAN NAO GUIDELINES FOR PUBLIC COMMUNICATIONS UNDER ARTICLES 16.3 AND 21 OF THE NORTH AMERICAN AGREEMENT ON LABOUR COOPERATION (NAALC), 25 de abril de 1997.
- CANNON Jr. James R., *Resolving Disputes Under NAFTA Chapter 19*, citado en Vega Cánovas, Gustavo, "Disciplining Anti-dumping in North America: Is NAFTA Chapter Nineteen Serving its Purpose?" (1997).
- CARMONA, Anel, *El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte como una caja de resonancia del sindicalismo mexicano*, tesis de licenciatura, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas, 1997.
- CEVALLOS, Diego, "Mexico: Fresh Anti Helms-Burton Protest May Fall On Stony Ground", *Inter Press Service*, agosto de 1996.
- COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO DEL TLCAN, "Nota interpretativa (31 de julio de 2001)", en: <<http://www.economia-snci.gob.mx/sic php/ls23al.php?a=18&p=1&=1>> (septiembre 11 de 2003).
- COMPA, Lance, "Los sindicatos norteamericanos y el Tratado de Libre Comercio", *Revista de Trabajo*, año I, núm. 3, julio-agosto de 1994.
- , "The First NAFTA Labor Cases: A New International Labor Rights Regime Takes Shape", *United States-Mexico Law Journal*, 1995. Disponible en: <<http://www.natlaw.com/pubs/usmxlaw/usmj13.htm>>.
- , "The North American Agreement on Labor Cooperation and International Labor Solidarity", ponencia para el *Encuentro Tricontinental de Laboristas Democráticos*, México, 30 noviembre-1o. de diciembre de 1998.
- Comunicación pública 940001-Honeywell, febrero de 1994.
- Comunicación pública 940002-General Electric, febrero de 1994.
- Comunicación pública 940003-Sony, agosto de 1994.
- Comunicación pública 940004-General Electric, 1994.
- Comunicación pública 9501-Sprint, febrero de 1995.
- Comunicación pública 9601-Pesca, junio de 1996.
- Comunicación pública 9602-Maxi- Switch, octubre de 1996.
- Comunicación pública 9701-Discriminación a mujeres en maquiladoras, mayo de 1997.
- Comunicación pública 9702-Han Young, octubre de 1997 y febrero de 1998.
- Comunicación pública 9703-Itapsa, diciembre de 1997 y febrero 1998.
- Comunicación pública 9801-Solec, abril de 1998.

- Comunicación pública 98-1-Itapsa, abril de 1998.
- Comunicación pública 9802-Manzana, mayo de 1998.
- Comunicación pública 9803-DeCoster, agosto de 1998.
- Comunicación pública 9801-Aeroméxico, agosto de 1998.
- Comunicación pública 9804-Memorándum NIS-DOL, septiembre de 1998.
- Comunicación pública 98-2-Memorándum NIS-DOL, septiembre de 1998.
- Comunicación pública 9802-Trabajo de menores en el agro, septiembre de 1998.
- Comunicación pública 9803-McDonald's, octubre de 1998.
- Comunicación pública 9804-Servicio Postal Canadiense, diciembre de 1998.
- Comunicación pública 99-1-EFCO-LPA, abril de 1999.
- Comunicación pública 9901-TAESA, noviembre de 1999.
- Comunicación pública 2000-1-Auto Trim y Custom Trim, julio de 2000.
- CURTIS, Malcom, "Green Groups Target Hydro under NAFTA", *Times Colonist*, Victoria, 3 de abril de 1997.
- DAMGAARD, Bodil, "Cinco años con el Acuerdo Laboral Paralelo", *Trabajos preliminares del Encuentro Trinacional de Laboralistas Democráticos*, México [s. ed.], 1998.
- DAVEY, J. William Pine and SWINE, *Canada-United States trade Dispute Settlement: the FTA Experience and NAFTA Prospects*, Ottawa, Centre for Trade Policy and Law, 1996.
- DEBUSK, F. Amanda, and HORLICK, Gary, "Dispute Resolution under NAFTA: Building on the U.S.-Canada FTA, GATT and ICSID", *Journal of World Trade*, 27 de febrero de 1993.
- DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, "Pettigrew Welcomes NAFTA Commission's Initiative to Clarify Chapter 11 Provisions", *News Release*, Canadá, núm. 116, 1o. de agosto de 2001. Disponible en: <<http://webapps.dfait-maci.gcca/minpub/Publication.asp>>.
- DUFFY, Andrew, "Canada-U.S. rift widens over respective positions on Cuba: Trade minister angered as U.S. takes action against Canadian firm in Cuba", *The Ottawa Citizen*, marzo 15 de 1997.
- EFE NEWS SERVICE, "Mexico to turn to mediation over sugar conflict with the U.S.", *Global News Wire*, diciembre 6 de 2001.
- "EPA Refutes Activists Charge that U.S. failed to Enforce Laws", *Environmental Policy Alert*, Washington, 12 de marzo de 1997.

- FINGER, Michael, "Antidumping and Antisubsidy Measures", en FINGER, J. Michael y OLECHOWSKI, Andrzej (eds.), *The Uruguay Round: A Handbook on the Multilateral Trade Negotiations*, 1987.
- FRANCO HIJUELOS, Claudia, "Normas laborales y comercio en América del Norte: el Acuerdo de Cooperación Laboral", ponencia presentada en el seminario "Multilateralismo y Regionalismo hacia el Nuevo Milenio", México, El Colegio de México, 9 de noviembre de 1998.
- FRENCH, John D., "Sindicatos y el Tratado de Libre Comercio en América del Norte: reflejos nacionalistas e imperativos transnacionales", *Latin American Labor News*, Issue 14/1996, Center for Labor Research and Studies, Florida International University.
- GALLARDO, Sofía, "El debate sobre el Acuerdo de Cooperación Ambiental", *Informe Trimestral*, Estados Unidos, invierno de 1993.
- GANTZ, David A., "Resolution of Trade Disputes Under NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico", *Law and Policy in International Business*, vol. 29, núm. 3, 1998.
- GARZA TOLEDO, Enrique de la, "Consecuencias laborales del Tratado de Libre Comercio en México", *Latin American Labor Occasional Paper*, núm. 11, Miami, Latin American Labor Studies Publications, 1994.
- , "Los sindicatos mexicanos frente al Tratado de Libre Comercio", *Revista del Trabajo*, año I, núm. 3, julio-agosto de 1994.
- GEDDES, John, "Ottawa steps lightly on anti-Cuba law", *The Financial Post*, septiembre 17 de 1996.
- GESTRIN, Michael y RUGMAN, Alan M., *The North American Free Trade Agreement and Foreign Direct Investment*, in *Companies Without Borders: Transnational Corporations in the 1990s* (Toronto, Blackwell, 1996)
- GOLDSTEIN, Judith, Miles Kahler and Robert Keohane, "The concept of Legalization" en *International Organization*, 54, 3 Summer 2000.
- GRAHAM, M. Edward y Wilkie, Christopher, "Regional economic Agreements and Multinational Firms: The Investment Provisions of the NAFTA", in Mirza, Hafiz (ed) *Global Competitive Strategies in the New World Economy: Multilateralism, Regionalization and the Transnational Firm* (Boston, Mac Milan, 1998).

- GRAUBART, Jonathan, "Giving Teeth to NAFTA's Labour Side Agreement", en KIRTON, John y W. MACLAREN, Virginia, *Linking Trade, Environment, and Social Cohesion. Nafta Experiences and Global Challenges*, Hampshire, England, Ashgate Publishing Company, 2002.
- GUTIÉRREZ, Estrella, "Politics-Cuba: Helms-Burton Act Bruised But Unbowed", *Inter Press Service*, mayo 29 de 1998.
- HAQ, Farhan, "Labour: NAFTA gets mixed results", *Inter Press Service*, 10 de marzo de 1999.
- HART, Michael, "The Future on the Table: The Continuing Negotiating Agenda under the Canada-United States Free Trade Agreement", en DEARDEN, Richard G. *et al.* (eds.), *Living with Free Trade: Canada, the Free Trade Agreement, and the GATT*, 1989.
- , y WILLIAM A. DYMOND, "NAFTA Chapter 11: Where to go from Here", ponencia presentada en la conferencia intitulada *NAFTA Chapter 11*, organizada por the Centre for Trade Policy and Law, de la Universidad de Carleton, Ottawa, 11 de enero de 2002. Disponible en: <<http://www.carleton.ca/ctpl/chapter11/index.htm>>.
- HEARING BEFORE THE SUBCOMMITTEE ON COURTS, *Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary*, US House of Representatives, 100<sup>th</sup> Congress, Second Session, 28 de abril de 1988.
- HEATH, Jonathan, "Mexico's Economic Sovereignty", en HOEBING, Joyce *et al.* (eds.), *NAFTA and Sovereignty: Trade Offs for Canada, Mexico and the United States*, Washington, CSIS, 1996.
- "Helms-Burton deal blindsides Canada: Washington and the EU have made peace over the anti-Cuba act, but Canada may yet file a NAFTA complaint", *The Vancouver Sun*, abril 12 de 1997.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Alfredo, "El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN): negociación, contenido y perspectivas", *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, nueva época, núm. 46, enero-marzo de 1995.
- 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.

- , y DEBUSK, F. Amanda, "Dispute Resolution under NAFTA: Building on the U.S.-Canada FTA, GATT and ICSID", *27 Journal of World Trade*, núm. 21, 1993.
- HUFBAUER, Gary *et al.*, *NAFTA and The Environment: Seven Years Later*, Washington, Institute for International Economics, 2000.
- HUMAN RIGHTS WATCH, "Trading Away Rights: The Unfulfilled Promise of Nafta's Labour Side Agreement", en *Canada-Mexico-United States*, vol. 13, abril de 2001, p. 2B. Se puede consultar en: [www.hrw.org/reports/2001/nafta](http://www.hrw.org/reports/2001/nafta)
- Inside NAFTA*, vol. 4, núm. 4, 20 de febrero de 1997.
- , vol. 4, núm. 8, 17 de abril de 1997.
- , vol. 2, núm. 20, 4 de octubre de 1995.
- , vol. 2, núm. 3, 8 de febrero de 1995.
- , vol. 2, núm. 12, 14 de junio de 1995.
- "In the Matter of Safeguard Action Taken on Broom Corn Brooms from Mexico", *Final Report of the Panel Established Under Chapter 20 of NAFTA*, USA-97-2008-01, julio 30 de 1998.
- "In the Matter of Tariffs Applied by Canada to Certain U.S.-Origin Agricultural Products", *Final Report of the Arbitral Panel*, NAFTA Secretariat File No. CDA-95-2008-01, diciembre 2 de 1996.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning Electronica Sicala S.p.A. (ELSI) United States of America v. Italy* (juicio del 20 de julio de 1989).
- JENKINS, Barbara, *The Paradox of Continental Production: National Investment Policies in North America*, Ithaca, Cornell University Press, 1992.
- JENNINGS, Robert, Opinion re: the NAFTA Commission Statement (Arising from Methanex Arbitration), 6 de septiembre de 2001. Disponible en: [www.cyberus.ca/~tweiler/naftaclaims.html](http://www.cyberus.ca/~tweiler/naftaclaims.html).
- JOHNSON, Jon R., *The North American Free Trade Agreement; A Comprehensive Guide*, Canadá, Law Book, 1994.
- JOHNSON, Pierre Marc y BEAULIEU, André, *The Environment and NAFTA. Understanding and Implementing the New Continental Law*, Washington, Island Press, 1996.
- LABOR-MANAGEMENT REPORTING AND DISCLOSURE ACT DE 1959, ámbito de competencia del Departamento de Trabajo de Estados Unidos.

- LEARY, Virginia, "Nonbinding Accords in the Field of Labor", en E. B. Weiss (ed.), *International Compliance with Nonbinding Accords* (Washington, D. C. American Society of International Law, 1997).
- LÓPEZ, David, "Dispute Resolution under NAFTA: Lessons from the Early Experience", *Texas International Law Journal*, vol. 32, núm. 2, 1997.
- LEYCEGUI, Beatriz, "Acordar para disentir: la solución de controversias en el Tratado del Libre Comercio de América del Norte", en LEYCEGUI, Beatriz y FERNÁNDEZ DE CASTRO, Rafael (coords.), *¿Socios naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, ITAM-Púrrua, 2000.
- MCIMMES, Craig, "Protest enrages B.C. minister", *Globe and Mail*, Toronto, 3 de abril de 1997.
- MARKS, Matthew J., "Recent Changes in American Law on Regulatory Trade Changes", *The World Economy*, vol. 2, 1980.
- Marvin Feldman vs. México*, Caso No. ARB(AF)/99/1 (Laudo, CIADI 2002).
- MATEO, Venturini Fernando de, "NAFTA, Foreign Direct Investment and Economic Integration: A Mexican Approach", in *Migration, Free Trade and Regional Integration in North America*, (Paris, OCDE, 1998)
- MAYER, Frederick, *Interpreting NAFTA: The Science and Art of Political Analysis*, Nueva York, Columbia University Press, 1998.
- MEYER, Lorenzo, *México y Estados Unidos ante el conflicto petrolero*, México, El Colegio de México, 1967.
- MOORE, Molly, "Divers, Cruise Ships Battle Over Cozumel's Coral Ref.", *Washington Post*, 5 de mayo de 1996.
- MORONES LARA, Guadalupe, *Comunicaciones públicas del ACLAN en el ámbito del derecho internacional del trabajo*, tesis de licenciatura en derecho, México, UNAM, 1999.
- Multinational Monitor*, "We'll Close! Plant Closings, Plant-Closing Threats, Union Organizing and NAFTA", marzo de 1997.
- MUNTON, Don y KIRTON, John, "North American Environmental Cooperation: Bilateral, Trilateral, Multilateral", *North American Outlook. An Environmental Agenda for North America post NAFTA*, Washington, vol. 4, núm. 3, marzo de 1994.

- “NAFTA Complaint Adds to Recognition of Mexican Union, According to Experts”, *The Bureau of National Affairs, Daily Labor Report*, núm. 78, 23 de abril de 1997.
- “Notice of Cancellation of Hearing on Submission #9602”, *Federal Register*, vol. 62, núm. 75, 18 de abril de 1997.
- , “Revised Notice of Establishment and Procedural Guidelines of the U.S. National Administrative Office”, sección F, 7 de abril de 1994.
- O’KEEFE, Thomas Andrew, *Latin American Trade Agreements*, citado en LOPEZ, David (1997).
- OQUENDO, Ángel R., “NAFTA’s Procedural Narrow-Mindedness: The Panel Review of Antidumping and Countervailing Duty Determinations Under Chapter Nineteen”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 11, núm. 1, 1995.
- PALMA, Anthony de, “NAFTA’s Powerful Little Secret. Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say”, *The New York Times*, Money and Business/Financial Desk, sección 3, domingo 11 de marzo de 2001.
- PAN, Eric J., “Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication”, *Harvard International Law Journal*, vol. 40, primavera de 1999.
- PÉREZ DE ACHA, Luis Manuel, “Binational Panels: A Conflict of Idiosyncracies”, *Southwest Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 3, núm. 2, 1996.
- RANKIN, Jack, *The United States of America v. The Islamic Republic of Iran*, Case No. 10913 (3 de noviembre de 1987).
- “Reglamento de la Oficina Administrativa Nacional de México (OAN) de México para la recepción y revisión de comunicaciones públicas a que se refiere el artículo 16(3) del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN)”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 28 de abril de 1995.
- Review of Administrative Action Under NAFTA*, “Chapter 20-General Regime for Dispute Resolution” (capítulo 4).
- SCOFFIELD, Heather, “Quebec real estate company sues U.S. government seeking damages over mall development deal”, *The Globe and Mail*, 28 de septiembre de 1999. Disponible en Westlaw, database ALLNEWS.

- SECRETARIADO DE LA COMISIÓN DE COOPERACIÓN AMBIENTAL, "Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte", en *Derecho y políticas ambientales en América del Norte*, Cavransville, Canadá, invierno de 1998.
- , Cierre de empresas y derechos laborales. Informe al Consejo de Ministros sobre los efectos del cierre repentino de las empresas sobre la libertad de asociación y el derecho a organizarse en Canadá, los Estados Unidos de América y México, Bernan Press y Comisión para la Cooperación Laboral, 1997.
- SOLOWAY, Julie, "Environmental Regulation as Expropriation: The Case of the NAFTA's Chapter 11", *Canadian Business Law Journal*, vol. 33, 2000.
- STEGER, Debra, "The Dispute Settlement Mechanisms of the Canada-US Free Trade Agreement: Comparison with the Existing System", en MCRAE, Donald M. y STEGER, Debra P. (comps.), *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, The Institute for Research on Public Policy, 1988.
- SWAN, Alan C., "Ethyl Corporation, v. Canada, Award on Jurisdiction (under NAFTA/UNCITRAL) 94, AM. J. INT'L L. 159, 159 (2000).
- SZASZ, Paul C., "General Law Making Processes" en C. C. Joyner (ed.), *The United Nations and International Law* (Cambridge MA, Cambridge University Press y American Society of International Law, 1999).
- THOMAS, J. C. y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, "NAFTA Dispute Settlement and Mexico: Interpreting Treaties and Reconciling Common Law and Civil Law Systems in a Free Trade Area", *33 Canadian Year Book of International Law*, núm. 75, 1995.
- "Trade Pact new Tool in Big Lake fight", *The Edmonton Journal*, abril 11 de 1996.
- "Une plainte déposée contre Québec en vertu de ALENA", *Le Devoir Politique*, 10 de abril de 1997.
- UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, Ginebra, 2000.
- USDA, ECONOMIC RESEARCH SERVICE, *Agricultural Outlook*, septiembre de 1999.
- , *Sugar and Sweeteners Outlook/SSS-233/*, enero 31 de 2002.

- U.S. DEPARTMENT OF LABOR, "Status of Submissions", septiembre 19 de 2001. Se puede consultar en: [www.dol.gov/dol/ilab/public/programs/naostatus.htm] (diciembre de 2001).
- U.S. GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO), *U.S.-Canada Free Trade Agreement: Factors Contributing to Controversy in Appeals of Trade Remedy Cases to Binational Panels*, Washington, GAO/GGD-95-175BR, junio de 1995.
- U.S. NATIONAL ADMINISTRATIVE OFFICE, BUREAU OF INTERNATIONAL LABOR AFFAIRS, Department of Labor, "U.S. National Administrative Office Submission No. 940003 Follow-up Report".
- VEGA CÁNOVAS, Gustavo, "Disciplining Anti-dumping in North America: is NAFTA Chapter Nineteen Serving its Purpose?" *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, núm. 2, 1997.
- WALLENGREN, Maja, "Sugar Spat; More than Just Sugar is at Stake as a Mexico/U.S. Trade Dispute Threatens to Spread", *Business Mexico*, octubre 1o. de 2000.
- WEISS, Edith Brown, "Understanding Compliance with International Environmental Agreements: The Baker's Dozen Myths" en *University of Richmond Law Review*, vol. 32, núm. 5, 1999.
- WELLENS, K. C. y BORCHARDT, G. M., "Soft Law in European Community Law" en *European Law Review*, vol. 14, núm. 5.
- WILLIAMS, Edward J., "Discord in U.S.-Mexican Labor Relations and the North American Agreement on Labor Cooperation", ponencia presentada en el seminario "México y su Interacción con el Sistema Político Estadounidense", México, 1996.
- WINHAM, Gilbert R., *Trading with Canada: The Canada-U.S. Free Trade Agreement*, Nueva York, Priority Press, 1988.
- and GRANT, Heather A., "Antidumping and Countervailing Duties in Regional Trade Agreements; Canada-US-FTA, NAFTA and Beyond", *Minn. J. Global Trade* 1, núm. 11, 1994.
- ZAPATA, Francisco, "La crisis del control sindical", en CARRILLO, Jorge et al. (eds.), *Ajuste estructural, mercados laborales y TLC*, México, Colmex, 1992.



**CONTENIDO**

**ARTÍCULOS**

**José B. Acosta Estévez**

*La interdependencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario europeo*

**Leticia Armendáriz**

*Crímenes de guerra en conflictos armados internos*

**Jorge Ulises Carmona Tinoco**

*La solución amistosa de peticiones de derechos humanos en el ámbito universal y regional, con especial referencia al sistema interamericano*

**Rosario Domínguez Matés**

*Retos y perspectivas de la protección del patrimonio cultural en periodo de conflicto armado ante el 50o. aniversario de la Convención de La Haya (1954-2004)*

**Daniel Ignacio García San José**

*Claves para un régimen internacional de la clonación humana*

**Juan Manuel Gómez-Robledo V.**

*El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia*

**Nuria González Martín**

*Los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados entre España y Rumania, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas*

**Héctor Gros Espiell**

*La futura Constitución Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea desde Iberoamérica*

**Enrique Lagos**

*Algunas tendencias del derecho internacional a principios del siglo XXI*

**Elena F. Pérez Carrillo**

*Transparencia en la adopción de decisiones en el proceso de integración europea*

**Juan Manuel Portilla Gómez**

*Naturaleza jurídica y contenido actual de las sanciones económicas. El caso de Irak*

**Pablo César Revilla Montoya**

*El terrorismo global. Inicio, desafíos y medios político-jurídicos de enfrentamiento*

**Victor Manuel Rojas Amandi**

*Los tratados multipolares. Una nueva generación de tratados internacionales*

**Carlos Ruiz Miguel**

*El largo camino jurídico y político hacia el Plan Baker II. ¿Estación de término?*

**Eduardo Torres Espinosa**

*Integración europea y globalización. Una perspectiva institucional*

**Jorge Witker**

*Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas*

**COMENTARIOS**

**RESEÑAS**

**LA PRÁCTICA INTERNACIONAL MEXICANA**

# MEXICAN LAW REVIEW

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

NUMBER 3, JANUARY - JUNE 2005

## CONTENTS

The federal State of the Mexican Constitution:  
an introduction to its problematic  
**Miguel CARBONELL SÁNCHEZ**

Mexico: presidential or parliamentary system?  
**Jorge CARPIZO**

The North American Free Trade Agreement  
and the so-called "parallel letters"  
**Rodolfo CRUZ MIRAMONTES**

The National Commission of Medical Arbitration  
and the responsibility of civil servants  
**Jorge FERNÁNDEZ RUIZ**

Mexican foreign policy: its fundamental principals  
**Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO**

Protection in judicial business. The case of Miguel Vega  
**Manuel GONZÁLEZ OROPEZA**

Autonomy of electoral organs  
**María del Pilar HERNÁNDEZ**

The "official Mexican norm" in the Mexican normalization system  
**Carla HUERTA OCHOA**

Medical attention contract. Juridical nature  
**Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA**

Constitutional instruments for parliamentary control  
**Cecilia MORA-DONATTO**



# REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO

Año II Núm. 3 Enero - Junio 2005

## CONTENIDO

El desarrollo del derecho de la competencia en el Mercosur  
Gustavo CARRIZO ADRIS

Protección al medio ambiente y solución de controversias  
en materia de inversiones en el TLCAN  
Óscar CRUZ BARNEY

Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios.  
Su aprobación por la República Argentina  
Luis CRUZ PEREYRA

El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones  
Adriana DREYZIN DE KLOR

El Tratado de Libre Comercio. Aspectos jurídicos generales  
Gabriel IBARRA PARDO

El ALCA. ¿Integración o incorporación?  
Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI

El impacto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte  
en los sistemas jurídicos del continente americano  
Sergio LÓPEZ AYLLÓN

El derecho privado en los grandes espacios económicos  
(Unión Europea, Mercosur, Área de Libre Comercio de las Américas)  
Julio César RIVERA

Resolución de controversias en materia de antidumping  
y cuotas compensatorias en el TLCAN  
Jorge WITKER  
Susana HERNÁNDEZ

**INTEGRACIÓN**  
**(MERCOSUR, TLC Y ALCA)**



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO



RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES

*México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post-TLCAN*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 14 de enero de 2005 en los talleres de Cromocolor, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kg para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kg para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

**GILBERT R. WINHAM.** Doctor en ciencia política por la Universidad de Carolina del Norte, y actualmente es Eric Dennis Memorial Profesor de ciencia política de la Universidad de Dalhousie en Nueva Escocia, Canadá, y miembro de la Royal Society del Canadá. Es autor de numerosas obras sobre el GATT y la OMC, las relaciones económicas entre Canadá y los Estados Unidos y el TLCAN. Es miembro de la American Association of Political Science y de la International Studies Association. Ha sido miembro de siete paneles de resolución de disputas del TLCAN.

**FREDERICK W. MAYER.** Doctor en política pública en la Universidad de Harvard, y actualmente es profesor y director de Estudios Graduados del Terry Sanford Institute de Política Pública de la Universidad de Duke en Carolina del Norte. Es miembro de la American Association of Political Science y de la American Public Policy Association, y entre otras actividades profesionales ha sido *visiting fellow* del Council on Foreign Relations de la ciudad de Nueva Cork, y se desempeñó como miembro del equipo de investigación del Foreign Relations Committee del Senado de los Estados Unidos.

**D**os de los objetivos principales que compartieron México, Estados Unidos y Canadá al negociar y firmar el TLCAN y los Acuerdos Paralelos sobre Cooperación Ambiental y Laboral fueron tanto asegurar un acceso seguro y estable a los mercados de los otros socios comerciales para sus bienes y servicios como un trato justo y no discriminatorio para sus inversionistas, como impedir que el objetivo de incrementar el comercio y la inversión entre los tres países fuera en detrimento del compromiso que han expresado en sus legislaciones para proteger el medio ambiente y los derechos de sus trabajadores.

A fin de asegurar estos objetivos, el TLCAN y los Acuerdos Paralelos de Cooperación Ambiental y Laboral establecieron un sistema de mecanismos institucionales para la resolución de controversias, los cuales se diseñaron con objeto de brindar mayor certeza jurídica a las transacciones regionales de bienes y servicios, a los flujos de inversiones extranjeras y de asegurar el cumplimiento de las legislaciones laborales y ambientales de los países miembros, fortaleciendo a la vez la cooperación entre México, Estados Unidos y Canadá en los ámbitos económico y social.

En este libro se analiza el desempeño de los mecanismos de resolución de disputas y de promoción de la cooperación incluidos en el TLCAN y los Acuerdos Paralelos en su primera década de vigencia, y se muestran tanto los logros como las limitaciones que han tenido para la conducción y la administración de las relaciones ambientales, económicas y laborales entre los tres países.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
EL COLEGIO DE MÉXICO  
PROGRAMA INTERINSTITUCIONAL DE ESTUDIOS  
SOBRE LA REGIÓN DE AMÉRICA DEL NORTE